

ІНСТИТУТ ЗАКОНОДАВСТВА
ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ

О.В. Київець

**У ПОШУКАХ
МІЖНАРОДНОГО ПРАВА:
ПЕРЕОСМИСЛЮЮЧИ
ДЖЕРЕЛА**

Монографія

Кам'янець-Подільський – 2011

УДК 341.018
ББК 67
К38

*Рекомендовано до друку Вченою радою Інституту
законодавства Верховної Ради України
(Протокол № 13 від 9 листопада 2011 року)*

Рецензенти:

Сироїд Т.Л., доктор юридичних наук, доцент;
Стефанчук Р.О., доктор юридичних наук, професор.

Київець О.В.

К38 У пошуках міжнародного права: переосмислюючи джерела /
О. В. Київець. – Кам'янець-Подільський: ПП «Видавництво
«Оіюм», 2011. – 480 с.
ISBN 978-966-2771-04-6.

У монографії розглянуто теоретичні проблеми джерел міжнародного права та практичні проблеми їх застосування. Робота написана на основі дослідження міжнародної судової практики та з урахуванням доктринальних положень сучасного міжнародного права.

Видання розраховане на фахівців, що займаються вивченням актуальних проблем теорії та практики міжнародного права, науковців, науково-педагогічних працівників, аспірантів та студентів спеціальності міжнародне право.

**УДК 341.018
ББК 67**

НА НИВІ ПОШУКУ

ПЕРЕДМОВА	5
ВСТУП	9
ПОШУК 1: <i>Смутні часи міжнародного права</i>	15
ПОШУК 2: <i>Загальні принципи права як джерело міжнародного права, або від колеса до космічної ракети</i>	37
ПОШУК 3: <i>Міжнародний звичай як основне джерело загального міжнародного права, або міжнародно-правове марево</i>	111
ПОШУК 4: <i>Міжнародний договір у системі джерел міжнародного права, або рух хистким містком за течією</i>	196
ПОШУК 5: <i>Джерела міжнародного права поза межами статті 38 Статуту Міжнародного Суду ООН</i>	284
РЕЗУЛЬТАТИ ПОШУКУ	414
СКАРБНИЦЯ ПОШУКУ	429

*Однажды Лобачевский думал, кутаясь в пальто:
Как мир прямолинеен, видно, что-то здесь не то!
И он взгляделся пристальней в безоблачную высь,
И там все параллельные его пересеклись¹.*

¹ Успенский В. А. Апология математики [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://elementy.ru/lib/430915#b3>

ПЕРЕДМОВА

Зима, весна, літо, осінь і знову зима... Прошло вже майже три роки, як були написані перші слова цієї монографії. Зимою наче все завмирає, думки течуть повільно, спочатку немає часу на творчі потуги, тому що чекаєш на Новий рік, потім немає часу – чекаєш на весну, а весною шкода витратити час на щось інше, окрім весни, літом немає часу – потрібно встигнути відпочити, і тільки осінь дає натхнення працювати.

Взагалі жодна пора року не викликає таких емоцій, як осінь. Осінь – це мажорні нотки в мінорній мелодії. У ній є щось від вічності, простої та незрозумілої. Про що може думати людина, блукаючи затишним містом, дивлячись на пожовтіле листя, вдихаючи його терпкий запах, який і є запахом осені – про життя, про любов, про швидкоплинність всього на світі. Але якщо це затишне місто – Гаага, а ви займаєтесь міжнародним правом, то швидше ви будете нагадувати не замріяного побутового філософа, а Діогена Сінопського, який вдень виходив із запаленим ліхтарем, шукаючи людину серед натовпу. Аналогічно Діогену, ви будете шукати міжнародне право в місті, яке і є матеріальним втіленням цього права, і не зможете його знайти.

Колись німецький рейхсканцлер Т. Бетман-Гольвег, основний ідеолог Першої світової війни, зазначив: «Я дію і переконаний, що завжди знайду того професора міжнародного права, який виправдає мої дії»². Такий підхід викликає розгубленість і бажання заперечити.

Скептичне ставлення до міжнародно-правових реалій ґрунтується на очевидних фактах порушення основоположних принципів міжнародного права: військові операції НАТО в Афганістані, Іраку, Югославії, збройний конфлікт Росії та Грузії, вбивство Бен Ладена на території Пакистану військовими підрозділами США

² Цитата за виступом Голови ВРУ В.Литвина на загальних зборах Національної академії правових наук «Конституційний процес в Україні: реальний стан і потреби дня». – Голос України № 42 (5042) від 5 березня 2011 р. – с. 2.

тощо. Сюди ж можна віднести і нелюдське ставлення США до в'язнів Гуантанамо, як і, власне, до інших в'язнів, захоплених у ході операцій в Афганістані та Іраку, не дивлячись на наявність цілої системи міжнародних договорів, які прямо забороняють жорстоке поводження із в'язнями та полоненими. Ряд держав продовжує, не зважаючи на свої міжнародні зобов'язання, порушувати основоположні права людини. І все це відбувалося і відбувається поза межами тієї системи, яку було створено в 1945 р. із прийняттям Статуту ООН. У зв'язку із цим висновок, зроблений Дж. Голдсмітом та Е. Познером у роботі «Межі міжнародного права», є цілком логічним: «Міжнародне право є дійсно феноменом, однак науковці перевищують його значення та можливості, а сучасні багатосторонні міжнародні договори не впливають на поведінку держав»³.

Інші ж, ідеалізуючи міжнародне право, переконані, що воно є надзвичайно ефективним інструментом розвитку світової спільноти, а всі держави дотримуються всіх принципів міжнародного права і виконують свої зобов'язання вчасно»⁴, вважаючи, що порушення норм міжнародного права є для міжнародної спільноти скоріше, винятком, ніж правилом.

Складається враження, що мова йде про абсолютно різні явища. Необхідно розібратися, чим це зумовлено і чи можна знайти між цими протилежними підходами золоту середину, яка і дозволить визначити майбутні тенденції розвитку міжнародної спільноти.

У такій розгубленості перебував і Шабтай Розенн, який у 2003 р. під егідою Гаазької академії міжнародного права випустив переглянуте та доповнене видання загального курсу міжнародного права під узагальненою назвою «Розгубленість міжнародного права»⁵. У цьому курсі автор наголосив на тому, що століття, яке закінчилося, принесло змін набагато більше, ніж усі попередні за всю писану історію. Радикальних змін зазнала також система

³ Goldsmith Jack L., Posner Eric. *The Limits of International Law* / Jack L. Goldsmith, Eric Posner. – Oxford University Press. – 2005. – P. 225.

⁴ Henkin Louis. *How Nations Behave: Law and Foreign Policy* / Louis Henkin. – Columbia University Press 1979. – P. 47.

⁵ Shabtai Rosenne. *The Perplexities of Modern International Law* / Rosenne Shabtai. – Martinus Nijhoff., 2003 – 472 pp. Особливо підкреслює таку розгубленість і зміст окремих глав, які більше схожі не на виклад матеріалу у підручнику, а на роздуми про пошук істини. Так, глава I має назву «Єдність міжнародного права», а глава II «Де шукати право». Взагалі книга схожа не на теорію, а на життєву філософію міжнародного права.

міжнародних відносин, яка базується на принципі суверенітету держав та Вестфальській мирній системі ще 1648 р.

Та система, яка почала формуватися після Другої світової війни, була «виметена» рядом конфліктів, як міжнародних, так і внутрішніх, однак нова ще чітко не вималювалася і, відповідно, не може диктувати свої вимоги. Історія міжнародних відносин не завжди здатна допомогти у вирішенні сучасних проблем міжнародного спілкування, адже досить часто досвід міжнародних відносин не можна використати у сучасному світі, виходячи з того, що він буває корисним тільки за певних історичних умов і не може бути імплементованим у сучасне життя. Мова йде про контекстне розуміння міжнародних відносин і, відповідно, міжнародного права. Таким чином, складається ситуація розірваності між вчорашнім та сьогоднішнім міжнародним правом, між теорією та практикою.

Цілком логічним є питання, а чи взагалі існує міжнародне право як право, і який елемент постійно дає збій, розхитуючи всю систему? Мова йде про джерела як про системоутворюючий елемент. Саме вони і тільки вони можуть так розхитувати всю будівлю. Джерела міжнародного права та їх ефективність визначають сучасне міжнародне право, і тільки з'ясувавши, що вони собою являють, ми зможемо наблизитися до відповіді на основне питання: а чи є міжнародне право.

Представлена монографія – це спроба окреслити феноменологію міжнародного права через призму його джерел. Наш пошук є прагненням знайти міжнародне право в тому різноманітті його проявів та форм, що відображають тенденції розвитку сучасних міжнародних правовідносин та формують сучасні міжнародно-правові реалії «єдності у різноманітності».

Ця монографія не відбулася би без людей, які спільно з автором взяли активну участь у пошуках. Слова щирої вдячності хотілося б висловити науковому консультанту, без енергії та допомоги якого не зародилася б навіть ідея – Копиленку Олександрю Любимовичу, за методичну допомогу – Зайчуку Олегу Володимировичу, а також усім колегам з Інституту законодавства Верховної Ради України.

Окрема вдячність:

за гострі наукові дискусії та зародження нових ідей, за терпіння та за втрачені вихідні – Ворошилової І.В., Мовчан Ю.В., Мищаку І.М., Алямкіну Р.В., Коптевій О.О., Кульку А.В.;

8 Передмова

за терпіння та розуміння – великій сім'ї Денисюків-Глушкових-Київців, без яких жодна ідея не була б реалізована ще на рівні кандидатської дисертації, а можливо, і раніше;

за любов до міжнародного права – Висоцькому Олександрю Федоровичу, який переконав, що «міжнародне право – жива істота з поганим характером».

ВСТУП

Право є процесом, що одночасно поєднує результати і джерела різної динаміки, які статичні формальні поняття не в змозі охопити. Проте право – це не тільки процес, але й певний набір норм, зміст яких періодично і для різних цілей треба переосмислювати та змінювати. Не заперечуючи динамічний характер права як явища, у даному дослідженні виходимо з того, що міжнародне право, у першу чергу, це система норм.

Міжнародно-правові норми постійно перебували та перебувають у центрі уваги юристів-міжнародників, які вже давно розробили критерії для визначення їх змісту, – через теорію джерел. Однак прагнення до консенсусу щодо критеріїв, необхідних для ідентифікації міжнародно-правових норм, вже не займає провідного місця на порядку денному вчених. Дійсно, юристи-міжнародники приділяють набагато менше уваги необхідності чіткого розрізнення норм – правових і неправових. Нормативність розглядається як континуум⁶, і визначення змісту права стало справою лише «більш-менш важливою»⁷. Тобто, ідеї розмивання кордонів між правовими та квазіправовими явищами в теорії джерел призвели до відходу від вивчення питань встановлення змісту норм, яке все частіше видається таким як таке, що не має значення. Порівняно зросло почуття свободи, яке відкриває шлях для використання широкого спектра неправового інструментарію для вирішення винятково правових питань.

Наслідком таких тенденцій стало те, що більша частина міжнародної нормативної діяльності відбувається за межами традиційного міжнародного права, і лише обмежена частина реалізації владних повноважень на міжнародному рівні присвячена створенню норм, які можна вважати міжнародно-правовими згідно з

⁶ Chinkin C. The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law / C. Chinkin // *International and Comparative Law Quarterly*. – 1989. – Vol. 38. – p. 850, 866.

⁷ Koskeniemi M. *Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* / M. Koskeniemi. – Cambridge University Press. – 2005. – P. 393.

класичним розумінням міжнародного права. Дійсно, міжнародна нормотворча діяльність пройшла складний процес плюралізації.

По-перше, «нормативна влада» на міжнародному рівні вже не належить обмеженому колу високопосадовців, які діють від імені держав, відбувається істотне ускладнення нормотворчих процедур, пов'язаних з активною міжнародною діяльністю недержавних суб'єктів⁸. У результаті, владні повноваження на міжнародному рівні наразі здійснюються із використанням дедалі більшої кількості неправових методів, які відокремлені від класичних процесів прийняття рішень у міжнародному праві.

По-друге, традиційні міжнародно-правові процеси прийняття рішень самі пережили процес плюралізації, що проявилася в диверсифікації інструментів, за допомогою яких здійснюється створення норм на міжнародному рівні⁹. Зрештою, наслідки плюралізації поступово перестали бути обмеженими сферою їхнього походження, право стало більш постнаціональним, а міжнародні та внутрішні сфери – більш взаємопов'язаними¹⁰. Водночас комплексна плюралізація нормотворчого і правотворчого процесів супроводжується диверсифікацією самих міжнародно-правових норм.

Ці прояви не є абсолютно новими, але вони стали надзвичайно різноманітними та безсистемними. Незалежно від того, чи сприймаються вони як відображення здорового плюралізму або складної фрагментації¹¹, ці різні форми плюралізації міжнародних нормотворчого і правотворчого процесів ще більше ставлять під сумнів актуальність традиційних форм встановлення змісту норм. Це призводить до необхідності постійної ревізії теорії джерел. Справді, зіткнувшись із такою множинністю нормативної діяльності на міжнародному рівні, юристи-міжнародники постали перед дилемою неможливості аналізу цих подій за допомогою

⁸ d'Aspremont J. Participants in the International Legal System – Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law / J. d'Aspremont. – London, Routledge, 2011.

⁹ Goldmann M. Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority / M. Goldmann // German Law Journal. – 2008. – №9. – P. 1865.

¹⁰ Krisch N. Beyond Constitutionalism – The Pluralist Structure of Postnational Law / N. Krisch. – Oxford University Press, 2010. – P. 6 – 11.

¹¹ Koskeniemi M. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics / M. Koskeniemi // Modern Law Review. – 2007. – № 70. – P. 1 – 30.

класичних концепцій. Зазначене спонукало їх до надання певної свободи правостановленню для того, щоб впоратись із хаосом¹², а це у свою чергу породило ефект подвійного хаосу. У зв'язку із цим роль формального встановлення змісту норм зросла й охопила сучасне міжнародне право¹³. Навіть ті, хто в душі не підтримує формальних підходів, у тому числі й автор представленої монографії, цілком розуміють, що без жорсткої руки формалізму зупинити процеси стане неможливо, і розвиток міжнародного права піде за спіраллю донизу.

Загальна лібералізація міжнародно-правових норм призвела до появи значної кількості сучасних наукових дискусій у сфері міжнародного права. Тому сучасна доктрина нагадує какофонію¹⁴, адже вчені часто не чують один одного¹⁵. Створюється враження, що міжнародно-правова наука стає кластером різних наукових товариств, кожне з яких використовує свої критерії встановлення міжнародно-правових норм. Упродовж тривалого часу такої какофонії унікали завдяки системному використанню формальних підходів.

Не одне покоління юристів-міжнародників вчили визначати зміст міжнародно-правових норм через офіційні джерела, з яких вони походять. Цей підхід безперервно використовувався аж до недавнього часу, однак поступово використання формального підходу стало дурним тоном, а міжнародно-правова наука переживає відродження встановлення змісту норм на основі концепцій, які акцентують увагу на деформалізації міжнародно-правових норм,¹⁶ тобто підіймає голову природно-правова доктрина у різних її проявах.

¹² Kingsbury B. The Concept of Law in Global Administrative Law / B. Kingsbury // *European Journal of International Law*, 2009. – № 20. – P. 23 – 57.

¹³ Kingsbury B. From Bilateralism to Publicness in International Law, From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma / B. Kingsbury, M. Donaldson. – Oxford University Press, 2011. – P. 79, 89.

¹⁴ Хоча деякі сучасні діячі мистецтв використовують какофонію як частину твору, вважаючи, що таким чином буде краще відображена недосконалість світу в цілому.

¹⁵ d'Aspremont J. Softness in International Law: A Rejoinder to Tony D'Amato / J. d'Aspremont // *European Journal of International Law*, 2009. – № 20. – P. 911 – 917.

¹⁶ Higgins R. Problems and Process: International Law and How We Use It / R. Higgins. – Oxford University Press, 1995. – P. 8 – 10.

На тлі цього відступу від формального встановлення змісту норм у міжнародному праві. Монографія наголошує на розмежуванні права і квазіправа із використанням формальних та філософсько-правових підходів. При цьому останні не повинні суперечити першим.

Нині захист формалізму в теорії джерел міжнародного права, звичайно, може виглядати дивним. Недоліки формалізму вже давно виявлені, і саме він є винуватцем багатьох проблем міжнародного права. Ми не ставимо перед собою завдання приховати незаперечні недоліки формалізму як теорії внутрішньої узгодженості та судової безсторонності. Дослідження швидше сприяє збереженню формалізму в теорії джерел міжнародного права заради встановлення міжнародно-правових норм та з метою проведення межі між правовими і квазіправовими явищами для віднайдення балансу між силою та правом.

Збереження центральної ролі формалізму в теорії джерел міжнародного права, однак, вимагає більшого, ніж просте повторення старих формальних шаблонів. Зокрема, вже давно назріла необхідність розвіювання ілюзій, що супроводжували розвиток міжнародного звичаєвого права, загальних принципів права, односторонніх актів чи резолюцій міжнародних організацій, та виявлення певних «міражів формалізму», які стоять за окремими джерелами міжнародного права.

Зазначене свідчить про те, що активізацію формалізму в теорії джерел міжнародного права не слід розуміти як заперечення проти зародження нового міжнародно-правового феномена відносної нормативності¹⁷. Однак це також свідчить про те, що відносна нормативність не так нешкідлива, як здається на перший погляд. І слід враховувати, що нормативність включає широкий спектр різних відхилень від правової системи, що складається з горизонтальних і двосторонніх норм¹⁸: встановлення ієрархії норм (*jus cogens*), узагальнення зобов'язань *omnium* або універсальнація інтересів держав може бути реалізована через правові зобов'язання *erga omnes*.

¹⁷ Shelton D. International Law and Relative Normativity in Malcolm D. Evans (ed) International Law / D. Shelton. – Oxford University Press, 2006. – P. 159 – 185.

¹⁸ Weil P. Towards Relative Normativity in International Law / P. Weil // The American Journal of International Law. – 1983. – № 77. – P. 413.

Формалізм випередив теорію природного права і став домінуючою моделлю розуміння правоїдентифікації як у загальній теорії міжнародного права, так і у теорії джерел міжнародного права. Такий розвиток джерел міжнародного права повинен сприяти з'ясуванню його політичних та правових складових, їх взаємопов'язаності та взаємозалежності.

Перш, ніж почати це дослідження, слід чітко пояснити його мету. Використовуючи вже існуючі дослідження, а також новітні тенденції практики, спробуємо поєднати загальну теорію права, теорію міжнародного права, теорію міжнародних відносин та практику і з'ясувати, чи є майбутнє у міжнародного права. Такий підхід може вивести нас за межі міжнародного права і завести «у хащі» політичної філософії. Однак докладатимемо усіх зусиль, аби залишитися в рамках міжнародного права.

Варто звернутися до широкого кола читачів – юристів-міжнародників, які, можливо, часто протистоять будь-якому дослідженню онтології джерел міжнародного права, і зазначити, що це спроба сформулювати авторську позицію простими термінами, із використанням певних неправових алюзій, адже неясність мови часто використовується для маскування незрілих думок. За допомогою простої мови будемо сподіватися, удасться пояснити всі основні частини аргументації і концептуальні ідеї дослідження, щоб зробити його доступним і корисним юристам-міжнародникам, а не тільки тим, хто добре знається на теоретичних питаннях джерел. Разом із тим слід зізнатися, що наведена аргументація має переважно теоретичний вимір і може часом здаватися занадто філософською для практиків, оскільки вона сконцентрована на доктринах. Тим не менше, незважаючи на спорідненість між міжнародно-правовою наукою та самим міжнародним правом, між ними спостерігається прірва, яка постійно збільшується. Тобто мова йде про розрив між теорією та практикою, та все меншим використанням доктрини при правореалізації.

Часто самі держави або провокують, або користуються невизначеністю, пов'язаною із джерелами міжнародного права, для того, щоб зберегти свою свободу дій. Це особливо спостерігається тоді, коли йдеться про звичаєве міжнародне право¹⁹. Держави прагнуть

¹⁹ Danilenko G.M. Law-Making in the International Community / G.M. Danilenko. – Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993. – P.19.; Reisman M. Soft Law and Law Jobs / M. Reisman // Journal of International Dispute Settlement. – 2011. – № 2. – P. 25, 26.

отримати вигоду від відсутності чітких формальних стандартів ідентифікації звичаїв і брати участь у розробці стратегій, спрямованих на ухилення від встановлення змісту норм.

Дослідження характеризується переважно європейським континентальним підходом до міжнародного права²⁰, однак з урахуванням англосаксонської експансії в міжнародно-правову практику. Це дозволило забезпечити інноваційний характер оцінки джерел міжнародного права та зробити певні узагальнюючі висновки, інколи навіть надмірно, оскільки наукові ідеї вчених рідко вписуються в єдину систему.

Нарешті, слід підкреслити, що, хоча пошуки сконцентровані на питаннях джерел права, які стали результатом традиційних процесів міжнародної правотворчості, певна увага приділена і новим формам нормотворчості на міжнародному рівні, адже вони проливають світло на ту інколи незначну роль, яку відіграє традиційне міжнародне право.

Розуміння джерел міжнародного права, викладене у даній роботі, не претендує на відкриття в науці і формулювання нової теорії міжнародного права, а лише на висловлення точки зору щодо ряду ключових проблемних питань теорії міжнародного права.

I, за Б. Окуджавою: «И пока еще жива роза красная в бутылке, дайте высказать слова, что давно лежат в копилке...».

²⁰ Koskenniemi M. International Legal Theory and Doctrine / M. Koskenniemi, M. Planck // Encyclopedia of Public International Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.mpepil.com>

пошук 1:

СМУТНІ ЧАСИ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Ще з часів Канта питання про те, що є правом, заганяло в кул не одне покоління юристів. Вони або впадали в тавтологію, або замість загального вирішення проблеми посилалися на зміст норм чи на доктринальні позиції вчених²¹. Питання про те, що є міжнародним правом, і звідки воно береться, є такими ж вічними, як, власне, і саме міжнародне право: ані доктрина, ані практика не виробили єдиного уявлення про міжнародне право. Тим більше, що еволюція міжнародних відносин змінювала пріоритети та ставлення до міжнародного права як до регулятора міжнародних відносин.

Взаємодія суб'єктів завжди потребує нормативного врегулювання. За відсутності наднаціональної влади, здатної встановлювати правові норми, держави самі визначають, які норми слід віднести до обов'язкових для виконання (їх не слід плутати з обов'язковими нормами). Це приблизно відповідає «суб'єктивному» елементу джерела права, хоча останні можуть мати об'єктивно виражену форму, тобто є «об'єктивним елементом» джерела права.

Сучасне міжнародне право – це протистояння двох напрямів: міжнародно-правових скептиків та міжнародно-правових оптимістів, хоча іноді зустрічається різновид «під загрозою вимирання» – міжнародно-правові романтики. Яскравим прикладом скептичного ставлення до міжнародного права як до права є дослідження проф. Герберта Харта «Концепція права»²², в якому він намагався виявити взаємозв'язок між правом, примусом і мораллю та зробив спробу з'ясувати, що є правом: норми примусу чи норми моралі, вважаючи при цьому, що саме примус

²¹ Кант І. Сочинения в шести томах / І. Кант – М.: «Мысль», – 1965. (Философ. наследие). – Т. 4. – Ч. 2. – с. 107-438.

²² Hart H.L.A. The Concept of Law / H.L.A. Hart. – Oxford: Clarendon Press, 1994. – P. 209.

спотворює суть права. Г. Харт також наголосив на доцільності аналізу суті речей, слухно зауваживши при цьому, що основною помилкою дослідників міжнародного права стало їх намагання проаналізувати філологічне значення окремих понять, а не їх природу.

При цьому, як і більшість дослідників, він шукав природу міжнародного права саме через призму національного права. На думку дослідника, міжнародне право подібне до національного, адже, поза сумнівом, в основі і національного, і міжнародного права лежить правова норма, хоча її існування забезпечується дещо іншим механізмом, ніж у національному праві.

Однак у ХХ столітті Г. Харт уже був не першим, хто висловив подібні погляди. Так, Ганс Кельзен вважав, що і міжнародне, і національне право є проявом єдиної концепції права. Вперше ця точка зору отримала обґрунтування і теоретичне оформлення в роботах «майже українця» Х. Лаутерпахта, який намагався прояснити суть міжнародного права, використовуючи соціальний підхід. Відповідно до нього, загальна згода для міжнародного права – це загальна згода «сім'ї народів», а «початкова гіпотеза» приймається на основі неюридичних міркувань. Це було чітко сформульовано також Кельзенем, який став родоначальником нормативістського напрямку міжнародного права, що отримав назву Віденської школи. Він висуває тезу про «ступеневу структуру правопорядку», стверджуючи, що юридичні норми розташовуються наче по сходинках у порядку зростання конкретизації їх змісту. Останньою сходинкою є «індивідуальні» правові норми, під якими Кельзен розуміє судові рішення і розпорядження адміністрації з окремих конкретних випадків. Першою сходинкою є норми міжнародного права, які стоять мов би над внутрішньодержавним. «Чиста теорія права показує через аналіз позитивного міжнародного права, що воно [...] може розглядатися, якщо відкинути припущення щодо суверенності окремих держав, як система норм, що стоїть над національними юридичними порядками, надає їм рівність і з'єднує їх у загальною юридичному порядку. Визначаючи суб'єкт права як персоніфікацію норм, Кельзен говорить про державу як про частковий правопорядок з обмеженою територіальною сферою дії норм права.

У зв'язку із цим Кельзен пропонує відкинути «догму суверенності» держави, яка «не є результатом наукового аналізу явища держави, а припущенням філософської цінності». Тому

цю теорію не можна заперечувати науково. Він розуміє суверенітет чисто формально, тобто як незалежність однієї системи норм від інших, як вищий правопорядок, що не виводиться з іншого правопорядку²³. Таким чином, Кельзен заперечує суверенітет як основу сучасного правопорядку, хоча і визнає недосконалість норм позитивного міжнародного права, що анітрохи не змінює його тези про примат міжнародного права. Національні юридичні порядки, на його думку, знаходять підставу для своєї валідитарності в міжнародному юридичному порядку, який водночас визначає їх сфери валідитарності. Тому міжнародний юридичний порядок має стояти вище за будь-який національний порядок. Таким чином, він складає спільно з ними одну єдину універсальну юридичну систему.

Кельзен, на думку Бліщенко²⁴, виступає проти принципу суверенітету, прихильників якого він звинувачує в «націоналізмі» або, навіть, в «імперіалізмі», адже «кожна особа, що стоїть на позиції націоналізму й імперіалізму, може бути схильна до гіпотези про те, що її власний правопорядок є основною нормою, іншими словами, може бути прихильником примату національного права».

Однак повернімося до Харта, проводячи паралель між національним та міжнародним правом. Він наголошує на тому, що порушення норми в національному праві передбачає застосування системи санкцій, водночас порушення міжнародно-правової норми може не лише призвести до застосування міжнародно-правових санкцій, але і до застосування сили у відповідь на введення санкцій.

Його теза, висловлена на початку 60-х років ХХ століття, знайшла своє неодноразове підтвердження упродовж останніх років. Саме такі наслідки мала ситуація, що склалася у зв'язку з революційними подіями в Лівії 2011 року. Після прийняття Радою Безпеки ООН резолюції про застосування санкцій проти Лівії²⁵

²³ Kelsen H. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence / H. Kelsen. – Harvard Law Review, November 1941.

²⁴ Бліщенко І. П. Международное и внутригосударственное право / Бліщенко І. П. – М., 1960. – С. 56.

²⁵ Резолюция 1973 (2011), принятая Советом Безопасности на его 6498-м заседании 17 марта 2011 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/268/39/PDF/N1126839.pdf?OpenElement>

остання 3 травня 2011 р. оголосила війну Італії²⁶. Це ще раз свідчить про те, що доктрина випереджає практику, а окремі вчені випереджають свою епоху.

Окремі позиції проф. Харта все ж викликають якщо не різке заперечення, то певне здивування міжнародників, вихованих на радянській концепції міжнародного права. Зокрема, він передбачає необхідність заміни суверенітету як основоположної категорії міжнародних відносин, що, на думку професора, є застарілим з огляду на становлення нових міжнародно-правових течій. Зокрема, мова йде про неопозитивізм або, як його зараз модно називати, неокельзенізм, який характеризується в міжнародно-правовому контексті перенесенням акценту із вивчення окремих міжнародно-правових категорій на дослідження загальної системи, її взаємозв'язків, а також намаганням підняти міжнародно-правове знання на висоту так званої «точної теорії» (у деяких роботах використовується термін, який до міжнародно-правового обігу залучив Кельзен – «чиста теорія»). Виникнення у міжнародному праві неопозитивізму є наслідком спроби модернізації теорії міжнародного права, особливо з точки зору введення нових методів у міжнародне право. Методологія завжди залишалася слабким місцем міжнародного права, тому будемо сподіватися, що саме неопозитивізм дозволить використовувати нові для міжнародного права методи, зокрема математичний, який вже починає завойовувати серця міжнародників. Так, у роботі А. Гузмана, присвяченій дослідженню міжнародних звичаїв, уже були зроблені спроби вивести формули ефективності цього джерела.

Критикуючи категорію «суверенітет», Харт запропонував ввести поняття «норма, що визнається» як основу для сучасного міжнародного права. Така норма, на його думку, дозволить визначити, яким чином влада суб'єкта може бути трансформована у формування джерела міжнародного права, забезпечивши загальний критерій для визнання цих норм. Цей підхід є результатом переконання автора у тому, що в міжнародному праві не міститься

²⁶ «Війни хоче лівійський народ, і я не можу перешкоджати. Ми вже в стані війни з Італією, оскільки італійці вбивають наших дітей у 2011 році, як у 1911. Тому я не можу заборонити лівійцям захищати їхнє життя і землю та перенести військові дії на територію супротивника», – сказав Каддафі, звинувативши Італію в «новому колоніалізмі» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://tsn.ua/svit/kaddafi-ogolosiv-viynu-italiyi.html>

жодних критеріїв для визначення поняття «суверенітет», який досить часто вживається як синонім поняття «незалежність».

Оскільки в міжнародному праві не вистачає «норм, що визнаються», то таке явище, за висловом Харта, взагалі не можна назвати правом у загальному розумінні цього слова. На його думку, міжнародне право – це винятково набір норм, які перебувають поза системою. Більш того, тому, що називають міжнародним правом, притаманний ряд принципів, концепцій та методів, які властиві національному праву, і, відповідно, категорії юрист-міжнародник²⁷ просто не існує, оскільки всі національні юристи можуть займатися міжнародним правом. Міжнародне право, за словами Харта, може стати правом лише за умови, що багатосторонні універсальні договори стануть обов'язковими для всіх держав, незалежно від їх участі в них. Таким чином, будуть створені умови для юридичної дійсності міжнародно-правових норм.

Звісно, реалізація таких ідей проф. Харта істотно б змінила міжнародне право, однак воно перестало б бути тим, що регулює відносини рівних між рівними. Як би ми цього не заперечували із надією на відродження класичного міжнародного права, висловлені професором ідеї знайшли своє відображення у сучасному міжнародному праві, адже після виходу у світ першого видання монографії Г. Харта (початок 60-х років ХХ століття) значно посилилася тенденція до перетворення міжнародного права з горизонтальної системи правового регулювання на вертикальну, створивши таким чином певну ієрархію в міжнародно-правовій системі через ієрархію джерел міжнародного права.

Питання ієрархії є надзвичайно важливим аспектом, адже кількість норм міжнародного права постійно збільшується, відбувається їх видозміна, з'являються норми м'якого права, які регулюють ширшу сферу відносин. Їх місце в системі джерел міжнародного права так і не визначено. Характер міжнародного права змінюється, і разом із цим змінюється підхід до розуміння форми закріплення норм міжнародного права, їх співвідношення

²⁷ До речі, ця позиція проф. Харта підтверджується і нашим Кабінетом Міністрів, який не відносить випускників спеціальності «міжнародне право» до фахівців з права, а лише до фахівців з міжнародних відносин. Див. Постанову КМУ від 27 серпня 2010 р. № 787 Про затвердження переліку спеціальностей, за якими здійснюється підготовка фахівців у вищих навчальних закладах за освітньо-кваліфікаційними рівнями спеціаліста і магістра.

між собою. Відповідно, у практичному аспекті передусім постає питання про те, які норми і як мають застосовувати суб'єкти міжнародного права, на яке поки що ні доктрина, ні практика відповіді не дали.

Характер міжнародних відносин і, як наслідок, норм міжнародного права, значно змінився порівняно з 1945 р., коли було прийнято Статут ООН. Питання необхідності переосмислення та реформування існуючої системи міжнародного права як форми виразу міжнародних відносин порушувалося ще в 60-ті роки ХХ століття в роботі В. Фрідмана²⁸ «Структура міжнародного права, що змінюється». Зокрема, було зазначено, що з'явилася внутрішня динаміка міжнародного права, яка призводить до активного співробітництва як на всесвітньому, так і на регіональному рівнях, та те, що поняття «державний суверенітет» застаріває, а роль індивідуума підвищується, що в черговий раз підтверджує позицію проф. Харта. Така внутрішня динаміка пояснюється зовнішніми чинниками – змінюються геополітичні реалії, і політично незалежні держави стають економічно та технічно залежними.

Однак, на нашу думку, процеси нівелювання поняття державного суверенітету в жодному разі не сприяють підвищенню ефективності норми міжнародного права, хоча і призводять до виникнення достатньо чіткої ієрархії норм міжнародного права, яка підвищує ефективність системи²⁹. Разом із тим це може призвести і вже призводить до повернення концепції сили в міжнародному праві, але ніяк не сприяє появі об'єктивної міжнародної законності та формуванню об'єктивного міжнародного правопорядку.

Очевидно, що міжнародне право спрямоване на регулювання абсолютно специфічних відносин, порівняно з тими, які виникають всередині держави. Воно, регулюючи відносини між самостійними утвореннями, має риси, які відрізняють його від національного права. Навіть теорію держави і права для дослідження міжнародно-правових явищ слід використовувати надзвичайно обережно. Якби зміни не відбувалися, саме держави залишаються тими суб'єктами, які створюють та реалізують норми. Таким чином, вони самостійно визначають зміст своєї поведінки і межі

²⁸ Friedman W. The Changing Structure of International Law / W. Friedman. – Columbia University Press, 1966. – P. 88 – 95.

²⁹ Така суперечність загнала б національне право у глухий кут, а міжнародне тільки видозмінюється до невпізнаності.

її правомірності, а також поведінку третіх суб'єктів та межі правомірної їх поведінки. Звідси виникає фрагментарність природи міжнародного права³⁰ та його релятивізм як наслідок однакової правової природи основних правостворюючих суб'єктів і слабкої інституалізації міжнародного співтовариства, його децентралізованості. Останні події в Югославії, Афганістані, Іраку, Грузії відображають саме ці тенденції. Навіть всупереч взятим на себе зобов'язанням відповідно до Статуту ООН, ряд держав починає змінювати розуміння норми міжнародного права шляхом введення додаткового ієрархічного елемента: який із принципів міжнародного права має вищу силу – права людини чи невтручання у внутрішні справи держави, права людини чи незастосування сили або погроза силою. У цьому контексті надзвичайно цікавою є Підсумкова декларація Лісабонського саміту НАТО. Вочевидь, офіційна позиція НАТО, незалежно від тих політичних мотивів, якими вона була викликана, надає перевагу принципу територіальної цілісності перед правом народу на самовизначення³¹. Ці тенденції неодноразово обговорювалися на засіданнях відділу європейського права та міжнародної інтеграції Інституту законодавства Верховної Ради України, і такий підхід було сформульовано як зародження нового феномену міжнародного права – «подвійного *ius cogens*» (© Мовчан Ю.В.).

A priori норми міжнародного права поширюються тільки на тих суб'єктів, які їх прийняли або визнали для себе їх обов'язковість³². Як наслідок, такий релятивізм міжнародного права може призвести до того, що, маючи суверенне право визначати і тлумачити зміст та об'єм своїх прав, держава має таке ж право тлумачити обов'язки іншої держави. Це призводить до конфлікту з правами іншої держави стосовно тлумачення своїх прав, що кореспондують

³⁰ Детальніше про фрагментарність міжнародного права див. Доповідь дослідницької групи Комісії міжнародного права ООН на Генеральній Асамблеї ООН А/CN.4/L.682 13 April 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://daccess-ods.un.org/TMP/9568689.html>

³¹ Детальніше див.: Lisbon Summit Declaration Issued by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Lisbon – 20 Nov. 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_68828.htm?selectedLocale=en

³² Виняток – це, передусім, Статут ООН, який зобов'язує держави незалежно від їх участі чи неучасті в Статуті. Стаття 103 Статуту передбачає, що суперечності між зобов'язаннями держав за статутом мають більшу силу, ніж за зобов'язаннями, які виникають з інших міжнародних договорів.

обов'язкам першої, і, відповідно, тлумачення своїх обов'язків, які кореспондують правам першої. На думку Дж. Комбако³³, релятивізм норм міжнародного права полягає в тому, що їх межі залежать від зобов'язань держав: кожна держава, яка створює міжнародну норму або приєднується до неї, стає зв'язаною цією нормою. Поза сумнівом, суверенна держава має діяти в межах норм міжнародного права, однак це виключно її право надавати оцінку таким нормам і застосовувати норму в тій або іншій ситуації, залежно від свого розуміння, тим самим роблячи свій внесок до міжнародного правопорядку.

Не дивлячись на те, що визнання міжнародних організацій суб'єктами міжнародного права внесло істотно зміни до структури міжнародної спільноти та до структури міжнародного права, міжнародне право за своєю природою так і залишається правом суверенів^{34, 35}. Це призводить до того, що держави мають право брати участь у створенні норм або визнавати норми, створені іншими державами, однак лише тоді, коли вважають це за доцільне, керуючись при цьому не правовою необхідністю, а політичною доцільністю. У зв'язку із цим ряд авторів взагалі заперечує існування загального міжнародного права, вважаючи його лише тенденцією розвитку міжнародного права³⁶. Відповідно, немає підстав говорити про формування ієрархії норм міжнародного права.

Із цього випливає висновок про те, що воля однієї держави не може призвести до виникнення зобов'язання в іншій державі. Яскравим прикладом є звернення держав до МС ООН. Лише згода всіх держав, що беруть участь у спорі, є підставою для прийняття справи до провадження в МС ООН.

Відсутність вищого органу влади в міжнародній системі має ряд наслідків, що знаходять своє відображення у міжнародно-правових реаліях.

³³ Combacau J. *Droit International Public* / Combacau J., Sur S. – 3d edition, 2005. – P. 26.

³⁴ Як зазначив Міжнародний суд, «суб'єкти права у будь-якій правовій системі не обов'язково є ідентичними за своєю природою чи обсягом прав, і їхня природа залежить від потреб даного суспільства».

³⁵ *Repatriations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations Case* // International Court of Justice. – 1949. – P. 178.

³⁶ Salcedo J. A. C. *Reflection on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law* / J. A. C. Salcedo // 8 EJIL. –1997. – P. 583 – 595.

Перший наслідок – міжнародна система не є системою об'єктивно існуючої законності. Це система суб'єктивних тверджень та вимог, кожна з яких має відносне значення, що цілком відображається і в практиці міжнародного права, зокрема у справі про військові та напіввійськові дії проти Нікарагуа. Характерно рішення МС ООН так і не було виконане США.

Другий наслідок, який випливає з першого, – безсистемність правових наслідків через порушення норм міжнародного права.

Третій наслідок – норма не діє до тих пір, поки держава не погоджується на неї, тобто об'єктивно норма існує, однак її застосування на практиці неможливе до згоди держави на її обов'язковість, за винятком окремих категорій норм або окремих ситуацій, про які йтиметься дещо пізніше.

Відповідно, П.-М. Дюпюї³⁷ робить висновок про наявність потрійного феномену недиференційованості норми міжнародного права або рівності: норм між собою, рівності правил щодо прийняття цих норм, рівності джерел міжнародного права. Така позиція відповідає основній ідеї міжнародного права – координації діяльності держави та виникнення міжнародного права в результаті консенсусу. Однак відсутність ієрархічного елемента призводить до хаосу в будь-якій системі. Особливо це стосується правових систем, побудова яких неможлива без виникнення колізій між джерелами, і вони (колізії) мають бути вирішені. Тому цілком очевидно, що елементи ієрархії повинні бути присутні і в міжнародному праві, в якому кількість норм постійно збільшується.

Так, у XII Гаазькій конвенції щодо створення Міжнародного призового суду 1907 р. у статті 7 зазначалося: «Якщо питання, що є предметом спору, підпадає під сферу дії конвенції, яка діє між сторонами, [...] суд має застосовувати положення цієї Конвенції. У випадку відсутності таких положень Суд повинен застосувати звичаї міжнародного права. Якщо загальновизнані звичаї відсутні, суд має скористатися загальними принципами права та справедливості»³⁸.

Це положення по суті відображає ієрархічний підхід до визначення джерел міжнародного права через використання загального

³⁷ Dupuy P.-M. Droit international public / P.-M. Dupuy. – 3d edition, 2005. – P. 14 – 15.

³⁸ XII Гаазька конвенція щодо створення Міжнародного призового суду 1907 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldcourts.com/ipc/eng/documents/1907.10.18_convention.htm.

принципу права *lex specialis derogat legi generali*. Однак це єдина Конвенція, прийнята на мирній конференції 1907 р., яка так і не вступила в дію.

Частина 1 статті 38 Статуту МС ООН визначає основними джерелами для прийняття рішень конвенції, звичаї та загальні принципи права. Судові рішення та доктрини є допоміжними джерелами права, які відповідно до Статуту МС ООН є допоміжним засобом для визначення правових норм. Такий підхід, на думку проф. Г. Шварценбергера, визначає основи системи джерел міжнародного права. Однак це єдина відмінність між правовою природою джерел, яка наводиться у статті 38 Статуту МС ООН. Разом із тим це не можна вважати доказом наявності ієрархії джерел через застосування загального принципу права *lex specialis derogate lex generali*, як це передбачено у XII Гаазькій конвенції. Ще далі пішли розробники Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. (далі – Віденська конвенція 1969 р.). Стаття 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів³⁹ «Норми *jus cogens*» підтверджує наявність догматичних норм *jus cogens*, які відносяться до загального міжнародного права і визнані та прийняті міжнародною спільнотою в цілому. Ці дві характеристики відображаються у формуванні двох базових концепцій сучасного міжнародного правопорядку – норм *jus cogens* та зобов'язань *erga omnes*. Характерною ознакою норм *jus cogens* та зобов'язань *erga omnes* є визнання міжнародним співтовариством і недопустимість відхилення від перших. Комісія міжнародного права ООН (далі – КМП ООН) відзначала, що концепція імперативних норм загального міжнародного права підтверджується міжнародною практикою, рішеннями міжнародних та національних судів, а також доктриною⁴⁰. Проте практики та рішень для формування такого висновку дещо замало, адже стаття 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів на практиці взагалі не застосовується. Саме ця концепція набула надзвичайного значення у роботі військових трибуналів.

Зокрема, рішенням Міжнародного кримінального трибуналу по колишній Югославії (далі – МКТКЮ) у справі *Prosecutor v.*

³⁹ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

⁴⁰ International Law Commission Commentaries to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. – ILC Yearbook 2001, vol. II, Part Two. – P. 282.

*Anto Furundzija*⁴¹ було визначено характер дії та природу норм *jus cogens*. Так, заборону тортур було визнано нормою *jus cogens* через важливість цінностей, які вона захищає. В ієрархії норм міжнародного права ця норма перебуває на вищому рівні, ніж норми договірної та «звичайного» звичаєвого права. Наслідком такої ієрархічної нерівності норм є те, що держави не можуть відступати від зазначеного принципу, як у договірному порядку, так і через норми «звичайного» звичаєвого права, які не мають такої ж юридичної сили.

Незважаючи на те, що концепція *jus cogens* набула широкого визнання, не вирішеним лишається питання про те, які саме норми є імперативними. При розробці проекту Віденської конвенції про право міжнародних договорів КМП ООН відмовилася розробити перелік норм, які мають характер *jus cogens*, та відзначила, що «не існує жодного простого критерію, який би дозволив ідентифікувати будь-яку норму загального міжнародного права як таку, що має характер *jus cogens*»⁴².

У 2001 році КМП ООН у своєму Коментарі до проектів статей про відповідальність держав навела приклади норм *jus cogens*: заборона агресії, рабства і работоргівлі, геноциду, расової дискримінації та апартеїду, тортур⁴³, основні норми міжнародного гуманітарного права, що застосовуються у збройному конфлікті, право на самовизначення.

Імперативні норми міжнародного права слід обов'язково відрізнити від зобов'язань *erga omnes*, які, як уже було зазначено, є також основою сучасного міжнародного правопорядку. Про цей вид зобов'язань вперше згадується в Консультативному висновку Міжнародного суду ООН 1951 року про *застереження до Конвенції про запобігання і покарання злочину геноциду*⁴⁴. Наявність таких

⁴¹ Prosecutor v. Anto Furundzija. – ICTY. Judgment of 10 December 1998. – Case № IT-95-17/1. – Trial Chamber II.

⁴² Seiderman Ian D. Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension Antwerpen / Ian D. Seiderman. – Intersentia, 2001. – P. 123.

⁴³ Так вони визначені в Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, прийнятій 10 грудня 1984 р.

⁴⁴ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, I.C.J. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>

зобов'язань було підтверджено і в справі *Барселона Трекінг*⁴⁵, в якій Суд розділив міжнародні зобов'язання на дві групи: ті, що виникають між двома окремими державами, та зобов'язання між державою і міжнародним співтовариством⁴⁶. Норми, які породжують зобов'язання *erga omnes*, діють стосовно міжнародного співтовариства в цілому. Всі держави, незалежно від того, чи зазнали вони безпосередньо негативних наслідків порушення таких зобов'язань, мають право вимагати притягнення держави-порушника до міжнародно-правової відповідальності. Проте характер *erga omnes* прямо не вказує на наявність більшої юридичної сили цього зобов'язання, порівняно з іншими. Безперечно, норми, які породжують зобов'язання *erga omnes*, є важливими та мають особливе значення для забезпечення міжнародного правопорядку, але вони не мають вищої юридичної сили подібно до норм *jus cogens*.

Питання юридичної значущості категорії зобов'язань *erga omnes* викликає палкі суперечки серед вчених та юристів і залишається невирішеним. Незважаючи на це, такі зобов'язання глибоко укорінилися в міжнародній практиці. Доктрина зобов'язань *erga omnes* була підтверджена і КМП ООН. Зокрема, у Проекті статей про відповідальність держав за міжнародні протиправні діяння⁴⁷ (стаття 48) передбачено можливість притягнення держави-порушника до відповідальності державою, яка безпосередньо не зазнала шкоди, у таких випадках:

а) порушене зобов'язання є зобов'язанням щодо групи держав, включаючи цю державу, і встановлене з метою захисту колективних інтересів цієї групи; або

б) порушене зобов'язання є зобов'язанням щодо міжнародного співтовариства в цілому.

Більшість зобов'язань *erga omnes* виникла у сфері захисту прав людини та гуманітарного права. В цих сферах право не створює

⁴⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, ICJ Reports 1970.

⁴⁶ Алямкін р. В. Мирне вирішення міжнародних територіальних спорів: практика міжнародних судових органів. – Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – Київ – 2011. – С. 33.

⁴⁷ Резолюція, прийнята Генеральною Ассамблеєю [по докладу Шестого комітета (A/56/589 и Согг.1)] 56/83. Ответственность государств за международно-противоправные деяния [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/658/83/PDF/N0165883.pdf?OpenElement>

взаємних зобов'язань в двосторонньому порядку. Держави повинні дотримуватися зобов'язань *erga omnes* незалежно від того, чи дотримуються цих зобов'язань інші держави.

Суть зобов'язань *erga omnes* добре відображено в рішенні МКТКЮ у справі *Prosecutor v. Anto Furundzija*⁴⁸: «заборона тортур накладає на держави зобов'язання *erga omnes*, тобто зобов'язання щодо всіх членів міжнародного співтовариства, кожний з яких має відповідне право. До того ж, порушення таких зобов'язань одночасно є порушенням відповідного права всіх членів міжнародного співтовариства та наділяє кожного правом вимагати дотримання зобов'язання або принаймні вимагати припинення порушення зобов'язання».

Таким чином, співвідношення між нормами *jus cogens* та зобов'язаннями *erga omnes* можна визначити так: характер *jus cogens* свідчить про «вагомість» або особливе значення норм, а зобов'язання *erga omnes* відображає «обсяг» або «сферу охоплення», що має переважно процедурне значення. Норми *jus cogens* в обов'язковому порядку мають «обсяг» *erga omnes*. Водночас не всі зобов'язання *erga omnes* мають «вагомість» *jus cogens*.

І знову повертаємося до професора Харта, думка якого про те, що міжнародне право стане правом лише тоді, коли будуть існувати норми, що зобов'язують поза бажанням суб'єкта, отримала підґрунтя як теоретичне, так і практичне. Проблема ідеї Харта щодо «норми, яка визнається» полягає в тому, що вона враховує лише соціологічну складову права (тобто те, яким чином і чому суб'єкти виконують правові норми), однак не враховує правові наслідки застосування такої норми, незалежно від підстав її застосування. При цьому необхідно наголосити, що створення міжнародної норми, на відміну від національної, є результатом практики відносин суб'єктів і, відповідно, їх уявленням про те, як має бути.

У цьому контексті слушною є позиція одного з найбільших критиків ідей Г. Харта проф. Д'Амато щодо істотного взаємозв'язку між тим, як створюються норми міжнародного права, і тим, як вони застосовуються⁴⁹. Відповідно, підхід проф. Харта

⁴⁸ *Prosecutor v. Anto Furundzija*. – ICTY. Judgment of 10 December 1998. – Case № IT-95-17/1. – Trial Chamber II.

⁴⁹ D'Amato A. *Collected Papers*. Vol. 3 *Sources of International Law*. – Leiden, 2004. – P. 291.

не враховує особливостей системи міжнародного права в цілому та його джерел як основи для побудови системи. З одного боку, дійсно виправданим є формування міжнародного права на основі міжнародних багатосторонніх договорів, положення яких є обов'язковими для всіх суб'єктів міжнародного права, незалежно від їх участі в таких договорах, якщо такі договори, як було зазначено вище, містять зобов'язання *erga omnes*. Однак з іншого – такий підхід абсолютно не враховує тієї особливості, що більшість таких угод є, переважно, результатом кодифікації універсальних міжнародно-правових звичаїв. Таким чином, міжнародно-правовий договір може бути застосовано як кодифікований міжнародно-правовий звичай загальною міжнародного права. Саме це було зроблено Міжнародним судом ООН у справі про Континентальний шельф Північного моря⁵⁰. Отже, відбувається «перетікання» форми джерела міжнародного права з міжнародно-правового звичаю у міжнародний договір і навпаки.

Така «нестабільність» форми джерел міжнародного права, як це не дивно, сприяє системності міжнародного права, адже базові елементи міжнародного права, які знаходяться у тісних взаємовідносинах та зв'язках, створюють цілісність та єдність⁵¹. Таким чином, міжнародне право, будучи «абстрактною характеристикою міжнародних відносин»⁵², функціонує як єдина система, в основі якої лежить певний фундамент – принципи міжнародного права, які, поза сумнівом, є нормами *jus cogens* та містять зобов'язання *erga omnes*. Хоча їх віднесення до *jus cogens* є питанням спірним, і ряд вчених, у т.ч. і вітчизняних, не визнають за ними такого статусу.

Постає питання: що ж розхитує систему міжнародного права. І відповідь тут одна – нестабільність та багато в чому неефективність міжнародно-правової системи зумовлена ієрархічною непевністю системи, що пов'язано передусім зі специфікою походження

⁵⁰ North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 20 February 1969. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>

⁵¹ Фельдман Д. И., Курдюков Г. И., Лихачев В. Н. О системном подходе в науке международного права // Д. И. Фельдман, Г. И. Курдюков, В. Н. Лихачев // Правоведение. – 1980. – № 6. – С. 40 – 47

⁵² Onuf N. G. International Legal Order as an Idea. — American Journal of International Law. – 1979. – vol. 73. – n. 2 – P. 250.

норми міжнародного права, її формальною незакріпленістю і наявністю значних розбіжностей у практиці міжнародного права. Повертаючись до професора Харта, першопричиною всього слід вважати горезвісний суверенітет, на основі якого будувалося все міжнародне право ХХ століття.

Основи такого підходу до розуміння природи норми міжнародного права було закладено Постійною Палатою Міжнародного Правосуддя у 1927 р. у справі *Лотус*⁵³. У цьому рішенні, зокрема, було зазначено, що міжнародне право регулює відносини між державами. Зобов'язання виникають у держав тільки за наявності їх волі і впливають вони з конвенцій або звичаїв, які загальнови́знані як вираз принципів права та встановлені для врегулювання відносин між існуючими незалежними утвореннями. Такі утворення можуть діяти в будь-який спосіб, в який вони побажають до тих пір, поки не отримають чіткої заборони.

Саме на цей принцип посилалися США, висловлюючи свою негативну позицію щодо створення Міжнародного кримінального суду⁵⁴. Тобто, якщо в основу правової природи норми міжнародного права ми кладемо концепцію погодження волі суб'єктів, які володіють суверенітетом, то ми не враховуємо тих змін, які сталися за останні роки як у теорії, так і в практиці міжнародного права. З'явилися норми, які, на думку судді МС ООН М. Беджауї⁵⁵, стали результатом глобалізаційних процесів, заміни класичного права співіснування на право співробітництва, появи поняття «міжнародна спільнота», зобов'язань *erga omnes*, норм *jus cogens*, категорії загального спадку людства.

З огляду на це, ще раз знаходимо підтвердження того, що питання ієрархії міжнародних норм абсолютно не пов'язане з питанням форми закріплення. Поява норм *jus cogens* пов'язана із формуванням міжнародного правопорядку на основі ООН. Вважається загальноприйнятим, що норми *jus cogens* – це передусім норми, закріплені в Статуті ООН, зміст яких роз'яснено в Декларації про

⁵³ The Case of the S.S. Lotus France v. Turkey [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/.

⁵⁴ Burroughs John. US Opposition to the International Criminal Court / June 2003. – [Електронний ресурс] Режим доступу: http://www.lcnp.org/global/ICC_USOPP.htm

⁵⁵ Declaration of President Bedjaoui Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion. – [Електронний ресурс] Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7499.pdf?PHPSESSID=729f32f93a04b1f86a6f7813c013f5989>

принципи міжнародного права. Проте визначення цієї категорії норм міститься виключно в статті 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів «Договори, які суперечать імперативній нормі загального міжнародного права: *jus cogens*».

Імперативна норма загального міжнародного права є нормою, що приймається і визнається міжнародним співтовариством держав у цілому як норма, відхилення від якої неприпустиме, і яку може бути змінено тільки наступною нормою загального міжнародного права, що мала б такий же характер. Стаття 103 Статуту ООН чітко відносить всі норми Статуту саме до такої категорії норм. Однак єдиного переліку таких норм не існує, як, власне, не існує чітких критеріїв віднесення норми до *jus cogens*. Проте наявність таких норм у системі міжнародного права свідчить про зародження певної ієрархічної структури.

Це дозволяє сьогодні говорити про наявність міжнародного правопорядку, який має дещо спільне із внутрішньодержавним правопорядком і є передумовою для функціонування міжнародної спільноти в цілому, для підтримання міжнародного миру й безпеки, в основі якої лежать норми, обов'язкові для всіх держав⁵⁶.

Викладене свідчить про необхідність дослідження категорії джерело міжнародного права у співвідношенні змісту та форми.

Існують правові поняття, якими постійно послуговуються як науковці, так і практики, однак кожен вкладає в них свій зміст. Причина полягає в тому, що відсутнє їх нормативне закріплення. До таких понять, поза сумнівом, належить «джерело міжнародного права»⁵⁷.

⁵⁶ І.І. Лукашук визначає міжнародний правопорядок, як систему правовідносин, яка складається в процесі міжнародно-правового регулювання. Міжнародний правопорядок є результатом упорядкування системи міжнародних відносин міжнародним правом (див. Лукашук І.І. Международное право. Общая часть. 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 432 с.). Аналогічно визначає міжнародний правопорядок і А. П. Мовчан, який вважає, що сучасний міжнародний правопорядок є системою міжнародних відносин, які встановлені і здійснюються на основі принципів і норм сучасного міжнародного права та спрямовані на забезпечення нормальних, миролюбних відносин і співробітництва між всіма державами, незалежно від їх політичних, економічних, соціальних систем та від рівня їх розвитку. Загалом міжнародний правопорядок можна визначити як порядок міжнародних відносин, що формується на основі принципів і норм міжнародного права та є практичною реалізацією міжнародного права, а також має за мету захист спільних інтересів світового співтовариства і передусім загального миру і міжнародної безпеки (Мовчан А.П. Международный правопорядок. – М., 1996. – 103 с.).

⁵⁷ Degan Vladimir Duro. Sources of International Law. – 1997. – Kluwer Law International – P. 6.

У міжнародно-правовій літературі зустрічаються і зовсім оригінальні підходи до розуміння джерел міжнародного права як таких, які застосовуються для регулювання міжнародних відносин і є соціально придатними. Ряд вчених взагалі застосовує підхід літературної алюзії, порівнюючи джерело з водою. Мова йде не про джерело походження води (хоча зустрічаються і такі метафори), а про форму басейну, в якому є вода⁵⁸. Разом із тим надзвичайно важливим залишається питання про те, звідки береться вода у басейні, які підземні струмки її живлять. І цей момент є визначальним, а про нього доволі часто забувають і починають задавати собі запитання, а чи є міжнародне право правом.

Ще Л. Оппенгейм зазначав, що помилки у визначенні поняття «джерело міжнародного права» можна уникнути, якщо проаналізувати зміст самого поняття «джерело»: «Джерело означає зародження. Воно може бути визначено як потік води, що виривається з-під землі. Коли ми бачимо потік води і маємо бажання визначити, звідки він, ми піднімаємося вгору за течією до тих пір, поки не знаходимо місце, де вода виходить на поверхню. Ми знаємо, що це місце не є причиною появи води, однак є джерелом»⁵⁹.

Кількість визначень цього поняття неможливо навіть порахувати. При цьому міжнародно-правова література містить визначення протилежні за змістом. Ще у 1925 р. професор П. Корбетт застерігав від плутанини в цьому питанні у своїй роботі «Згода держав та джерела права народів»⁶⁰.

У 1952 р. до цього ж висновку дійшов і професор Г. Бріггс у роботі «Право народів». Він зазначає, що термін «джерела» може розглядатися у таких значеннях:

1. Як підстава виникнення зобов'язання в міжнародному праві;
2. Як фактор впливу на розвиток міжнародного права, який окремі автори називають матеріальними джерелами міжнародного права;
3. Як форма закріплення і «документальний доказ» існування джерела.

⁵⁸ Tammes A.J. P. Tammes Decisions of Inetrnational organs as a Source of International Law. – A.W. Sijhoff, Leiden, 1958. – P. 285.

⁵⁹ Oppenheim-Lauterpacht. International Law, vol. I, Eight edition, London. – 1957. – P. 18.

⁶⁰ Corbett P. The Consent of States and the Sources of the Law of Nations, The British Year Book of International Law 1925. – P. 29 – 30.

У результаті Г. Бріггс вважає, що джерело міжнародного права слід розглядати винятково із формальної точки зору як відображення методу та способу створення норми міжнародного права⁶¹. Цю точку зору в загальних рисах поділяє і проф. Г. Шварценбергер. Він, визначаючи категорію «джерело», вводить два поняття – «правотворчий процес» та правовизначаючий процес. При цьому перше стосується міжнародних договорів, звичаїв та загальних принципів права, а друге – джерел додаткових засобів визначення змісту норм, тобто юридичної практики та доктрини⁶². Такий підхід можна вважати визначенням поняття «джерело міжнародного права» через моделювання системи джерел та формулювання основ їх взаємодії.

Таким чином, на думку ряду вчених, вони розмежовують матеріальні та формальні джерела, при чому перші не є справжніми джерелами міжнародного права⁶³.

Проф. І. Лукашук вважає, що систему міжнародного права, а відповідно і систему його джерел, визначає матеріальна основа, зокрема міжнародні відносини, для обслуговування яких і слугує міжнародне право. Для виникнення джерела міжнародного права необхідна угода (згода є елементом такої угоди), яка виражає погоджену волю держав. Без угоди немає норми міжнародного права, і з цієї точки зору угода (згода) є джерелом норм міжнародного права. Відповідно, є тільки два джерела міжнародного права: договір та звичай⁶⁴⁻⁶⁵. Під джерелами міжнародного права автор розуміє форми виразу та існування міжнародних норм, форми,

⁶¹ Briggs Herbert. The Law of Nations, Second Edition, New York, 1952. – P. 44.

⁶² Schwarzenberger G. International Law, International Law as Applied by International Courts and Tribunals. – vol. 1, 3d ed., – London. – 1957. – pp. 26-27.

⁶³ Tammes A.J. P. Decisions of International organs as a Source of International Law. – A.W. Sijhoff, Leiden, 1958. – P. 285.

⁶⁴ Лукашук И.И. Источники международного права. – К., 1966. – С. 41.

⁶⁵ Такий підхід є лише частково виправданим і в подальшому Автор відійшов від цієї позиції (детальніше див. Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. – Издательство «Спарк». - М., 1997 г. – 322 с.), оскільки від самого початку практика міжнародного права стояла на інших засадах. Зокрема, в рішенні по справі «Лотус» Постійна палата міжнародного правосуддя посилається на принципи, які є чинними для всіх незалежних держав і які рівною мірою застосовуються до учасників міжнародних договорів (із справою можна ознайомитись за адресою http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/. – р. 13.). Тобто Суд ще тоді відзначив наявність джерел міжнародного права, які існують об'єктивно і об'єктивно є обов'язковими для суб'єктів міжнародного права, незалежно від наявності згоди останніх.

що дають можливість зрозуміти їх нормативний зміст. Позиція проф. Лукашука, висловлена у зазначеній роботі, базується на класовому підході до розуміння джерел права в цілому як специфічних способів вираження волі панівного класу (*у розрізі міжнародного права – держав – Авт.*), за допомогою яких ця воля стає правом⁶⁶. Така позиція є базовою для науковців радянської школи міжнародного права 50 – 80-х років ХХ століття (Є. Коровіна, В. Дурденевського, Ф. Кожевнікова та інших). Проф. В. Дурденевський у своїй роботі «Джерела міжнародного права», яка вийшла в Москві у 1948 р., даючи визначення джерелам міжнародного права, підкреслює виняткову роль держави у створенні джерел міжнародного права. Зокрема, він зазначає, що «під джерелами міжнародного права слід розуміти поєднання воль держав, мовчазного або відкритого, у правилах поведінки або актах, що їх розвивають»⁶⁷.

Існує ще один підхід до розуміння поняття «джерела міжнародного права» – через визначення їх переліку, який застосовується переважно у практиці міжнародних судів та трибуналів, а також при розробці міжнародних договорів щодо вирішення міжнародних спорів. Так, у ХІІ Гаазькій конвенції щодо створення Міжнародного призового суду 1907 р., де у статті 7 зазначено:

«Якщо питання, що є предметом спору, підпадає під сферу дії Конвенції, яка діє між сторонами, [...] Суд має застосувати положення цієї Конвенції. У випадку відсутності таких положень, Суд повинен застосувати звичаї міжнародного права. Якщо загальновизнані звичаї відсутні, суд має скористатися загальними принципами права та справедливості»⁶⁸.

Фактично ця стаття закріплює позитивістський підхід до визначення джерел міжнародного права. Однак це єдина Конвенція, прийнята на мирній конференції 1907 р., яка так і не вступила в дію. Тому вагомішими з цієї точки зору є положення статті 38 Статуту Постійної палати міжнародного правосуддя (ППМП) 1920 р. та стаття 38 Статуту МС ООН.

⁶⁶ Лукин П.И. Источники международного права. – М., 1960. – С. 4.

⁶⁷ Дурденевский В.Н. Источники международного права. – Рукописный Фонд Института права АН СССР. – М., 1948 р. – С. 8.

⁶⁸ Convention (XII) relative to the Creation of an International Prize Court [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldcourts.com/ipc/eng/documents/1907.10.18_convention.htm. – Перевірено 20.10.2009.

Суд, який зобов'язаний вирішувати передані йому спори на підставі міжнародного права, застосовує:

а) міжнародні конвенції, як загальні, так і спеціальні, що встановлюють правила, визнані державами, які спорять;

б) міжнародний звичай як доказ загальної практики, який визнаний як правова норма;

в) загальні принципи права, які визнані цивілізованими націями;

г) із застереженнями, вказаними в статті 59, судові рішення та доктрини найбільш кваліфікованих спеціалістів із публічного права різних націй як допоміжний засіб для визначення правових норм. Це положення не обмежує право Суду вирішувати справу *ex aequo et bono*, якщо сторони з цим погоджуються⁶⁹.

Слід зазначити, що частина 2 статті 38 Статуту МС ООН визначає не конкретне джерело, що має бути застосоване для вирішення спору, а лише те, якими засобами його вирішити. При цьому обов'язковою умовою Статут визначає згоду сторін на застосування конкретних засобів, що є певним відходом від позитивістської концепції в міжнародному праві для вирішення міжнародного спору.

Більшість учених підтримує позицію, згідно з якою саме стаття 38 Статуту МС ООН визначає джерела позитивного міжнародного права. Багато в чому це виправдано⁷⁰, адже Статут МС ООН є частиною Статуту ООН. Більше того, МС ООН є одним із шести головних органів ООН (стаття 7 Статуту ООН), її головним судовим органом (стаття 92 Статуту ООН). Тому очевидно, що ті джерела, які Суд застосовує у своїй діяльності для вирішення міжнародних спорів відповідно до норм міжнародного права, є обов'язковими для всіх держав світу. З цього можна зробити такий висновок: стаття 38 Статуту МС ООН визначає систему джерел міжнародного права, які в цілому визнаються державами. Цей висновок застосовується до сторін Статуту, які не визнали обов'язкової юрисдикції Суду на підставі частини 2 статті 36 Статуту ООН або на підставі дво- або багатосторонніх угод.

Статут, як міжнародний договір, зобов'язує всі держави-учасниці, а учасницями є, за невеликим винятком, усі держави світу.

⁶⁹ Статут Международного Суда [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/russian/documen/basicdoc/statut.htm#chap2>. – Перевірено 20.10.2009.

⁷⁰ Degan Vladimir Duro. Sources of International Law // V. Degan. – 1997. – P. 14.

Відповідно до частини 2 статті 93 Статуту ООН держава, яка не є членом ООН, може стати учасником Статуту МС ООН на умовах, які визначаються в кожному конкретному випадку Генеральною Асамблеєю за рекомендацією Ради Безпеки ООН⁷¹. Так, у першій же справі, яка слухалася МС ООН, щодо протоки Корфу (Велика Британія проти Албанії) Велика Британія після дипломатичного листування з Албанією порушила питання перед Радою Безпеки ООН про можливість участі Албанії в розгляді спору МС ООН. Рада Безпеки, у свою чергу, запропонувала Албанії, яка на той час не була членом ООН, брати участь у розгляді справи в МС ООН за умови, якщо вона візьме на себе всі зобов'язання члена ООН в аналогічному випадку. Албанія погодилася, і 9 квітня 1947 р. Рада Безпеки прийняла резолюцію про передачу спору на вирішення МС ООН⁷².

І все ж таки, не дивлячись на авторитетність статті 38 Статуту МС ООН, не можна вважати, що її положення відображають усю повноту джерел та систему джерел міжнародного права, незалежно від того, чи є такі джерела основними, чи допоміжними. По-перше, визначаючи звичай як підтвердження загальної практики, Статут Суду бере до уваги тільки звичаї загального міжнародного права, оминаючи увагою регіональне (партикулярне) міжнародне право і, відповідно, його звичаї (регіональні, локальні тощо). Наявність таких звичаїв підтверджує як практика держав, так і практика самого Суду. Ці звичаї дуже подібні за своєю природою до неписаних міжнародних договорів і відрізняються за правовою природою від звичаїв загального міжнародного права. Крім того, норма не дає вичерпного переліку допоміжних джерел. Проблема переважно полягає в практиці застосування додаткових джерел для визначення змісту звичаєвих норм.

Отже, переосмислення категорії «джерело міжнародного права» слід здійснити, використовуючи два базові підходи – формальний та філософсько-правовий. Це дасть можливість виявити сильні та слабкі сторони сучасних доктринальних підходів до

⁷¹ Устав ООН [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/documents/charter/chapter14.shtml>

⁷² Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=1&code=cc&p3=5>

правової природи джерела міжнародного права і здійснити їх критичний аналіз.

Так, формальний підхід, застосований у Статуті МС ООН та Гаазькій конвенції про мирне вирішення міжнародних зіткнень, є результатом переважно позитивістської традиції право розуміння. Їйого основним недоліком є відсутність динаміки та гнучкості, необхідних для ефективності та еволюції системи міжнародного права.

Філософсько-правовий підхід базується передусім на природно-правовому розумінні джерела міжнародного права і дозволяє проаналізувати не лише форму існування джерела, але і його аксіологічний зміст, який знаходиться поза формою закріплення джерела.

Виходячи з об'єктивної реальності регулювання сучасних міжнародних відносин, яка характеризується поступовим відходом від класичних джерел міжнародного права, як об'єктивної міжнародно-правової категорії до справедливості, як суб'єктивної, філософсько-правовий підхід до розуміння джерел права є більш виправданим. Застосування цього підходу сприяє прогресивному розвитку міжнародного права, однак негативно впливає на стабільність міжнародного правопорядку і збільшує вплив національного права на розуміння винятково міжнародно-правових категорій. Починає домінувати прецедентне праворозуміння, яке походить з англосаксонської системи права. Тому міжнародне право набуває характеру прецедентного, що ще раз підтверджує неправильність змістовного наповнення статті 38 Статуту МС ООН. Така ситуація зумовлює зменшення ваги суверенітету як базової категорії міжнародного права кінця XIX – початку XX століття.

Крім того філософський підхід до визначення джерела міжнародного права дозволяє визначити місце і роль категорії «справедливість» як базової категорії сучасного міжнародного права, що відіграє істотну роль у формуванні уявлення про джерело міжнародного права як явища системного характеру і дозволяє констатувати наявність джерел та квазиджерел міжнародного права. До останніх відносимо: справедливість, доктрини та рішення міжнародних судових органів, які впливають на формування або є складовими джерела міжнародного права та, по суті, є джерелами джерел міжнародного права.

Пошук 2 :

ЗАГАЛЬНІ ПРИНЦИПИ ПРАВА ЯК ДЖЕРЕЛО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА, АБО ВІД КОЛЕСА ДО КОСМІЧНОЇ РАКЕТИ

Автори розходяться, як правило, в усіх фундаментальних питаннях щодо функціонування міжнародного права як системи, загальні принципи права не є винятком. Загальні принципи права є одними з основних та самостійних джерел міжнародного права. Вони відіграють надзвичайну роль в прогресивному розвитку міжнародного права. Для того, щоб чітко визначити значення цього джерела для розвитку та становлення сучасного міжнародного права слід зупинитися ще раз на доктринальних розходженнях щодо визначення правової природи цього джерела та його значення, адже жодне інше джерело міжнародного права не викликало таких жвавих дискусій. При цьому слід враховувати, що більшість підходів до загальних принципів права як джерела міжнародного права скоріше ґрунтуються на доктринальних позиціях авторів, ніж на реальному дослідженні проблеми.

Загальні принципи права складаються переважно із фундаментальних правових принципів, які є передумовою функціонування правопорядку. Таким чином, ці принципи є спільними для всіх галузей права. Водночас доктрина та практика зі своїми специфічними потребами не звужують межі цих джерел міжнародного права до декількох базових принципів. Тому надзвичайно широкий спектр принципів, які використовуються як на практиці, так і в доктринальних дослідженнях, зумовлює необхідність дослідження аналогії в міжнародному праві, яка, по суті, і є механізмом заповнення прогалин та дозволяє використовувати принципи права для вирішення міжнародно-правових проблем.

У літературі є абсолютно різні підходи як до визначення суті та змісту загальних принципів, так і до їх правової природи та взаємодії з іншими джерелами міжнародного права – договорами і звичаями.

Окремі автори пов'язують ці принципи з ідеями природного права. Інші шукають їх витoki в арбітражних рішеннях ХІХ століття, які базуються на ідеї справедливості. Слідуючи за Г. Гроцієм, Ч. Фенвік вважав, що ці принципи походять із фундаментальних принципів моралі, справедливості, які змішалися зі спеціальними принципами кодифікованого цивільного права та принципами цивільного судочинства, закріпленими в рішеннях судів англосаксонського права. Л. Оппенгейм вбачав закріплення загальних принципів права як джерела для прийняття рішення МС ООН у статті 8 Статуту МС ООН поразкою позитивістів, адже їх закріплення показує неможливість зведення всієї міжнародної системи винятково до волі держави⁷³. Чарльз де Вішер називає включення загальних принципів права до статті 38 Статуту МС ООН результатом впливу винятково позитивістської школи, оскільки існує кваліфікуюча ознака «визнані цивілізованими націями», більш того, такі принципи виступають обов'язковими нормами. Радянська школа міжнародного права стояла на крайніх позиціях стосовно визначення місця загальних принципів міжнародного права, заперечуючи взагалі існування такого джерела або визнаючи за ними характер джерела тільки у випадку використання їх МС ООН та якщо це погоджено сторонами⁷⁴.

Не набагато краща ситуація із визначенням межі дії загальних принципів та їх місця в ієрархічній системі джерел міжнародного права. При розробці проекту статті 38 Статуту ще у 1920 році Консультативна комісія юристів (*Advisory Committee of Jurists*) зазначала, що використання загальних принципів права має на меті закриття тих правових прогалів, які існують у відносинах між конкретними державами. Побудова цієї статті Статуту не дає підстав вважати, що там закладено ієрархію джерел міжнародного права. У даному випадку є тільки перелік рівних за юридичною

⁷³ Oppenheim L., Lauterpacht H. *International Law* / L. Oppenheim, H. Lauterpacht. – Vol. I, Eighth edition. – London, 1957. – P. 30.

⁷⁴ Лисовский В.И. *Международное право* / В.И. Лисовский. – К., 1955. – С. 28 – 29.

силою джерел міжнародного права. Водночас проф. Деган, застосовуючи принцип *lex specialis derogat generali*, доводить, що спеціальні норми звичаю та договору повинні мати перевагу⁷⁵ над загальними принципами. Інші автори, базуючись на власному праворозумінні, вважають, що загальні принципи права займають найвищий щабель в ієрархічній системі джерел міжнародного права. Гільдебрандо Аціолі, посиляючись на Альфреда Фердросса, називає загальні принципи права фундаментальними джерелами та джерелами *par excellence* всієї системи міжнародного права, які мають перевагу над звичаями й договорами, тому що такі джерела базуються на цих принципах і не можуть їм суперечити⁷⁶.

Аналогічної позиції дотримувався, застосовуючи функціональний підхід, і Макс Соеренсен, який стверджував, що такі принципи мають фундаментальний характер, оскільки служать цементами всієї міжнародно-правової системи, а також поєднують міжнародне право з національним, що дозволяє, на його думку, найефективніше вирішити проблеми людства. Хоча далі Макс Соеренсен робить доволі неочікуваний висновок – загальні принципи права є допоміжним джерелом міжнародного права порівняно з договором та звичаєм⁷⁷.

Таким чином, загальні принципи права стали одним із найдискусійніших питань у доктрині міжнародного права з того часу, як 1920 р. вони були проголошені самостійним джерелом міжнародного права. Основною причиною таких розходжень у доктринальних поглядах є концептуально різний підхід до розуміння правової природи міжнародного права в цілому.

Сам термін «принципи права» як джерело міжнародного права живається в літературі неоднозначно та непослідовно. З одного боку, їх визначають правовими максимами, які є результатом синтезу всіх систем права, що є цілком вірним. Без таких максим, наприклад, як *lex specialis derogat legi generali* або *lex posterior derogat legi priori*, правил тлумачення *ut res magis valeat quam pereat*, аргументація *ab absurdo*, спосіб тлумачення *a contrario*

⁷⁵ Degan V. D. Sources of International Law / V. R. Degan. – Martinus Nijhoff Publishers, 1997. – P. 16.

⁷⁶ Akehurst M. The Hierarchy of the Sources of International Law / M. Akehurst // The British Yearbook of International Law, 1974 – 1975. – P. 275.

⁷⁷ Sorensen Max Reviews International Law // Manual of Public International Law, 1968. – NewYork, N.Y., Macmillan, 1968. – P. 457 – 461.

contra proferentem, будь-яка правова система не змогла б функціонувати. Водночас, такі максими не є беззаперечними правовими нормами. У літературі було поставлено питання про те, наскільки максима *lex specialis derogat legi generali* є правилом логіки та загальним принципом права? Чи буде правомірним рішення судді, якщо він порушить одну з максим і чи це порушення не призведе до викривлення рішення? Ще один приклад, наведений проф. Чарльз Росау, стосується максими *lex posterior derogat legi priori*, яка не працює у випадку, коли наступний договір не відповідає раніше прийнятим нормам *jus cogens*.

З іншого боку, термін «принципи» використовується для позначення «принципів ООН», закріплених у статті 2 Статуту ООН⁷⁸ і Декларації про принципи міжнародного права, які стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН 1970 р.⁷⁹ Однак такі принципи мають зовсім іншу природу, ніж зазначені максими, вони прийняті державами як обов'язкові до виконання правила, порушення яких тягне за собою настання відповідальності. У літературі зустрічаються навіть погляди, згідно з якими саме ці принципи є нормами *jus cogens*.

Таким чином, загальні принципи права у доктрині розглядаються як: 1) необов'язкові правові максими; 2) можливість для судді використати аналогію з національним правом на свій власний розсуд; 3) фундаментальні принципи міжнародного права беззастережного характеру та такі, що мають верховенство по відношенню до інших правових норм.

Деякі позитивісти заперечують *a priori* за такими принципами характер окремого джерела міжнародного права. Вони вважають, що під таким явищем сховано постійні та незмінні правила природного права, але вони не визнані та не існують як правова норма. Однак постає питання, що такі автори розуміють під природним правом, адже це є ключовим фактором, який впливає на їхнє розуміння взаємозв'язку між загальними принципами права та природним правом.

⁷⁸ Устав ООН [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/documents/charter/chapter1.shtml>

⁷⁹ Декларація про принципи міжнародного права, які стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН 1970 р [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/351/54/IMG/NR035154.pdf?OpenElement>

Окремі науковці визнають за загальними принципами права винятково принципи, притаманні більшості або всім правовим системам, не досліджуючи питання, чи є такі принципи за своїм змістом однаковими для національного, наднаціонального та транснаціонального права. До таких принципів доволі часто відносять принцип демократії та верховенства права.

Більшість вчених бачить до цих пір у таких принципах ізольоване джерело міжнародного права, не пов'язане з іншими джерелами. І якщо окремі загальні принципи права є в міжнародних звичаях та договорах, вони більше не розглядаються такими вченими як загальні принципи права⁸⁰. Такий підхід викликає деякі заперечення.

Загальні принципи права були включені до системи джерел міжнародного права в особливий період його розвитку. На жаль, у межах цієї роботи неможливо дослідити особливості такого розвитку, це має бути предметом окремого дослідження, але зупинимося на окремих характерних рисах природного, божественного та позитивного права, зосередившись передусім на особливостях позитивізму XIX століття та його впливу на формування положень статті 38 Статуту Гаазького Суду, а також проаналізуємо її проекти, що, на нашу думку, дозволить встановити істину. Почнемо з самого початку – із Риму.

Термін право народів або *jus gentium* вперше з'явився в Римському праві. Однак, за винятком окремих випадків у ранній історії, римська держава не підтримувала ніяких відносин з іншими державами на основі рівності та взаємної поваги. Прагнучи до світового панування, римляни нав'язували своє право підкореним народам. З очевидних причин *jus gentium* у розумінні римлян – це не система норм та правил щодо регулювання відносин між рівними та незалежними державами, як зараз ми розуміємо міжнародне право, це було винятково римське право з окремими ознаками загальних принципів права, які є джерелом сучасного міжнародного права.

Норми *jus gentium* виникли та розвивалися в судовій практиці римських суддів (*praetor peregrinus*), які розглядали комерційні спори між громадянами Риму та переміжниками (громадянами

⁸⁰ Degan V. D. Sources of International Law Kluwer Law International / V. D. Degan. – Martinus Nijhoff Publishers, 1997. – P. 18 – 19.

підкорених держав) або між самими переселенцями. Громадяни Риму були суб'єктами власного *jus civile* або *jus Quiritium*, що було вкрай формалізованим та носило частково сакраментальний характер. На відміну від *jus Quiritium*, *jus gentium* вважався таким, що має універсальний характер, і визнавався всіма народами та окремими особами незалежно від їхньої приналежності до конкретних держав або ступеня розвитку⁸¹.

В Інституціях Гая все право було розділено на *jus civile*, яке створюється кожним народом для його власних потреб, та *jus gentium*, яке базується на природних причинах (*naturalis ratio*) та є спільним для всіх народів. Згідно з Інституціями Гая громадяни Риму повинні частково використовувати власне національне право (*jus civile*) та частково право притаманне всім народам (*jus gentium*)⁸².

Але все ж більшість римських юристів не розрізняла *jus gentium* та *jus naturale*, ідеї якого були закладені грецькими філософами-стоїками. Вони були переконані, що природне право виникає з природи людини як раціональної, соціальної та природної істоти, і що саме такі норми мають регулювати поведінку людини в цілому. Будучи найпростішими та найраціональнішими, ці норми природного права мали універсальне застосування. Відповідно до вчення римського юриста Ульпіана природне право – це право, яке стосується всіх тварин і не обмежується винятково людськими істотами⁸³.

Jus gentium вплинуло на кодифікацію римського права Юстиніаном I Великим у його *Corpus Juris Civilis*, яке пережило Візантійську імперію та було безпосередньо включене до права багатьох держав, проіснувавши аж до кодифікації цивільного права. Але окремі загальні принципи були рециповані цивільними кодексами, прийнятими в державах упродовж XIX – XX

⁸¹ Детальніше про зародження і становлення міжнародного права див.: Буткевич О.В. Теоретичні аспекти походження і становлення міжнародного права / О.В. Буткевич. – К., 2003. – 800 с.; Міжнародне право Стародавнього Світу. – К., 2004. – 864 с.; Буткевич О.В. У истоков международного права. – С-Пб., 2008. – 881 с.

⁸² Гай. Институции [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ancientrome.ru/ius/source/gaius/kn01f.htm>

⁸³ Античная философия [Електронний ресурс]. – В.Ф. Асмус. – Режим доступу: <http://www.sno.pro1.ru/lib/asmus/9.htm>

століть. Загальні принципи стали основним фактором впливу на розвиток міжнародного права, починаючи з XVII століття⁸⁴.

В епоху Середньовіччя та напередодні Реформації міжнародні відносини в Європі характеризувалися відсутністю суверенних держав у сучасному розумінні. Замість національного та територіального об'єднання існувало певне феодальне утворення, яке функціонувало на основі взаємних прав та обов'язків сюзеренів і васалів щодо васальної власності на землю. Церква була уніфікуючим фактором суспільства, а її влада була набагато сильнішою, ніж влада імператорів у Священній Римській імперії⁸⁵.

У XII столітті церква розробила доктрину, згідно з якою Папа є намісником Христа на Землі. Відповідно, вся духовна та світська влада належить Папі та не може бути розділена. Папа не підлягав суду, приймав будь-які закони та змінював їх на свій власний розсуд. Він міг відлучити від церкви будь-кого, мав право проголосити договори між королями недійсними, анулювати світські закони тощо. Така необмежена влада Папи не могла існувати безкінечно. Завдяки економічному розвитку та торговій експансії, особливо на Півночі Італії в XIII столітті, було відновлено норми римського права та підхід до особи як до громадянина, а не об'єкта вищої влади. Знову стало популярним вчення Аристотеля про державу як про орган громадян для вирішення життєвих проблем. Церква поступово втрачала позиції, тому для неї головним завданням у XIII ст. стало вироблення нового підходу до держави. Фома Аквінський взявся поєднати філософське вчення Аристотеля з християнським віровченням (по суті вченням Августина Блаженного⁸⁶). І замість того, щоб підтримати Папу, це вчення внесло невиправний розкол у позицію Папи як намісника Бога на Землі.

У своїй роботі «Сума теології» та в коментарях до «Політики» Аристотеля Фома Аквінський розмежував Вічний закон, Божественний (позитивний) закон, природний закон та людський (позитивний) закон. Закон можна визначити як «будь-яке веління

⁸⁴ Покровский И.А. История римского права / И.А. Покровский. – Минск: Харвест, 2002. – 528 с.

⁸⁵ Hector Gros Espiell La Doctrine Du Droit International En Amerique Latine Avant La Premiere Conference Panamericaine // Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international. – 2001. – № 3. – P. 1 – 17.

⁸⁶ Плеханов Г.В. Избр. философ. произведения / Г.В. Плеханов. – Т. 2. – М., 1956. – С. 635.

розуму, яке проголошується заради загального блага тим, хто турбується про спільноту. Через Вічний закон божественне провидіння управляє світом і не обмежує існування інших законів, які з нього випливають: природний закон, принципом якого виступає намагання досягти блага, здійснювати благо й уникати зла, та людський закон, який конкретизує постулати природного закону (визначаючи покарання за порушення природного закону). Позитивне право, яке виникло завдяки людським зусиллям, може бути змінене за певних умов. Благо окремої людини, суспільства та універсуму визначається божественним задумом, а порушення людиною божественних законів є порушенням її власного блага. Повторюючи Аристотеля, Фома Аквінський вважав для людини природним суспільне життя, яке вимагало управління заради спільного блага⁸⁷.

Основний постулат Фоми Аквінського, який нас найбільше цікавить у контексті дослідження питань виникнення та становлення загальних принципів права як джерела міжнародного права, це структурні елементи людського закону, який виникає із природного. Виходячи з цього, він поділив позитивне право на *jus gentium* та *jus civile*. *Jus gentium* – це право у сфері торгівлі, без якої люди не можуть бути разом як соціум, що є дуже важливим з точки зору «Політики», оскільки людина є соціальною твариною. Те, що виникає над природним правом, слід називати *jus civile*, і кожне політичне об'єднання вирішує яким йому (*jus civile*) бути. Такий поділ дуже подібний до того, що ми мали в Римському праві.

На думку Фоми Аквінського, церква не поглинула державу, оскільки держава існувала ще до виникнення церкви як природне утворення, тому має співіснувати з Церквою, яка виконує тільки властиві їй функції. Водночас церква стоїть над державою щодо свого значення для людини. Папа ж підзвітний тільки Богу. Але його влада, як намісника Бога на землі, закінчується за порогом церкви. Це означає, що божественне право не має наміру покінчити з людським позитивним правом, і Папа не має наміру втручатися в таке право, оскільки воно випливає з природного

⁸⁷ Гертых В. Свобода и моральный закон у Фомы Аквинского / В. Гертых // Вопросы философии. – 1994. – № 1.

права. У будь-якому випадку природне право дійсне, оскільки воно виправдано самим існуванням людини⁸⁸.

З XVI століття поступово втрачають значення ідеї створення єдиної світової держави, превалювання церкви та Папи над усім суспільством, починається період Ренесансу, початку розквіту науки та наукових досліджень. Перші досягнення були відзначені у сфері озброєння, кораблебудування, навігаційного обладнання. Починаючи з цього періоду, Європа стає найрозвинутішою частиною світу, тому поширення європейського впливу на інші частини світу було лише питанням часу. Це призвело до панування європейського світо- та праворозуміння, у тому числі це стосується і міжнародного права.

У цей період змінюється суть держави – вона перетворюється на територіальне, світське та, як правило, національне об'єднання із сильним монархом на чолі. Такі зміни призводять до розвитку міжнародного права між суверенними та рівними державами на основі взаємного визнання їх права на існування. Гуго Гроцій у магістерській роботі «Три книги про право війни та миру» (*De jure belli ac libri tres*) розрізняє найвище природне право (*jus naturae*) та навмисно створене (*jus voluntarium*), а також визначає систему принципів природного права, які є обов'язковими для всіх людей і всіх народів, незалежно від місцевих звичаїв. Ця робота вплинула на формування світоглядів юристів епохи Нового часу С. Пуфендорфа, Х. Томазія, Е. Де Вателя та ін. Гуго Гроцій, будучи відомим теологом свого часу, своєю ідеєю природного права якоюсь мірою відійшов від вчення церкви, базуючись на природі людини як соціальної та раціональної істоти. Хоча він і стверджував, що автором природи є Бог, однак джерелом такого права є не Бог. Бог не створює норми права безпосередньо, а тільки опосередковано. Відповідно, право природи не може бути змінене і навіть Бог не може змінити щось у цьому. Водночас божественна влада безкінечна, хоча є речі, над якими навіть божественна влада не поширюється взагалі, оскільки в них закладено очевидні суперечності. Навіть Бог не може зробити погані речі хорошими⁸⁹.

⁸⁸ Боргош Ю. Фома Аквінський / Ю. Боргош [пер. с польск; изд. 2-е]. – М.: Мысль, 1975. – 184 с.

⁸⁹ Саккетти А.Л. Гуго Гроций и его трактат «О праве войны и мира» / Саккетти А.Л., Желудков А.А. // Гроций Г. О праве войны и мира. – М.: Ладомир, 1994. – С. 6 – 38.

Різниця між підходами до природного права Фоми Аквінського та Гуго Гроція очевидна. Перший вважав, що винятково Бог може знати Вічне право. Природне право для Аквінського однозначно недосконале і неповне, оскільки є тільки частиною Вічного права. Гуго Гроцій об'єднав поняття Вічне право та природне право, окремі положення якого знаходяться навіть вище, ніж влада Бога, оскільки виникло воно на підставі обґрунтованих причин та може застосовуватися до всіх людей без винятку. За його концепцією природного права, над таким правом немає жодного вищого правового порядку. Таким чином, правовий статус окремої особи значно підвищився, і це стало основою для визначення правового статусу особи в сучасному суспільстві.

Крім природного права, Гуго Гроцій визнавав добровільне (навмисно створене) право (*jus voluntarium*). Останнє, своєю чергою, поділяється на божественне добровільне (позитивне) право (*jus voluntarium divinum*), яке надається Богом певним народам, наприклад євреям, або всьому людству, та позитивне право, створене людьми (*jus voluntarium humanum*). Останнє відповідає *jus civile*, яке походить від суспільної влади і завдяки якому можна управляти державою. Тобто, це не було цивільне право в сучасному розумінні, а щось на зразок публічного права, яке походить від державної влади. За Гуго Гроцієм, окрім *jus civile*, існує ще два позитивних права, створених людьми. Одне з них регулює вужче коло правовідносин, порівняно з *jus civile*, а інше – ширше. Перше право підпорядковане державі і включає норми, які встановлюються батьком для сина, господарем для раба або служника⁹⁰.

Друге – право народів або *jus gentium*. Воно складається з норм, які мають обов'язкову силу завдяки волі всіх або декількох народів. Таким чином, Гуго Гроцій чітко розмежовує позитивне *jus gentium*, яке має силу тільки для декількох народів (що є правом народів в одній частині світу, не є таким в іншій), та природне *jus gentium*, яке може мати силу для всіх народів. Міжнародне право за Гуго Гроцієм зводиться до звичаєвого, яке виникає, використовується та таким чином закріплюється.

⁹⁰ Лекции по общей теории права. Н.М. Коркунова. Книга 1. Понятие права. По изданию 1914 года. – Редактирование и комментарии [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.allpravo.ru/library/doc108p0/instrum109/print254.html>

У роботі «*Prolegomena*» (Вступ) Гуго Гроцій дає більш розширене поняття права народів: «[...] як певне право виникне між всіма державами або більшістю держав, цілком очевидно, [...] буде мати перевагу не тільки над конкретною державою, але над їх спільнотою (*magnae illius universitatis*). У перших же абзацах Гуго Гроцій згадує про звичай як мовчазну угоду, укладену між людьми. Тому, коли ми говоримо про розуміння Гуго Гроцієм права народів, ми говоримо про звичаєве право народів, яке виникло в результаті усної угоди всіх держав або більшості держав світу. А от договори, які укладаються між державами та правителями, не є частиною цього права.

Такий підхід просто пояснити реаліями XVII століття, коли договірна практика тільки почала зароджуватися. *Jus gentium* відповідно до Гуго Гроція абсолютно не співпадає з *jus gentium* у римському праві або в його розумінні Фомою Аквінським. Римське право під *jus gentium* розуміло звід правил, які мали універсальний характер та були частиною природного права. У розумінні Гуго Гроція *jus gentium* – це публічне право, що виникає між державами та регулює їх відносини. Таке визначення відповідає і сьогоденнішньому розумінню міжнародного права – *mutatis mutandis*. Із розвитком *jus gentium* воно взагалі асимілюється з природним правом, навіть якщо його положення будуть суперечити природному праву, то перевагу буде мати останнє. Це пояснюється тим, що таке право не може бути змінене навіть Божою волею, вже не кажучи про волю народів. Цей підхід заклав основи сучасного міжнародно-правового хаосу, зокрема в розумінні загальних принципів права та їх місця в міжнародно-правовій системі.

По суті Гуго Гроцій не зміг чітко розмежувати два правопорядки: внутрішній та міжнародний, однак він передбачив таке розмежування. Для XVII століття роботи Гуго Гроція мали винятково теоретичний характер, адже міжнародні відносини в його час були лише в зародковому стані. Проте праці Гуго Гроція стали основою для розвитку сучасної науки та практики міжнародного права, адже окремі їх положення увійшли в практику міжнародних відносин як звичаї (більшість із них вже застаріли).

Порівняно з Гуго Гроцієм, більший вплив на практику міжнародних відносин вчинив швейцарський юрист Емірїх де Ваттель. Його перша книга «*Droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliques ? la conduite et aux affaires des nations et des souverains*»

(Право народів, або принципи природного права, які застосовуються до поведінки і справ націй та суверенів)⁹¹ вийшла у 1758 р. Окремі погляди цього вченого до цих пір відображають основоположні засади сучасного міжнародного права, зокрема щодо права держави на безпеку, деякі обов'язки держав тощо. Основною ідеєю Е. Ваттеля стало незастосування сили при виконанні державами своїх обов'язків.

Е. Ваттель вважав, що усі держави світу рівні – «маленька республіка не менш суверенна держава, ніж наймогутніше королівство». Право народів за Е. Ваттелем це ніщо інше, ніж природне право, яке застосовується до держав. Воно незмінне, і народи не можуть внести зміни до нього ні шляхом прийняття конвенцій, які дозволяють тільки визначити їх поведінку, ні за взаємною згодою відмовитися від виконання його положень. У сучасному міжнародному праві таке визначення притаманне нормам *jus cogens*.

Але застосування норми не може бути справедливим або обґрунтованим до тих пір, поки не буде враховано особливості суб'єкта, адже «держава або громадянське суспільство є суб'єктами, які значно відрізняються від фізичної особи, застосування однієї і тієї ж норми дасть абсолютно різні результати». Це увійшло в історію як застереження Е. Ваттеля. «С речі самі в собі, які дозволені у зв'язку з необхідністю правом народів, на які надали згоду держави, і які можуть бути освячені й примушені до виконання поведінкою та звичаєм». Е. Ваттель називає таке право необхідним правом народів, яке складається із застосування незмінних норм природного права. Держави можуть наполягати на дотриманні цих норм, а їх порушення виправдовує всі способи самопомогі.

Водночас є інші речі нейтральної природи. Застосування необхідного права не є беззаперечним. «Як наслідок свободи та незалежності, воно належить кожній державі для формування її власного підходу настільки, наскільки це дозволяє совість – що вона може роботи, а що ні, що їй вірно чи невірно, і звісно це виключно державі вирішувати, чи може вона виконати зобов'язання перед іншою державою без порушення зобов'язань, які вона має по

⁹¹ Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов / Эмер де Ваттель; Пер. с фр. В.Н. Дурденевского, Ф.А. Кублицкого, Э.М. Фабрикова. – М.: Госюриздат, 1960. – 719 с.

відношенню до себе⁹². Позитивне право народів, яке впливає із волі народів, за Е. Ваттелем, є трьох видів: Добровільне право, яке впливає з їх передбачуваної згоди; Договірне право, яке впливає з їх наданої згоди; Звичаєве право, яке впливає з мовчазної згоди. Така трихотомія *grosso modo* відповідає трьом основним джерелам міжнародного права, як це закріплено у частині 1 статті 38 Статуту МС ООН: загальні принципи права, конвенції та звичаєве право.

Е. Ваттель побудував логічний висновок із теоретичних засновків, висловлених Гуго Гроцієм та його послідовниками, щодо впливу норм природного права на користь суверенітету, рівності, свободи народів і держав діяти.

Панування природного права втрачається відразу після Е. Ваттеля, адже зароджується абсолютизм, якому не потрібне природне право, і домінуюча доктрина без жодних докорів сумління відкидає будь-які залишки природного права.

Позитивістська, волюнтаристська доктрина XIX століття стала результатом підтвердження практично нічим не обмеженого державного суверенітету. Оскільки держава стає унікальним суб'єктом міжнародного права, вона стає незалежною у своїх відносинах з іншими державами. Будучи незалежною, вона не була суб'єктом жодної норми, яка б мала найвищу силу, і жодне природне право не могло встановити правила поведінки у зв'язку з рівністю держав. Панівною доктриною стала концепція міжнародного права як виняткового результату волевиявлення держав. Національне право походить від волі однієї держави, а міжнародне право – від волі всіх або більшості. І тоді постає питання: чи можливе існування універсального міжнародного права, а якщо можливе – наскільки воно ефективне.

Відповідно до цієї доктрини жодна держава не може бути пов'язана жодною нормою, якщо вона не надавала згоди на таку норму. У зв'язку з цим підходом можна виділити лише два джерела міжнародного права: міжнародні договори та міжнародні звичаї (*tacitus consensus*). Такий різновид позитивізму XIX століття, який фактично зводиться до волюнтаризму. Комерційні та політичні відносини між державами розвивалися небаченими до

⁹² Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов / Эмер де Ваттель; пер. с фр. В.Н. Дурденевского, Ф.А. Кублицкого, Э.М. Фабрикова. – М.: Госюриздат, 1960. – 719 с.

тих пір темпами і тому не могли більше базуватися на суб'єктивних нормах природного права, які створювалися кожною школою окремо для себе і відповідно до того, що кожна школа вважала для себе за вірне та вкладала у зміст поняття «природа людини».

Нові міжнародні відносини могли будуватися тільки на основі чітких норм позитивного права. Реальним внеском позитивістської теорії в розвиток міжнародного права стало переконання її прихильників у тому, що норми, які складають систему, мають встановлюватися, виходячи з практики держав, а не із висновків *a priori*⁹³. Проф. Вішер наголошував на тому, що безсумнівним досягненням позитивістської теорії стала пропозиція чіткої та загальної картини міжнародних відносин у період стабільних міжнародних відносин, якими характеризувався XIX століття⁹⁴.

Негативним аспектом цього розвитку в доктрині і практиці стала завищена оцінка суверенної волі держави, яка не підпадала під жодну норму. Звідси з'явилося право вести війни як законний наслідок державного суверенітету.

Друга світова війна довела неадекватність волюнтаристської теорії на практиці. Судді Нюрнберзького та Токійського трибуналів були неспроможні винести рішення згідно з чинними на той час нормами права. Особливо це стосується норм, які передбачають відповідальність фізичних осіб за злочини проти миру, людства та людяності. Рішення цих двох трибуналів не були арбітражними рішеннями або намаганням взяти реванш над переможеним ворогом, хоча і було на це схоже. Їх результатом стало застосування норм міжнародного права *ex post facto* та прийняття Принципів міжнародного права, визнаного Статутом Нюрнберзького трибуналу⁹⁵.

Ще більше, ніж у рішеннях Трибуналів, неадекватність позитивізму проявилася в Консультативному висновку МС 1951 р. стосовно застережень до Конвенції про злочин геноцид та покарання

⁹³ Brierly J. L. The Law of Nations An Introduction to the International Law of Peace Sixth Edition Edited by Humphrey. – Waldock, 1978. – P. 32.

⁹⁴ Visscher Charles de Theory and Reality in Public International Law. Revised edition, Princeton, N.J. – 1968. – P. 54.

⁹⁵ Принципы международного права, признанные статутом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении этого Трибунала [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/principles.shtml

за нього 1948 р.⁹⁶ Суд стверджував, що метою прийняття Конвенції було викриття та покарання геноциду як міжнародного злочину (злочину за міжнародним правом), включаючи заперечення права на існування окремих груп людей за певними ознаками, заперечення, яке шокує совість людства і результатом якого є втрата людяності, таке, що суперечить моральному праву, духу та цілям ООН. Суд дійшов висновку, що принципи, закріплені в Конвенції, є принципами, які визнані всіма цивілізованими націями як такі, що зобов'язують держави навіть поза договірними зобов'язаннями.

Ганебні жорстокості, які були вчинені упродовж Другої світової війни, на попередження та стримування яких і направлена Конвенція 1948 р., довели політикам та окремим науковцям, що за і над нормами права, які виходять від держав або за їх погодженням, існують принципи, які, врешті, є принципами моралі. Відповідні принципи визнані цивілізованими націями як такі, що зобов'язують держави без додаткового закріплення їх в договірній формі. Так, злочин геноцид є злочином сам по собі, його негативні наслідки наступають незалежно від того, заборонений він позитивним міжнародним правом, чи ні.

Такі принципи необхідні для підтримання людства і для існування міжнародної спільноти, в якій кожна з держав повинна отримувати однакові позитивні наслідки, права на збереження і повагу до всіх держав світу. Ці принципи є передумовою підтримання миру в усьому світі та мінімального рівня міжнародного правопорядку в міжнародних відносинах.

Чистий позитивізм є необґрунтованим із самого його початку, оскільки призводить до неефективності всієї системи. Згода, яка мається на увазі, не може стати адекватним поясненням звичаєвого права. Звичаєва норма виконується не тому, що на неї є згода, а тому, що вона вважається обов'язковою. Проф. Бріерлі взагалі вважав, що підхід позитивістів до розуміння міжнародно-правових процесів є винятково теоретичним. Його в цьому підтримав і проф. Чарльз де Вішер, який зазначив: «Якщо міжнародне право

⁹⁶ International Court Of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Orders Case Concerning Application Of The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) Preliminary Objections Judgment of 11 July 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>

буде розвиватися відповідно до позитивістських підходів, воно не буде розвиватися взагалі»⁹⁷.

Відображенням ідей природного права та важливим етапом прогресивного розвитку міжнародного права стали результати двох Гаазьких конференцій кінця XIX – початку XX століття. Конференції вперше кодифікували принципи арбітражної процедури та передбачили механізм заповнення прогалин у міжнародному праві (як конвенційному, так і звичаєвому), у тому числі через застереження Ф. Мартенса. Конвенції сприяли в подальшому формуванню системи джерел міжнародного права.

Гаазька конференція 1899 р. та прийняття в її рамках Конвенції про мирне вирішення міжнародних зіткнень стала важливим кроком у розвитку міжнародного арбітражу. Конвенція 1899 р. із змінами 1907 р. визначає міжнародний арбітраж (третейський суд) як такий, що має предметом вирішення спорів між Державами, судьями за їх вибором і на основі поваги до права.

Таке вузьке поняття арбітражу на практиці не обмежують держави від надання арбітрам на основі власних угод право вирішувати справи на основі справедливості *contra legem*, або на основі права та справедливості, або на позаправовій основі. Постійна палата третейського правосуддя (ППТП), яка була заснована на основі даної Конвенції, вирішувала ряд справ скоріше відповідно до норм права справедливості, ніж згідно з міжнародними нормами⁹⁸. Саме із цього зароджується нормальне ставлення у міжнародно-правовому бутті до доволі суб'єктивного розуміння справедливості, добросовісності та інших загальних принципів у міжнародно-правовому контексті.

Конвенція містить рекомендацію для становлення необов'язкової процедури арбітражного вирішення спору. Це означає, що сторони в конкретному випадку можуть домовитися про арбітражну процедуру, яку визначають арбітри, перед початком самого судового засідання. Схожа до встановленої в Конвенції процедура була використана у *Справі «Алабама»* 1872 р. та в пізніших судових засіданнях. Фактично саме ця справа дала значний поштовх

⁹⁷ Degan V. D. Sources of International Law / V. D. Degan. – Martinus Nijhoff Publishers, 1997. – P. 34.

⁹⁸ Хоча аналіз практики ППТП дозволяє стверджувати, що таке формулювання не свідчить про можливість вирішення спору на основі політичної доцільності.

для розвитку арбітражного вирішення спорів зокрема та міжнародного права в цілому. Перша спроба кодифікувати норми щодо третейського (арбітражного) правосуддя було зроблено Інститутом міжнародного права в 1875 р. якраз на основі *Справи «Алабама»*⁹⁹.

Було б перебільшенням стверджувати, що правила процедури з Гаазької конвенції були кодифікацією міжнародного звичаєвого права. Арбітражне вирішення спорів не є обов'язковим для держав на основі загального міжнародного права і сьогодні. Тому жодні правила арбітражної процедури не можна розглядати як такі, що мають обов'язковий характер на основі звичаєвого права. Окремі частини конвенції є кодифікацією деяких загальних принципів права, спільних для усіх розвинутих правових систем світу.

Зокрема, це стосується положень Конвенції, які поділяють процес на дві частини: письмову та усну (ст. 63 Конвенції в редакції 1907 р.): кожен документ, який надається стороною, повинен бути переданий іншій в засвідченій копії (ст. 64), усною частиною (дебатами) керує голова (ст. 66), суд має право вимагати від агентів Сторін надання будь-яких актів та просити надати всі необхідні пояснення (ст. 69), члени суду мають право ставити питання агентам та радникам Сторін і вимагати від них пояснень (ст. 72), нарада суду при закритих дверях і збереження таємниці нарадчої кімнати (ст. 78), рішення суду повинно бути мотивованим (ст. 79), оголошення рішення у відкритому засіданні суду (ст. 80), сторони можуть у третейському записі обумовити своє право просити переглянути третейське рішення за наявності обставин, які істотно впливають на рішення і не були відомі при судовому слуханні (ст. 83). Всі ці положення загалом були відомими принципами процесуального права, притаманними для більшості правових систем світу¹⁰⁰.

Основним завданням таких процесуальних норм є забезпечення рівності сторін спору, їх рівні права щодо надання доказів на підтримку свого позову, надання зустрічного позову з аналогічними правами щодо надання доказів на підтримку своєї позиції.

⁹⁹ Charles M. Great Britain's Foreign Policy: The Trent Affair and the Alabama Case [Електронний ресурс]. – М. Charles. – Режим доступу: <http://britain.library4history.org/Andrews-Stuarts-Expansion/ERA-OF-REFORM/The-Trent-Affair-and-the-Alabama-Case.html>

¹⁰⁰ Київець О.В. Закріплення загальних принципів права в Гаазьких конвенціях 1899 та 1907 років / О.В. Київець // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2011. – № 2 (5). – С. 121 – 125.

Ці базові принципи процесуального права притаманні будь-якій системі, як міжнародній, так і національній. Відсутність деяких із них або їх порушення вплинуть як на саму процедуру ведення справи, так і на винесене рішення.

Слід наголосити, що розробники цих правил творчо застосували загальні принципи права. Хоча ряд принципів, притаманних для національної судової процедури, не може бути використано в міжнародній судовій процедурі, зокрема право на подання апеляції у вищу інстанцію (такої немає в міжнародній юстиції), якщо, звісно, в арбітражній угоді сторони не обумовили можливість подання апеляції, однак тоді апеляційною інстанцією виступає той самий судовий орган. Водночас є ряд моментів, які притаманні тільки міжнародній судовій процедурі. Це положення, які стосуються надання згоди на участь у судовій процедурі (у даній Конвенції мова йде про третейський запис – ст. 52 – 55), згода на місце проведення арбітражу (ст. 60), визначення робочої мови судового засідання (ст. 61).

Це пояснюється тим, що у цій сфері, як і в будь-якій іншій міжнародно-правовій, норми національного права не можуть сліпо копіюватися. Необхідний досконалий відбір загальних принципів права, які притаманні для всіх розвинутих правових систем та які можна використати в міжнародному судочинстві.

Одним із найвідоміших випадків застосування загальних принципів права є застереження Ф. Мартенса, яке було зроблене до IV Гаазької конвенції про закони та звичаї сухопутної війни. Крім того, застереження Ф. Мартенса внесене ще до кількох міжнародних конвенцій, зокрема Конвенції про заборону окремих видів звичайної зброї 1980 р., на неї посилається МС ООН при винесенні Консультативного висновку 1996 р., щодо законності загрози ядерною зброєю або її застосування. Держави, які брали участь у Гаазькій конференції, взагалі сумнівалися в можливості кодифікації права війни¹⁰¹.

Суть застереження: «До того часу, поки буде можливість видати повніший звід законів війни, Високі договірні сторони вважають доцільним засвідчити, що у випадках, не передбачених прийнятими ними постановами, населення та воюючі сторони залишаються

¹⁰¹ Київцев О. В. Закріплення загальних принципів права в Гаазьких конвенціях 1899 та 1907 років / О.В. Київцев // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2011. – № 2 (5). – С. 124.

під охороною і дією начал міжнародного права, оскільки вони впливають із встановлених між цивілізованими народами звичаїв, із законів людяності і вимог суспільної свідомості»¹⁰². Так воно і ввійшло до Преамбули IV Гаазької конвенції про закони та звичаї сухопутної війни.

У цьому положенні чітко простежується ієрархія норм, які регулюють правила ведення сухопутної війни. На першому місці – договірні норми. У випадку недостатності норм цих конвенцій слід застосувати принципи права народів як результат звичаїв, встановлених між цивілізованими націями.

У цьому випадку мова йде не про загальні принципи права, а саме про загальне міжнародне звичаєве право. І якщо відсутні й такі норми, тоді використовуються принципи права народів, які впливають із законів людяності та вимог суспільної моралі. Очевидною метою такого формулювання стало уникнення позитивістського підходу до міжнародного гуманітарного права: що прямо не заборонено, те дозволено¹⁰³.

Застереження Ф. Мартенса застосовується до всіх випадків у міжнародній гуманітарній сфері, які через різні обставини не врегульовані, або таке врегулювання застаріває у зв'язку з розвитком технологій. Застереження Ф. Мартенса міститься в Женевських конвенціях 1949 р.: статті 63 1-ї конвенції, ст. 62 2-ї Конвенції, ст. 142 3-ї Конвенції, ст. 158 4-ї Конвенції. Зокрема, у частині 4 статті 63-ї Женевської конвенції про покращення долі поранених та хворих у діючих арміях (1-а Женевська конвенція) зазначено: «Денонсація не буде впливати на зобов'язання конфліктних сторін. Вони будуть зобов'язані продовжувати виконувати їх з огляду на принципи міжнародного права, оскільки вони впливають із звичаїв, які були встановлені серед цивілізованих народів, із законів людяності та велінь суспільної моралі»¹⁰⁴. Застереження

¹⁰² Пустогаров В.В. Оговорка Мартенса – история и юридическое содержание / В.В. Пустогаров // Право и политика. – 2000. – № 3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.krotov.info/lib_sec/13_m/mar/tens.htm

¹⁰³ Пустогаров В.В. Оговорка Мартенса – история и юридическое содержание / В.В. Пустогаров // Право и политика. – 2000. – № 3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.krotov.info/lib_sec/13_m/mar/tens.htm

¹⁰⁴ Женевська конвенція про покращення долі поранених та хворих в діючих арміях [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icrc.org/Web/rus/siteres00.nsf/iwplList133/42849F9156A62CE7C325710700291228>

Ф. Мартенса дослівно перенесено до 1-го Додаткового протоколу до Женевських конвенцій 1977 р.¹⁰⁵

У статті 7 12-ї Гаазької конвенції, якою було передбачено створення Міжнародного Призового Суду 1907 р.¹⁰⁶, перераховано джерела права для використання майбутнім судом та встановлено їх ієрархію. На перше місце було поставлено Конвенції, які вступили в дію між сторонами, у випадку їх відсутності справу слід було розглядати відповідно до загальноприйнятих норм міжнародного права, а в разі їх відсутності – Суд мав приймати рішення згідно із загальними принципами справедливості та рівності¹⁰⁷.

Як і у випадку із застереженням Ф. Мартенса, автори проекту надали перевагу змішаному, позитивно-природному підходу у вирішенні спору, поставивши міжнародні договори та звичаї на перше місце з метою виключення нечіткості рішення.

Слід зазначити, що формула «загальні принципи справедливості та рівності» була запозичена зі статті 1-ї Шведського цивільного кодексу, який було прийнято у тому самому році. Згідно з ним у випадку відсутності положень закону чи звичаїв шведському судді дозволено вирішувати справу у відповідності з нормами, які він би прийняв, будучи законодавцем¹⁰⁸. Такий підхід було використано з метою закриття прогалин у позитивному праві.

Із побудови диспозиції статті 7 12-ї Конвенції очевидно, що система міжнародного права складається не тільки з правових норм. Коли є необхідність заповнення прогалин, які з'являються в нормах позитивного міжнародного права, повинні застосовуватись інші джерела, щоб ситуація була вирішена. Саме з цієї проблемою

¹⁰⁵ Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми // Офіційний вісник України. – 2010. – № 55; 2009. – № 88. – Ст. 2964.

¹⁰⁶ По суті, це була одна з перших спроб створити постійно діючий міжнародний судовий орган. Щоправда, вона виявилася невдалою. Хронологічно першим міжнародним судовим органом став Центральноамериканський суд справедливості, який було засновано в 1907 р. Гватемалою, Гондурасом, Коста-Рикою, Нікарагуа та Сальвадором під прямим політичним тиском США. Він функціонував до 1918 р. Значного впливу на розвиток міжнародного права та становлення практики цей суд не здійснив.

¹⁰⁷ Convention (XII) relative to the Creation of an International Prize Court. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldcourts.com/ipc/eng/documents/1907.10.18_convention.htm

¹⁰⁸ Degan V. D. Sources of International Law / V. D. Degan. – Martinus Nijhoff Publishers, 1997. – P. 45.

зіткнулися розробники Статуту ППМП після закінчення Першої світової війни¹⁰⁹.

Однак до прийняття Статуту ППМП загальні принципи права як винятково міжнародно-правова категорія не розглядалася, хоча і використовувалися у практиці міжнародних відносин (про це йтиметься далі). Тільки після 1920 р. почалася міжнародно-правова дискусія, яка не вщухає і сьогодні, щодо змісту принципів та їх місця в системі джерел. Для того, щоб визначити, який зміст вкладався в загальні принципи права в Статуті ППМП та зараз вкладається в Статуті МС ООН, необхідно проаналізувати процес розробки та прийняття Статуту ППМП, тобто з'ясувати, який зміст в це поняття вкладали учасники Консультативної комісії юристів, запрошені до розробки Статуту. До Комісії входило десять фахівців, які серед іншого повинні були визначити правову основу прийняття рішень майбутнім судом.

У збірці документів про створення нового постійного судового органу у вступній частині Меморандуму щодо питань, які постають у зв'язку зі створенням Постійного суду, відразу наголошувалося на двох характерних ознаках, які відрізняють цей суд від інших існуючих судових органів, передусім Постійної палати міжнародного правосуддя: постійність та вживання в назві терміну справедливість¹¹⁰. Щодо постійності, то в документі зазначалося, що суд постійний настільки, наскільки постійним є звичайний внутрішньодержавний суд. Що стосується терміну «справедливість», то Статут майбутнього суду має по можливості відобразити загальні принципи, на яких буде здійснюватися його діяльність із врахуванням пропозицій держав. Далі в документі зазначено, що «... правосуддя повинно здійснюватися відповідно до Права»¹¹¹.

¹⁰⁹ Детальніше про перипетії прийняття Статуту Ліги Націй див.: Потемкин В.П. Дипломатія новішого времени (1919 – 1945) / В.П. Потемкин. – Том 1. – М., 1945.

¹¹⁰ Тут є специфіка застосування термінів у різних мовах: «Permanent Court of International Justice» цілком відповідає французька назва «Cour permanente de justice internationale», однак у російському варіанті, який, власне, і було перекладено українською, суд має назву «Постійна палата міжнародного правосуддя», оскільки термін «Justice» може бути перекладено і як «правосуддя», і як «справедливість». У цьому випадку все ж таки найближчим значенням є «справедливість».

¹¹¹ Shahabuddeen M. Precedent in the world court / Mohamed Shahabuddeen. – Cambridge; New York : Cambridge University Press, 1996. – 245 p. – (Hersch Lauterpacht memorial lectures).

Під час розробки статті 38 члени Комісії не мали розбіжностей у тому, що міжнародні договори та звичаї є джерелами міжнародного права і, відповідно, на їх підставі можна приймати рішення міжнародною судовою установою. Однак більшість із членів Комісії не була впевнена, що ці два джерела дозволять адекватно вирішити всі питання, які можуть виникнути упродовж судового слухання міжнародних справ. За умови наявності прогалини в позитивному праві, Суд не зможе винести нечітке рішення. Тому більшість учасників погодилася з тим, що ці два джерела мають бути доповнені іншими. Розбіжності почали виникати при визначенні тих джерел, які мають доповнювати конвенції та звичаї. Різні правові школи наполягали на своїх концепціях¹¹².

Представник Бельгії барон Дескампе як головуючий запропонував власний варіант джерел:

«При вирішенні міжнародних спорів суддею мають застосовуватися і братися до уваги норми в такому порядку:

- 1) конвенційне міжнародне право, загальне або спеціальне, згода на яке чітко надана державами;
- 2) міжнародні звичаї, які використовуються в практиці між народами як норми права;
- 3) принципи міжнародного права, визнані правосвідомістю цивілізованих народів;
- 4) міжнародна практика як засіб застосування та розвитку права.

Ця пропозиція, особливо п. 3, викликала різку критику зі сторони британських та американських представників. Еліху Рут наголошував: «Якщо держави погоджуються на обов'язкову юрисдикцію суду, який приймає рішення на невідомих для них підставах, то це не буде ними позитивно сприйнято і сам проект провалиться». Це пояснюється тим, що принципи можуть по-різному розумітися в різних державах. Барон Дескампе заперечив, що тільки другорядні принципи судочинства мають різний зміст і різне розуміння в різних державах, водночас фундаментальні поняття (принципи) справедливості та несправедливості закріплено прямо в серці будь-якої людської істоти і тому має найвищу силу в

¹¹² Lloyd L. The League of Nations and the Settlement of Disputes / Lorna Lloyd // World Affairs. – Vol. 157. – 1995. – № 4. – P. 160 – 174.

міжнародних відносинах¹¹³. Ця позиція відповідала вченням Гуго Гроція, однак абсолютно не відповідала тим поглядам, які були притаманні більшості Комісії в 1920 р.

Французький делегат Альберт де Лапрадель вважав, що сам Статут має бути коротким та змістовним: проголошувати, що суд вирішуватиме справи відповідно до права, справедливості та рівності. При цьому він зазначав, що суд аж ніяк не може стати міжнародним законодавцем. Представник Норвегії Хейджерап наголошував на тому, що суд може посылатися на справедливість, якщо сторони самі погодилися на це. Але він підтримував А. Лапраделя в тому, що прогалини позитивного права повинні заповнюватися шляхом застосування загальних принципів для того. Член італійської делегації Річі Буссаті вказував в одному зі своїх положень: все, що прямо не заборонено правом, дозволено, і якщо принципи не порушують принципу поваги до суверенітету, вони можуть застосовуватися.

Позиція англосаксонської школи права превалювала. Крім того, обидва представники все ж підтримували думки інших колег про те, що використання судом винятково договору або звичаю для вирішення справи і уникнення нечіткості рішення не може призвести до об'єктивних результатів.

Лорд Філімор зазначав, що всі розбіжності в поглядах є результатом різного підходу до розуміння права між континентальною та англосаксонською системою. Відповідно до системи континентального права суд діє в жорстких межах, однак пізніше через побоювання повністю їх обмежити судам дали повну свободу дій. В англійській системі судді дають клятву діяти у строгій відповідності до закону¹¹⁴. Його позиція в цілому була вірна, тому що континентальна система права не передбачає за судами функцію правосуддя. Вони мають тільки застосувати норму, водночас в англосаксонській системі судді значно впливають на правотворчий процес. Проте в Комісії позиції юристів начебто помінялися місцями. Британські та американські вчені стояли на позитивістських

¹¹³ Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International Justice [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_to_comm_existing_plans.pdf

¹¹⁴ Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International Justice [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_to_comm_existing_plans.pdf

позиціях, а бельгійські та французькі відстоювали підхід у розрізі розуміння природного права, яке по суті передбачає участь суддів у правотворчому процесі.

Лорд Філімор у результаті дійшов висновку про те, що принципи, які лежать в основі загального права, можуть бути застосовані до міжнародних відносин: «Вони фактично є частиною міжнародного права». Його точка зору була підтверджена як попередньою практикою (до прийняття Статуту 1920 р.), так і подальшою (після прийняття Статуту 1920 р. і до сьогодні). Проф. Рут підтримав зміни до пунктів 3 та 4, які були запропоновані Дескампсом. Формулювання «норми міжнародного права визнані правосвідомістю цивілізованих народів» було замінено більш сучасним: «загальні принципи права, визнані цивілізованими націями», а «міжнародна практика як засіб застосування та розвитку права» було замінено на «рішення компетентних судових органів та думки». Пункти 1 та 2, які стосувалися конвенцій та звичаї як джерел міжнародного права, залишилися без змін. Крім того, за ініціативою Дескампса було вирішено визначити ієрархію джерел: «Наступні норми мають застосовуватись судом у рамках компетенції суду, як визначено вище, для вирішення міжнародних спорів, вони мають братися до уваги у визначеному порядку»¹¹⁵.

У цьому компромісному рішенні тільки Річі Буссаті виступив проти послідовного застосування джерел. Він також був проти вилучення принципу справедливості з п. 3. Також він достатньо критично поставився до доктрини як джерела, яке може бути застосоване судом при винесенні рішення. Інші ж члени Комісії підтримали проект Дескампса-Рута. Водночас А. Лапрадель зауважив, що поняття «цивілізовані нації» в пункті 3 є зайвим, оскільки право має на увазі цивілізацію. На жаль, ця думка не була взята до уваги, хоча навіть у сучасній редакції статті 38 залишилася згадка про цивілізовані нації. Це допомогло б у подальшому уникнути суперечок про те, які нації є цивілізованими, а які ні, власне, який критерій цивілізованості.

Лорд Філімор надав пояснення стосовно формулювання п. 3: «Загальні принципи, які відносяться до п. 3, це визнані (прийняті)

¹¹⁵ Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International Justice [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_to_comm_existing_plans.pdf

всіма народами – *in foro domestico* – процесуальні принципи, принципи добросовісності та принцип *res judicata* тощо. Під терміном загальні принципи він розумів правові максими¹¹⁶. Його пояснення цієї формули є найуживанішим у доктрині і відповідає практиці арбітражів та Гаазького суду. Проте такий підхід абсолютно не відповідає розумінню міжнародного права винятково з точки зору теорії волевиявлення, яка не допускає існування міжнародних зобов'язань держави, якщо на це немає чіткої або такої, що мається на увазі, згоди самої держави.

Після завершення роботи над проектом Комісії документ було передано на ознайомлення під час роботи Асамблеї Ліги Націй. Там були додатково запропоновані зміни, зокрема французькою делегацією у складі Лапраделя та Фромажо. Останній у пункті 3 замість «загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями», запропонував формулювання «загальні принципи права та справедливості»¹¹⁷.

Грецький делегат Політіс надав ширше формулювання пункту 3: «Загальні принципи права та, за згоди сторін, загальні принципи справедливості, визнані цивілізованими націями». Крім того, він додав: «Це положення не обмежує компетенцію суду вирішувати справу *ex aequo et bono*? якщо сторони згодні». Останнє положення було остаточно прийнято як частина 2 статті 38 Статуту, а частина перша була по суті прийнята без змін¹¹⁸.

Загальні принципи були остаточно відокремлені від так званих принципів справедливості шляхом прийняття частини 2 статті 38, яка максимально наближена до позитивістського розуміння права. Формула *ex aequo et bono* передбачає, з іншого боку, право Суду вирішувати справу на основі права справедливості *contra legem*, однак лише за умови, що всі сторони з цим погоджуються. Як

¹¹⁶ Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International Justice [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_to_comm_existing_plans.pdf

¹¹⁷ Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International Justice [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_to_comm_existing_plans.pdf

¹¹⁸ Statute of The Permanent Court of International Justice – 16 December 1920 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/documents/1920.12.16_statute.htm

засвідчила історія Гаазьких судів, сторони досі не скористалися частиною 2 статтею 38.

При розробці Статуту МС ООН були внесені зміни до Статуту 1920 р. Зокрема, Суд став одним із головних органів ООН у той час, коли ППМП не входила до структури Ліги Націй. Однак більшість змін, які вносилися, носили лише формальний характер: Ліга Націй була замінена в тексті на ООН, а органи Ліги Націй – на органи ООН.

Незначну увагу було приділено і статті 38. Зокрема, французький проф. Жюль Дасдеван зазначив, що формулювання статті 38 через фразу «суд повинен застосовувати», призводить до виникнення дискусії скоріше в доктрині, ніж на практиці. Воно більше стосується випадків застосування загальних принципів права, ніж конвенцій та звичаїв. У ході дискусії висловлювалася думка про те, що у статті 38 Статуту відсутнє посилання на міжнародне право. Тому доцільно пункт 3 статті 38 сформулювати таким чином: «загальні принципи права, визнані цивілізованими націями та особливо принципами міжнародного права». Ця пропозиція викликала надзвичайно жваві дискусії, які призвели до остаточного формулювання статті 38¹¹⁹:

Суд, який зобов'язаний вирішувати передані йому спори на підставі міжнародного права, застосовує:

- a) міжнародні конвенції, загальні та спеціальні, які встановлюють правила, напевно визнані сторонами, які спорять;
- b) міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної правовою нормою;
- c) загальні принципи права, які визнані цивілізованими націями;
- d) із застереженням, вказаним у статті 59, судові рішення та доктрини найкваліфікованіших спеціалістів з публічного права різних націй як допоміжні засоби для визначення правових норм.

Це положення не обмежує право Суду вирішувати справу *ex aequo et bono*, якщо сторони з цим згодні.

Формулювання «загальні принципи права» викликало значні дискусії, однак, як влучно зауважив проф. Деган, жоден із

¹¹⁹ Cheng Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* / Bin Cheng. – University College London, 2006. – 544 p.

критиків не запропонував власний варіант визначення такого джерела¹²⁰.

Школа природного права вважає включення загальних принципів права до статті 38 Статуту МС ООН перемогою своїх поглядів над поглядами позитивістів, адже у загальних принципах права вони знаходять об'єктивні закони розвитку, які не залежать від держави і стоять над нею. Їх опоненти зазначають, що загальні принципи є частиною національного права, таким чином вони є нормами позитивного права, яке застосовується для регулювання міжнародних відносин. Але окремі позитивісти взагалі налаштовані не визнавати загальні принципи права як окреме джерело і вважають, що останні можуть стати таким джерелом тільки за умов їх включення до звичаєвої або договірної норми.

Одним із противників визнання загальних принципів права як джерела міжнародного права виступав В.М. Корецький. Його роботи, присвячені міжнародному публічному праву, надзвичайно ґрунтовні і не втрачають своєї актуальності, адже оприлюднені висновки спираються на історичний та порівняльно-правовий метод. Однак є в його роботах і положення, які носять дискусійний характер, а інколи вимагають перегляду в контексті сучасних тенденцій розвитку теорії та практики міжнародного права. Так, на думку В.М. Корецького, «загальні принципи права спрямовані проти демократичних принципів міжнародного права»¹²¹. Такий підхід свідчить про винятково негативне ставлення вченого до природного права, навіть, за висловом проф. Ю.Я. Баскіна, «до самої ідеї природного»¹²², адже «дійсний демократизм не потребує лицемірства, маскування та міфу «природного права». Таким принципам В.М. Корецький протиставляє принципи, які народжені історією боротьби народів за мир, безпеку, за незалежність народів, їх свободу та рівність»¹²³. Однак той самий проф.

¹²⁰ Degan V. D. Sources of International Law / V. D. Degan. – Martinus Nijhoff Publishers, 1997. – P. 51.

¹²¹ Корецький В.М. Избранные труды: В 2 т. / Гл. ред. В. Н. Денисов. – К.: Наук. думка, 1989. – Т. 2. – С. 166.

¹²² Баскин Ю.Я. В. М. Корецкий. Избранные труды: В 2 т. / Гл. ред. В. Н. Денисов. – К.: Наук. думка, 1989:[Рецензия] / Ю.Я. Баскин // Правоведение. – 1990. – № 5. – С. 113 – 115.

¹²³ Корецький В.М. Избранные труды: В 2 т. / Гл. ред. В. Н. Денисов. – К.: Наук. думка, 1989. – Т. 2. – С. 181.

Ю. Баскін цілком обґрунтовано вказує, що ці принципи є продовженням саме тих ідей природного права, які були проголошені ідеологами Просвітництва, діячами Американської та Французької революцій¹²⁴.

Угорський проф. Геца Херцег у роботі, присвяченій загальним принципам права, відстоює винятково позитивістський підхід. На його переконання, загальні принципи права не є джерелом міжнародного права. Основний аргумент, який наводить проф. Херцег, це витоки джерел міжнародного права – воно виникає лише там, де є погодження воль суб'єктів (переважно держав), і це аж ніяк не можуть бути принципи внутрішнього права. На думку науковця, загальні принципи права поступово стають частиною міжнародного права. Водночас він вводить поняття логічної передумови існування права, не пояснюючи суть цього явища, визначаючи, що вона є умовою та підставою існування міжнародного правопорядку¹²⁵. У такому випадку є всі підстави вважати, що загальні принципи права відносяться саме до логічної передумови існування міжнародного правопорядку і притаманні всім або більшості систем права.

Разом із тим він вважає за доцільне застосувати такі принципи для вирішення міжнародних спорів МС ООН, зазначаючи, що це лише використання норми за аналогією і лише в тому випадку, коли міжнародний договір або звичай передбачають таку можливість.

Слід наголосити на тому, що не всі принципи, притаманні національному праву, допустимі для використання в загальному міжнародному праві як загальні принципи права, адже Категорія аналогії як в національному, так і міжнародному праві має комплексний характер. У рамках даного дослідження доцільно проаналізувати дві складові (два аспекти) цього явища. Перший аспект полягає у застосуванні аналогії міжнародними суддями або арбітрами при виконанні ними своїх функцій. Другий – у використанні аналогії при кодифікації та прогресивному розвитку міжнародного права.

¹²⁴ Баскин Ю.Я. В. М. Корецкий. Избранные труды: В 2 т. / Гл. ред. В. Н. Денисов. – К.: Наук. думка, 1989:[Рецензия] / Ю.Я. Баскин // Правоведение. – 1990. – № 5. – С. 113 – 115.

¹²⁵ Herczegh Geza. General Principles of Law and the International Order / Geza Herczegh. – Budapest, 1999. – P. 78 – 100.

Проф. Анцилотті наголошував на тому, що основна функція аналогії – розширення рамок ефективності джерел міжнародного права¹²⁶. Саме цей підхід і було підтримано проф. Лаутерпахтом, який стверджував, що запозичення приватного права практикою держав та міжнародними судовими установами дають більше, ніж винятково позитивістський підхід до формування норм міжнародного права¹²⁷.

Це питання відноситься винятково до компетенції суду: вирішувати справу на основі цього, чи ні. Однак судді МС ООН дещо перестаралися, адже вони іноді самостійно формулюють загальну звичаєву норму, коли не існує достатніх доказів існування загальної практики держав, яка визнана ними як правова норма. Таким чином, ми визначили, як Міжнародний суд створює, хоча і не завжди успішно, загальний принцип права або звичаєву норму за відсутності останніх.

Суддя також може звернутися до доволі непопулярного, однак підтвердженого практикою *Справи Лотус* принципу¹²⁸: все що прямо не заборонено, те дозволено для суверенних держав. Рішення Суду з цього приводу встановлює: міжнародне право надає суверенним державам «широкі межі свободи вибору, яка може бути обмежена у певних випадках забороняючими нормами, в іншому випадку кожна держава вільна приймати принципи, які їй зручні». У більшості випадків судді при вирішенні міжнародних спорів користуються аналогією для підкріплення свого рішення або як додатковий доказ правильності своєї позиції.

Аналогія є тим механізмом, який дозволяє суддям застосувати загальні принципи права, розширює їхню свободу для прийняття рішення і стимулює розвиток міжнародного права. Аналогія виникає якраз у зв'язку з наявністю свободи щодо застосування того або іншого джерела.

¹²⁶ Anzilotti D. Cours de Droit International, Premier Volume / D. Anzilotti. – Paris, 1929. – P. 117.

¹²⁷ Lauterpacht Hersch. Private Law and Sources and Analogies in International Law / Hersch Lauterpacht. – Longmans, Green and Co. Ltd., 1927. – 325 p., Reprinted 2002 by The Lawbook Exchange – P. 303.

¹²⁸ Publications of the Permanent Court of International Justice. Series A. – № 70 September 7th, 1927 Collection of Judgments the Case of the S.S. «Lotus» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf

Звернення до аналогії постає зовсім в іншому світлі, коли перед судом стоїть завдання визначити наявність правової норми, адже складність полягає в тому, що в даному випадку мова йде про відсутність навіть практики держав щодо вирішення конкретної ситуації, і не існує жодної звичаєвої або договірної норми. У такому випадку Комісія Міжнародного права ООН зазвичай бере до уваги порівняльний аспект проблеми. Окремі вчені висловлюють думку про те, що порівняльні дослідження національного права – переважно приватного, адміністративного та конституційного – спростять використання в практиці міжнародного права загальних принципів права¹²⁹. Однак такі ідеї на практиці дуже складно реалізувати, у більшості випадків вони так і залишаються ідеями. Поза сумнівом, якби така робота дійсно була проведена, вона б принесла чималу користь теорії та практиці міжнародного права, особливо в розрізі застосування загальних принципів права.

Якщо завдяки застосуванню аналогії права вдалося виявити загальний принцип для більшості розвинутих правових систем, то це ще не означає, що такий принцип є відразу готовим для застосування в міжнародно-правовій практиці або він може бути відразу перенесений до позитивного міжнародного права. По-перше, не всі принципи, які є загальними (спільними) для правових систем, можна чи навіть доцільно застосовувати в міжнародному праві. По-друге, слід враховувати, що загальні принципи права мають бути спільними для різних правових систем, передусім континентальної та англосаксонської. Такі принципи за своєю суттю повинні мати певну характеристику, яка б дозволила їх застосування для регулювання суспільних відносин різної природи: винятково внутрішньодержавних, міжнародних та наднаціональних.

Навіть якщо загальний принцип права може бути застосований у будь-якій ситуації, це ще не означає, що він автоматично стає нормою позитивного міжнародного права. В окремих сферах міжнародного права застосування загальних принципів права недоцільне, як і застосування звичаєвих норм, оскільки такі сфери повністю охоплені договірним регулюванням.

Таким чином, застосування методу аналогії як методу національного права для виявлення загальних принципів права є

¹²⁹ Детальніше див.: Schlesinger R. B. Research on the General Principles of Law Recognised by Civilised Nations / R.B. Schlesinger // American Journal of International Law. – 1957. – P. 734 – 753.

питанням достатньо складним і недостатньо вивченим. Також слід враховувати, що принцип, будучи притаманним більшості правових систем світу, може мати однакову форму, однак зовсім різний зміст. Зокрема, це стосується принципів *pacta sunt servanda*, *jus cogens*, *clausula sic stantibus*, які мають тлумачитися в розрізі статті 2 Віденської конвенції 1969 р. Тобто, за такими принципами залишається тільки назва. Саме на цьому неодноразово наголошують провідні фахівці міжнародного права. В окремій думці судді у Консультативному висновку щодо Міжнародного статусу Південно-Західної Африки лорд МакНер проводив аналогію між поняттям «*mandate*», яке було використано в ст. 22 Статуту Ліги Націй, та поняттям «*trust*»¹³⁰. Останнє розглядалося саме з точки зору англо-американського права. Суддя при цьому зазначив: «...Міжнародне право запозичувало і продовжує запозичувати норми з приватного права. Стаття 38 (ч. 1 п. «с» Статуту МС ООН) свідчить, що цей процес залишається активним, і це положення дозволяє Суду застосувати загальні принципи права, визнані цивілізованими націями. Такий процес навіть складно назвати застосуванням загальних принципів права. Основним завданням міжнародних судів... є визначення основної ідеї принципу»¹³¹. Якщо лорд МакНер вважає, що загальні принципи права в міжнародному праві мають ту саму правову природу, що і в національному, та в більшості випадків змістовно збігаються, то член Комісії Міжнародного права, а в подальшому – її Голова, югославський вчений Мілан Бартош взагалі не вважав можливим застосування загальних принципів права.

Міжнародне право, використовуючи загальні принципи права, водночас достатньо часто вкладає в них той самий зміст, що і національне право, особливо це стосується добросовісності та справедливості, *pacta sunt servanda*, *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.

Навіть зміна форми закріплення загальних принципів чи підтвердження міжнародним звичаєм або договором не змінює суті того, що така норма є загальним принципом права. Для ілюстрації цього положення візьмемо, наприклад, один з основних принципів міжнародного права – *pacta sunt servanda*. Він є загальним

¹³⁰ Це пов'язано з мовними особливостями. Англійською мовою «територія під опікою» перекладається як «*trust territory*».

¹³¹ Separate Opinion by Sir Arnold McNair [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/10/1895.pdf>

принципом права, хоча і закріплений у Віденській конвенції 1969 р. (стаття 26). При цьому окремі автори вважають, що такий принцип є міжнародним звичаєм, який закріплено конвенційно¹³².

В історії міжнародного права Віденська конвенція 1969 р. стала переломним моментом для загальних принципів. Особливо це стосується застосування загальних принципів для встановлення реального змісту волевиявлення суб'єктів. Так, до її прийняття у практиці держав були тільки дві беззаперечні норми щодо тлумачення міжнародних договорів. Перша дійсно походить із загальних принципів права. Вона стосується питання про те, хто може тлумачити договір. ППМП у Консультативному висновку від 6 грудня 1923 р. у *Справі Яворжина (Jaworzina)* сформулювала «традиційний принцип» *ejus est interpretare cuius condere*: «.. це встановлений принцип, згідно з яким право надання офіційного тлумачення правових норм належить винятково особам або органу, до компетенції якого відноситься внесення поправок або заборони»¹³³. Із цього робиться висновок, що одностороннє тлумачення або таке, що не погоджене з усіма учасниками, не є обов'язковим для сторін, які не згодні з таким тлумаченням або не давали згоди на таке тлумачення.

Друга норма стосується тлумачення міжнародного договору в цілому. Більшість вчених, починаючи ще з Е. Ваттеля, як і міжнародні суди до 1969 р., притримувалася концепції «чистого змісту»: *in claris non fit interpretatio*. Відповідно до цього підходу зміст договору чіткий, і це підтверджується, у тому числі аналізом тексту на всіх мовах, на яких його було укладено, якщо такі тексти є автентичними. Такі договори не потребують додаткового роз'яснення положень і повинні застосовуватися як вони є в чистому вигляді. Цей принцип дозволяє провести різницю між тлумаченням, що є логічною операцією, яка може призвести до різних результатів, та застосуванням і виконанням договорів.

Однак Комісія міжнародного права при роботі над кодифікацією права міжнародних договорів обрала зовсім інший підхід, який знайшов відображення у статті 31 Віденської конвенції

¹³² Хоча слід враховувати те, що загальні принципи права є ієрархічно неоднорідною системою, кожен елемент якої може мати різні міжнародно-правові наслідки.

¹³³ Publications of The Permanent Court of International Justice. Series b, №. 8. – December 6th, 1923 Collection of Advisory Opinions Question of Jaworzina (Polish-Czechoslovakian Frontier) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_08/Jaworzina_Avis_consultatif.pdf

1969 р. Виходячи зі змісту цієї статті кожне застосування положень договору неможливе без їх тлумачення. І замість концепції «чистого змісту» це «загальне правило» передбачає тлумачення за метою. Такий підхід найточніше відповідає ідеї *pacta sunt servanda*. Однак це ще раз свідчить про певну перемогу англосаксонського праворозуміння над континентальним.

Що стосується інших елементів принципу добросовісності, викладеного в статті 31, то навряд чи можна їх вважати винятково такими, що стосуються тільки тлумачення міжнародного договору. Ці положення стосуються застосування договорів, виконання судових рішень, і їх можна вважати загальним принципом права.

Загальні правила тлумачення дають суддям більшу свободу вибору щодо встановлення дійсного змісту договору. Разом із тим збільшується можливість судової помилки.

Більшість правил та принципів тлумачення, навіть тих, які закріплені в національному законодавстві, не є нормою в загальному розумінні. У зв'язку із цим вони навіть можуть не вважатися загальними принципами права, адже є керівництвом для суддів або інших правозастосовних органів. Якщо судді не притримуються правил тлумачення, це не призводить до автоматичного анулювання їх рішення і не може розглядатися як порушення порядку винесення рішень.

Це стосується в тому числі і правил тлумачення, які передбачені статтею 31 Віденської конвенції 1969 р. і стають основою для реалізації ще одного цікавого принципу – ефективності.

Теж саме відноситься *a fortiori* до окремих правил формальної логіки, які закріплені в ряді цивільних кодексів, таких, як *argumentum ab absurdo*, *argumentum a contrario*, *expressio unius exclusio alterius est*, тлумачення *contra proferentem*, правила розширеного тлумачення, правила звуженого тлумачення. Їх неодноразово використовували в практиці міжнародних судів.

Ці принципи дуже подібні до принципів рівності та справедливості, які за певних умов можуть бути віднесені до загальних принципів права. Рівність як принцип приватно правових відносин дійсно закріплюється в ряді цивільних кодексів, у тому числі в ЦК України. Однак тут є істотна різниця – якщо перші слід віднести до технічних прийомів, то другі виступають реальною підставою для прийняття рішень.

Розгляд справи відповідно до норм справедливості та добросовісності або нормотворення із врахування цих принципів стало

елементом міжнародної нормотворчості, який також має національно-правову природу. Так, у праві Великої Британії, якщо норма права суперечить принципу справедливості, то останній має перевагу і розглядається як *lex specialis*. Цей принцип було запозичено континентальним правом, в тому числі правом України. Таким чином, справедливість розглядається як загальний принцип права.

До різновиду принципів добросовісності відноситься і принцип *estoppel* та *ex aequo et bono*, який, будучи за своєю природою позитивістським, взагалі не передбачає застосування норм позитивного права. Це призводить до того, що на шляху об'єктивності стає суб'єктивна думка судді, яка при вирішенні справи дуже часто впливає на розуміння категорії що є справедливим, а що – ні. На відміну від стандартного застосування норм позитивного права при вирішенні справи на основі справедливості суддя має широкий вибір способів вирішення справи. Особливо це стосується питання справедливого визначення суми компенсацій за завдану шкоду тощо. Головне питання, яке виникає у даному контексті – це реалізація принципу справедливості *infra legem* та *praeter lege*.

Віденська конвенція щодо правонаступництва державної власності, архівів та боргів 1983 р. постійно посилається на принцип справедливості при вирішенні питання правонаступництва. У контексті застосування окремих матеріально-правових норм щодо пропорційного розподілу рухомої та нерухомої власності держави-попередниці вона передбачає, мірою можливості, «справедливу компенсацію»¹³⁴. Такий підхід зумовлено необхідністю уникнути занадто гнучкого застосування норм Конвенції, згідно з якими *summum jus summa injuria*. Конвенція наголошує на справедливо-му розподілі державної власності, боргів та активів. Це означає, що держави- правонаступниці самостійно або за посередництвом судді чи арбітра мають кожного разу встановлювати критерії справедливості для окремого випадку із врахуванням особливостей кожного випадку. У даному випадку справедливість можлива лише за умови реалізації квазізаконодавчих функцій разового характеру.

¹³⁴ Віденська конвенція щодо правонаступництва державної власності, архівів та боргів [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_072

Категорії справедливості неможливо уникнути і в інших предметах спору. Це стосується прикордонних спорів, особливо при розмежуванні морських просторів, адже навіть Конвенція 1982 р. передбачає справедливе розмежування виключної економічної зони (стаття 59)¹³⁵, що, зокрема, спрацювало проти України при вирішенні спору з Румунією.

Очевидно, що при такому підході виникають нові норми об'єктивного права, чому сприяє діяльність суддів. Якщо суддя, базуючись на своєму власному розумінні категорії справедливості, приймає певне рішення щодо конкретної ситуації, а в аналогічній ситуації інший суддя приймає аналогічне рішення, посилаючись на попередні рішення, з'являється практика вирішення спору, що, у свою чергу, сприятиме розумінню або навіть призведе до виникнення нової норми. Така норма пізніше може бути підтверджена практикою держав, і виникне звичаєва норма міжнародного права. Однак під це абсолютно не попадають принципи справедливості, які притаманні тільки для конкретного рішення і не можуть бути застосовані для вирішення навіть аналогічних справ, хоча суд при цьому може посилатися на такі норми вже як на існуючі норми та принципи міжнародного права.

Показовим у даному контексті є рішення у *Справі щодо континентального шельфу Північного моря від 1969 р.*¹³⁶ Воно внесло деяку непевність щодо правових понять та концепцій. Питання, яке стояло перед МС ООН, у цій справі не можна вважати стандартним. Суд просили встановити не кордон, а те, «які принципи та норми міжнародного права можуть бути застосовані для проведення делімітації». Тобто, сторони залишили за собою право надалі самостійно встановлювати лінії кордонів на підставі визначених Судом норм та принципів. Суд у даній ситуації перебував у не притаманній для нього ролі. Німеччина, позиваючись до Данії та Нідерландів, вимагала справедливого та рівного розподілу спільного шельфу. Після того, як Суд визначив, що стаття 6 Женевської конвенції 1958 р. не може бути застосована до Німеччини, яка не

¹³⁵ Конвенція ООН по морському праву [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/lawsea.shtml

¹³⁶ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark) – Judgment of 20 February 1969 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>

була учасницею Конвенції, у зв'язку з неможливістю розглядати її міжнародний звичай, Суд виробив принципи справедливості, які могли б стати принципами та нормами міжнародного права, що можуть бути застосовані до делімітації між сторонами спору Суд при цьому наголосив, що «на основі загальних підходів та добросовісності норми права, які будуть застосовані для вирішення спору, мають бути такими ж, як і ті, що застосовуються для будь-якої делімітації. Тобто, це не є питанням застосування абстрактних норм справедливості, а застосування норм права, які відсилають до справедливості»¹³⁷.

Суд визначив критерії щодо норм права та принципів рівності, які мають бути застосовані, не пояснивши, чи мають це бути принципи та норми об'єктивного міжнародного права, чи це загальні принципи права, чи це загальне звичаєве міжнародне право. Скоріше за все, Суд взагалі не мав на увазі конкретних норм права, а лише визначив напрям, за яким сторони мають обрати справедливий спосіб делімітації. Після цього Суд часто у спорах щодо делімітації морських просторів не береться встановлювати їх межю, а лише визначає правила та принципи, якими слід керуватися при винесенні даного конкретного рішення. Таким чином Суд створює по суті норми-принципи *ad hoc*, які проголошуються нормами та принципами міжнародного права. Саме так відбулося і при вирішенні *справ між Тунісом та Лівією* 24 лютого 1982 р., а також *між Лівією та Мальтою* 1985 р. Зокрема, в останньому рішенні Суд намагався, серед іншого, довести нормативний характер принципу справедливості як частини загального міжнародного права. Так, у рішенні зазначено: «Сторони прийшли до єдиної думки, що делімітація континентального шельфу має бути здійснена на основі застосування принципу справедливості, якщо це дозволить досягти справедливого результату. Суд перераховує окремі із цих принципів, які входять до змісту справедливості в даному конкретному випадку: принцип неможливості зміни географічних факторів, принцип непосягання будь-якої сторони на райони, які належать іншій стороні, принцип врахування всіх обставин, які мають стосунок до справи, принцип, відповідно до

¹³⁷ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders – North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark). – Judgment Of 20 February 1969 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>

якого «справедливість не завжди означає рівність» (виведений Судом у *Справі щодо континентального шельфу Північного моря*), що не зволяє встановити рівність всупереч тому, що є природна нерівність і що не може бути й мови про розподільчу справедливість¹³⁸. Усі ці принципи справедливості однозначно не можуть бути віднесені до правових норм та принципів, оскільки вони не відображають практику держав. Формально у них відсутня заборона або зобов'язання, або дозвіл. Окремі з них є лише підтвердженням певних фактів, які не мають юридичного характеру, жоден із них не містить формально визначених джерел, які б закріплювали певні права та обов'язки держав, вони не можуть бути використані і судовою інституцією для прийняття рішень. Таким чином, їх не можна віднести ні до загальних принципів права, ні до звичаїв загального міжнародного права. Однак тоді постає питання: а що ж саме використав Суд при винесенні рішення. Відповідно, тут є дві відповіді на поставлене питання: перша – фантастична – судді МС ООН нічого не розуміють у міжнародному праві; друга – не слід формально підходити до визначення категорії джерел, особливо категорії справедливості, навіть якщо мова йде про справедливість *intra legem*.

Децю іншу позицію Суд зайняв при вирішенні *Справи щодо делімітації морського кордону в районі затоки Мен* (Канада проти США)¹³⁹, намагаючись розмежувати норми справедливості (принципи справедливості) і критерії, на підставі яких забезпечується справедливий підхід до вирішення ситуації. Зокрема, у рішенні було зазначено таке: «Термін «принципи та норми» по суті, означає одне і те саме», тобто їх між собою розмежовувати немає потреби.

За своєю природою загальне звичаєве міжнародне право може тільки надати декілька основних правових принципів, які служать орієнтиром, однак від нього не слід очікувати на встановлення справедливих критеріїв, які мають застосовуватися, або практичних методів, якими слід скористатися». Далі Суд звертається до

¹³⁸ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders – Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta). – Judgment of 3 June 1985 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/68/6415.pdf>

¹³⁹ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders – Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in The Gulf of Maine Area (Canada/United States of America). – Judgment of 12 October 1984 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=346&code=cigm&p1=3&p2=3&case=67&k=6f&p3=5>

критеріїв та методів, які здатні забезпечити досягнення справедливих результатів. При цьому Суд визначив, що такі критерії не можуть бути у звичаєвому праві, а тільки в позитивному (у даному випадку це була ст. 6 Конвенції про континентальний шельф 1958 р. На думку Суду, такі критерії мають значення тільки для даної справи, а на підставі одного й того самого критерію можна дійти протилежних рішень. Також має бути враховано баланс різних критеріїв, які можуть бути застосовані до даної ситуації¹⁴⁰.

В окремих сферах міжнародного права загальні принципи права є необхідними, зокрема в тих, де договірне регулювання не може надати чіткого врегулювання проблем, які виникають. Особливо це стосується нових сфер міжнародного суспільного буття, а звичаєве регулювання недостатньо кодифіковане та уніфіковане в застосуванні.

У цьому аспекті доцільно було б згадати дослідження проф. Дженкса щодо права міжнародних торгових організацій, яке вийшло в 1962 р. у Лондоні¹⁴¹. Його висновки достатньо цікаві з точки зору визначення місця та ролі загальних принципів права у формуванні права міжнародних організацій. Під останнім він розумів власне право міжнародних організацій, міжнародне адміністративне право, яке регулює відносини між міжнародною організацією та персоналом цієї організації, та принципи колізійного права, що визначає, яке право слід застосовувати при вирішенні приватно правових аспектів взаємовідносин міжнародної організації з третіми державами. Більшість таких відносин є частиною так званого внутрішнього права міжнародних організацій. Однак частина таких відносин (особливо що стосується трудових відносин) є частиною транснаціонального права, яке є «спільним правом людства» і базується на загальних принципах права.

Окремі положення монографії можуть бути використані і в даному дослідженні для постановки питання щодо правової природи загальних принципів права. Зокрема, проф. Дженкс при дослідженні ролі загальних принципів права у розвитку міжнародного

¹⁴⁰ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in The Gulf of Maine Area (Canada/United States of America). – Judgment of 12 October 1984 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/67/6369.pdf>

¹⁴¹ Jenks C. W. The Proper Law of International Organizations / C. W. Jenks. – Stevens, 1962. – P.XXXVIII.

адміністративного права й потенційному внеску природного права та права справедливості у розвиток міжнародного адміністративного права зазначив, що ні договір, ні практика, навіть якщо їх розглядати в широкому розумінні, не надають адекватних відповідей на ті виклики, які виникають у зв'язку із функціонуванням міжнародних організацій у сучасному світі. Тому правові принципи відіграють важливу роль у розвитку права міжнародних організацій та його інтеграції в загальне міжнародне право. Цілком можна очікувати, що процес, завдяки якому міжнародне право розвивається, завдячує використанню загальних принципів права. Такий процес може бути тільки інтенсифікований; сфера використання загальних принципів із правових систем сучасності тільки розширюється; застосування загальних принципів права в різних сферах міжнародного права постійно збільшується; міжнародне адміністративне право має тенденцію розширюватися, однак із застереженнями¹⁴². У цілому такий підхід є виправданим для більшості загальних принципів права, особливо в тих сферах правового регулювання, які ще не дістали належного правового регулювання. Наприклад, до того, як СРСР запустив у космос перший штучний супутник Землі у 1957 р., у доктрині існувало загальне положення про те, що суверенні держави не поширюють свій суверенітет на космічну територію, яка знаходиться над їх державною територією. Формальних джерел, які б стосувалися небесних тіл та космічних об'єктів, не існувало. Зірки були технічно недосяжні для людства, і будь-яка гіпотетична норма у цій сфері була б неефективною та беззмістовною¹⁴³.

Після 1957 р. з'явилася необхідність у правовій регламентації космічної діяльності¹⁴⁴. Загальні правові підходи, відомі ще з римського права, можуть бути застосовані до цього випадку. Космос та небесні тіла відносяться до *res communis omnium*, як у римському праві повітря, проточна вода, море та прибережна територія відносились до *res extra patrimonium* та *extra commercium*.

У цій сфері достатньо чітко прослідковується зародження міжнародних звичаїв завдяки діяльності ГА ООН шляхом прийняття

¹⁴² Jenks C. W. The Proper Law of International Organizations / C. W. Jenks. – Stevens, 1962. – P. 252 – 260.

¹⁴³ Жуков Г. Международное космическое право / Г. Жуков. – М., 1999. – 360 с.

¹⁴⁴ Rudolf Walter. Technological Development and Codification of International Law / Walter Rudolf. – Etudes en L'honneur de Roberto Ago. – Milano, 1987. – Vol. 1. – P. 433 – 453.

резольцій та міжнародних договорів. Першим і найвагомим документом у цій сфері стала Декларація принципів, яка стосується діяльності держав у космосі 1963 р. та Договір щодо принципів використання державами космосу, включаючи Місяць та інші небесні тіла 1967 р. У цих документах було підтверджено, що космос та небесні тіла, включаючи Місяць, не можуть знаходитися під національною юрисдикцією, бути окуповані тощо. Дослідження космосу мають проводитися задля вигод та інтересів усіх держав світу. На орбіті заборонено розміщувати зброю масового знищення, використання космосу та небесних тіл можливі лише в мирних цілях та відповідно до міжнародного права¹⁴⁵.

Було б перебільшенням вважати, що такий розвиток міжнародного права повною мірою відповідає принципам римського права, або що лише загальні принципи можуть спрямувати розвиток міжнародного права по вірному руслу.

Коли в середині 60-х років минулого століття було встановлено, що завдяки розвитку технологій морське дно та дно океанів можуть стати предметом дослідження й отримання економічної вигоди, і такі вигоди настануть швидше, ніж вигоди від використання космічного простору, політичні та стратегічні інтереси держав змінилися.

11 грудня 1970 р. ГА ООН одногосно прийняла (14 утрималися) Декларацію принципів щодо дна морів та океанів, його надр, що знаходяться поза межами національної юрисдикції¹⁴⁶. Цей документ підтвердив ті самі принципи, які вже існували щодо використання космічного простору. (При цьому США та ряд інших держав світу підтримали Резолюцію, яка по суті містила принципи *jus cogens* у розумінні ст. 53 Віденської конвенції 1969 р., що не заважає їм не брати участі в більшості універсальних конвенцій). Ці принципи були в подальшому трансформовані в розділ 2 частини XI Конвенції ООН про міжнародне право.

Район морського дна та його ресурси були визнані загальним спадком людства, який відповідає загальному принципу *res communis omnium*. Було проголошено, що жодна держава не може претендувати або здійснювати юрисдикцію над будь-якою

¹⁴⁵ Жуков Г. Международное космическое право / Г. Жуков. – М., 1999. – 360 с.

¹⁴⁶ Декларация принципов, регулирующих режим дна морей и океанов и его надр за пределами действия национальной юрисдикции (17 декабря 1970 года) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_558

частиною Району або його ресурсів, жодна держава не може привласнити таку територію. Будь-яка діяльність має здійснюватися на користь всьому людству, порівну отримуючи всі фінансові та інші вигоди від використання Району. Використання допустиме тільки в мирних цілях.

Водночас «міжнародний режим», який було з самого початку закладено в текст Конвенції 1982 р., перетворився на так звану паралельну систему використання мінеральних ресурсів. Паралельна система була передбачена та регулювалася ст. 8 Додатку III Конвенції. Подальші концесії були врегульовані Резолюцією II. Це був компроміс між протилежними інтересами держав, хоча й не зовсім відповідно до згаданих принципів. Розвинуті держави, які мають необхідні технології, *de facto* мають доступ до ресурсів і в односторонньому порядку відмежовуються від цих принципів¹⁴⁷.

Закон США про мінеральні ресурси на морському дні (*The US Deep Seabed Hard Mineral Resources Act*) навіть передбачає: «Правова позиція США полягає в тому, що експлуатація та комерційний видобуток мінеральних ресурсів дна морів є свободами відкритого моря із врахуванням інтересів інших держав у користуванні цією свободою та іншими свободами, визнаними загальними принципами міжнародного права»¹⁴⁸.

Згідно національного законодавства США та інших провідних індустріально розвинутих держав світу, видача ліцензії на ексклюзивні права на дослідження та видобуток корисних копалин у Районі, належить внутрішньодержавним органам, а саме законодавство складається переважно із норм *ultra vires*. Такої «свободи» щодо користування ніколи не існувало у відкритому морі. Із прийняттям 28 липня 1994 р. Угоди щодо застосування Частини XI Конвенції ООН 1982 р. ця частина Конвенції, власне, як і Додатки III та IV, були переглянуті. Цей нестабільний та суперечливий розвиток міжнародної практики підтверджує нашу думку про те, що розвиток міжнародного права необов'язково має відбуватися відповідно до загальних принципів права, а на нього впливають односторонні акти держав.

¹⁴⁷ Носиков А. Н. Современные тенденции развития правового режима Международного района морского дна: дисс.... канд. юрид. наук / А.Н. Носиков. – М., 2010 – 199 с.

¹⁴⁸ Deep Seabed Hard Mineral Resources [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uscode.house.gov/download/pls/30C26.txt>

У цьому контексті надзвичайно важливим залишається питання співвідношення категорії суверенітет та загальних принципів права. Тут варто згадати професора Харта, адже, якщо вважати, що окремі загальні принципи права є передумовою існування міжнародного правопорядку, постає питання про їх співвідношення та взаємодію з суверенітетом держави. Представники волюнтаристської школи міжнародного права вважають це питання ключовим, оскільки, на їхню думку, міжнародне право є лише там, де є згода держав.

Для початку повернімося до процесуальних норм. Як вже було зазначено, норми щодо міжнародного вирішення спору було вперше кодифіковано в Гаазькій конвенції про мирне вирішення міжнародних зіткнень 1907 р. Ті ж самі основні принципи були закріплені в Статуті, Регламенті МС ООН та у ст. 38 і 46 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р.

Якщо судові органи при виконанні своїх функцій ігнорують положення ряду загальних принципів, це може поставити під сумнів легітимність самого рішення. Тобто, окремі принципи права мають обов'язковий характер як для національних, так і для міжнародних судових установ. У зв'язку із цим виникає питання, яке неодноразово піднімалося: чи не обмежують такі принципи державний суверенітет. Шукаючи відповідь на це питання слід враховувати, що держави не зобов'язані звертатися за вирішенням своїх спорів до судових та арбітражних установ, а звертаючись до них – користуються таким правом, виходячи із своїх суверенних прав. Отже, загальні принципи права, які використовуються в процесі вирішення спорів, не мають ніякого відношення до права держав на вибір способу вирішення спору.

З іншого боку, укладення договору відображає волю всіх учасників відповідно до умов останнього. Зобов'язання, які виникають у сторін у зв'язку з укладенням міжнародного договору, мають виконуватися відповідно до принципу *pacta sunt servanda*, який хоча і було включено до статті 26 Віденської конвенції 1969 р., однак від цього він не змінив своєї правової природи, будучи загальним принципом права.

Остаточно принцип *pacta sunt servanda* було сформульовано на Карфагенському Соборі в 438 р., а поширювався він на всі договори. У Середньовіччі на цей принцип значно вплинув кодекс честі лицарства: лицарі давали клятву, що вони будуть вірними в

дотриманні слова і якщо попадуть до полону, то заплатять викуп відповідно до своєї обіцянки. У 1652 р. зміст принципу дещо змінився. Зокрема, з'явився підхід, відповідно до якого «трактати, які існують між націями, обов'язкові не тільки для монархів, стільки для народів, оскільки їх мета – взаємна вигода». У Новий час дію принципу починають пов'язувати з наявністю згоди сторін як основи для прийняття взаємних зобов'язань. Учасники Лондонської конференції 1871 р. – Австро-Угорщина, Велика Британія, Німеччина, Італія, Росія та Туреччина – вказували, що вони визнають за суттєвий початок міжнародного права, що жодна держава не може звільнити себе від зобов'язань трактату, ні змінити його положення інакше, ніж зі згоди договірних сторін¹⁴⁹.

Звісно, сам принцип *pacta sunt servanda*, незалежно від його правової природи, не може забезпечити сторони від невиконання зобов'язання іншою стороною, однак все ж дає можливість стороні, яка виконала свої зобов'язання, вимагати притягнення винної сторони до відповідальності в тій або іншій формі.

Pacta sunt servanda не може розглядатися як принцип, який обмежує суверенну волю держав, адже держави самі мають вирішувати – вступати їм у договірні відносини, чи ні. Сторони можуть змінити умови договору або й розірвати його. І все це буде в рамках дії принципу *pacta sunt servanda*. Навіть принцип *clausula rebus sic stantibus*, який за змістом є протилежним *pacta sunt servanda*, є лише виключенням з останнього.

Слід відзначити, що окремі загальні принципи права стали частиною Віденської конвенції 1969 р., пройшовши шлях кодифікації та прогресивного розвитку. Тобто, вони увійшли в Конвенцію у видозмінену вигляді. Таким чином, загальні принципи права змінили свою природу, оскільки змінився їх зміст, однак це не означає, що їх не можна розцінювати як *lex ferenda*, а винятково як положення цієї Конвенції, які зобов'язують її учасників, тобто *lex lata*.

Для визначення правової природи загальних принципів права і їх місця у праві міжнародних договорів та інших галузях міжнародного права слід знову ж таки повернутися до різних доктринальних підходів. Як вже було зазначено, Е. Ваттель дотримувався

¹⁴⁹ Тиунов О.И. Принцип соблюдения международных обязательств / О.И. Тиунов. – М.: «Международные отношения», 1979. – С. 7 – 12.

волюнтаристських поглядів на правову природу міжнародного права¹⁵⁰, визначаючи, що для появи норми необхідна обов'язкова згода держав. Це стосується і звичаєвого права, адже згода держав тоді висловлюється в усній формі. Отже, у цій системі загальному принципу аж ніяк не місце. У цілому, погоджуючись із Е. Ваттелем, МакНер серед іншого зазначив, що у будь-якій некодифікованій правовій системі існують певні базові універсальні принципи. У загальній системі права, передусім у Великій Британії та США, неможливо визначити підставу, на якій особа має право вимагати виконання контракту. Однак майже кожне рішення базується саме на цьому принципі. Це характерно і для міжнародного права. Жоден з урядів не відмовиться від визнання принципу *pacta sunt servanda*, і той факт, що уряди визнають за необхідне витратити значну кількість часу на доведення в окремих випадках, що *pactum* було порушено або що дія, вчинена державою, не порушувала принципу, а її поведінка навпаки повністю відповідає цьому принципу»¹⁵¹.

У роботі проф. Дегана було проведено розмежування між міжнародними звичаями та загальними принципами права. На його думку, останні, стаючи частиною або основою для формування міжнародного звичаю, змінюють свою правову природу. Із цим можна погодитися лише частково. Так, дійсно, певні зміни відбуваються, однак вони стосуються не правової природи, а зміни форми.

Проф. Деган вважає, що ряд видозмінених загальних принципів права до прийняття Конвенції 1969 р. існували у формі звичаїв загального міжнародного права, і їх правова природа була змінена у зв'язку із прийняттям конвенції. У такому випадку постає питання про розмежування загальних принципів права як джерела загального міжнародного права і міжнародних звичаїв як джерела загального міжнародного права. Ми не бачимо для цього підстав, адже такі звичаї є результатом розвитку загальних принципів права. Ознайомимось з аргументами професора. У коментарях до проекту Конвенції про право міжнародних договорів Комісія міжнародного права досліджує та аналізує всі можливі докази

¹⁵⁰ Degan V. D. Sources of International Law / V. D. Degan. – Martinus Nijhoff Publishers, 1997. – P. 99.

¹⁵¹ Lord McNair. The Law of Treaties / Lord McNair. – Oxford, 1961. – P. 493.

існування попередньої практики держав. За відсутності практики Комісія звертається до різного роду судових рішень і визначає, що у національному праві помилка при укладенні договору займає надзвичайно вагоме місце як фактор, який викривляє зміст контракту. Окремі помилки, що мають місце в рамках національно-правової системи, не можуть з'явитися в міжнародному праві. Особливу увагу Комісія приділила питанням обману. При цьому було зазначено, що обман притаманний всім системам права, хоча кожна з них розуміє його по-своєму. Разом із тим сформулювати відповідне розуміння обману в міжнародному праві неможливо через відсутність відповідної міжнародної практики¹⁵². Тобто, категорія загального принципу права, на думку проф. Дегана, тут не спрацьовує, і зароджується зовсім інша форма існування джерела. На нашу думку, сам факт визнання неправомірності і є загальним елементом для цього випадку – мова йде про загальний принцип права. Але така заочна полеміка носить більш казуїстичний характер, ніж теоретико-прикладний, тому на цьому і зупинимося.

Існують інші норми, що презюмуються, або більш визначені загальні принципи права, які однаково застосовуються як до міжнародних договорів, так і до контрактів будь-якої правової природи *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* або *inadimplendi non est adimplendum*. Крім того, це вже згадані вади волі, які призводять до визнання недійсності договору: помилка, обман, примус. Існують й інші загальні принципи, які мають ширше застосування, не обмежуючись сферою міжнародних договорів. Це принципи добросовісності, або *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*.

У *Справі щодо острова Пальмас 1928 р.*¹⁵³ арбітр Макс Губер зазначив: «Іспанія не може передати більше прав, ніж має сама». Такі загальні принципи права можуть бути доповнені, наприклад, *enrichissement sans cause* та ін. Більшість із таких принципів використовується в міжнародному праві без врахування специфіки суб'єктного складу. Поза сумнівом, такі принципи відносяться до позитивного міжнародного права, не дивлячись на те, чи дають держави згоду, чи ні. Дійсно, будь-які правові відносини

¹⁵² Degan V. D. Sources of International Law / V. D. Degan. – Martinus Nijhoff Publishers, 1997. – P. 76.

¹⁵³ Daniel-Erasmus Khan. Max Huber as Arbitrator: The Palmas (Miangas) Case and Other Arbitrations // European Journal of International Law. – 2007. – 18(1). – P. 145 – 170.

між державами або між іншими суб'єктами міжнародного права неможливо було б навіть теоретично сконструювати, якби ці принципи не були частиною позитивного міжнародного права.

Однак слід ще раз підкреслити, що такий підхід абсолютно не означає, що ці принципи обмежують суверенітет держави. У зв'язку із цим слід відзначити особливості застосування загальних принципів права в інституті міжнародної відповідальності. Кодифікацією права міжнародної відповідальності займається Комісія міжнародного права, яка намагається кодифікувати відразу декілька аспектів: відповідальність держав за неправомірну поведінку (схвалено резолюцією ГА ООН в 2001 р.) держав, за неправомірну поведінку міжнародних організацій, за транснаціональну шкоду та за правомірну поведінку¹⁵⁴. Основа, від якої по суті Комісія відштовхувалася – це принципи відповідальності, закладені в адміністративному та кримінальному праві. Переважно це принципи, які були запозичені з права європейських континентальних держав. Аналізуючи підготовчі документи Комісії, виступи доповідачів, стає очевидним, що Комісія використовувала аналогію права, але видозмінила окремі принципи через врахування норм загального міжнародного права та практики. При цьому основні правові положення інституту міжнародної відповідальності були доопрацьовані із врахуванням потреб міжнародної спільноти.

Аналіз Проекту статей про відповідальність держав за протиправну поведінку дає підстави твердити про наявність у них загальних принципів права: відсутність міжнародної відповідальності за протиправні дії, згода на які була попередньо надана потерпілою стороною, застосування контрзаходів, форс-мажор, самооборона, не передбачувані обставини, стан крайньої необхідності. Ці положення є доопрацьованими загальними принципами права, які були асимільовані міжнародним правом і використовувалися в практиці. В основі цих принципів лежить передусім обов'язок відшкодування за незаконно завданні страждання. Правові межі цього принципу і виключення при застосуванні передбачені іншими загальними принципами права, які є загальними для

¹⁵⁴ Вороб'єва Е. К вопросу о кодификации права международной ответственности // Журнал международного права и международных отношений. – 2006 — № 3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=1037&Itemid=179

більшості розвинутих правових систем сучасності. Більшість із них не відносять до категорії *jus cogens*.

Слід разом із тим враховувати, що застосування принципів права міжнародної відповідальності не пов'язане зі згодою держав, скоріше навпаки – із незгодою держави. Тобто, існує обмеження суверенних дій держави за умови, що такі дії є протиправними і порушують нормальні взаємовідносини між ними. Аналогічні обмеження існують і в інших галузях міжнародного права. Зокрема, при виникненні нової імперативної норми зміст зобов'язань за Віденською конвенцією та іншими договорами змінюється аж до припинення дії останніх (ст. 53 та 64 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р.).

Практика міжнародних відносин свідчить, що до загальних принципів права належать принципи, закріплені саме в національному законодавстві (від конституції до судових рішень). Особливого значення загальні принципи права набувають у випадку становлення та розвитку нової галузі міжнародного права, адже тоді вони виконують свою основну функцію – закривають прогалини в міжнародно-правовому регулюванні. Для прикладу розглянемо міжнародне кримінальне право та міжнародне кримінальне процесуальне право, що має значну кількість прогалин, які необхідно усунути у зв'язку з початком активного функціонування Міжнародного кримінального суду. Особливо це стосується правил процедури та доказів, прийнятних для суду, порядку ведення процесу та, зокрема, принципу змагальності сторін. Загальні принципи права, які використовуються в практиці міжнародних кримінальних судових органів, можуть міститися як у нормах процесуального, так і матеріального права. Зокрема, із матеріального кримінального права діють загальні принципи, які стосуються індивідуальної відповідальності особи, пропорційність покарання¹⁵⁵.

Статут Міжнародного кримінального суду (ст. 21) передбачає дві категорії принципів, якими може керуватися Суд для прийняття рішень: загальновизнані принципи гуманітарного права та загальні принципи права, які взяті ним (Судом) із національних

¹⁵⁵ Prosecutor v. Blaskic [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>

законів правових систем світу¹⁵⁶. Стаття 21 Статуту сформульована таким чином, що загальні принципи права можуть бути застосовані «якщо це можливо». Напрошується висновок, якщо це не суперечить джерелам, передбаченим п. а та п. б статті 21 Статуту: «Статут, Елементи злочинів і Правила процедури та доказування; міжнародні договори, принципи і норми міжнародного права, включаючи загальноновизнані принципи права збройних конфліктів».

Однак це не означає, що загальні принципи лише зрідка застосовуються в міжнародному кримінальному судочинстві. Міжнародні кримінальні суди та трибунали досить часто використовують їх для того, щоб закрити прогалини правового регулювання. Наприклад, це стосується примусу, дієздатності, самооборони, які виключають відповідальність за загальним міжнародним кримінальним правом¹⁵⁷. І тому додатковий характер джерела не означає менший рівень його важливості, виходячи хоча б з того, що весь міжнародний кримінальний процес побудовано на загальному принципі права – особа, якій висунуто обвинувачення, має право на захист.

Не менш важливу функцію виконують загальні принципи права не як самостійні джерела права, а як правовий інструмент тлумачення інших джерел права. Це призводить до надзвичайно цікавих наслідків. Міжнародний кримінальний суд не створює норму права, а лише її застосовує. Однак її застосування інколи радше нагадує створення норми. По суті ми маємо справу з дещо видозміненим *jus praetorium*. Це підтверджує і ч. 3 ст. 21 Статуту Міжнародного кримінального суду: суд може застосовувати принципи та норми права відповідно до того, як вони були розтлумачені в його попередніх рішеннях. Саме на цей процес впливають загальні принципи права. Більше того, загальні принципи права відіграють значну роль при аргументації прокурора, захисника

¹⁵⁶ Римський статут Міжнародного уголовного суда [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.un.org/russian/law/icc/rome_statute\(r\).pdf](http://www.un.org/russian/law/icc/rome_statute(r).pdf)

¹⁵⁷ У цьому зв'язку можна подивитися рішення у таких справах: Prosecutor v. Delalic et al. (справа № IT-96-21-A, абз. 583-590) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>

або суду/трибуналу. Як правило, загальний принцип права посилює таку аргументацію, робить її переконливішою.

Для прикладу можна навести принцип людської гідності і його розуміння. Міжнародний трибунал для судового переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, здійснені на території колишньої Югославії з 1991 року (Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії), саме цей принцип поклав в основу розуміння згвалтування, і це дозволило сформулювати чіткіше суб'єктивні та об'єктивні елементи злочину згвалтування у розрізі розуміння ст. 3 Статуту Трибуналу¹⁵⁸. Це дозволило уникнути суб'єктивного тлумачення положень суддями¹⁵⁹. У даному випадку загальні принципи права відіграли ключову роль у кваліфікації діяння та прийнятті рішення. Звісно, що не кожен загальний принцип права можна розглядати як базовий для юридичної кваліфікації у міжнародному кримінальному судочинстві. Мова йде про принципи, притаманні кримінальному праву.

Крім того, не завжди зрозуміло, яку роль відіграють загальні принципи права в конкретній ситуації: розтлумачують існуючу норму, заповнюють відповідну прогалину в праві або взагалі виконують роль допоміжного джерела. У будь-якому випадку, загальні принципи права відіграють нормативну роль при прийнятті рішень міжнародними кримінальними судами та трибуналами.

Міжнародні кримінальні трибунали часто для встановлення наявності/відсутності загального принципу права, його змісту, сфери застосування звертаються до рішень інших судових органів та доктринальних вчень, у тому числі із використанням методу порівняльного правознавства. Зокрема, це стосується принципу неупередженості правосуддя¹⁶⁰, *nullum crimen nulla poena sine lege*¹⁶¹ стосовно змісту принципу якого суд виходив із загальних

¹⁵⁸ Prosecutor v. Kordic (справа № IT-95-14/2-T, абз. 448-451) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=41483e9be>

¹⁵⁹ Prosecutor v. Furundzija Case № IT-95-17/1-T [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf> – P. 61.

¹⁶⁰ Kolb R. Principles as a Source of International Law (With Special Reference to Good Faith). – Netherlands International Law Review. – Vol. LIII. – № 1. – 2006. – P. 1 – 36.

¹⁶¹ Prosecutor v. Furundzija Case № IT-95-17/1-T [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf> – P. 61.

знань¹⁶². Хоча слід зазначити, що Трибунал по Югославії менше звертався до зовнішніх джерел і більше – до власних рішень¹⁶³. Це зайвий раз свідчить про те, що загальні принципи права відіграють скоріше роль «рецесивного» джерела і, більше того, доводить теорію нестабільності форми джерела міжнародного права – загальний принцип права закріплюється в міжнародному договорі та міжнародному звичаї або судові установи звертаються до своїх попередніх рішень, в яких вже було визначено зміст та сфера застосування загальних принципів права. Наприклад, Спеціальний суд по Сьєрра-Леоне визначив межу своєї компетенції, посилаючись на відповідні рішення Трибуналу по Руанді, та застосував загальні принципи права саме в тому сенсі, в якому вони були застосовані Трибуналом по Руанді. Хоча з точки зору діалектики в даному випадку все ж таки будемо застосовувати загальні принципи права, які набули іншої форми. Цю думку достатньо просто пояснити з точки зору філософії. Зміст та форма, як філософські категорії, перебувають у постійному взаємозв'язку, тобто мова йде про єдине ціле. Форма є зовнішньою організацією змісту, а відносини форми та змісту характеризується єдністю. По суті, форма переходить у зміст, а зміст – у форму. Без форми зміст є надзвичайно динамічним, форма ж надає змісту стійкої структури. У ході розвитку невідповідності змісту та форми в кінцевому випадку виникає нова форма, яка відповідає новому змісту. Саме це пояснює нестабільність форми джерела міжнародного права і незмінність його змісту.

Не можна обійти увагою і вплив доктрини міжнародного права на формування уявлення про зміст загальних принципів права і практику їх застосування в міжнародних кримінальних судах та трибуналах. Часто такого роду судові органи звертаються до робіт доктриністів. Зокрема, це *Справа Трибуналу по колишній Югославії «Прокурор проти Фурунджія»*, в якій зміст принципу неупередженості правосуддя встановлювався саме через його зміст, який закладено в доктрину, однак лише з урахуванням особливостей його використання в судовій практиці.

¹⁶² Cogan J. International Decision, Prosecutor v. Milutinovic et al., Decisions on Requests of the United States of America and the North Atlantic Treaty Organisation for Review (2007) // American Journal of International Law. – 2007. – Vol. 101. – P. 163.

¹⁶³ Prosecutor v. Norman Case № SCSL-04-14-PT [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org/x/cases/Norman/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>. – P. 30.

Це не означає, що процес розвивається лише в одному напрямі – з національного права до міжнародного. У даному процесі існує певна конвергентність, яка проявляється у використанні в національному кримінальному судочинстві норм міжнародного права, зокрема «Пакту про громадянські та політичні права» та ряду регіональних норм по захисту прав людини, що, власне, свідчить про значну вагу процедурних прав, передбачених даними документами. Це стосується і положень статті 14 Пакту, яка передбачає, що всі особи є рівними перед судами і трибуналами. Кожен має право при розгляді будь-якого кримінального обвинувачення, пред'явленого йому, або при визначенні його права та обов'язків у будь-якому цивільному процесі, на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону. Преса і публіка можуть не допускатися на весь судовий розгляд або частину його з міркувань моралі, громадського порядку чи державної безпеки в демократичному суспільстві, або коли того вимагають інтереси приватного життя сторін, або коли це, на думку суду, є необхідним – при особливих обставинах, коли публічність порушувала б інтереси правосуддя. Однак будь-яка судова постанова в кримінальній або цивільній справі повинна бути публічною, за винятком тих випадків, коли інтереси неповнолітніх вимагають іншого чи коли справа стосується матримоніальних спорів або опіки над дітьми. Кожен обвинувачений у кримінальному злочині має право вважатися невинним, поки винність його не буде доведена згідно із законом. Кожен має право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення на такі, як мінімум, гарантії на основі цілковитої рівності: бути терміново і докладно повідомленим мовою, яку він розуміє, про характер і підставу пред'явленого йому обвинувачення; мати достатній час і можливості для підготовки свого захисту і спілкуватися з обраним ним самим захисником; бути засудженим без невинуватої затримки; бути судженим в його присутності і захищати себе особисто або за посередництвом обраного ним захисника; якщо він не має захисника, бути повідомленим про це право і мати призначеного йому захисника в будь-якому разі, коли інтереси правосуддя того вимагають, безоплатно для нього в усякому випадку, коли у нього немає достатньо коштів для

оплати цього захисника; допитувати свідків, які дають проти нього показання, або мати право на те, щоб цих свідків було допитано, і мати право на виклик і допит його свідків на тих самих умовах, які існують для свідків, що дають показання проти нього; користуватися безоплатною допомогою перекладача, якщо він не розуміє мови, використовуваної в суді, або не говорить цією мовою; не бути приневоленим до давання свідчень проти самого себе чи до визнання себе винним¹⁶⁴.

Юридична сила загальних принципів права залежить від самого існування міжнародного правопорядку. Такий правопорядок має дещо спільне із внутрішньодержавним правопорядком та є передумовою для функціонування міжнародної спільноти в цілому. У зв'язку із цим постулатом виникає питання співвідношення «загальні принципи права» та «основні принципи міжнародного права». Слід враховувати, що останні МС ООН у своїй практиці називає «правові принципи універсального застосування», «фундаментальні принципи міжнародного права». Різні назви відповідають одному й тому самому правовому явищу. Луї Генкін у своїй роботі «Міжнародне право: політика, значення та функції» (*«International Law: Politics, Values and Functions»*) назвав такі принципи «конституційним правом»¹⁶⁵.

Звісно, що такі принципи не можна віднести до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями, адже їх правова природа докорінно відрізняється. Вони вступають у дію як норма позитивного міжнародного права в певний період часу, вони є частиною загального звичаєвого права. Не дивлячись на це, їх появу можна пояснити винятково з позиції природного права, яке асимілює державу з людською істотою та її місцем у людському суспільстві. Тільки така істота може набувати абсолютних прав. Таким чином, всі держави, будучи членами міжнародної спільноти, володіють невід'ємними, неподільними та незмінними правами, і це пов'язано винятково з тим, що вони існують. Єдиної думки щодо переліку прав та обов'язків серед фахівців міжнародного права немає. Єдине, у чому вчені сходяться на думці, це поділ базових прав на п'ять груп: право на існування; право на незалежність або

¹⁶⁴ Міжнародний Пакт про громадянські та політичні права 1966 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_043

¹⁶⁵ Henkin Lois. *International Law: Politics, Values and Functions* / Lois Henkin. – Dordrecht; Boston: M. Nijhoff, R.C.A.D.I., 1989. – P. 51 – 52.

суверенітет; право на юридичну рівність; право на повагу; право на міжнародне співробітництво. Ці права держави є найзагальнішими, звісно в кожному з цих п'яти груп входять ще інші права, які мають спеціальний характер порівняно з основними. Більш того, ряд прав держав виникає в ході розвитку позитивного міжнародного права або ті, що існують, – видозмінюються.

Ця доктрина не знаходила підтримки в ХІХ столітті, оскільки в праві тоді панував позитивізм. Разом із тим на основі фундаментальних прав щодо права на існування держави вели територіальні війни, спрямовані або на захоплення частини, або всієї чужої території, особливо якщо територія належала, на думку агресора, нецивілізованій державі. Таку ситуацію в Європі було вирішено за рахунок балансу сил та політики взаємного стримування.

У міжнародних відносинах того періоду розглядалися права лише тих держав, які були членами міжнародної спільноти – були «цивілізованими». Не існувало жодного обов'язку держави щодо підтримання міжнародного спілкування. І цей підхід підтримується окремими доктринами і сьогодні. Зокрема, це волюнтаристська доктрина, основні положення якої заперечують існування фундаментальних прав та обов'язків держави поза її волею¹⁶⁶.

Спроби кодифікувати та закріпити права й обов'язки держав в одному документі проводилися неодноразово. Зокрема, у 1916 р. Американським інститутом міжнародного права було розроблено Декларацію прав та обов'язків держав. Однак положення цієї Декларації аж ніяк не можуть вважатися нормами позитивного міжнародного права, вони скоріше розглядаються як *lex ferenda*. Разом із тим немає жодних підстав для того, щоб ці положення були використані в подальшому в міжнародних договорах регіонального характеру.

У 1933 р. було прийнято Міжамериканську конвенцію про права та обов'язки держав (Конвенція Монтевідео), а в 1948 р. Боготську Хартію, яка містила розділ ІІІ «Фундаментальні права та обов'язки держав». Ідея відобразити фундаментальні права та обов'язки держав міститься також і в Статуті ООН 1945 р. У 1949 р. було

¹⁶⁶ Можливо, це і завадило у свій час прийняти Декларацію прав та обов'язків держав, проект якої було підготовлено, у тому числі і за участі радянської делегації. Детально про позицію представників радянської школи міжнародного права з цього питання див.: Корецький В.М. Декларации прав и обязанностей государств / В.М. Корецкий. — К.: Изд-во АН Украинской ССР, 1962. — С. 153.

розроблено проект Декларації про права та обов'язки держав, яка так і не була прийнята. У 1970 р. зміст цих прав та обов'язків було розтлумачено в Декларації основних принципів міжнародного права, які стосуються дружніх відносин відповідно до Статуту ООН.

Слід окремо звернути увагу на норму-принцип щодо обов'язку співпрацювати. Хоча ця норма і сформульована як зобов'язання, відповідальність за її порушення відсутня. Тобто, за своєю правовою природою це скоріше ціль, ніж принцип. Гельсінський заключний акт 1975 р. ще раз підтвердив існування семи фундаментальних принципів, додавши три: недоторканість державних кордонів, територіальна цілісність та повага прав людини. Поза сумнівом, ці принципи стали частиною загального міжнародного звичаєвого права, хоча документи, які закріплюють ці принципи, мають абсолютно різну правову природу – від «Конституції» міжнародного права (Статут ООН) до політичної домовленості (Заключний акт 1975 р.).

Положення цих принципів фактично окреслюють сучасний міжнародний правопорядок, вони обмежують свободу дій усіх держав без виключень, особливо щодо права застосувати силу. Звісно, є істотна різниця між нормативно закріпленою реальністю та ситуацією, яка реально складається між державами. І саме у цій сфері існує найбільший розрив між задекларованим та тим, що реалізується на практиці.

Найбільша проблема у розрізі цих трьох джерел для закріплення принципів постає щодо правової природи Гельсінського акта. Як вже було зазначено, за своєю правовою природою Акт є політичною домовленістю. Його в жодному випадку не можна віднести до міжнародних договорів. Обговорюючи цю проблему, Дж. Фосет у своїй роботі «Гельсінський акт та міжнародне право», яка вийшла в 1977 р. у Бельгії, зазначив: «...Члени міжнародної спільноти мають політичні цілі, які є аналогічними до моральних та соціальних зобов'язань фізичних осіб. Вони широко розглядають дві форми як аксіоми, на яких будується весь міжнародний правопорядок, як політичне зобов'язання, що служить спільним інтересам. Статут ООН та Гельсінський акт є аксіомами міжнародного правопорядку. Обов'язки, які виникають у міжнародних відносинах, не повинні будуватися на нормі права. Ефективність норм міжнародного права залежить від політичних зобов'язань. Їх формальне включення до Статуту ООН як міжнародної угоди,

зобов'язуючої сторони і врегульованої міжнародним правом, не змінює початкову природу принципів. Гельсінський акт є по суті тлумачним інструментом в європейському вимірі. Він встановлює політичні зобов'язання, необхідні для підтримання миру та безпеки, що перетворює політичні зобов'язання на набір правових правил»¹⁶⁷.

Принципи міжнародного права настільки глибоко й органічно увійшли в структуру міжнародного права, що судді при їх застосуванні не аналізують природу їх походження. Саме на цьому наголошує і Макс Соеренсен¹⁶⁸, і це правильно, адже інакше вони поринуть у казуїстику. Судді сприймають окремі фундаментальні принципи як норми *jus cogens, opinio juris*, яких не потрібно доводити, про що свідчить рішення у *Справі про військові та напіввійськові дії на території Нікарагуа*.

Але юридична сила цих принципів випливає з їх мети: підтримання міжнародного миру та безпеки, які є загальним надбанням всього людства. Звісно, неможливо повністю ідентифікувати загальні принципи права, як вони визначені в ст. 38 Статуту МС ООН, та фундаментальні принципи права. Хоча і ті й інші принципи мають характер основних (базових). Фундаментальні принципи права мають зовсім іншу юридичну природу, вони не походять із національного правопорядку, у них із самого початку була інша сфера регулювання. Разом із тим у них є і спільні риси. Зокрема, це стосується тих функцій, які вони виконують у формуванні та реалізації міжнародного правопорядку. Загальні принципи права забезпечують процесуальну можливість реалізації міжнародного права, водночас фундаментальні принципи створюють основу його функціонування. Відповідно, наступають різні наслідки за порушення принципів.

Викладене свідчить про те, що загальні принципи права є одними з найскладніших з точки зору кваліфікації джерелами міжнародного права. Ситуацію ускладнює архаїчність побудови статті 38 Статуту МС ООН – визнання цивілізованими націями.

¹⁶⁷ Цитата за: Dunk F.G. Challenges and Opportunities: The European Communities and the Conference on Security and Cooperation in Europe. / F.G. Dunk // *Leiden Journal of International Law*. – № 3. – P. 247 – 257.

¹⁶⁸ Degan V. D. Sources of International Law / V. D. Degan. – Martinus Nijhoff Publishers, 1997. –P. 88.

Альберт де Лапрадель ще у 1920 р., під час роботи над проектом Статуту ШМП, зазначав, що право і є цивілізацією. І, можливо, брак часу та участь у важливіших політичних заходах призвели до того, що конференція у Сан-Франциско 1945 р. не виключила це сумнівне формулювання з тексту Статуту МС ООН¹⁶⁹.

Від 1920 р. багато що змінилося як у світі, так і у світосприйнятті. Сьогодні поділ націй на цивілізовані та нецивілізовані з точки зору міжнародної моралі є аморальним, а з точки зору міжнародного права після прийняття Статуту ООН таким, що порушує принцип рівності. Тому дослівне тлумачення статті 38 Статуту МС ООН неможливе, оскільки призведе до необхідності визначення критерію цивілізованості, що неприпустиме з точки зору сучасного міжнародного права та його принципів.

Проф. Деган у своєму дослідженні, присвяченому джерелам міжнародного права, вказав, що окремі режими не можуть вважатися визнаними цивілізованими націями, зокрема фашистський режим у Німеччині, адже кримінальне законодавство Німеччини того періоду заперечувало загальновизнані максими: *nullum crimen sine legem* та *nulla poena sine legem*, які були замінені на сумнозвісний принцип *nullum crimen sine poena*, тобто жоден злочин не повинен бути безкарним. Цей принцип відкрив суддям можливість застосувати аналогію в кримінальному праві, яка загальновизнано заборонена. Фактично джерелом кримінального права тодішньої Німеччини стали думки лідерів нацистської партії. Однак дозволимо собі не погодитися із висловленою позицією. Мова йде не про цивілізованість чи нецивілізованість форми управління в конкретно взятій державі. Це винятково суб'єктивний підхід і свідчить він не про побудову законодавства на основі загальновизнаних підходів, а скоріше всупереч їм.

Сьогодні тлумачити статтю 38 Статуту МС ООН слід не буквально, а виходячи з мети, яку ставили перед собою його розробники – знаходження спільного для більшості правових систем світу як основи для подальшого прогресивного розвитку міжнародного права. Це підтверджується і порядком обрання

¹⁶⁹ Degan V. D. Sources of International Law / V. D. Degan. – Martinus Nijhoff Publishers, 1997. – P. 98.

суддів до МС ООН. Статут ООН однією з базових умов формування судового складу ставить представництво основних правових систем світу.

Отже, стаття 38 кореспондується зі статтею 9 Статуту МС ООН. Те, що судді вважають прийнятними принципами з точки зору тієї правової системи, яку вони представляють, можна вважати таким, що визнане цивілізованими націями. При цьому не має значення, що загальні принципи права можуть існувати в різних формах. Саме цієї позиції дотримувався датський професор Макс Соерсен¹⁷⁰ у роботі щодо джерел міжнародного права, яка вийшла в 1946 р. і була першим виданим дослідженням, присвяченим джерелам міжнародного права як системі в сучасний період.

Разом із тим, цілком обґрунтованою є думка щодо обов'язковості одноставного прийняття норми як принципу. Тобто, чи потрібно для того, щоб стверджувати, що принцип є загальновизнаним, визнання всіма, чи не буде категорії визнаності заважати меншості незгодних. Так, при винесенні рішення МС ООН немає необхідності в тому, щоб воно було прийняте усіма 15 суддями. Але, якщо меншість суддів чітко обґрунтує свою позицію незгоди із визначенням принципу права як загальновизнаного, оскільки він суперечить загальній концепції партикулярної правової системи і відповідно не може вважатися загальновизнаним, то при винесенні рішення, це буде враховано. На нашу думку, у такому випадку, скоріше за все, мова йде взагалі про відсутність такого принципу.

Практика ж міжнародного права виходить дещо з інших позицій. По-перше, розходження в думках суддів навряд чи може бути адекватно відображене в судовому рішенні. Адже більшість знайде необхідні аргументи, які підтверджують саме її позицію і нівелюють іншу. Судді формують позицію, виходячи з компіляції власного правового досвіду та аргументів сторін. При цьому інколи останні надзвичайно впливають на позицію судді. Так, у *Справі щодо Західної Африки* думки суддів розділилися. З однієї сторони виступили: сер Персі Спендер (*Percy*

¹⁷⁰ Soerensen Max. The Sources of International Law. Manual of Public International Law / Max Soerensen. – London, 1968. – P. 146.

Spender) (Австралія), Джеральд Фітцморіс (*Gerald Fitzmaurice*) (Велика Британія), Богдан Вінарські (*Bohdan Winiarski*) (Польща). З іншої – Філіп Джессап (*Philip Jessup*) (США), Володимир Корецький (Радянський Союз), суддя *ad hoc* сер Луїс Мбанефо (*Louis Mbanefo*) (Нігерія)¹⁷¹.

Винятково позитивістський підхід до розуміння міжнародно-правових процесів було відразу нівельовано практикою міжнародного права. Ми проаналізуємо застосування загальних принципів права від самого початку існування міжнародного правосуддя (у наближеному для нас розумінні самого процесу) до визначальних рішень МС ООН, які формують сучасне уявлення про міжнародне право.

У 1794 р. було укладено договір про дружбу, торгівлю та мореплавство між США та Великою Британією, який підписали верховний суддя США Дж. Джей і англійський міністр закордонних справ лорд Гренвілл. Договір вступив у силу 28 жовтня 1795 р. і став відомим під назвою Договір Джей. Згідно з ним Велика Британія була зобов'язана вивести свої війська до 1 червня 1796 р. із фортів на територіях, які відійшли до США. Англійські кораблі отримували право заходи у всі порти США, водночас американська сторона могла вести торгівлю з Британською Вест-Індією на судах тоннажністю не більше 70 т. Було заборонено ввезення кави, цукру, какао та інших товарів. Передбачалося також створення змішаних комісій для врегулювання територіальних і фінансово-економічних питань. Звісно, що американська сторона була незадоволена такими умовами¹⁷². Для вирішення спору було створено змішану комісію на паритетних началах. І хоча члени комісії діяли скоріше не як арбітри, а як учасники переговорного процесу з різних сторін, завдяки діяльності комісії

¹⁷¹ South West Africa (Liberia v. South Africa) Proceedings joined with South West Africa (Ethiopia v. South Africa) on 20 May 1961 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/47/4955.pdf>

¹⁷² Jay's Treaty Treaty of Amity, Commerce and Navigation, between His Britannic Majesty and the United States of America, by their President, Ratified June 24, 1795. Published by Neale and Kammerer, Philadelphia, 1795 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.earlyamerica.com/earlyamerica/milestones/jaytreaty/

було успішно вирішено ряд територіальних спорів¹⁷³. Їх рішення були прийняті не всупереч нормам договору, але й не у строгій відповідності до нього. Вирішення питань скоріше ґрунтувалося на політичній доцільності, ніж на праві.

Відповідно, логічним було звернення арбітрів до національного правопорядку Великої Британії та США у випадку вирішення приватно правових питань, адже на той час така аналогія призводила до застосування спільних для обох держав норм. Більшість арбітрів складала професійні судді, тому вони добре знали приватне право своїх держав. І оскільки римське право на той час було загальним юридичним спадком для формування юристів у «цивілізованих» державах, арбітри вважали за можливе використати Звід римського цивільного права (*Corpus Juris Civilis*) як спільне право для обох сторін.

8 березня 1861 р. у *Справі «Велика Британія проти Португалії» щодо Yuille, Shortbridge & Co* арбітром виступив Сенат Гамбургу. Питання стосувалося суми відшкодування шкоди, завданої Португальським урядом. Визначаючи суму, яку мали відшкодувати як частину компенсації, арбітр брав до уваги проценти початкової суми з моменту завдання шкоди. У зв'язку із цим було зазначено, що відповідно до загального права (*le droit commun*), яке єдине може бути застосоване до даної ситуації, нарахування проценту має бути зупинено, коли він досягне розміру основного капіталу. Крім того, Сенат Гамбургу напряду посилався на *Corpus Juris Civilis* як можливе спільне право, яке може бути застосоване в даній ситуації¹⁷⁴.

У цьому контексті цікавою є *Справа «Cestus»* між Великою Британією та Аргентиною щодо втрат, яких зазнали окремі англійські судна, яким було заборонено вхід до порту Буенос-Айреса. Аргентина закрила свій порт у 1845 р. з метою блокування ворожого порту Монтевідео як засіб ведення війни проти Уругваю. Рішенням від 1 серпня 1870 р. Президент Чилі, як одноособовий арбітр, відхилив британський позов, *inter alia* аргументувавши, що існують принципи універсальної юриспруденції – використовуючи

¹⁷³ Simpson J.L. & Hazel Fox International Arbitration, Law and Practice. – London, 1959. – P. 1 – 4.

¹⁷⁴ Paulsson Jan. Denial of Justice in International Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://assets.cambridge.org/97805218/51183/frontmatter/9780521851183_frontmatter.pdf

своє право, нічого не порушується, адже не порушуються права інших¹⁷⁵.

У справі «Фабіані» між Францією та Венесуелою предметом суперечки стала заборона венесуельського суду на звернення до нього французького громадянина. Арбітражна угода від 24 лютого 1891 р. передбачила одноособовий арбітраж Президента Швейцарської конфедерації. Відповідно до права Венесуели застосовуваним правом мають бути загальні принципи права народів і діючі міжнародні договори між сторонами.

У своєму рішенні від 30 грудня 1896 р. арбітр порівняв концепцію заборони доступу до правосуддя в трьох джерелах, вказаних в арбітражній угоді, та дійшов висновку про те, що між ними відсутні істотні відмінності. Спочатку він взяв до уваги Кримінальний кодекс Венесуели та двосторонню конвенцію, укладену між сторонами. Потім він наголосив, що, враховуючи положення загальних принципів права народів щодо відмови у доступі до правосуддя, які є спільними нормами для більшості законодавств або вважаються частиною доктрини, відмова у доступі до правосуддя це не тільки відмова суду виконувати свої функції, зокрема розглядати позови, які знаходяться на його розгляді, але також постійне затягування із винесенням рішення для підтримання свого висновку. Арбітр послався на два рішення Федерального швейцарського суду і шість підручників французьких, німецьких та австрійських авторів. Таким чином, строго слідуючи концепції загальних принципів права народів, він провів порівняльний аналіз кількох національних правових систем¹⁷⁶.

У територіальному спорі між Великою Британією та Венесуелою щодо встановлення лінії делімітації між Британською Гвіаною та Венесуелою перед арбітражем було поставлено завдання дослідити та встановити протяжність території, яка належить або може бути на законних підставах відсуджена Об'єднаними Нідерландами або Королівством Іспанії із врахуванням набуття права Великою Британією на колонію Британська Гвіана, а також визначити

¹⁷⁵ Paulsson Jan. Denial of Justice in International Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://assets.cambridge.org/97805218/51183/frontmatter/9780521851183_frontmatter.pdf

¹⁷⁶ Reports of International Arbitral Awards Recueil Des Sentences Arbitrales Antoine Fabiani Case 31 July 1905 Volume X pp. 83-139 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_X/83-139.pdf

межу між сторонами у суперечці. У короткому тексті рішення, прийнятому 3 жовтня 1899 р., арбітри визначили та описали лінію державного кордону без додаткових пояснень. Найцікавішим у цій суперечці є договір між сторонами, на основі якого і було проведено лінію. У ньому, зокрема, зазначено, що володіння, яке ґрунтується на ствердженні правового титулу всупереч зазіханням іншої особи, або в результаті набувальної давності в 50 років, визначає добросовісного набувача. Арбітри можуть вважати виключний політичний контроль над районом, як і існуючі поселення, достатні для визнання правового титулу, або визнати титул за результатом набувальної давності; арбітри можуть визнати та надати права, базуючись на будь-якій підставі, яка є правомірною відповідно до міжнародного права, або на підставі будь-якого принципу міжнародного права, який вважають можливим для застосування в даному випадку¹⁷⁷.

Отже, основною нормою, яка була використана, була норма *uti possidentis uris* на дату передачі прав на Гвіану від Об'єднаних Нідерландів до Британії. Разом із тим окремі загальні принципи права можуть підтвердити або змінити делімітацію: встановлення набувальної давності в 50 років, справедливість тощо.

У справі щодо концесії *Lourenzo Marquez Rail Road* у Мозамбіку (Велика Британія та США проти Португалії) арбітраж мав встановити найсправедливішу суму компенсації Португальського уряду позивачам. У своєму рішенні від 29 березня 1900 року трибунал встановив, що застосовуване право в даному випадку – португальське, яке включало в себе загальні принципи права без відхилень. У цьому випадку розуміння загальних принципів права вперше вжито в тому значенні, в якому потім було закріплене у статті 38 Статуту ППМП. У рішенні було зазначено таке: «.. Залишився єдиний принцип права, який може бути застосований щодо фіксації компенсації, призначеної трибуналом. Це не може бути інший принцип, ніж той, що включає відшкодування шкоди та проценти, які включають відповідно до загальноприйнятого права позитивну шкоду, упущену вигоду»¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Arbitration Agreement Between Guyana and Venezuela [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.guyana.org/features/guyanastory/chapter85.html>

¹⁷⁸ Agreement between the Portuguese and British Authorities Regarding Through Civil Traffic [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?_r=1&res=9901E0DA1530E733A25750C1A9649C946397D6CF

Цікавими також були *справи про китобійний та котиковий промисел* (США проти Росії) щодо вилучення декількох американських суден. У рішенні від 29 листопада 1902 року було зазначено¹⁷⁹, що загальні принципи цивільного права, відповідно до яких шкода має включати прямі збитки, а також упущену вигоду, може бути застосовано до міжнародного спору, і не обов'язково, щоб сума упущеної вигоди була чітко визначена, достатньо показати, що цілком природним є те, що особа має отримати вигоду, яка була упущена із-за дії, яка була підставою для подання позову. Арбітр (Тобіас Ассер) наголошував, що у цій справі головним питанням залишається не питання наявності або відсутності непрямих збитків, а саме прямі збитки, сума яких і має бути встановлена.

У рішенні від 23 травня 1911 р. щодо південного кордону території затоки Волфіш¹⁸⁰ (Велика Британія проти Німеччини) арбітр визначив правові підстави, які мають бути застосовані, таким чином: «Враховуючи, що обидва питання повинні бути вирішені відповідно до принципів та норм позитивного міжнародного публічного права, і лише там, де вони не можуть бути врегульовані такими нормами та принципами, відповідно до загальних принципів права». Тобто, арбітр наголосив, що спочатку слід застосувати наявні між сторонами міжнародні договори і лише потім, як допоміжне джерело, – загальні принципи права.

Підсумовуючи цей етап розвитку міжнародної судової практики, слід зазначити наступне. Практика XVIII – XIX століття засвідчує, що арбітри для вирішення спорів, особливо тих, які стосувалися приватно правових інтересів держав, не могли застосувати міжнародні договори, міжнародні звичаї у зв'язку з їх відсутністю або неможливістю застосувати до даної конкретної ситуації. І тоді прогалина заповнювалася «спільним правом». Мова йде про римське право, принципи універсальної юрисдикції, загальні принципи права народів або загальні принципи

¹⁷⁹ United States Department of State / Foreign relations for the United States 1902. Whaling and sealing claims against Russia. (1902) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://digioll.library.wisc.edu/cgi-bin/FRUS/FRUS-idx?type=div&did=FRUS.FRUS1902AP1.10005&isize=M>

¹⁸⁰ Reports of International Arbitral Awards Recueil des Sentences Arbitrales The Walfish Bay Boundary Case (Germany, Great Britain) 23 May 1911 VOLUME XI pp. 263-308 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XI/263-308.pdf

права. У жодному разі сказане не можна сприймати як висновок про те, що арбітри застосовували в цей період винятково загальні принципи права, і що відхилення від загальних принципів права призвело б до неправомірного рішення. Свобода вибору застосованого права арбітрами на той час по суті нічим не обмежувалася, і більшість рішень засновано на принципі справедливості. І коли арбітр приходив до висновку, що його рішення є справедливим, він знаходив найприйнятніший загальний принцип права для підтвердження свого рішення. Тому, аналізуючи практику цього періоду, складається враження, що справи могли бути вирішені по-іншому, і навіть тоді арбітр, якщо б вважав іншу точку зору справедливою, знайшов підтвердження своєму рішення, застосувавши інший загальний принцип права.

На цьому етапі практика спростовує позитивістський підхід до міжнародного права і доводить єдність окремих елементів міжнародного та національного правопорядків.

Судова практика ХХ століття щодо застосування загальних принципів міжнародного права ґрунтується передусім на діяльності двох Гаазьких судів – Постійної палати міжнародного правосуддя та Міжнародного Суду ООН. Основу розуміння і певної фальсифікації у застосуванні загальних принципів права заклала ППМП. Розглянемо окремі її рішення, які ілюструють це твердження.

У Консультативному висновку щодо прав німецьких поселенців у Польщі Суд наголошував на принципі непорушності приватної власності і прав, які з неї випливають. На його думку, право приватної власності, набуте відповідно до чинного закону, не може бути припинене у зв'язку зі зміною суверенітету. Ніхто не заперечує, що німецьке цивільне законодавство, як матеріальне, так і процесуальне, продовжує діяти на цій території стосовно цих питань. Складно також уявити, що закон продовжує діяти, а права, які з нього випливають, припиняють діяти. Такий підхід порушує загальнотеоретичні підходи в цілому та практику¹⁸¹.

У Консультативному висновку у *Справі щодо делімітації кордону між Польщею та Чехословаччиною в районі Stisz/*

¹⁸¹ Collection of Advisory Opinions Publications of The Permanent Court of International Justice [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_06/Colons_allemands_en_Pologne_Avis_consultatif.pdf

*Jaworzina*¹⁸² Суд застосував традиційний принцип: *ejus est interpretare legem cujus condere*¹⁸³. У *Справі щодо певних німецьких інтересів у Верхній Сілезії* (попередні заперечення) Суд керувався загальними принципами права щодо порядку розгляду справи. У цьому ж рішенні Суд вказує, що принцип у цілому прийнятний із врахуванням *litispence*, але далі в рішенні Суд зазначив, що «складові елементи *litispence* відсутні».

У цьому ж рішенні (суть справи) Суд, розглядаючи питання власності, дійшов таких висновків: «Німеччина, поза сумнівом, залишає за собою до дійсного переходу суверенітету право розпоряджатися її власністю, і тільки зловживання може надати повноваження для відчуження... Таке зловживання не може презюмуватися, воно має бути доведено». Там само Суд зазначив, що повага до наданого права є принципом, який формує загальновизнане міжнародне право». Разом із тим для підтвердження своєї позиції Суд посилається на Женевську конвенцію^{184, 185}.

У *Справі щодо фабрики у Хожуві (Chorzow Case)* (1928 р.)¹⁸⁶ стояло питання про компенсацію з боку Польщі за націоналізацію німецької хімічної фабрики. ППМП у своєму рішенні зобов'язала Польщу виплатити Німеччині відшкодування у вигляді компенсації в розмірі нанесених націоналізацією збитків, зазначивши при цьому, що зобов'язання виплатити репарації у відповідній формі, яке впливає із порушення зобов'язань, є принципом міжнародного права. Тому репарації необов'язково мають бути прямо передбачені в конвенції. Очевидно, що цей принцип міжнародного права є загальним принципом права, адже Суд і сам далі зазначає,

¹⁸² В історію ця справа увійшла за назвою польського населеного пункту *Jaworzina*.

¹⁸³ Publications of The Permanent Court of International Justice. Series B. – № 8. December 6th, 1923 Collection of Advisory Opinions Question of *Jaworzina* (Polish-Czechoslovakian Frontier) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_08/Jaworzina_Avis_consultatif.pdf

¹⁸⁴ Мається на увазі Німецько-польський договір про Східній Сілезії від 15.05.1922 р.

¹⁸⁵ Publications of The Permanent Court of International Justice. SERIES A – № 6 August 25th, 1925 Collection of Judgments Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_06/16/Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Compotence_Arret.pdf

¹⁸⁶ Publications of The Permanent Court of International Justice. Series A. – № 9 July 26th, 1927 Collection of Judgments Case Concerning The Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) (Jurisdiction) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28/Usine_de_Chorzow_Compotence_Arret.pdf

що відшкодування шкоди є загальною ідеєю права. У рішенні Суд звертається до принципу *estoppel*, вказуючи при цьому, що «*estoppel* є загально визнаним принципом міжнародного арбітражу і взагалі національного судочинства».

У цій самій справі Суд застосував принцип *restitutio in integrum* і визначив винятки з нього, постановивши, що принцип відшкодування шкоди було встановлено, переважно, завдяки діяльності міжнародних судових установ. Його основний зміст полягає в тому, що репарації повинні, за можливістю, ліквідувати наслідки протиправного діяння та відновити попередній стан, який існував до вчинення протиправного діяння. Реституція може бути, якщо неможливо відновити попередній стан, здійснена у формі платежів із врахуванням суми завданої шкоди. Якщо реституція не покриває завданих збитків, має бути виплачена компенсація за діяння, яке суперечить міжнародному праву. Такий підхід відповідає загальним принципам права як таким, однак Суд напряду не посилався на них, застосовуючи доволі обтічні юридичні конструкції.

У Консультативному висновку щодо тлумачення грецько-турецького договору 1928 р.¹⁸⁷ Суд зазначив, що принцип, як правило, полягає в тому, що будь-який орган, наділений владними повноваженнями, має право в першу чергу самостійно визначати об'єм своїх повноважень. Це один із найвідоміших принципів *competence de la competence* – компетенція визначати свою власну компетенцію.

У рішенні щодо Верхнього Савою та Гексу 1932 р.¹⁸⁸ Суд знову звертається до загальних принципів права в розрізі порушення прав: порушення не визнається до тих пір, поки не доведено факт порушення. Хоча Суд і в цьому випадку не вживає терміну «загальні принципи права».

¹⁸⁷ Publications of The Permanent Court of International Justice. Series B.-№ 76 August 28th, 1928 Collection of Advisory Opinions Interpretation of The Greco-Turkish Agreement of December 1st, 1926. (FINAL PROTOCOL, ARTICLE IV) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_16/01_Interpretation_de_l_Accord_greco-turc_Avis_consultatif.pdf

¹⁸⁸ Permanent Court of International Justice Series A. /B.Judgments, Orders And Advisory Opinions Fascicule № 46 Case of The Free Zones of Upper Savoy and The District of Gex [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_46/01_Zones_franches_Arret.pdf

У Рішенні щодо правового статусу Східної Гренландії 1933 р.¹⁸⁹ Суд знову використовує принцип *естоппель*, відмовляючи Норвегії у виконанні вимог, викладених у її позові до Данії щодо частини Гренландії. Суд взяв до уваги зміст декількох міжнародних договорів, учасниками яких є одночасно дві держави (як дво-, так і багатосторонні), враховуючи положення договорів, які зв'язують взаємними зобов'язаннями сторони. Норвегія неодноразово підтверджувала свою позицію щодо визнання всієї Гренландії як Датської території. Хоча самого посилання на цей принцип, як, власне, і на загальні принципи права немає, саме *естоппель* став основою для відмови Норвегії в її територіальній претензії.

Однією з останніх справ, яка розглядалася ППМП, була *Справа Електроенергетичної компанії Софії та Болгарії* (Бельгія проти Болгарії) 1939 р.¹⁹⁰. Суд вперше звернувся до ч. 1 ст. 41 Статуту (Суд може вживати будь-які заходи, які вважає за необхідне для забезпечення прав та інтересів сторін) і ч. 4 ст. 61 Правил процедури (Суд може застосувати інші забезпечувальні заходи, ніж це передбачено у позові) та дійшов висновку, що оскільки вищезазначені положення Статуту закріплені в ряді Конвенцій, в яких Болгарія є договірною стороною, сторони мають утриматись від будь-яких дій, які можуть вплинути на виконання рішення Суду, і не допускати жодних дій, які можуть загострити або поглибити спір. Фактично мова знову йде про застосовування загальних принципів права, хоча прямого посилання на них не робиться.

Таким чином, тільки в одній із проаналізованих справ, розглянутих ППМП, Суд безпосередньо посилається на загальні принципи права. В усіх інших випадках він уникає застосовувати цей термін, замінюючи його аналогічним за змістом: «принципи і найпоширеніший підхід та практика», «добре відома норма (правило)», «загальнопроцесуальний принцип», «загальна концепція права», «принципи, прийняті трибуналами», «діючі принципи» тощо. Очевидно, що в усіх цих випадках мова йде про загальні принципи

¹⁸⁹ Legal Status of Eastern Greenland, Judgment of 5 April 1933 // P.C.I.J. – Series A/B. – №53 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf

¹⁹⁰ Electricity Company of Sofia and Bulgaria. Order of 5 December 1939 (Request for the Indication of Interim Measures of Protection) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_79/Compagnie_d_electricite_de_Sofia_orordonance_19391205.pdf

права в розумінні статті 38 Статуту. Зокрема, це і *restitutio in integrum*, повага до законного права, *estoppel*, *nemo iudex in re sua* тощо. У жодному з проаналізованих випадків Суд не розглядав загальні принципи як єдине джерело для винесення рішень, а лише використовував їх як допоміжне процесуальне джерело. Інколи складається враження, що посилення на ці принципи є частиною додаткового обґрунтування рішення.

Аналогічно підходить до застосування загальних принципів права і МС ООН, який в першому ж своєму рішенні у *Справі щодо протоки Корфу* зазначив, що непрямі докази приймаються в усіх системах права, їх застосування визнано в міжнародних рішеннях¹⁹¹.

У Консультативному висновку щодо шкоди, завданої на службі ООН, Суд вирішив, що відповідно до міжнародного права Організація повинна розглядатися як така, що має повноваження, прямо не прописані в Статуті, однак необхідні для сприяння у виконанні обов'язків. Цей принцип права було застосовано в Консультативному висновку щодо МОП від 23.07.1926 р.¹⁹², і його слід застосовувати до ООН. Але, аналізуючи рішення ППМП, ми не знайдемо прямого посилання на функціональні повноваження. У даному випадку мова йде про функціональне або телеологічне тлумачення (тлумачення за ціллю).

У Консультативному висновку щодо застереження до Конвенції про попередження геноциду та покарання за нього 1951 р.¹⁹³ Суд вперше вказує конкретний принцип: «У своїх договірних відносинах держава не може бути зв'язана зобов'язанням без її згоди. Застереження може мати силу тільки зі згоди держави. З іншої сторони, загальноновизнано, що багатостороння Конвенція є результатом вільного укладення угоди. Ніякі застереження не вступають в силу до тих пір, поки не прийняті всіма учасниками Конвенції, з метою не порушення цілісності Конвенції. Ця концепція зберігає безспірну цінність як принцип. Однак різні обставини зумовили

¹⁹¹ *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) Merits (including the text of the declaration of Judges Basdevant and Zorić)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>

¹⁹² *PCIJ Reports, Series B, № 13.* – Р. 19. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm.

¹⁹³ *Reparations for Injuries Case, ICJ Reports. 1949.* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=41&case=4&code=isun&p3=5>

більш гнучке застосування Конвенції. Суд пояснює свою позицію тим, що принципи, які лежать в основі Конвенції, визнані цивілізованими державами як обов'язкові навіть для тих держав, які не є учасниками самої Конвенції».

В англо-норвезькому спорі щодо рибальства 1951 р. Норвегія обґрунтовувала свою позицію про приналежність спірних вод безперервною та тривалою практикою використання останніх¹⁹⁴. Але Суд виніс своє рішення не на основі принципу *естоппель*, а на основі партикулярного звичаю міжнародного права.

У Консультативному висновку щодо присудження компенсацій Адміністративним трибуналом МОП від 1954 р. Суду, поміж іншого, було поставлено питання: чи має ГА ООН підставу для невиконання рішення Адміністративного трибуналу ООН. Відповідь МС ООН була такою: «Вивчення діючих положень Статуту показує, що Трибунал було створено як консультативний та допоміжний орган Генеральної Асамблеї. Він є самостійним судовим органом, який відповідно до своєї компетенції приймає остаточні рішення. Згідно зі встановленим та загальноприйнятим принципом права рішення, винесене таким судовим органом, є *res judicata* і зобов'язує сторони спору...»¹⁹⁵.

У даному випадку мова не йшла про лауну в міжнародному праві. Частина 2 та 3 статті 2 Статуту Трибуналу чітко встановлюють, що рішення є остаточним і не підлягає оскарженню. У рішенні мають бути вказані ті підстави, на яких воно винесено. У зв'язку із цим Суд зазначив, додатково до *res judicata*, що положення, яке міститься в частині 2 статті 10, не може розглядатися як заборона Трибуналу переглядати своє власне рішення в особливих умовах, коли було встановлено нові факти, які мають значення для справи; і трибунал вже використав такі повноваження. Таке жорстко обмежений перегляд рішень Трибуналу не може означати перегляд (апеляцію) в розрізі розуміння положень Статуту і

¹⁹⁴ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

¹⁹⁵ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Judgment of The Administrative Tribunal of the International Labour Organisation Upon Complaints Made Against The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization Advisory Opinion of October 23rd, 195 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/30/2187.pdf>

відповідає принципам, які є загальноприйнятими (закріпленими) для судів, зокрема стаття 61 Статуту МС ООН. Суд наголошував на важливості принципу рівності сторін у судовому процесі: «Відповідно до загальноприйнятої практики заходи судового захисту щодо рішення є однаково доступними для обох сторін. У цьому розрізі кожен має рівні права на подачу документів щодо перегляду рішення з даного питання. Ця концепція рівності сторін у процедурному аспекті відображена в частині 2 статті 35 Статуту Суду...».

У *Справі про право проходу між Португалією та Індією* 1957 р. Суд також посилається на загальновизнане положення права щодо проходу. Разом із тим Суд утримався від дослідження ще одного принципу, який стосується права проходу збройних сил, поліції і перевезення оснащення. Було наголошено, що практика окремих держав (яка призвела до виникнення партикулярного звичаю) повинна переважати над будь-якою загальною нормою¹⁹⁶. Тому у цьому випадку загальний принцип *lex generali derogat lex generali* має перевагу над іншими загальними принципами права і виключає застосування інших загальних принципів права або навіть має перевагу над загальними звичаєвими принципами права.

Отже, Суд констатував надзвичайно цікаву можливість – ієрархія між загальними принципами права, яку, щоправда, можна встановити тільки у кожному конкретному випадку, тобто загального правила ієрархії серед таких принципів не існує.

У *справі щодо Храму Пріах-Віхеар* між Камбоджею та Таїландом (Сіамом)¹⁹⁷ Суд зазначив, що принципова помилка, яка існує у договорі, може вплинути на дійсність самого договору. Суд уточнив як визнану норму права те, що держава не може посилатися на помилку, якщо вона своєю поведінкою сприяла виникненню цієї помилки або обставини були такими, які б дозволили уникнути помилки, або її можна було б передбачити.

¹⁹⁶ International Court of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory (Portugal v. India) Merits Judgment of 12 April 1960 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/32/4521.pdf>

¹⁹⁷ Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 15 June 1962. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4871.pdf>

У справах щодо Південно-Східної Африки¹⁹⁸ два колишніх члени Ліги Націй – Ефіопія та Ліберія – розпочали процедуру проти Південної Африки на основі статті 7 Мандату щодо Південно-Східної Африки 1920 р. Вони вважали, що мандатарій постійно порушує свої зобов'язання, встановлені мандатом, особливо це стосується запровадження апартеїду на підмандатній території. Південна Африка заперечувала проти юрисдикції Суду, посилаючись, зокрема, на те, що заявники не є зацікавленими сторонами. Своїм рішенням Суд не підтримав позицію Південної Африки, визнав себе повноважним для прийняття рішення та зазначив: «Відповідач звернувся до тлумачення положень статті 7 Мандату, в якій вказується будь-якій спір, який виникає між мандатарієм та будь-яким іншим членом Ліги Націй, який має відношення до тлумачення або застосування положень Мандату». Однак упродовж другої фази вирішення конфлікту Суд знову звернувся до того, наскільки при вирішенні предмету спору зачіпаються права та інтереси позивачів, хоча відповідачі вже не піднімали цього питання. У 1966 р. Суд взагалі дійшов до дивного і доволі не очікуваного висновку про те, що позивачі не мають ніяких правових підстав для звернення до Суду з цього приводу, оскільки є незацікавленими сторонами. На цій підставі було відмовлено в задоволенні позову.

У Справі щодо континентального шельфу Північного моря Німеччина¹⁹⁹ вимагала справедливого та чесного розподілу континентального шельфу, який належить Німеччині, Данії та Нідерландам. При чому було наголошено, що вимога справедливого та чесного розподілу не означає прохання Німеччини вирішити справу *ex aequo et bono*, Німеччина вважала, що принцип справедливості є загальновизнаним принципом правосуддя, який у тому числі покладено в основу функціонування МС ООН. При винесенні рішення Суд окремо не досліджував докази наяв-

¹⁹⁸ South West Africa (Liberia v. South Africa) Proceedings joined with South West Africa (Ethiopia v. South Africa) on 20 May 1961 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/47/4955.pdf>

¹⁹⁹ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark) Judgment Of 20 February 1969 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>

ності такого звичаю, а прийняв його як наявний *a priori*. Було б невірним стверджувати, що цей принцип притаманний усім розвинутим правовим системам світу. Суд не прийняв аргументу Німеччини про те, що єдиною вимогою є делімітація, а не поділ території на певні сектори.

У Консультативному висновку 1973 р. щодо заяви про перегляд рішення № 158 Адміністративного трибуналу ООН²⁰⁰ Суд зазначив, що, на його думку, при перегляді рішення, надання можливості сторонам виступити в усних дебатах не є загальним принципом права. Загальним принципом права, на переконання Суду, є надання рівних можливостей сторонам щодо передачі всіх матеріалів та доказів, які стосуються справи, для її перегляду. Це положення стосується винятково письмової частини провадження. Подальший текст висновку ще цікавіший з точки зору дослідження змісту загальних принципів права як джерела для вирішення міжнародно-правових питань. Суд вказує на складність дати вичерпну відповідь на питання, що може вважатися значним порушенням процедури, яке призводить до винесення помилкового рішення. Однак його суть у випадках, які розглядає Трибунал, може проявлятися у порушенні базових прав посадових осіб, справи яких і слухає Трибунал, при чому це стосується як письмової, так і усної частини засідання. У даному випадку порушення процедури є істотним і призводить до неможливості ефективного здійснення правосуддя. Тобто, у даному випадку мова йде про процесуальні загальні принципи права.

У рішенні від 20 грудня 1974 р., яке стосувалося ядерних випробувань (Австралія проти Франції)²⁰¹, Суд наголошував, що одним із базових принципів, які лежать в основі створення та виконання зобов'язань, незалежно від форми закріплення цих зобов'язань, є принцип добросовісності *bona fide*. Суд вказав, що положення базового принципу договірних відносин *pacta sunt*

²⁰⁰ International Court of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions and Orders Application for Review of Judgement №. 158 (3F The United Nations Administrative Tribunal Advisory Opinion of 12 July 1973 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/57/6027.pdf>

²⁰¹ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>

servanda базується саме на добросовісності. Відповідно, добросовісність є зобов'язуючим елементом і для односторонніх зобов'язань, які беруть на себе держави. У зв'язку із таким висновком Суд ставить на один рівень зобов'язання, які взяті державами на себе в рамках договірних відносин, і зобов'язання, які взяті державами на підставі односторонніх актів. Однак про це детальніше йдеться в Пошуку, присвяченому одностороннім актам.

У Консультативному висновку від 16 жовтня 1975 р. щодо Західної Сахари²⁰² Суд звернувся до концепції «*terra nullius*» як основної умови для окупації та, як наслідок, її легітимізації. Суд все ж таки уникнув чіткого віднесення поширення суверенітету над певною територією до категорії загальних принципів права, не відносячи також вирішення цього питання до звичаїв загального міжнародного права. Висновок Суду був таким: «Не дивлячись на наявність різних поглядів юристів щодо цього питання, практика держав на цьому історичному етапі свідчить, що територія, населена племенами або будь-яким населенням, яке має соціальну та політичну структуру, не може бути визнана *terra nullius*».

У *Справі «Електронік Сікула»*²⁰³ Суд зазначив: питання про те, чи прийняття того або іншого закону може потягнути за собою порушення зобов'язань за міжнародними договорами, слід вирішувати, виходячи з мети, з якою було укладено договір. Звісно, право не можна розглядати як певний різновид гарантій, які не можна ніяким чином зачіпати. Однак кожна система права повинна створити систему взаємодії адекватного забезпечення прав та реалізації своїх владних функцій.

Всі проаналізовані справи підтверджують висновки Макса Соерсена 1946 р., зроблені, щоправда, ще до початку функціонування МС ООН, щодо переважно додаткового характеру загальних принципів права як джерела міжнародного права порівняно з міжнародного договорами та звичаями. Це стосується передусім

²⁰² International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Western Sahara Advisory Opinion of 16 October 1975 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf>

²⁰³ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (United States of America v. Italy) Judgment OF 20 July 1989 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>

процесуальних принципів, однак матеріальні принципи можуть навіть мати характер *jus cogens*, наприклад, мова йде інститут відповідальності. Такий висновок підтверджується і практикою постійних міжнародних судових органів: ППМП та МС ООН. Сучасний рівень розвитку міжнародно-правового регулювання за допомогою звичаїв та міжнародних договорів свідчить про їх недостатність і необхідність застосування інших джерел для закриття тих прогалів, які існують та об'єктивно будуть існувати. Застосування загальних принципів права як джерела міжнародного права обмежене самими принципами, зокрема максимою *lex specialis derogate lex generali*.

В окремих випадках Суд застосовував загальні принципи права як доказ своєї правильної процесуальної позиції, щоправда у більшості випадків Суд не проводить реальне порівняльно-правове дослідження, а лише констатує факт наявності того або іншого принципу. Застосовуючи загальні принципи права, Суди по суті довели, що винятково позитивістський підхід до джерел міжнародного права себе не виправдовує, але, як це не парадоксально звучить, саме таке застосування загальних принципів права підтверджує домінування позитивістського підходу. Практика застосування загальних принципів доводить, що звичаї загального міжнародного права зв'язують держави незалежно від їх згоди, а звичаї партикулярного міжнародного права виникають лише за наявності згоди держав. Це підтверджується також міжнародною судовою практикою через застосування норм *jus cogens*, які часто закріплені винятково у формі звичаїв, застосуються судом майже в кожній справі, і які неможливо було б застосувати при винятково позитивістському підході. І тоді МС ООН буде вимушений постійно звертатися до загальних принципів права для вирішення справи.

Виключити загальні принципи права з системи джерел міжнародного права неможливо, оскільки розвалиться вся система міжнародного права, і можна говорити про те, що без загальних принципів міжнародне право стане неефективною системою.

Звісно, постає питання про те, чому Суд уникав і сьогодні уникає прямого посилання на загальні принципи права. Відповідь на це питання дав проф. Деган, який у своїй монографії, присвяченій джерелам міжнародного права, наголошує на необхідності

при застосуванні загальних принципів права проводити глибокий компаративний аналіз різних правових систем із метою точнішого встановлення їх змісту при застосуванні²⁰⁴.

²⁰⁴ Degan V. D. Sources of International Law / V. D. Degan. – Martinus Nijhoff Publishers, 1997. – P. 58.

Пошук 3:

МІЖНАРОДНИЙ ЗВИЧАЙ ЯК ОСНОВНЕ ДЖЕРЕЛО ЗАГАЛЬНОГО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА, АБО МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ МАРЕВО

Теорія міжнародного права щодо звичаю перебуває в розгубленості, адже виникнення звичаю, його застосування досі залишається для багатьох юристів загадковим феноменом, і це при тому, що він є одним з основних регуляторів міжнародних універсальних відносин. Для міжнародного звичаєвого права настали важкі часи, незважаючи на те, що воно є надважливим для розуміння феномену міжнародного права в цілому.

Спробуємо віднайти міжнародний звичай, тобто знання про те, як формується та діє таке джерело. Звичаєве право є неписаним і не має «авторитетного» тексту, за який можна було б зачепитися, як за текст міжнародного договору, навіть у тому випадку, коли міжнародний звичай включено в міжнародний договір.

Упродовж останнього часу міжнародні договори регулюють все більше міжнародно-правових відносин²⁰⁵, однак залишаються важливі сфери, які повністю або частково регулюються звичаями. Більш того, у сферах, в яких існує навіть система кодифікованих міжнародних договорів, саме звичай продовжує відігравати важливу роль (стаття 38 Віденської конвенції 1969 р.²⁰⁶). Так, у сфері захисту прав людини діє ряд важливих договорів, але договірні

²⁰⁵ У певному сенсі міжнародне право взагалі неможливо уявити без, принаймні, окремих звичаєвих норм. Цікавою у цьому випадку є норма, яка пройшла складний «трудоий» шлях від загального принципу права до договірної норми через міжнародний звичай – *pacta sunt servanda*. Незважаючи на те, що обов'язковість виконання сама по собі передбачена у міжнародних договорах, потрібні і більш фундаментальні норми, хоча б для підвищення ефективності дії механізму виконання договорів.

²⁰⁶ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

норми щодо захисту прав людини можуть мати статус звичаєвих і тому поширюються на всі держави, у тому числі ті, які не підписали договір.

Сам договір може мати пряму відсилку до норм міжнародного звичаєвого права. Останні якщо й не основним регулюючим інструментом, то все ж значно впливають на розуміння договірних норм, особливо в контексті врегулювання спорів²⁰⁷, відповідальності держав, питань визначення юрисдикції щодо застосування норм права, визнання тощо.

Не дивлячись на те, що міжнародний звичай виникає винятково у практиці міждержавного спілкування і регулює міжнародні публічні відносини, він не уник складнощів, притаманних, наприклад, загальним принципам права, розуміння яких багато в чому визначається національною правосвідомістю. Ситуація з міжнародним звичаєм також може бути ускладнена національним елементом. Так, до федерального закону США про міжнародні відносини було включено норму про те, що «звичаєве міжнародне право вважається частиною загального права в Сполучених Штатах»²⁰⁸. Більш того, Верховним судом було прийнято рішення у *Справі Filartiga*²⁰⁹, згідно з яким Суд дійшов висновку, що США можуть добиватися примусового виконання норм міжнародного звичаю, базуючись на законі про правопорушення іноземців. Не даючи міжнародно-правової оцінки цій нормі, оскільки вона очевидна, слід разом із тим вказати на те значення, яке надається одним із найсильніших гравців сучасного світу саме міжнародно-звичаю.

²⁰⁷ WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, art. 3.2, 33 I.L.M. 114, 115 (1994) («Члени визнають, що ... [Домовленості щодо врегулювання спорів] служать для ... пояснення існуючих [у СОТ] положень ... відповідно до звичаєвих норм щодо тлумачення міжнародного публічного права.»); Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R (Apr. 29, 1996) («Ці загальні норми щодо тлумачення [містяться в статті 31 Віденської конвенції 1969 р.] набули статусу норм звичаєвого або загального міжнародного права. Як такі, вони є частиною «звичаєвих норм тлумачення міжнародного публічного права», які Апеляційний орган вирішив ... використовувати).

²⁰⁸ Born G. Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, § 111 (1987) / G. Born // International Civil Litigation in United States Courts: Commentary & Materials. – Kluwer Law International, 1996. – 1145 p. – P. 50-51.

²⁰⁹ Koh H. Transnational Public Law Litigation / Harold H. Koh // Yale Law Journal. – 1991. – 100. – P. 2347. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2076

Проте міжнародне звичаєве право стає предметом постійної критики з усіх сторін²¹⁰, починаючи з того, що воно є безсистемним, непослідовним²¹¹, застарілим або вигаданим²¹², та закінчуючи критикою доктрин міжнародного звичаєвого права²¹³.

Окремі вчені підходять революційно до звичаю як джерела міжнародного права, пропонуючи в цілому виключити звичай із джерел міжнародного права, залишивши «винятково демократичні процеси створення норм міжнародного права»²¹⁴. Свою позицію вони аргументують тим, що міжнародне звичаєве право насправді не базується на згоді, яка мається на увазі, або загальному прийнятті обов'язковості всією світовою спільнотою, оскільки згода, яка мається на увазі, і загальне прийняття є не більше, ніж фікцією, яку використовували в різні історичні періоди для підтвердження універсальності норми. Більше того, у світі, де існує безліч культур і цінностей, загальне прийняття неможливе.

Особливі «стогони» викликає категорія *opinio juris*, сутність якої дійсно важко пояснити, використовуючи загально правові знання та уявлення про право. І теоретики, і практики міжнародного права з однаковою впевненістю будуть доводити наявність або відсутність заборони застосування тортур як міжнародного звичаю у сфері прав людини, або наявність чи відсутність відповідальності держав за непередбачення забруднення навколишнього середовища іншої держави, або будуть ламати міжнародно-правові списи щодо того, чи зобов'язані держави виплачувати повну компенсацію за націоналізацію власності іншої держави.

²¹⁰ Fidler D. Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law / David P. Fidler // German Yearbook of International Law. – 1996. – №39/198 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/63.Goldsmith-Posner.pdf>

²¹¹ Chinen M. Game Theory and Customary International Law: A Response to Professors Goldsmith and Posner / Mark A. Chinen // Michigan Journal of International Law. – 2001. – № 23. – P. 143, 178.

²¹² Goldsmith Jack L. Theory of Customary International Law / Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner // The University of Chicago Law Review. – 1999. – № 66. – P. 1113.

²¹³ Kelly J. Patrick. The Twilight of Customary International Law / J. Patrick Kelly // Virginia Journal of International Law. – 2000. – № 40. – P. 445 – 539 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116367

²¹⁴ Kelly J. Patrick. The Twilight of Customary International Law / J. Patrick Kelly // Virginia Journal of International Law. – 2000. – № 40. – P. 116 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116367

Ряд вчених виділяє міжнародне звичаєве право як окрему міжнародно-правову категорію, зазначаючи, що таке право складають норми, які мають особливо сильний вплив на поведінку держави. Тобто, ми могли б визнати міжнародне звичаєве право системою особливо «сильних» норм. Це визначення, проте, не буде розрізняти випадки, в яких норма набула більшої сили, тому що вона стала розглядатися, як правова норма. Термін міжнародне звичаєве право просто описуватиме певний набір норм у залежності від їх походження.

Альтернативне визначення міжнародного звичаєвого права стосується тих норм, які держави вважають правовими нормами. Норма може розглядатися як така, що містить юридичне зобов'язання або ж норма діяла упродовж тривалого часу та стала розглядатися як фундаментальніша і важливіша, ніж інші норми. Після того, як норма стала правовою нормою, від держави чекають відповідності дій цій нормі.

При цьому підвищені очікування щодо дотримання ведуть до збільшення репутаційних санкцій у разі порушення, однак про репутаційні санкції йтиметься далі. Такий підхід до визначення міжнародного звичаєвого права має функціональний характер і аж ніяк не відповідає класичним визначенням галузі права, якої нас вчили. Якщо застосувати метод аналогії і порівняти міжнародне звичаєве право та право міжнародних договорів, відразу знайдемо істотну різницю, адже останнє регулює порядок укладення, вступу в дію, дію та припинення дії міжнародних договорів, однак аж ніяк не включає в себе всі договори світу. Таким чином, міжнародне звичаєве право має дуже невизначений характер.

До речі, основною темою багатьох традиційних критичних зауважень є невизначений характер звичаю. Проф. Вольке, наприклад, стверджує, що проблема звичаю «полягає в невизначеності звичаю, в існуванні численних факторів, які впливають на ситуацію, у великій кількості різних поглядів і, як наслідок, у неоднозначності термінології»²¹⁵.

Конкретні невизначеності у міжнародному звичаєвому праві прямо вказують на систематичні невизначеності на вищому рівні – джерел міжнародного права в цілому. Однак слід чітко

²¹⁵ Wolfke K. Custom in Present International Law / K. Wolfke. – M. Nijhoff Publishers, 1993. – P. 192.

усвідомлювати, що наше розуміння будь-яких правових понять, у тому числі міжнародного звичаю, переважно ґрунтується на тому, що сказали з цього приводу до нас інші юристи, а не на будь-якому об'єктивному доказі. Тому ми спробуємо лише продемонструвати діапазон та глибину проблеми, навіть не намагаючись вирішити всі проблеми сучасного міжнародного звичаєвого права.

Невизначеність у міжнародному праві здебільшого проявляється у доктринальних суперечках. Держави, як правило, не оприлюднюють абстрактні точки зору з приводу того, які норми, на їхню думку, формують міжнародне право.

Спробуємо продемонструвати діапазон невизначеності у міжнародному праві. Існує різниця між різними рівнями права та, враховуючи це, між різними рівнями невизначеності. По-перше, ми стикаємося з основними нормами, які є нормами міжнародного звичаєвого права (наприклад, мирний прохід). По-друге, існують норми, що регулюють створення таких норм (норм першого порядку) – звичаєвого права (наприклад, державна практика та *opinio juris*). Ці норми в деяких роботах називають «метанормами», або «вторинними правилами»²¹⁶. По-третє, існують категорії, які пов'язані з міжнародним звичаєм і є для нього визначальними, однак які самі по собі є невизначеними – це джерела міжнародного права.

Варто констатувати, що невизначеність все ж не така фатальна. Зрештою, рішення суду в системі міжнародного права є значною мірою роз'ясненням норм, які застосовуються до реальних спорів. Такі роз'яснення, щоправда, інколи нагадують створення норми. Проте відсутність точності в нормах звичаю дійсно підриває їхню силу і породжує скептицизм щодо їхньої важливості.

Крім невизначеності, є ще ряд проблем, пов'язаних із звичаєм, які вже були давно сформульовані, однак не вирішені. Д'Амато, мабуть, найкраще проілюстрував ці проблеми у дослідженні «Концепція звичаю в міжнародному праві»²¹⁷. Одна з проблем, на якій наголошував Д'Амато, – наявність замкненого кола²¹⁸.

²¹⁶ Kammerhofer Jorg. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems / Jorg Kammerhofer // EJIL (2004). – Vol. 15. – № 3 – P. 523-553.

²¹⁷ D'Amato A. The Concept of Custom in International Law / Antonio D'Amato. – NY.: Cornell University Press, 1971. – P. 130.

²¹⁸ Trimble Ph., A Revisionist View of Customary International Law / Ph. Trimble. – University of California, Los Angeles, 1986. – vol. 33. – P. 710.

Вважається, що звичай є правовою нормою лише тоді, якщо дотримано вимогу щодо наявності *opinio juris*. Але чому держава повинна визнавати щось, якщо ще немає відповідного *opinio juris*? Виходить, що *opinio juris* необхідне для визнання норми правовою, а правова норма має існувати для появи *opinio juris*.

Існують й інші проблеми, пов'язані із традиційним визначенням звичаю. Як і вимога щодо наявності *opinio juris*, норма щодо практики держав також видається «недієздатною». Не існує згоди щодо необхідної кількості, послідовності та конкретного змісту практики²¹⁹. Праці вчених не містять стандартів або критеріїв для визначення того, скільки часу потрібно для утвердження використання практики, з якого моменту можна вважати практику складовою звичаєвого міжнародного права. Наприклад, у *Справі «Пакетбот Хабана»* 1900 р. Верховний суд США простежив практику про винятки щодо риболовецьких суден аж від 1403 р. і до дати розгляду, проаналізувавши не лише практику як таку, а й особливості її дотримання. При цьому Суд зробив висновок, що вона була «створена в нашій країні і визнається в усьому цивілізованому світі»²²⁰. Однак це скоріше виняток, ніж практика. Як правило, Суд лише констатує наявність практики і її загальноновизнаність, виходячи із суб'єктивного розуміння цієї категорії суддями.

Навіть якщо суд досліджує практику досконально, виникає ряд запитань, на які судовий орган доволі часто не може дати відповідь. Наприклад, чи наявність одного факту, що не відповідає змісту практики або вже звичаєвої норми, є достатнім для висновку про те, що «безперервної» практики держав не було? Крім того, якщо один такий факт не є достатнім, щоб «знищити» безперервність практики, скільки фактів потрібно?²²¹.

У *Справі про військову та напіввійськову діяльність* Міжнародний Суд заявив, що практика держав не повинна бути «абсолютно відповідною нормі», а «випадки поведінки держави,

²¹⁹ D'Amato A. The Concept of Custom in International Law / Antonio D'Amato. – NY.: Cornell University Press, 1971. – P. 58.

²²⁰ D'Amato A. The Concept of Custom in International Law / Antonio D'Amato. – NY.: Cornell University Press, 1971. – P. 58.

²²¹ Guzman Andrew T., A Compliance-Based Theory of International Law / Andrew T. Guzman // California Law Review. – 2002. – Vol. 90. – 6. – P. 1823 – 1887.

несумісні з даною нормою, зазвичай, повинні розглядатися як порушення норми, а не як вказівки про визнання нової норми»²²².

Навіть якщо буде досягнуто згоди щодо визначення поняття безперервності практики, то все одно важко визначити, наскільки поширеною повинна бути практика. Можна було б сподіватися, що МС ООН буде служити орієнтиром, але коли суд розглядав ці питання, він не зміг запропонувати чіткого рішення цієї правової проблеми. Суддя Лахс у своїй окремій думці у *Справі про континентальний шельф Північного моря* зазначив лише, що для існування «загальної практики держав» на доказ того, що практика прийнята як правова норма, не потрібно «загального універсального прийняття всіма»²²³.

У *Справі щодо риболовства* Суд вважав, що не обов'язково надавати таке велике значення кільком невизначеностям і суперечностям, реальним чи уявним, які, як стверджує уряд Сполученого Королівства, він виявив у норвезькій практиці²²⁴. Проте, не дивлячись на такий підхід, Суд неочікувано підкреслює важливість «постійної і досить тривалої практики»²²⁵.

Крім того, немає згоди щодо форм доказів, які можуть бути використані для того, щоб продемонструвати практику держав. Ліберальний погляд на прийняття доказів передбачає прийняття не тільки фактичних дій держав, але також дипломатичного листування, договорів, публічних заяв керівників держави, внутрішніх законів тощо²²⁶. Хоча ця точка зору загалом підтримується практикою, у окремих науковців вона викликає критику і вони

²²² Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>.

²²³ Perkins A. The Changing Foundations of International Law: From State Consent to State Responsibility / A. Perkins // Boston University International Law Journal. – 1997. – vol.15. – P. 433, 462-63.

²²⁴ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

²²⁵ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

²²⁶ Akehurst M. Custom as a Source of International Law / M. Akehurst // The British Yearbook of International Law. – 1977. – 47. – P. 1.

вимагають цей список значно скоротити та формалізувати²²⁷. Д'Амато, наприклад, стверджує, що мають значення тільки фізичні дії, а заяви дипломатів або чиновників, особливо тих, які представляють міжнародні організації, не можуть вважатися доказом практики²²⁸.

Державний департамент США висунув більш «агресивну» теорію, коли ще у 1970-х рр. заявив, що урядові акти, такі, як договори, угоди, федеральні правила, федеральні судові рішення, внутрішні рішення вважаються державною практикою, але не включив до цього списку резолюції міжнародних організацій²²⁹. Водночас ряд теоретиків наголошує на тому, що саме проекти КМП ООН і резолюції Генеральної Асамблеї ООН є основними доказами практики держав²³⁰. На жаль, ці докази є найменш надійними, оскільки держави можуть змінити свої погляди у зв'язку зі зміною політичного курсу. Проте на практиці саме голосування держави в міжнародній організації або на міжнародній конференції використовується як доказ, у тому числі і в Міжнародному Суді ООН²³¹.

КМП ООН вважає, що практика міжнародних організацій може виступати доказом і практики держав²³².

Навіть, якщо можна було б вирішити питання про те, що вважати практикою, залишається практична проблема – отримання усіх відповідних доказів від усіх відповідних держав є, як правило, неможливим. Зазвичай, тільки окремі держави документують

²²⁷ Trimble Phillip, A Revisionist View of Customary International Law / Trimble Phillip // University of California, Los Angeles Law Review. – 1986. – 33. – P. 665, 679 – 681.

²²⁸ D'Amato A. The Concept of Custom in International Law / Antonio D'Amato. – NY.: Cornell University Press, 1971. – P. 88.

²²⁹ Rovine A. Digest of United States Practice in International Law / A. Rovine. – Government Printing Office, Washington, 1974.

²³⁰ Brownlie I. Principles of Public International Law (4th ed.) / I. Brownlie. – Oxford, 1990. – P. 5.

²³¹ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>

²³² Report of the International Law Commission on its Second Session, 5 June to 29 July 1950, Official Records of the General Assembly, Fifth session, Supplement No.12 (A/1316). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_34.pdf

свої дії і заяви, тим самим відображаючи власну практику²³³. Крім того, нереально, що юристи, судді або політики, які вибирають політичний курс, можуть зібрати практично нескінченну кількість потенційних доказів, не кажучи вже про якусь домовленість щодо того, якою практика має бути у кількісному вимірі²³⁴. Особливо складний випадок, коли держави утримуються від дій, оскільки вони були б порушенням міжнародного права.

Дослідити усі ці випадки неможливо, практично неможливо й оцінити усе це з огляду на об'єктивні та суб'єктивні причини. Передусім це відсутність часу, адже суд, як правило, не має часу та можливості дослідити всі докази наявності або відсутності практики. Така ситуація виникає не тільки у зв'язку зі звичаями, але і при визначенні наявності або відсутності загального звичаю права. Це призводить до того, що суд об'єктивно не може з'ясувати, чи не є поведінка держави просто зручною для неї в даному випадку.

Як наслідок, суди виносять рішення на основі поверхневого аналізу практики кількох держав, переважно тих, заяви яких є доступними для аналізу, підготовленими, написані мовою, зрозумілою відповідним суддям²³⁵.

Одним із можливих результатів є відхилення у бік великих, потужних, західних держав. Це проявилось у *Справі «Тексако проти уряду Лівійської Арабської Республіки»*²³⁶, коли суддя прямо заявив, що «юридична сила резолюції» залежить від того, хто проголосував за неї: якщо «розвинені країни з ринковою економікою, на які припадає більша частина міжнародної торгівлі, не підтримали резолюцію, то вона не є юридично обов'язковою.

Відповідно, вступає в дію ще один екстрасуб'єктивний фактор – суддя, адже багато що залежить від його розуміння й оцінки

²³³ Byers M. Custom, Power and the Power of Rules / Michael Byers. – Cambridge University Press. – 1999. – P. 144, 119.

²³⁴ Fidler D. Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law / David P. Fidler // German Yearbook of International Law. – 1996. – №39/198. – P. 202.

²³⁵ Kelly J. Patrick. The Twilight of Customary International Law / J. Patrick Kelly // Virginia Journal of International Law. – 2000. – № 40. – P. 500.

²³⁶ Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, Ad Hoc Award of January 19, 1977 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.trans-lex.org/261700>

практики. Досить часто така оцінка не має жодного відношення до реальної поведінки держав.

Це призводить до невтішних висновків про те, що звичай «є непотрібним джерелом права, яке є дуже далеким від реального створення і визначення норм»²³⁷, адже при застосуванні звичай у кращому випадку важко зрозуміти, а його застосування напевно призведе до неправильних висновків про зміст права²³⁸.

Цієї ж точки зору дотримуються Дж. Голдсміт та Е. Познер, які вважають, що звичай не впливає на поведінку держави або, якщо і впливає, то незначним чином²³⁹, адже, на їхню думку, міжнародне право не має механізму примусу і, як наслідок, не може вплинути на поведінку держав, вводячи при цьому в міжнародно-правовий оборот теорію ігор і пояснюючи свою думку на прикладі вирішення «дилеми ув'язненого»²⁴⁰. Теоретично з ними можна погодитися.

У своїй книзі «Межі міжнародного права» Дж. Голдсміт і Е. Познер²⁴¹ стверджують, що закономірності поведінки, визначені у «дилемі ув'язненого», «близькі за своєю природою до традиційної концепції міжнародного звичаєвого права»²⁴². У зв'язку із цим вони зазначають, що держави схильні порушувати міжнародне звичаєве право у зв'язку зі шкодою від дотримання його норм, і це не дивлячись на те, що сам зміст звичаєвого зобов'язання перешкоджає таким порушенням. На їхню думку, зиск від дотримання або порушення норм є єдиною детермінантою для держав при визначенні своєї поведінки стосовно звичаєвого міжнародного

²³⁷ Kelly J. Patrick. *The Twilight of Customary International Law* / J. Patrick Kelly // *Virginia Journal of International Law*. – 2000. – № 40. – P. 500.

²³⁸ D'Amato A. *The Concept of Custom in International Law* / Antonio D'Amato. – NY.: Cornell University Press, 1971; Goldsmith Jack L. *A Theory of Customary International Law* / Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner // *The University of Chicago Law Review*. – 1989. – № 66/4 – P. 1114, 1116.

²³⁹ Goldsmith J. *Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law* / Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner // *Virginia Journal of International Law*. – 2000. – 40. – P. 641, 1177.

²⁴⁰ Goldsmith J. *Theory of Customary International Law* / Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner // *The University of Chicago Law Review*. – 1989. – № 66/4 – P. 1120 – 1131.

²⁴¹ Goldsmith J. *The Limits of International Law* / Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner. – Oxford University Press, USA, 2005. – 272 p. – P. 43.

²⁴² Goldsmith J. *Theory of Customary International Law* / Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner // *The University of Chicago Law Review*. – 1989. – № 66/4. – P. 43.

права. Вони наполягають на тому, що звичаєве міжнародне право не впливає на поведінку держав²⁴³. Разом із тим визнання авторами того факту, що поведінкові закономірності можуть виникнути у «дилемі ув'язненого», свідчить, що такі норми можуть впливати на поведінку держав. Однак дослідники наполягають на тому, що в сучасному міжнародному праві, особливо у звичаєвому, стерлася різниця між «просто» нормою й правовою нормою і залишилася вона лише в назві²⁴⁴.

З одного боку, хотілося б погодитися, однак практика свідчить, що все ж таки зменшення значення міжнародного звичаю не означає його зникнення. Однак, на нашу думку, держава є об'єктом дії універсальної звичаєвої норми, якщо інші держави вважають, що така норма існує. Гнучкість та невизначеність звичаєвої норми може проявитися у тому, що кожна держава може дійти висновку про те, чи застосовується норма до даних конкретних відносин за її участю, чи ні. Поєднання двох протилежностей призводить до неефективності і ненадійності такого джерела. Якщо на норму дивитися через призму її можливого порушення²⁴⁵, то, якщо хоча б одна держава вважає, що норма застосовується, взаємодія держави з державою-порушником норми зазнає впливу через порушення. Порушення звичаєвих норм, таким чином, може зашкодити відносинам навіть між двома державами²⁴⁶. У зв'язку із цим у міжнародно-правовій літературі з'явилася нова доктрина відповідальності – репутаційна, яка, на думку її авторів, також може бути застосована до порушників міжнародних звичаїв. Ряд авторів узагалі наголошує, що ця доктрина може бути застосована

²⁴³ Goldsmith J. Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law / Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner // *Virginia Journal of International Law*. – 2000. – 40. – P. 639, 640.

²⁴⁴ Треба мати чітке уявлення про теорії, про які тут йдеться. Дж. Голдсміт та Е. Познер дійшли висновку, що звичай не просто не має впливу на поведінку держав – його просто не існує, хоча вони утримуються від використання таких формулювань. Коли вони говорять, що звичай існує, вони просто посилаються на те, що деякі норми «позначені як звичаєві норми».

²⁴⁵ У семантичному аспекті наявні дискусії щодо звичаю стосуються «спеціальних» норм, коли кількість держав, що беруть участь у відносинах, надто невелика для того, щоб визначити звичай як загальний звичай.

²⁴⁶ Verdier Pierre-Hugues Cooperative States: International Relations, State Responsibility and the Problem of Custom / Pierre-Hugues Verdier // *Virginia Journal of International Law*. – 2002. – Vol. 42. – №1. – P. 863

винятково у випадку порушення звичаєвої норми. Зокрема, вони стверджують, що навіть тоді, коли існує загальна звичаєва норма, для настання відповідальності немає необхідності у багатосторонньому співробітництві^{247, 248}. Ця думка підтверджена КМП ООН, яка зазначає: якщо держава порушує норми міжнародного права, як правило, немає надії на те, що всі держави будуть об'єднуватися для покарання порушника²⁴⁹.

Репутаційні санкції можуть вплинути на порушників без юридичних дій із боку інших держав. Ця ситуація спричиняє реакцію всіх держав, не вимагаючи від них якихось витратних дій. Таким чином, виникають «багатосторонні» наслідки без багатосторонньої координації. Однак дозволимо собі не погодитися зі вченими, які підтримують ідею репутаційної відповідальності щодо далекоглядних висновків із неї. Одним із таких висновків є відсутність у сучасному міжнародному праві потреби у міжнародному звичаї, адже репутаційна відповідальність вирівнює міжнародно-правові відносини²⁵⁰. Якщо ми погоджуємося з наявністю такої відповідальності, це ще не означає, на нашу думку, нівелювання міжнародного звичаю. Навпаки, це означає, що звичай стає ефективнішим через наявність у ньому неправових елементів.

Аналіз доктрин міжнародного звичаєвого права, дозволив зробити незначне узагальнення проблеми. Цілком очевидно, що традиційні теорії щодо звичаю застаріли, а твердження сучасних скептиків, м'яко кажучи, непереконаливі, адже, щоб нівелювати значення звичаю у міжнародному праві, потрібні емпіричні докази того, що він не має значення, а таких доказів поки що не має. Необхідно виробити нову концепцію міжнародного звичаю, яка врахує сучасні тенденції розвитку міжнародних відносин та історико-правовий досвід розвитку міжнародного права. Серед усього

²⁴⁷ Verdier Pierre-Hugues Cooperative States: International Relations, State Responsibility and the Problem of Custom / Pierre-Hugues Verdier // *Virginia Journal of International Law*. – 2002. – Vol. 42. – №1. – P. 863.

²⁴⁸ Guzman Andrew T. The Promise of International Law / Andrew T. Guzman // *Virginia Law Review*. – 2006. – Vol. 92. – № 3. – P. 533-564.

²⁴⁹ International Law Commission. Report on the work of its fifty-third session (23 April – 1 June and 2 July – 10 August 2001). General Assembly. Official Records. Fifty-Sixth Session. Supplement No. 10 (A/56/10). – P.43. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>

²⁵⁰ Guzman Andrew T. The Promise of International Law / Andrew T. Guzman // *Virginia Law Review*. – 2006. – Vol. 92. – № 3. – P. 533-564.

розмаїття теорій найближчою є теорія, розроблена за активної участі проф. Гузмана – доктрина раціональної держави²⁵¹ (її ще називають раціональною теорією звичаєвого права). Згідно з нею звичай має місце при неодноразовій системній взаємодії держав упродовж певного періоду часу. Теорія ігор починає займати провідне місце серед факторів, які пояснюють суть речей. Тому не дивно, що в ряді статей проф. Гузмана використовується саме ця теорія для пояснення суті раціональної доктрини звичаєвого права, адже саме у «дилемі ув'язненого», згідно з раціональною доктриною держави здатні відстоювати власні інтереси і не бажають здійснювати інші дії з будь-якої іншої причини, окрім своїх власних інтересів²⁵². Віддаючи належне фантазії та нестандартному мисленню науковців, які підтримують цю теорію, слід ставитися до неї з певним застереженням прогностичного характеру. Адже ще ніхто не відмінив класичної формули влади: держава – це я, тобто міжнародно-правове обличчя держави визначає той, хто нею керує у даний час, що зменшує можливість формування безпервної практики держави.

У цій дилемі інтереси держав суперечать один одному, що робить досягнення результату співпраці особливо проблематичним, а найскладнішим випадком досягнення згоди є міжнародний звичай. Якщо дилему вирішити, то можна вважати не тільки міжнародний звичай надійним джерелом, але й усю міжнародно-правову систему ефективною.

На переконання ряду дослідників, які використовують теорію ігор, «дилема ув'язненого» не має системного характеру, а тому може застосовуватися лише *ad hoc*, адже у самій дилемі йдеться про одноразові відносини, сторони не мають ніяких підстав для співпраці, тому у дослідженнях все частіше починає з'являтися ще одна гра, щоправда системного характеру. У грі «яструб – голуб» кожен гравець вважає за найкраще використовувати одну стратегію, яку часто називають «яструб», але тільки в тому випадку, якщо інший гравець грає за іншою стратегією – «голуб». Повертаючись до сказаного, зазначимо, наприклад, що у грі «яструб – голуб» обидві сторони діють самостійно, не розділяючи

²⁵¹ Guzman Andrew T. A Compliance-Based Theory of International Law / Andrew T. Guzman // California Law Review. – 2002. – Vol. 90. – 6. – P. 1844-1851, 1874-1878.

²⁵² Guzman Andrew T. A Compliance-Based Theory of International Law / Andrew T. Guzman // California Law Review. – 2002. – Vol. 90. – 6. – P. 1844-1851.

між собою певну сферу, і можуть досягти рівноваги шляхом координації: одна держава бере на себе зобов'язання діяти в одній зі сфер, а інша держава обирає для себе іншу сферу, однак можна досягти стійкої рівноваги за допомогою комунікації та координації²⁵³. Тобто, якщо переносити цю гру на міжнародно-правову площину, це буде означати, що, наприклад, у випадку укладення угоди дві сторони можуть взяти на себе зобов'язання, якщо одна з них порушує договір, інша має право на відшкодування збитків за рішенням суду. Загроза відповідальності заохочує дотримуватися норм і, таким чином, співпрацювати. Можливість використання обов'язкових договорів змінює одноактову гру на двоактову, в якій ті, хто порушив зобов'язання упродовж першого періоду, повинні відшкодувати збитки в другому періоді.

Хоча міжнародна система не передбачає обов'язкових договорів або системи судів, готових вирішувати міждержавні спори, порушення звичаєвої норми не призводить до судових санкцій, але право може впливати на поведінку, якщо існують інші санкції, пов'язані з недотриманням норм. І знову ж таки доцільно згадати про репутаційні санкції.

Двома видами санкцій, що являють найбільший інтерес, є прямі та репутаційні санкції²⁵⁴. Прямі санкції – це конкретні покарання інших держав у відповідь на порушення. Наприклад, якщо держава порушує зобов'язання, постраждала держава може застосувати контрзаходи²⁵⁵. Ці прямі санкції можуть запобігти порушенням, однак їх використання стримується низкою факторів. По-перше, прямі санкції часто є збитковими для держави, що їх використовує. Так, бойкот торгівлі з Південною Африкою в період апартеїду, безумовно, був обтяжливим для Південної Африки, але це було дорогим «задоволенням» і для тих держав, які його застосовували – експортери втратили ринок, а споживачі були

²⁵³ Щодо дослідження цієї гри в контексті міжнародного права див.: Ginsburg T., McAdams R. H. *Adjudicating in Anarchy: An Expressive Theory of International Dispute Resolution* / Tom Ginsburg, Richard H. McAdams // *Wm. & Mary L. Rev.* – Vol. 45. – Issue 4. – P.1229-1339.

²⁵⁴ Більш детально див.: Guzman Andrew T. *A Compliance-Based Theory of International Law* / Andrew T. Guzman // *California Law Review.* – 2002. – Vol. 90. – 6. – P. 1844-1850.

²⁵⁵ *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

не в змозі придбати південноафриканські товари²⁵⁶. Ці обставини зменшують вірогідність покарання порушників, а отже, знижують стимули, породжені загрозою санкцій. По-друге, прямі санкції за порушення ЗМП, як правило, вводять в односторонньому порядку і без формальних процедур вирішення спорів. Як наслідок, немає гарантії, що санкції будуть введені саме проти фактичних порушників, а не проти держав, які дотримуються норм.

Використання прямих санкцій досить ускладнене на практиці, тому навіть найбільші їхні прихильники повинні визнати, що вони переважно є незначним стимулом до дотримання звичаєвих норм²⁵⁷, тому саме репутаційні санкції дають можливість збільшити вплив на держави і стимулювати їх до дотримання норм міжнародного права в цілому і звичаїв зокрема.

Наприклад, якщо держава неодноразово порушує норми звичаю, це шкодить її репутації як держави, яка поважає міжнародно-правові норми. Це, у свою чергу, негативно впливає на перспективи майбутніх міжнародних відносин держави. Інші держави можуть відмовитися дотримуватись норм ЗМП у своїх відносинах з цією державою і вжити заходів для попередження подібних порушень у майбутньому.

Коли держава порушує ЗМП, репутаційна санкція не є занадто витратною для інших держав. Для прикладу, Гузман наводить такий приклад застосування репутаційних санкцій у контексті порушення міжнародного звичаю²⁵⁸. Якщо Сполучені Штати Америки не поважають дипломатичний імунітет іноземного дипломата, інші держави (включаючи, але не обмежуючись державою дипломата) візьмуть до уваги ці дії і змінять свої очікування щодо того, як імунітет буде надаватися в майбутньому. Це може змінити дипломатичні відносини держав зі США, ставлення до американських дипломатів, а також те, як вони покладаються на поведінку США у правовій сфері. Хоча ці зміни ведуть до збитків

²⁵⁶ General Assembly Resolutions 1761, UN Doc. A/RES/1761 (XVII) (6 November 1962). The Policies of Apartheid of the Government of the Republic of South Africa [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/192/69/IMG/NR019269.pdf?OpenElement>

²⁵⁷ Damrosch Lori Fisler. Enforcing International Law through Non-Forcible Measures / Fisler Lori Damrosch // Hague Academy of International Law, 1997. – P. 9-22.

²⁵⁸ Guzman Andrew T. The Design of International Agreements / Andrew T. Guzman // European Journal of International Law. – № 4. – 2005. – P. 579-612.

для Сполучених Штатів, вони не є шкідливими для інших держав. Скоріше, санкція призведе до того, що будь-яка інша країна може змінити своє ставлення до США, а потім намагатись отримати максимальні вигоди відповідно до цих нових переконань. Таким чином, держава може прийняти певні рішення, наприклад, закрити або скоротити штат дипломатичної місії. Ця дія не матиме на меті покарання Сполучених Штатів (хоча і матиме відповідні наслідки), а скоріше відобразить страхи за безпеку дипломатів.

Репутація насправді є важливою для держави²⁵⁹. Навіть скептично налаштовані до міжнародних звичаїв вчені неохоче, але визнають, що держави звертають увагу на репутаційні проблеми. Дж. Голдсміт і Е. Познер, наприклад, стверджують, що «за інших рівних умов всі країни будуть прагнути мати репутацію таких, що дотримуються норм міжнародного права, але і репутація не завжди буде справою першочергової важливості, тому умови і не рівні»²⁶⁰.

У цілому, основні припущення щодо будь-якої моделі раціонального вибору полягають у тому, що держави будуть дотримуватися норм міжнародного права, коли загальні здобутки від цього переважатимуть втрати. Це, до речі, ставить під сумнів першочерговість репутації в міжнародно-правових відносинах.

Хоча репутаційна теорія звичаю на цьому не дуже наполягає. Вона вимагає лише, щоб держави дбали про свою репутацію. Якщо це так, то міжнародне право (звичаєве або інше) пропонує стимули для заохочення держав не порушувати норми права. Держава не буде порушувати звичаєві норми, якщо це порушення буде призводити до вигод менших, ніж ті, що отримані через дотримання норми.

Точка зору про те, що держави хочуть зберегти репутацію відповідно до норм міжнародного права, не означає, що це тільки питання репутації. Держави можуть, наприклад, надавати більшого значення в міжнародних відносинах не репутації, а силі, що

²⁵⁹ Детальніше див.: Downs George W., Jones Michael A. Reputation, Compliance and International Law / George W. Downs, Michael A. Jones [Електронний ресурс] // Journal of Legal Studies. – 2002. – Vol. 31. – № 1. – Part 2. – Режим доступу: <http://ssrn.com/abstract=302031>.

²⁶⁰ Goldsmith Jack L., Posner Eric A. A Theory of Customary International Law / Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner // German Yearbook of International Law. – 1996. – №39/198 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/63.Goldsmith-Posner.pdf>

може часом спровокувати конфлікт із бажанням мати репутацію держави, яка діє відповідно до міжнародного права²⁶¹. У цьому та інших контекстах держава буде готова пожертвувати своєю репутацією на користь досягнення інших цілей.

Слід також відзначити, що репутація держави в одній сфері може відрізнятись від її репутації в іншій. Так, держава може бути надійною щодо економічного співробітництва, але щодо прав людини – ні²⁶².

Наслідки порушення для репутації мають місце тому, що держави, які є свідками порушення, змінюють свої переконання. Приміром, недостатньою є лише заява Сполучених Штатів Америки про юридичне зобов'язання утримуватися від експропріації майна іноземних інвесторів. США повинні вірити, що це так і розглядати відмову вести себе відповідним чином як сигнал про ступінь готовності іншої держави поводити себе відповідно до міжнародних зобов'язань.

Слід також зазначити, що держави в ідеальній системі міжнародних відносин не вільні у виборі своїх переконань. Переконання не є політичними змінними, якими держави можуть керувати з огляду на свою стратегію. Це вірно як щодо статусу правових норм (держава не може «вибирати», яке правило існує або не існує), так і щодо переконань держави відносно репутації інших держав (держава не може «вибирати», чи вважати їй, що інша держава дотримується або не дотримується норми звичаю). Оскільки держави не «обирають» свої переконання, відповідні теорії звичаєвого права не передбачають, що держави можуть створювати звичаєві норми просто за бажанням, щоб вони існували.

Відразу слід погодитися з більшістю негативних зауважень, висловлених вище, щодо міжнародного звичаю як джерела міжнародного права. Особливо це стосується його ефективності, хоча у роботах, присвячених цьому питанню, не прослідковується ані системності, ані послідовності у критиці²⁶³.

²⁶¹ Keohane Robert O. *International Relations and International Law: Two Optics* / Robert O. Keohane // *Harv. Int'l L. J.* – 1997. – P. 487, 496–99.

²⁶² Downs George W., Jones Michael A. *Reputation, Compliance and International Law* / George W. Downs, Michael A. Jones [Електронний ресурс] // *Journal of Legal Studies.* – 2002. – Vol. 31. – № 1. – Part 2. – Режим доступу: <http://ssrn.com/abstract=302031>.

²⁶³ Roberts A. E. *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation* / Anthea Elizabeth Roberts // *Am. J. Int'l L.* – 2001. – P. 757-791.

Постає питання: у чому причина такої проблеми і чи можна спробувати її вирішити або через раціональну доктрину, або винятково через теорію ігор, або ж застосовуючи класичні теорії міжнародного права. Основна причина доволі проста і криється вона в доктринальних підходах, адже розуміння звичаю базується на природно-правовому розумінні суті та нормативно-правовому підході до обов'язковості узгодження воль, а ці речі, як правило, погано узгоджуються.

Зазначене дає підстави робити доволі гострі висновки про те, що елементи правової теорії міжнародного звичаю – це порожні судини, в які кожен вливає свою власну теорію міжнародного права. Замість того, щоб переживати відродження, міжнародний звичай стає незрозумілим джерелом права, який мало впливає на міжнародно-правову дійсність²⁶⁴. За ілюстрацією не потрібно далеко ходити, адже ні практика, ні доктрина не дійшли єдиної згоди щодо наявності звичаєвої норми, яка б забороняла завдання шкоди навколишньому середовищу²⁶⁵, оскільки уніфікована практика держав як така відсутня.

Як наслідок, звичай залишився доктринально практично беззахисним, став невід'ємною частиною риторики, яку використовують держави, посилаючись саме на звичай для обґрунтування вірності власних дій або для оцінки поведінки інших суб'єктів міжнародного права. Так, США та ЄС неодноразово стверджували, що існує звичаєва норма, яка забороняє експропріацію іноземних інвестицій без швидкої, адекватної та достатньої компенсації²⁶⁶⁻²⁶⁷.

І не дивлячись на це, будь-які зусилля з розробки теорії, що відповідала б сучасним потребам, розглядаються як зазіхання на класичне розуміння поняття «звичай». Ми спробуємо викласти своє бачення сучасного міжнародного звичаєвого права, відійшовши, але не дуже далеко, від класичних канонів, адже існують

²⁶⁴ Kelly J. Patrick. The Twilight of Customary International Law / J. Patrick Kelly // *Virginia Journal of International Law*. – 2000. – № 40. – P. 445 – 539 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116367

²⁶⁵ Zemanek Karl. State Responsibility and Liability / Karl Zemanek // *Environmental Protection and International Law*. – London: Graham & Trotman, 1991. – P. 187-188.

²⁶⁶ Iran-US Claims Tribunal – Amoco Int'l Finance Corp. v. Iran, 15 IRAN-U.S. C.T.R., at 189 et seq. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.trans-lex.org/231900>

²⁶⁷ WTO Appellate Body Report, European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products [Електронний ресурс]. – Official Web-site of the World Trade Organization. – Dispute Settlement: Dispute DS26. – Режим доступу: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds26_e.htm

міжнародно-правові звичаєві норми, які своїм статусом впливають на поведінку держав, враховуючи при цьому, що сучасні міжнародні відносини зробили договір якщо не основним, то принаймні дуже важливим правовим інструментом, а м'які норми створюють безліч способів, завдяки яким держави можуть ефективно співпрацювати²⁶⁸.

І все ж таки приємно говорити про класику, згідно з якою звичай є первинним джерелом загального міжнародного права, адже з кінця XIX століття міжнародним звичай застосовувався до всіх держав та всіма державами, незалежно від їх політичної й економічної системи. Однак упродовж XIX та на початку XX століття доктрина все більше приділяла уваги питанням кодифікації та різним аспектам права міжнародних договорів, а не процесам створення і виникнення звичаєвої «неписаної» норми. Звичай було сформовано загальною та постійною практикою держав і прийнято як обов'язкову норму міжнародною спільнотою. Саме з такої позиції і було сформульовано статтю 38 Статуту МС ООН²⁶⁹. Отже, міжнародний звичай *a priori* складається з двох елементів – практика держави як доказ існування звичаю та *opinio juris*.

Зазначене може бути застосовано виключно до звичаїв загального міжнародного права, однак не може – до звичаїв партикулярного (регіонального) міжнародного права, коли мова йде не про світову спільноту в цілому, а про практику кількох держав.

Положення статті 38 пункту b постійно були об'єктом критики та спорів. На думку проф. Дегана, це формулювання нагадує «віз попереду коня», оскільки саме практика свідчить про наявність звичаю, а не звичай доводить наявність практики. Барон Дескампе пропонував Комітету юристів у 1920 р. своє формулювання: «міжнародний звичай, який є практикою між народами, яка визнається ними правовою нормою»²⁷⁰. Тобто, очевидно, що загальна практика, яка прийнята як правова норма, служить доказом існування звичаєвої норми. Вперше формулювання статті 38 Статуту ППМП пункту b було розкритиковане проф. Анцилотті у його «Курсі

²⁶⁸ Raustiala K. Form and Substance in International Agreements / Kal Raustiala // Am. J. Int'l L. – 2005. – P. 581.

²⁶⁹ Статут ООН [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/documents/charter>

²⁷⁰ Degan V. D. Sources of International Law / V.D. Degan. – Boston: M. Nijhoff Publishers, 1997. – P. 143.

міжнародного права», що вийшов у Парижі в 1929 р. Проте воно перейшло без змін до Статуту МС ООН.

Отже, міжнародний звичай включає в себе дві складові: матеріальна – практика, яка може бути загальною для всіх (більшості) держав (конститутивний елемент) або є спільною для двох чи більше суб'єктів міжнародного права у їх взаєминах; психологічна (суб'єктивний елемент) – *opinio juris sive necessitatis*, тобто підтвердження того, що незмінна, послідовна, тривала практика сприймається як правова норма учасниками правовідносин²⁷¹. Такий підхід до міжнародного звичаю, як поєднання практики та *opinio juris*, не є наслідуванням римського розуміння звичаю або природної школи права Гуго Гроція чи Е. Ваттеля. Хоча сама концепція *opinio juris* виникла завдяки німецькій історичній школі права наприкінці XVIII – на початку XIX століття²⁷², цей підхід було вперше запропоновано французьким цивілістом Франсуа Гені. У своїй монографії, яка вийшла в 1899 р. та 1919 р., присвяченій джерелам права в цілому, а також джерелам приватного права зокрема, він доводив, що у кодифікованій правовій системі таке джерело, як звичай, відіграє незначну роль.

Визначення міжнародного звичаю неодноразово ставало предметом критики зі сторони ряду науковців. Зокрема, Г. Кельзена та С. Гуггенхайма вважали, що практика у процесі формування звичаєвої норми є важливою, однак не обов'язковою²⁷³²⁷⁴. Бін Ченг, аналізуючи особливості формування звичаїв у космічному праві, дійшов аналогічного висновку, стверджуючи, що практика є важливою, проте не обов'язковою складовою міжнародного звичаю. Свою думку він аргументував тим, що в міжнародному праві почали з'являтися «миттеві» звичаї, які постають одразу без прецедентів²⁷⁵.

²⁷¹ Skubiszewski Krzysztof. Elements of Customs and Hague Court / Krzysztof Skubiszewski // Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht. – 1971. – P. 810 – 854.

²⁷² Mendelson Maurice. The subjective element in customary international law / Maurice Mendelson // The British Yearbook of International Law. – 1995. – P. 194 –195.

²⁷³ Хоча С. Гуггенхайм із часом змінив свою думку, визначаючи практику обов'язковим елементом формування міжнародного звичаю.

²⁷⁴ Kelsen H. Principles of International Law / H. Kelsen. – New York, 1952. – P. 307.

²⁷⁵ Cheng Bin. United Nations Resolutions on Outer Space: «Instant» International Customary Law? / Bin Cheng // The Indian Journal of International Law. – 1965. – P. 23, 35 – 36.

Ряд авторів, аналізуючи звичай, вважає, що кількість обов'язкових елементів звичаю недостатня і має бути збільшена.

Зокрема, М. Хадсон запропонував КМП ООН такі чотири елементи міжнародного звичаю:

- уніфікована практика певної кількості держав із посиланням на певну ситуацію у сфері міжнародних відносин;
- продовження або повторення практики упродовж певного періоду часу;
- розуміння того, що практика є необхідною або послідовною у сфері міжнародних публічних відносин;
- загальна згода у практиці інших держав²⁷⁶.

Ця ідея викликала жваву дискусію, однак єдиної точки зору КМП ООН так і не сформулювала. Тому жодних пропозицій від неї щодо зміни підходу до формулювання пункту b статті 38 Статуту МС ООН не надійшло.

У свою чергу, Луї Каваре передбачає такі елементи: матеріальний елемент – повторення певних дій, які відображають соціальну звичку; такі звички потребують затвердження мислячими людьми – фахівцями права, дипломатами тощо; психологічний елемент – мовчазне визнання звичок держав як таких, що мають обов'язковий характер, саме це і є *opinio sive necessitatis juris*²⁷⁷. Ян Броунлі вважає, що існує чотири ознаки звичаєвої норми: продовжуваність, однаковість, загальність, однак не універсальність, *opinio juris sive necessitatis*²⁷⁸.

Характерно, що у всіх цих спробах чітко простежуються в тій або іншій варіації два елементи звичаю: практика та *opinio juris*.

З іншої сторони, проф. Д'Амато у своєму комплексному дослідженні щодо розуміння ролі звичаю в механізмі міжнародно-правового регулювання, яке вийшло в Лондоні в 1971 р., намагався переосмислити існуючі підходи до розуміння звичаю. Він вважає, що *opinio juris* та практика виступають як якісні елементи, а діяння та зобов'язання – як кількісні. І звичай має визначатися саме через ці елементи, але не інакше. Професор вважав це переглядом

²⁷⁶ Yearbook of International Law Commission. – 1950. – Vol. 2. – P. 26. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1950.htm>

²⁷⁷ Cavare L. Le droit international public positif / L. Cavare. – Paris, 1967. – P. 217 – 218.

²⁷⁸ Brownlie I. Principles of International Public law, Fourth ed. / I. Brownlie. – Oxford, 1990. – P. 4 – 11.

традиційної точки зору щодо правової природи звичаю²⁷⁹. Такий підхід не знайшов підтримки в доктрині міжнародного права через свою складність та повну невідповідність практиці, яка вже на той час склалася в міжнародному праві, адже МС ООН у випадку вирішення питання на основі звичаю завжди наголошувала на необхідності існування практики та наявності *opinio juris* як обов'язкових складових елементів міжнародного звичаю.

Найповніше Суд визначив умови для існування міжнародного звичаю в рішенні щодо Континентального шельфу Північного моря 1969 р.²⁸⁰, окремо наголосивши на елементі *opinio juris sive necessitatis*.

Аналогічний підхід до звичаєвих норм можна знайти і в іншому рішенні щодо континентального шельфу між Лівією та Мальтою²⁸¹, де Суд взагалі постановив, що *opinio juris* є аксіоматичним. Це ж положення було підкріплене в Консультативному висновку щодо правомірності застосування ядерної зброї 1996 р., а вже у рішенні щодо військових та напіввійськових дій у Нікарагуа 1986 р.²⁸² Суд знову наголошує на наявності двох елементів.

Тому не існує обґрунтованих підстав зневажати розуміння звичаю в міжнародному праві, яке впливає з положень статті 38 Статуту МС ООН. Це абсолютно не означає на практиці, що всі особливості міжнародного звичаю є чіткими та зрозумілими, особливо це стосується основного питання: а чи є звичай. Як буде засвідчено далі, багато що залежить від значної юридичної свободи, особливо якщо це питання доводиться вирішувати в судовому порядку. Чарльз де Вішер (Charles de Visscher) з цього приводу заявив: «Вибір фактичних складових, які розглядаються як єдине ціле, в окремих випадках призводить до визнання існування

²⁷⁹ D'Amato A. The Concept of Custom in International Law / Antonio D'Amato. – NY.: Cornell University Press, 1971. – P. 73 – 98.

²⁸⁰ North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands) – Judgment of 20 February 1969. – І.С.Ж. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>

²⁸¹ Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta) – Judgment OF 21 March 1984 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/68/6393.pdf>

²⁸² Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>.

звичаєвої норми, яка є предметом абсолютно різних підходів та розуміння»²⁸³.

Практика суб'єктів міжнародного права, як ознака міжнародного звичаю, викликає ще більше питань і проблем, ніж *opinio juris*. Питання полягає в інтенсивності, одноманітності та частоті практики, її тривалості, та, врешті, в якості. Передусім це суверенні держави, міжнародні міждержавні організації, меншою мірою це стосується народів та націй, які борються за власне самовизначення.

Практично всі елементи практики держав є предметом дискусій. Не існує, наприклад, єдиної думки щодо важливості практики держав, щодо кількості держав, які повинні брати участь у практиці, часу, упродовж якого держави мають дотримуватися необхідної послідовної практики, або того, яка поведінка вважається практикою держав. Згідно з раціональною доктриною практика взагалі не є обов'язковим елементом міжнародного звичаю. Існування звичаю залежить тільки від наявності *opinio juris*. Ця точка зору не відкидає значення практики. Разом із тим одним зі способів виявити переконання та очікування держав є аналіз практики. Практика, таким чином, розглядається як доказ наявності *opinio juris*, але не як самостійний елемент.

Інші вчені дотримуються думки, що практика є найважливішим елементом звичаю²⁸⁴. Деякі юристи йдуть ще далі, стверджуючи, що *opinio juris* не потрібне взагалі, а достатньо широкої й послідовної практики, щоб виникло юридичне зобов'язання, принаймні якщо немає доказів заперечення проти такої норми²⁸⁵. Все ж слід віддати належне, роботи вчених пропонують широкий спектр пропозицій щодо належного балансу між вимогою *opinio juris* і державною практикою. Навіть існує підхід, згідно з яким

²⁸³ Visscher Ch. De Reflection on the present prospects of international adjudication / Charles Visscher // American Journal of International Law. – 1956. – P. 473.

²⁸⁴ Roberts A. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation / A. Roberts. // American Journal of International Law. – Vol. 95. – No.4 (Oct. 2001). – P. 758.

²⁸⁵ Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court / H. Lauterpacht. – Cambridge University Press, 1982 – 427 p.

opinio juris і практика можуть мати протилежне значення і зовсім різну вагу залежно від обставин²⁸⁶.

Орієнтацію на практику, а не на *opinio juris* іноді називають «традиційною точкою зору» на формування звичаю²⁸⁷. Альтернативний «сучасний підхід» передбачає, що практика є вторинною, а основну увагу слід зосередити на питаннях політичного характеру при визначенні того, чи норма звичаю справді існує²⁸⁸. Як наслідок, ряд вчених стверджує, що сучасним звичаям не вистачає легітимності згоди держави і загальної практики²⁸⁹.

Нездатність вчених дійти консенсусу щодо цих вимог не дивує, адже кількість доктрин не переросла в якість, а багато часу відбирає аналіз лише наявних теоретичних розробок.

При будь-якому підході до звичаю, що передбачає певну роль практики, одним з основних питань постає необхідність визначення обсягу практики, яка необхідна. У більшості формулювань застосовується достатньо розмитий термін «загальна практика», як це визначено у статті 38 Статуту МС ООН, залишаючи остеронь регіональні і двосторонні звичаї. Це означає, що більша частина держав повинна мати певну практику, кількість якої важко визначити точно, як у теорії, так і у практиці міжнародних відносин, розводячи вчених по різних кутках рингу. Будемо орієнтуватися на КМП ООН, яка вважає, що така практика повинна бути «уніфікованою, тривалою і показовою».

Формально усі держави відповідно до міжнародного права²⁹⁰ мають рівні права. Тому жодна з них або невелика група держав

²⁸⁶ Див.: Kirgis F. L., Maier H. G. Appraisals of the ICJ's Decisions: Nicaragua v. United States (Merits) / Harold G. Maier, Anthony d'Amato, Richard Falk, Frederic L. Kirgis, W. Michael Reisman, Fernando R. Tesyn // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.mendeley.com/research/appraisals-icjs-decision-nicaragua-v-united-states-merits/>

²⁸⁷ Див., наприклад: Roberts A. E. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation / Anthea Elizabeth Roberts // Am. J. Int'l L. – 2001. – PP. 757-759.

²⁸⁸ Roberts A. E. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation / Anthea Elizabeth Roberts // Am. J. Int'l L. – 2001. – PP. 762-763.

²⁸⁹ Reisman W. M. The Cult of Custom in the Late 20th Century / W. Michael Reisman // Cal. W. Int'l L.J. – 1987. – P. 133; Weisburd Arthur A. Customary International Law: The Problem of Treaties / Arthur A. Weisburd // Vand. J. Transnat'l L. – 1988. – P. 1.

²⁹⁰ Устав Организации Объединенных Наций [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/documents/charter/chapter2.shtml> (стаття 2).

не можуть самі створити чи змінити загальне звичаєве право²⁹¹. Однак немає жодних сумнівів у тому, що більше значення мають сильні держави²⁹². Одним із важливих наслідків цієї ситуації є те, що кількість держав, які беруть участь у формуванні ЗМП, менша, ніж здається спочатку, що підтверджено і практикою МС ООН, про яку йтиметься пізніше. Ця група може виявитися ще меншою, коли буде визнано, що варто досліджувати лише реально сильні держави. Звісно, що великі держави більше не мають можливості відкрито накладати зобов'язання на малі. Проте практика є ядром звичаю. Відповідно, ті держави є найважливішими, які мають найбільшу питому вагу та інтереси в такій практиці. У більшості випадків це великі держави, тому їх практика буде домінувати.

Варто також відзначити, що привілейоване становище могутніх держав, хоча і передбачає певну нерівність, може мати і позитивні сторони. Порухення міжнародного права, принаймні тоді, коли вони поширені і тривалі, послаблюють міжнародну систему. Якщо сильні держави порушують норми права, це, імовірно, шкодить системі більше, оскільки, як правило, вони мають значний вплив на інші потужні держави.

Крім того, могутні держави менше стримуються нормою звичаю, ніж слабкі, тому і вигоди від застосування норми для них менші, ніж для слабких держав. Оскільки втрати від порушення більші, а зиск від звичаєвих норм для сильних держав менший, системі може бути корисним, якщо ці держави матимуть більший вплив на формування відповідних норм. До питання сильних держав ми ще раз повернемося, досліджуючи вплив практики міжнародних організацій на формування звичаїв.

Наступне питання, яке виникає у зв'язку з дослідженням практики – це докази наявності практики. Очевидно, що практикою є дії держав. Наприклад, рішення про надання дипломатичного захисту іноземцям є дією, яка є складовою частиною практики держав. Однак, крім цих явних дій, є й інші види поведінки, значення яких є більш спірним.

²⁹¹ Jonathan I. Charney, *Universal International Law*, 87 Am. J. Int'l L. 529, 533 (1993).

²⁹² Schachter Oscar. *New Custom: Power, Opinio Juris, and Contrary Practice* / Oscar Schachter // *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honor of Krzysztof Skubiszewski*. – 1996. – P. 531, 536.

Серед вчених немає єдиної думки щодо того, чи заяви або бездіяльність можна розглядати в контексті практики держав. Д'Амато стверджує, що мають значення тільки фізичні дії, а заяви дипломатів чи офіційних осіб не можна вважати доказами наявності практики держав²⁹³.

К. Вольфке висловлює аналогічні думки, стверджуючи, що заяви у формі голосування в міжнародних організаціях «не є актами поведінки, ні, навіть у великій кількості, переконливими доказами практики будь-якої держави». Він зазначає, що «неодноразові словесні заяви також є актами поведінки в широкому сенсі і можуть призвести до появи міжнародного звичаю, але тільки звичаю щодо здійснення таких заяв»²⁹⁴. М. Ейхерст зайняв доволі ліберальну позицію з цього питання, включаючи до доказів наявності практики внутрішні закони, резолюції міжнародних організацій²⁹⁵ і, навіть, «звичайні або спеціальні інструкції з боку держави щодо її посадових осіб, критику однією державою поведінки інших держав або договорів (включаючи договори, які не вступили в силу)». Справді, його визначення практики держав досить широке і включає в себе дії з боку міжнародних організацій і таких органів, як Секретаріат Організації Об'єднаних Націй, куди взагалі не входять представники держав²⁹⁶. Проблема такої широкої інтерпретації елементу практики держав полягає у відсутності впевненості в тому, що держави насправді роблять чи у що вірять. Заяви урядів і їх представників мають різноманітні цілі, робляться зі стратегічною метою і часто не відображають реальної практики.

Яскравим прикладом цього є катування. Немає нестачі в угодах і заявах, що засуджують тортури, але їх використання державами є звичайною справою. Визнання на основі заяв того, що тортури не відповідають практиці держав – просто фікція.

²⁹³ D'Amato A. *The Concept of Custom in International Law* / Antonio D'Amato. – NY.: Cornell University Press, 1971. – P. 61 – 64.

²⁹⁴ Wolfke Karol. *Custom in Present International Law* / Karol Wolfke. – M.: Nijhoff Publishers, 1993. – P. 42.

²⁹⁵ Akehurst M. *Custom as a Source of International Law* / M. Akehurst // *The British Yearbook of International Law*. 47. – 1977. – P. 5 – 6.

²⁹⁶ Brownlie I. *Principles of Public International Law* (4th ed.) / I. Brownlie. – Oxford, 1990. – P. 5.

Разом із тим, на думку більшості, вимоги щодо практики дійсно можуть бути задоволені завдяки заявам держав²⁹⁷. Дійсно, практика міжнародних відносин трактує майже будь-які вислови з боку держав або їх представників як доказ практики держав²⁹⁸.

Ця точка зору підтримується і Міжнародним судом ООН. Наприклад, у *Справі щодо прав громадян Сполучених Штатів Америки в Марокко* Суд використав дипломатичну переписку для того, щоб оцінити практику держав²⁹⁹.

Раціональна доктрина не залишає місця для практики держав, крім доказу наявності *opinio juris*. Згідно з цією доктринаю практика може пролити світло на те, чи та або інша норма розглядається як обов'язкова, але це саме по собі не робить її такою. Формування звичаєвої норми не вимагає дотримання вимоги щодо наявності практики. Практика може мати значення настільки, наскільки вона впливає на прийняття державами наявності правової норми (*opinio juris*). Такий підхід підтверджується, якщо визнати можливість виникнення миттєвих міжнародних звичаїв.

Практика держав, виражена в словах або вчинках, може свідчити про наявність *opinio juris*. Це не тільки уточнює роль практики, але і проливає світло на конкретні випадки, які слід розглядати. Явні дії держави, які, як видається, суперечать її короткостроковим інтересам і супроводжуються твердженнями про те, що держава діє з почуття юридичного зобов'язання, є переконливими доказами наявності *opinio juris*. На відміну від цих доказів заяви чи, наприклад, голосування щодо резолюції Генеральної Асамблеї є слабкими доказами наявності *opinio juris*. Точна оцінка таких доказів неминуче залежить від контексту дій або заяв, але цей підхід чітко демонструє, як практика може вплинути на судження щодо *opinio juris*.

²⁹⁷ Akehurst M. Custom as a Source of International Law / M. Akehurst // The British Yearbook of International Law. 47. – 1977. – P. 1 – 2.

²⁹⁸ Brownlie I. Principles of Public International Law (4th ed.) / I. Brownlie. – Oxford, 1990. – P. 5.

²⁹⁹ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Rights of Nationals of The United States of America in Morocco (France v. United States of America) Judgment of August 27th, 1952 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/11/1927.pdf>

У зв'язку із цим хотілося б висловити кілька міркувань, які, вважаємо, стануть містком між протилежними поглядами щодо ролі резолюцій у формуванні міжнародного звичаю. Резолюції самі по собі не формують міжнародний звичай, однак можуть бути виразом *opinio juris*, тобто виразом звичаю. Це також означає, що Генеральна Асамблея не може «змінити» звичай. Більш того, Резолюції Генеральної Асамблеї при визначенні наявності доказів *opinio juris* не варто розглядати з одних і тих самих позицій, адже важливість резолюції у даному процесі залежить від контексту. Деякі резолюції практично не дають жодної інформації про *opinio juris*.

Надання практиці держав доказової ролі *opinio juris* є зміною стандартних формулювань щодо сутності звичаю. До речі, це підтверджується і МС ООН, який застосував звичаєву норму, що відповідає статті 2 (4) Статуту ООН, і вимагав від держав утримуватися від застосування сили³⁰⁰, не посилаючись на практику. Суд натомість зосередився на *opinio juris*, яке він виявив, зокрема, у резолюціях ООН³⁰¹.

Справа щодо військової та напіввійськової діяльності показує, що Міжнародний суд іноді готовий прийняти *opinio juris* як достатній аргумент існування звичаю. Можна сумніватися в тому, наскільки розумно вчинив Суд. І США, і Нікарагуа, як постановив МС, визнали заборону на застосування сили багатьма способами. Суд спирався, зокрема, на Декларацію ООН про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй, прийняту на основі консенсусу³⁰². Проте поведінка обох сторін свідчила, що вони розглядають застосування сили, коли це не допускається Статутом ООН, як прийнятний інструмент. Враховуючи складність формування

³⁰⁰ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>.

³⁰¹ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>.

³⁰² Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>.

переконання держав, у даному випадку має сенс використовувати резолюції ООН та інші заяви як доказ наявності *opinio juris*, але той факт, що держави час від часу роблять заяви, які не відображають їхні справжні переконання, означає, що такі заяви, як правило, мають меншу вагу, аніж дії.

Дії держав, особливо ті, які суперечать державним інтересам, є найвагомим доказом існування *opinio juris* щодо норми міжнародного права. Інші дії також можуть мати велике значення. Бездіяльність, за умови відсутності підстав вважати, що держава утримується від дій з почуття юридичного зобов'язання, є менш переконливою, ніж доказ. Заяви країн викликають підозри, крім випадків, коли контекст доводить, що вони є надійним доказом переконань. Загалом про всі докази можна стверджувати, що їх значення залежить від того, якою мірою їх наявність може достеменно довести наявність переконань держав щодо міжнародних правових зобов'язань.

Виходячи з раціональної доктрини, практика має значення тільки як свідчення наявності *opinio juris*. Чим більше практики, тим більше свідчень наявності *opinio juris* та переконання у наявності юридичних зобов'язань, однак винятково виходячи з контексту взаємовідносин.

Не дивлячись на те, що такий підхід можна абсолютно спокійно вважати новітнім, він нагадує заяви деяких вчених, зроблених майже сорок років тому. М. Ейкхерст, наприклад, стверджував, що звичаєве міжнародне право створюється завдяки практиці держав. Практика держав – будь-яка дія або заява держави, з яких можна зробити висновки щодо поглядів на норми звичаєвого права³⁰³. І хоча, з першого погляду, перевага надається практиці, насправді це формулювання розглядає практику як засіб для того, щоб дізнатися про «погляди» держав.

Із викладеного випливає, що вимога про державну практику тлумачиться по-різному: практика є єдиною вимогою для створення звичаю практика є не більше, аніж невелика частина процесу утворення звичаю. Деякі дослідники розглядають як докази практики тільки дії держави, водночас інші включають

³⁰³ Akehurst M. Custom as a Source of International Law / M. Akehurst // The British Yearbook of International Law. – №47. – 1977. – P. 53.

до таких доказів практично все, що відходить від держав. Однак без базової теорії немає особливих причин надавати перевагу одному з цих підходів. Не знаючи, як звичай працює або яким він має бути, ніхто не може оцінити позитивних рис альтернативних інтерпретацій.

Як вже було зазначено, ряд авторів схиляється до того, що практикою можна вважати і практику міжнародних організацій та їх органів, зокрема ГА ООН та РБ ООН, при чому це буде визнаною практикою не стільки для самої організації, скільки для держав, які представлені в цих органах³⁰⁴. З іншого боку, звичаї, які виникають у практиці відносин держав, розповсюджуються і на міжнародні відносини за участю міжнародних організацій. Дії фізичних осіб та міжнародних неурядових організацій не впливають на створення звичаєвих норм міжнародного права. Зокрема, проф. Г. Даниленко з цього приводу зазначає: «Беззаперечним є той факт, що дії фізичних осіб можуть призвести до виникнення фактів, які можуть стати з огляду на певні обставини предметом міждержавних відносин. «Це не означає, що дії індивідів створюють міжнародно значиму практику. Вони є просто фактами, які сприяють становленню практики держав»³⁰⁵. Однак це не стосуються Організації Червоного Хреста та Червоного Півмісяця, яка відповідно до Женевської конвенції та Додаткового протоколу до неї виконує певні публічні функції. Її практика може створити норму звичаєвого права. Проте сфера гуманітарного права є однією з найбільш кодифікованих, і тому процес створення звичаєвої норми саме у цій сфері фактично недоцільний.

Наступне питання, яке постає у зв'язку з міжнародним звичаєм – це питання про те, який орган держави може брати участь у формуванні практики. Волонтаристська школа міжнародного права, представлена Страпом та Анцилотті, схильна вважати, що тільки органи, які мають повноваження брати міжнародні зобов'язання від імені держави, можуть брати участь у

³⁰⁴ Soerensen Max. Principles de droit international public / Max Soerensen. – R.C.A.D.I. – 1960. – Т. 101. – Р. 37.

³⁰⁵ Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве / Г.М. Даниленко. – М.: Наука, 1988. – С. 82.

створенні міжнародних звичаєвих норм³⁰⁶. Таким чином, вони обмежують ці органи органами *ex officio*: глава держави, глава уряду, міністр закордонних справ, дипломатичний представник держави та, очевидно, інші посадові особи, які мають відповідні повноваження. Вони застосовують за аналогією статтю 7 Віденської конвенції 1969 р.

Міжнародний досвід свідчить, що практика може виникнути із внутрішнього законодавства держав або з одностороннього акта держави (на становлення міжнародної практики можуть вплинути і рішення національних судів). Класичним прикладом цього є рішення Верховного суду США щодо британського судна «The Scotia»³⁰⁷, яке потопило американське судно «Berkshire» у зв'язку з порушеннями правил освітлення, порядок якого передбачено Рішенням Британської Ради 1863 р. та Акта Конгресу (Act of Congress) 1864 р. Одна зі сторін навела аргументи, які були прийняті Судом, стосовно того, що національний закон передбачає настання кримінальної відповідальності і, таким чином, його не може бути використано як загальний принцип права, а слід розглядати у цьому контексті практику, яка склалася між державами.

Виходячи з того, що закон однієї чи кількох держав не може створити зобов'язальної норми для всього світу, Верховний суд США вивчив практику морських держав у розрізі того, наскільки вони відповідали британському законодавству. У зв'язку із цим Суд зазначив: «Це не означає екстратериторіальну дію національного права. Це не означає, що ці норми розцінюються як загальні норми морського права, однак це визнання історичного факту, що, на думку всього людства, ці норми можуть бути визнані, як загальні зобов'язання. Враховуючи цей факт, ми можемо зробити юридичні висновки»³⁰⁸.

Щодо цього Гаазькі суди також висловили свою точку зору. У рішенні щодо *Справи Уїмблдон* ППМП не взяла до уваги аргумент Німеччини про те, що загальна гарантія права проходу

³⁰⁶ Degan V. D. Sources of International Law / V.D. Degan. – Boston: M. Nijhoff Publishers, 1997. – P. 149.

³⁰⁷ The Scotia – 81 U.S. 170 (1871) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/81/170/case.html>

³⁰⁸ O'Connell M. E. O'Connell's International Law and the Use of Force, 2d, Documentary Supplement. – Vol. I. – London, 1970. – P. 16-17.

суден будь-якої державної приналежності через Кільський канал під час війни не відповідає принципу суверенітету, який було встановлено в міжнародній практиці.

У *Справі щодо притулку МС ООН*³⁰⁹ зазначив, що звичаєва норма повинна відповідати вимозі постійного й уніфікованого застосування. Ця ж вимога була повторена у *Справі щодо права проходу (Португалія проти Індії)*³¹⁰.

Окремі науковці наголошують на тривалості та уніфікованості практики без будь-яких винятків. Один із провідних міжнародників свого часу, представник радянської школи міжнародного права проф. Г. Тункін стверджував, абсолютно обґрунтовано, що безперервність не є обов'язковою ознакою для існування звичаєвої норми. Принцип невтручання у внутрішні справи держави в окремі історичні періоди просто ігнорувався, особливо в період Священного союзу, який виник після Віденського конгресу 1815 р., але цей принцип став нормою права. Жодна звичаєва норма не застосовувалася без винятків³¹¹. Позицію Г. Тункіна було підтверджено і рішенням МС ООН у *Справі «Нікарагуа проти США»*.

Найповнішим поясненням цього феномену міжнародного звичаю можна вважати підхід проф. Хемфрі Валдока, який, зокрема, зазначив, що всі ознаки практики: тривалість, постійність, загальність та послідовність можуть мати різні наслідки стосовно звичаю. Тобто, наявність цих ознак у практиці може призвести до виникнення звичаю, однак тільки із врахуванням обставин справи. Так, у *Справі Уїмблдон ППМП*³¹² застосувала стосовно Кільського каналу звичаєву норму щодо обов'язку нейтральної держави, яка існувала тільки стосовно Суецького та Панамського каналів. Більше того, Суд стверджував, що уніфікованість у застосуванні практики на перших стадіях не відіграє такого значення,

³⁰⁹ Request for Interpretation of the Judgment in the Asylum Case (Colombia / Peru) – Judgment of November 27th, 1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/13/1933.pdf>

³¹⁰ International Court Of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Right Of Passage Over Indian Territory (Portugal v. India) Preliminary Objections Judgment of November 26th, 1957 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/32/2231.pdf>

³¹¹ Тункін Г.И. Теория международного права / Г.И. Тункин. – М., 1970. – С. 231.

³¹² Waldoch Н. General Course of Public International Law / Н. Waldoch. – R.C.A.D.I. – 1960. – Т. 106. – Р. 44 – 45.

як на наступних. Звісно, недостатність одноманітності на певній стадії є важливою для визначення наявності звичаєво-правової норми.

Наступне питання, яке виникає – це питання часу: скільки часу має пройти після того, як практика перетвориться на міжнародний звичай. Необхідно дати відповідь на питання, чи існує єдиний критерій, який стосується вимоги мінімального періоду часу для перетворення практики на міжнародний звичай.

Волюнтаристи вважають, що час для формування звичаю взагалі не потрібний. На їхню думку, звичаєва норма між двома державами виникає відразу, без будь-яких прецедентів, і впливає з бажання створити правове зобов'язання, яке стає очевидним³¹³. Такий звичай проф. Ченг називає «миттєвим». На його думку, норма ЗМП може змінитися в одну мить, створюючи те, що можна назвати «швидкосформованим звичаєм»³¹⁴.

У роботах Ченга зазначено, що наявності *opinio juris* достатньо для формування норми звичаю. Проте «роль використання правила при створенні норм звичаєвого міжнародного права є суто доказовою: воно свідчить, з одного боку, про зміст правила, про яке йде мова, а з іншого – про *opinio juris* зацікавлених сторін»³¹⁵.

Станом на сьогодні переважає традиційний підхід, який передбачає обов'язковість хоча б мінімального, але не тривалого, часу, необхідного для створення звичаєвої норми³¹⁶. Так, МС ООН у *Справі щодо континентального шельфу Північного моря*³¹⁷ відхилив твердження про необхідність тривалої практики, зазначивши, що «проходження короткого періоду часу зовсім не обов'язково є перешкодою для формування нових норм».

³¹³ Anzilotti D. Cours de Droit International / D. Anzilotti. – Paris: Recueil Sirey, 1929. – P. 71 – 74.

³¹⁴ Cheng Bin. United Nations Resolutions on Outer Space: «Instant» International Customary Law? / Bin Cheng // The Indian Journal of International Law. – 1965. – P. 23, 35 – 36.

³¹⁵ Cheng Bin. United Nations Resolutions on Outer Space: «Instant» International Customary Law? / Bin Cheng // The Indian Journal of International Law. – 1965.

³¹⁶ Danilenko G.M. Law-Making in the International Community / G.M. Danilenko // Martinus Nijhoff Publishers, 1993. – P. 97.

³¹⁷ North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands) – Judgment of 20 February 1969. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>

Проте Суд відмовився відкинути підхід, який передбачає відсутність часу для формування міжнародного звичаю, зазначивши, що необхідною умовою є наявність і широкої, і єдиної практики держави. Крім того, держава повинна продемонструвати наявність загального визнання норми права і юридичного зобов'язання».

У доповіді, поданій КМП ООН Генеральній Асамблеї ООН щодо звичаєвого права³¹⁸, ця позиція була чітко відображена. Зокрема, документ містить висновок про відсутність жодних конкретних вимог щодо часу формування звичаю. Як і Міжнародний суд, Комісія заявила, що повинна існувати достатньо розповсюджена практика.

Миттєві звичаї були різко розкритиковані. Так, Ван Хоф стверджує, що «звичаєве право і швидкість є несумісними поняттями»³¹⁹. А Вейль із певним сарказмом зазначив, що такий звичай «не лише став би прискоренням процесу формування звичаю, але і справжньою революцією в теорії звичаєвого права»³²⁰. Причиною критики є те, що формування такого звичаю вимагає відмови від вимоги щодо загальної практики. Зрештою, практика, особливо у відносинах багатьох держав, не може змінитися швидко. Якщо звичай залежить від практики, то швидкість, з якою він може сформуватися або змінитися, обмежена швидкістю зміни практики.

Якщо прийняти те, що *opinio juris* є достатньою умовою для формування звичаєвої норми, то такі норми можуть формуватися або змінюватися так само легко і швидко, як і *opinio juris*. Таким чином, можна забезпечити, щоб норми формувалися дуже швидко або навіть миттєво. Як зазначає Ченг, «у міжнародному праві є горизонтальна правова система, в якій держави і створюють норми, і є суб'єктами правової системи, тому *opinio juris* може виникнути або змінитися дуже швидко»³²¹. Цілком логічно, що звичай виникає або змінюється миттєво, якщо *opinio juris* змінюється миттєво.

³¹⁸ Int'l L. Ass'n, Comm. on Formation of Customary (Gen.) Int'l L., Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000)

³¹⁹ G.J.H. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law 86 (1983).

³²⁰ Weil Prosper. Towards Relative Normativity in International Law? / Prosper Weil // The American Journal of International Law. – 1983. – Vol. 77. – P. 413, 435.

³²¹ Bin Cheng Custom: The Future of General State Practice in a Divided World, in The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory (R. St. J. MacDonald & Douglas M. Johnston eds., 1983), c.532

Протилежною є позиція румунського міжнародника, судді ППМП Д. Негулеско, яку він висловив у окремій думці при вирішенні спору у *Справі щодо Європейської дунайської комісії 1927 р.*³²²: «Доктрина та міжнародна практика визнають необхідність тривалого застосування, яке складається з безперервного повторення завершених фактів у сфері міжнародних відносин та впливає з ідеї справедливості, спільної для держав-учасниць, заснованої на взаємному переконанні про те, що повторення цих фактів є обов'язковим».

Така точка зору перебуває під впливом природної школи права, відповідно до якої тільки уніфікована практика є свідченням наявності правової норми. Однак такий підхід абсолютно непридатний у сучасному міжнародному праві. Так, ще у *Справі Уїмблдон* ППМП довела, що для виникнення звичаєвої норми достатніми є два прецеденти.

Більше того, стрімкий розвиток техніки, який розпочався в ХХ столітті, можливість дослідження морського дна, польоти в космос, використання атомної енергії сприяли виникненню новітньої ситуації з правовим регулюванням – норми звичаєвого права викликають спонтанно та відразу, звісно, не без певних винятків.

У рішенні щодо континентального шельфу між Тунісом та Лівією 1982 р.³²³, яке, до речі, вплинуло на зміст Конвенції про міжнародне морське право, МС ООН проголосив, що концепція виключної економічної зони може розцінюватися як частина сучасного міжнародного права. І це сталося через шість років після того, як зник супротив: у 1976 р. США, Канада, Франція та СРСР оголосили виключно риболовну зону до 200 морських миль.

Водночас в інших галузях міжнародних відносин (технічна революція яких не зачепила, наприклад, права людини, консульське, дипломатичне право), необхідний тривалий період для перетворення практики на звичаєву норму.

³²² Spiermann Ole International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice 2004. – P. 139.

³²³ International Court Of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Orders Application For Revision And Interpretation Of The Judgment Of 24 February 1982 in the Case Concerning The Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya) Judgment of 10 December 1985 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/71/6527.pdf>

Окремий інтерес з точки зору аналізу становлення та розвитку звичаєвої норми викликає рішення МС ООН щодо Континентального шельфу Північного моря. Спір виник між трьома сусідніми державами: Данією, Німеччиною та Нідерландами. Данія та Нідерланди наголошували на тому, що принцип рівновіддаленості, який закріплено у статті 6 Женевської конвенції про континентальний шельф 1958 р., є звичаєвою нормою загального міжнародного права. Така позиція була зумовлена тим, що Німеччина, підписавши означену конвенцію, на час розгляду спору в Суді не ратифікувала її. Цю позицію Суд не підтримав, зазначивши при цьому, що десять років із часу підписання конвенції і п'ять років із часу вступу конвенції в дію є достатнім для підтвердження існування звичаєвої норми. Після встановлення того, що ці вимоги не були задоволені, Суд дійшов висновку, що новий міжнародний звичай не виник.

І ще одне питання, на яке складно дати відповідь, досліджуючи феномен міжнародного звичаю: чи тільки дії суб'єктів створюють практику, яка потім може перетворитися на звичаєву норму; чи можлива ситуація, за якої бездіяльність суб'єкта також створює практику, яка за дотримання певних вимог у подальшому змогла б перетворитися на міжнародний звичай.

Основна проблема, яка пов'язана з елементом практики, це розбіжності у її оцінці. Основна причина цього прихована в позиції міжнародних судових інституцій, які не дотримуються єдиного підходу. Особливо це стосується питань, пов'язаних із матеріальними джерелами та документарними доказами наявності звичаєвої норми. Однак це питання буде досліджене пізніше.

Марк Вілігер, вивчаючи правову природу міжнародного звичаю та міжнародного договору, встановив різницю між діями та іншою поведінкою держав, усними чи письмовими заявами представників цих держав та їх голосуванням у міжнародних організаціях. Це стосується зовнішньої сторони питання. Що стосується внутрішньої, то це практика держави, включаючи внутрішнє законодавство, парламентську та адміністративну практику, практику національних судів³²⁴. Він розглядав практику держав як широке поняття, що включало діяльність держави в міжнародних

³²⁴ Villiger Mark. Customary International Law and Treaties / Mark Villiger. – Martinus Nijhoff Publishers. 1985. – P. 4 – 25.

організаціях, у тому числі в ГА ООН та її допоміжних органах, Комісії міжнародного права та дипломатичних конференціях, що знімає повністю проблему недостатності та відсутності практики. У дослідженні проаналізовано ряд звичаїв міжнародного права, які було кодифіковано шляхом прийняття Віденської конвенції 1969 р. Позиції держав, які були висловлені їхніми представниками в ході роботи 6-го комітету ГА ООН, їх коментар пропозицій Комісії міжнародного права також можна розцінювати як практику держав із цього приводу. Крім того, аналогічно можна оцінити й особливості голосування держав на Віденській конференції 1968 та 1969 р. Такий підхід є достатньо виправданим, однак не підтверджений міжнародною практикою.

Sensu stricto практика держави, яка сприяє створенню звичаєвої норми міжнародного права, включає дії та оцінки державних органів у межах їх компетенції. У зв'язку із цим в окремій думці судді Ріда у *Справі щодо рибальства 1951 р.*³²⁵, зокрема, було зазначено, що необхідним є тільки переконливий доказ практики держави, тобто, коли прибережна держава розповсюджує свій суверенітет над водами щодо арешту іноземних суден і підтримує цю позицію під час дипломатичних переговорів та в міжнародних судах.

Така практика, що базується на національному законодавстві (незалежно від його чинності), може дійсно вплинути на становлення звичаю в міжнародному праві. Однак у даному випадку постає проблема порушення норм позитивного міжнародного права, тому мова повинна йти про відповідальність актора міжнародних публічних відносин за неправомірні дії. Такий вузький підхід до розуміння практики не відповідає всім потребам сучасного розвитку міжнародних відносин.

У широкому розуміння, будь-яке національне законодавство може бути враховане як практика держави. Разом із тим значення має не стільки сам законодавчий чи підзаконний акт, скільки практика його застосування. З іншого боку, саме існування таких законів є надзвичайно важливим, адже держави не можуть заперечити їх існування.

³²⁵ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

Найширший підхід до розуміння практики держав розглядається в розрізі участі держав у двосторонніх та багатосторонніх договорах (окремо розглядаються кодифікаційні договори), участь у яких підтверджує наявну практику держав або принципи *de lege ferenda*. Знову ж таки, ратифікація міжнародних зобов'язань трансформує їх у національне законодавство (право).

У *Справі про континентальний шельф Північного моря 1969 р.* МС ООН висловив негативне ставлення до наявності звичаю щодо делімітації континентального шельфу. Сторони з цього приводу посилалися на 15 справ, у яких континентальний шельф було поділено відповідно до принципу рівновіддалення. Проте МС ООН не вважає це звичаєвою нормою міжнародного права в розрізі положень статті 6 Женевської конвенції 1958 р., і це не дивлячись на те, що у Женевській конвенції знайшли відображення і положення двосторонніх договорів.

Звісно, участь держав у дво- та багатосторонніх договорах, як, власне, і односторонні акти, повинні оцінюватися саме з точки зору обставин конкретної справи. Абсолютно все буде залежати тільки від обставин, і одна і та ж сама практика за різних обставин може бути розцінена як доказ існування міжнародного звичаю або взагалі не бути взятою до уваги.

Особливо важливими у цьому контексті є кодифікаційні конвенції. Вони включають в себе положення щодо норм фундаментального характеру, такі, що можуть вважатися нормами загального міжнародного права.³²⁶

Держава, яка стає учасником такого договору, бере на себе зобов'язання *erga omnes*, тобто зобов'язання в неї виникають не тільки по відношенню до держав – учасниць договору.

Із врахуванням обставин такі зобов'язання можуть бути розцінені як практика держав та, інколи, навіть як вираз *opinio juris* держави щодо існування звичаєвої норми міжнародного права, яка закріплена в договірній нормі. Окремі положення таких конвенцій були на момент включення їх до договору задекларовані як вже існуючі звичаєві норми загального міжнародного права. Інші ж норми таких документів є тільки пропозиціями *de lege ferenda*, які спочатку не можуть зобов'язувати треті сторони. Із часом, коли

³²⁶ North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 20 February 1969. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>

така конвенція набирає більшу кількість учасників, вона перетворюється із норми *de lege ferenda* на норму загального звичаєвого права. Таким чином, вона зобов'язує і треті держави, за винятком тих, які чітко висловили свою незгоду з положеннями конвенції.

Є галузі міжнародного права, які вже давно мають кодифікований характер, тому необхідність у застосуванні ретроспективно положень кодифікаційних конвенцій як звичаєвої норми незначна. Це стосується передусім міжнародного гуманітарного права, яке застосовується у випадку збройних конфліктів, порядку укладання та виконання міжнародних договорів. Тому широка участь держав у таких документах лише додатково підтверджує їх звичаєвий характер через надання практиці сили *opinio juris*. Це було підтверджено, хоча і непрямо, МС ООН у Консультативному висновку щодо законності використання ядерної зброї.

Інститут міжнародного права на своїй сесії в Каїрі затвердив висновки щодо «Резолюцій ГА ООН». Ці висновки ми розглянемо дещо пізніше. Серед іншого у Висновках було зазначено: «Резолюції можуть підтверджувати існування звичаєвого права або елемента звичаю (практики, *opinio juris*), особливо, коли для прийняття резолюції необхідним є висловлення згоди держави або коли процедура передбачає прийняття нової норми міжнародного права»³²⁷. Голосування за резолюцією є свідченнями, від яких держава не може так просто відмовитися, оскільки це призведе до порушення зобов'язань. Навіть позицію представника держав, за відсутності інших варіантів доказу практик, може бути враховано при встановленні наявності або відсутності практики держави.

У *Справі щодо військових та напіввійськових дій у Нікарагуа* МС ООН пішов ще далі у своїх висновках. Він провів аналіз позицій держав під час голосування в ГА ООН щодо невикористання сили або невтручання і дійшов висновку, що таке положення можна кваліфікувати як *opinio juris*.

Витяги із виступів та усні заяви представників держав, їх дипломатична кореспонденція, якщо вона доступна, їх голосування в міжнародних організаціях можна вважати доказом наявності практики держав із конкретного питання. Однак слід враховувати, що уряди в державах змінюються, і таким чином політичні

³²⁷ Degan V. Sources of International Law / V.D. Degan. – Boston: M. Nijhoff Publishers, 1997. – P. 160.

вподобання держави також можуть змінюватися. Відповідно, практика може бути протилежною або подвійною. У зв'язку із цим до такого підтвердження слід ставитися з певною обережністю. Проте це може бути корисним, коли на користь практики свідчать й інші докази, які не суперечать один одному, тобто це служить додатковим доказом. Однак у судовій процедурі такому аргументу майже не надають особливого значення³²⁸. Отже, всі нормативно-правові акти та участь у міжнародних угодах є доказом існування волі держави, яка не може не враховуватися судом.

Слід мати на увазі, що конкретні обставини можуть бути зовсім іншими і не відповідати тим теоретичним засновкам, які було викладено вище. Маючи широкі повноваження, судді можуть проігнорувати всю практику держави в конкретній сфері.

І ще одна важлива проблема, яка виникає в ході встановлення наявності практики держави: чи включає в себе така практика пасивну поведінку, не заперечення або толерантність.

ППМП у *Справі Лотус 1927 р.* зазначила: тільки якщо таке утримання було засноване на їх свідомому розумінні свого обов'язку утримуватися, можна говорити про міжнародний звичай. Звідси випливає, що, на думку Суду, пасивна поведінка може бути розцінена як вираження *opinio juris*, якщо вже існує міжнародний звичай, що зобов'язує державу.

Правовий зміст бездіяльності держави значно відрізняється від правових зобов'язань, коли мова йде про вироблення нової звичаєвої норми загального міжнародного права, на відміну від формування партикулярних звичаєвих норм. У першому випадку толерантність та відсутність протесту розглядаються як мовчазна згода. У другому випадку – бездіяльність не може призвести до виникнення нової партикулярної звичаєвої норми. І така норма після її виникнення не може зобов'язати державу.

Можлива ситуація, коли певна практика держав або інших суб'єктів є постійною та одноманітною, а також відповідає всім іншим умовам.

У міжнародному праві це так звані узвичаєння. Інколи, особливо у французькій літературі, їх називають соціальними звичаями. Такі норми, як правило, виникли вже давно, і держави їх

³²⁸ Детальніше див.: Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве / Г.М. Даниленко. – М.: Наука, 1988. – С. 82 – 85.

дотримуються. Разом із тим вони так і залишаються необов'язковими нормами.

Макс Соеренсен навів достатньо тривіальний приклад, зазначивши, що нікого не дивує той факт, що дипломатичне листування здійснюється на білому папері. Якщо дипломатичне листування буде вестися на папері іншого кольору, це не буде порушенням норм міжнародного права³²⁹. Недотримання церемоніальних правил може призвести до зриву політичних домовленостей, тому, як правило, його дуже скрупульозно дотримуються всі держави, хоча правова відповідальність за його порушення не наступає.

Критерій, який відмежовує узвичаєння від звичаю, просто практику від звичаю – *opinio juris sive necessitatis*, тобто впевненість держави в тому, що соціально значима поведінка відповідно до міжнародного права є обов'язком чи правом. Як вже було підкреслено, цей суб'єктивний або психологічний елемент міжнародного звичаю впливає із статті 38 Статуту МС ООН через посилання на загальну практику, визнану як правова норма.

Аналогічне до статті 38 визначення пропонує Закон Сполучених Штатів Америки про міжнародні відносини, визначаючи звичай як «результат загальної та послідовної практики держав, якої вони дотримуються як правового зобов'язання»³³⁰.

Стандартне формулювання *opinio juris* таке: практика повинна бути «прийнята як норма». Точні контури *opinio juris* поки що невизначені, і кожен вчений має з цього приводу свою думку, а окрему думку має МС ООН та КМП ООН³³¹, яка визначила, що Питання про суб'єктивний елемент звичаєвого права є досить спірним. Точне визначення психологічного елементу у формуванні звичаїв є філософським каменем, який перетворює сиру масу використання в золото юридично обов'язкових норм, ймовірно, викликало тривалішу академічну дискусію, ніж усі фактичні заяви, зроблені державами на основі звичаїв.

Для того, щоб зрозуміти цей елемент, слід було б повернутися до взаємозв'язку між міжнародним правом і консенсусом. Волюнтаристи, які зараз домінують у міжнародному праві,

³²⁹ Soerensen M. *Principes de Droit International Public*. – 1960. – Т. 101. – Р. 37.

³³⁰ Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, § 102(2) (1987).

³³¹ Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law 29-30. – 2000. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/pdf/customarylaw.pdf>

вважають, що міжнародне право не може зв'язати держави без суб'єктів, а поняття консенсусу є основою міжнародного звичаю³³². Якщо це так, то звичай зобов'язує державу тільки тоді коли ця конкретна держава визнає наявність зобов'язального характеру практики для конкретного суб'єкта. У такому випадку *opinio juris* вимагає наявності як загального визнання міжнародним співтовариством, так і прийняття відповідною державою.

Вчені, як правило, не в змозі чітко відрізнити *opinio juris* групи держав від *opinio juris* окремої держави, тому більшість із них вимагає тільки першого³³³. МС ООН, у свою чергу, не визначив чітко, скільки держав мають визнати психологічний елемент, яким є *opinio juris*, але логіка підказує, що мова йде не про всі держави. Наприклад, у *Справі щодо континентального шельфу у Північному морі* Міжнародний суд ООН заявив, що «зацікавлені держави повинні відчувати, що їхні дії відповідають тому, що становить зміст юридичних зобов'язань»³³⁴.

У цьому контексті слід дослідити окремо доктрину заперечення (*persistent objector doctrine*), яка припускає, що відчуття юридичного зобов'язання повинне бути властиве державам у цілому, а держава, яка не поділяє оцінку співтовариства, згідно з якою дана норма є звичаєвою, не може лише на цій підставі вважатися такою, що зв'язана цим міжнародним звичаєм. Держава повинна постійно та послідовно повідомляти про своє ставлення³³⁵.

Крім того, у держави, яка не заперечувала при формуванні норми, виникає зобов'язання незалежно від пізніших спроб заперечувати. Це вірно навіть у тому випадку, якщо норма в момент її появи не стосувалася держави³³⁶.

³³² Henkin Louis. *International Law: Politics, Values and Functions* / Louis Henkin. – 1989. – 216. – P. 927.

³³³ Mendelson M. *The Formation of Customary International Law* / M. Mendelson. – Martinus Nijhoff, 1999. – Т. 272. – P. 248.

³³⁴ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 20 February 1969.* – І.С.Ж. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>

³³⁵ Stein T.L. *The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law* / T.L. Stein // *Harvard International Law Journal*. – 1985. – № 26-2. – P. 457, 458.

³³⁶ *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, 2000.* – P. 15

Зазначене є звичайним поглядом з точки зору доктрини постійного заперечення. Однак у науці консенсусу досі не досягнуто. Цю доктрину часто заперечують³³⁷, а інші стверджують, що її не існує або вона має мінімальне значення³³⁸. МС ООН надає певну підтримку доктрині, хоча судова практика не є визначеною. Так, в англо-норвезькій *Справі про рибальство* Суд вказав, що відповідна норма звичаю «не може застосовуватися щодо Норвегії, оскільки вона завжди виступала проти будь-якої спроби застосувати її щодо норвезького узбережжя»³³⁹. У *Справі про притулок Суд* ухвалив, що навіть якщо відповідні регіональні звичаї існували, вони не поширюються на Перу, тому що ця держава заперечувала проти цих норм³⁴⁰. Хоча ці справи часто використовують для того, щоб підтримати існування доктрини заперечення, критики, у тому числі Д'Амато, стверджують, що мова у рішеннях йде про спеціальні регіональні звичаї, а не про загальні звичаї³⁴¹. Ряд вчених взагалі вважає, що рішення у цих справах не є авторитетними, бо відповідні твердження є «попутно висловленими» і не є нормотворчими³⁴².

Звіт КМП ООН відстоює наявність норми як компромісу між поняттям згоди і необхідністю розвитку права: Комісія považає суверенітет держав і захищає їх від покладення на них зобов'язань проти їхньої волі, але якщо підтримка нових норм є досить поширеною, «експрес» прогресивного розвитку права може рухатися вперед без очікування «повільного вагону»³⁴³. Це

³³⁷ Brownlie I. *Principles of Public International Law* (4th ed.) / I. Brownlie. – Oxford, 1990. – P. 10.

³³⁸ D'Amato A. *The Concept of Custom in International Law* / Antonio D'Amato. – NY.: Cornell University Press, 1971. – 328 p. – p. 233 – 263.

³³⁹ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

³⁴⁰ Asylum (Colom. v. Peru), 1950 I.C.J. 266, 277–78 (Nov. 20). Окрема думка судді де Кастро в справі «Fisheries Jurisdiction», який заявив, що норма про рибальство в межах 12-мильної зони не застосовується в Ісландії, оскільки вона наполегливо заперечував проти неї. Fisheries (U.K. v. Nor.), 1951 I.C.J. 116, 91–92 (Dec. 18, 1951).

³⁴¹ D'Amato A. *The Concept of Custom in International Law* / Antonio D'Amato. – NY.: Cornell University Press, 1971. – P. 252 – 254.

³⁴² Charney J. *The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law* / Jonathan I. Charney // Brit. Yearbook of International Law. – 1985. – № 56-1. – P. 9 – 10.

³⁴³ Int'l L. Ass'n, Comm. on Formation of Customary (Gen.) Int'l L., *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, 2000. – P. 29-30.

пояснення є дещо спірним, навіть якщо залишити осторонь його необґрунтованість. Наприклад, якщо доктрина є компромісом між суверенітетом і необхідністю досягнення прогресу, то чому держава повинна висловити заперечення саме тоді, коли норма формується? Звичайно, це не менший виклик суверенітету держави, коли її зобов'язують щодо норми, яка раніше її не стосувалася та її не цікавила, але тепер стосується, аніж зобов'язувати державу, яка заперечувала проти норми в момент її формування. «Наступні» противники не перешкоджатимуть прогресу права. Замість того, щоб оспорювати та применшувати вагу чинних звичаєвих норм, держава може стати їх послідовним противником. Це захистить державний суверенітет більш ефективно.

Теорія узгодження, звичайно, повинна була б передбачити винятки для тих, хто не погодився на дію норми. Але такі теорії не можуть пояснити, чому доктрина послідовного заперечення покладає такі значні обов'язки на державу: не тільки продемонструвати відсутність згоди, але робити це постійно і під час формування норми³⁴⁴. Вимога Доктрини послідовного заперечення про те, що заперечення має бути зроблено в момент виникнення норми, відіграє важливу роль у виокремленні держав, які у будь-якому випадку не дотримувалися б норми, і тих, яких можна утримати від порушення норми. Доктрина подальшого заперечення не передбачає такого розмежування. Однак держава все ж заперечує від моменту, коли вона стала зацікавленою в цьому питанні. Немає конкретної дати початку заперечень, але це рівною мірою відноситься і до існуючих доктрин про послідовне заперечення: немає фіксованої дати виникнення норми. Швидше за все, норма розвивається з часом, і держава повинна заперечити упродовж періоду, коли вона з'являється.

На думку прихильників раціональної доктрини, доктрина заперечення є не тільки виправданою, а й її роль у системі повинна бути підвищена. Враховуючи її потенційну роль, вона має бути розширена за рахунок включення нових держав і послідовних

³⁴⁴ Charney J. The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law / Jonathan I. Charney // Brit. Yearbook of International Law. – 1985. – № 56-1. – P. 6.

противників, які не можуть у даний час скористатися можливістю винятку³⁴⁵.

Можливість використання доктрини заперечення залежить, у кінцевому рахунку, від переконань держав. Система буде краще працювати, якщо будуть наявні певні винятки для держав – послідовних противників. Доктрина заперечення є розумним механізмом відокремлення тих, хто бажає одночасно не порушувати норму і водночас не брати у ній участь.

Якщо виходити з того, що доктрина послідовного заперечення є вірною, залишається єдине питання – чому вона так рідко використовується державами. Можна було б подумати, що у світі з великою кількістю гетерогенних держав завжди буде багато випадків, коли одна або кілька держав хотіли б звільнити себе від певних норм. Дійсно, у середині 1980-х років Штейн передбачив збільшення випадків використання винятків саме з цих причин³⁴⁶. Проте, як і раніше, важко визначити випадки, в яких винятки дійсно були використані. Недостатнє використання доктрини викликає занепокоєння, адже це свідчить про те, що ще одна гарна ідея залишилася без реалізації. Водночас слід пам'ятати, що в сучасному міжнародному праві будь-яке заперечення може залишитися без уваги через суб'єктивні фактори, зокрема роль великих держав у формуванні міжнародного звичаю. До речі, саме це і може стати одним із пояснень не використання доктрини у практиці.

Для багатьох вчених-міжнародників концепція згоди є настільки фундаментальною, що ідея про обов'язковість звичаю без згоди навіть викликає різке заперечення. Один із способів вирішення цієї проблеми полягає в тому, щоб посилатися на «згоду, яка припускається»³⁴⁷. Тобто, якщо держава не заперечує проти норми, яка створюється, то це є свідченням її згоди. Застосування

³⁴⁵ Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, § 102 cmt. D, 1987 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=33

³⁴⁶ Stein T.L. The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law / T.L. Stein // Harvard International Law Journal. – 1985. – № 26-2. – P. 457, 458.

³⁴⁷ Byers M. Custom, Power and the Power of Rules / Michael Byers. – Cambridge University Press. – 1999. – P. 142-146; Villiger M. Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations, with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties / Villiger Mark. – BRILL, Boston, 1985. – 432. – P. 18 – 22.

поняття згоди, що припускається, спрямоване на збереження погоджувального характеру міжнародного права, навіть за відсутності явної згоди. Незважаючи на акцент на згоді, вимагається, щоб держави заперечували навіть (і, можливо, особливо) тоді, коли вони поведуться відповідно до норми, але не вважають її юридичним зобов'язанням. Все ж відсутність заперечень досить сильно відрізняється від згоди³⁴⁸.

Слід враховувати, що держава може і не заперечувати з будь-яких інших причин, які не мають нічого спільного зі згодою. Вона, зокрема, може віддати перевагу уникненню заперечень із політичних причин або взагалі не вважати, що норма перетворюється на звичай. Це робить заперечення непотрібним або норма на певному етапі може взагалі не стосуватися держави. Згідно з цією теорією досить того, що суб'єкт не заперечує проти звичаю, який має загальне визнання. Підхід щодо неявної згоди має недоліки, у тому числі те, що ним не можна пояснити, чому нові держави, як правило, вважаються зв'язаними звичаями, незважаючи на те, що ми не можемо виявити неявну згоду в їхньому випадку³⁴⁹.

Інші вчені намагалися врятувати елемент згоди, стверджуючи, що держави погодилися на «додаткові» (вторинні) звичаєві норми³⁵⁰. Вони вважають, що держави дали згоду на те, яким чином звичаєві норми змінюються з плином часу, у тому числі на існування норми, відповідно до якої звичай може виникнути або змінитися без явної згоди. Ця ідея, вочевидь, походить від Д'Амато, який стверджував, що «мабуть, найважливішою допоміжною нормою в міжнародному праві є норма звичаєвого права», яка походить від «міжнародного консенсусу» щодо норми³⁵¹. Такий підхід визнає, що держави можуть бути зобов'язані конкретною нормою без явної згоди на це, а «якщо ви кішку назвете мишкою, вона не перестане нявчати». Ключовим моментом є те, що держави можуть бути зв'язані звичаєвою нормою (або змінами до неї), на-

³⁴⁸ Byers M. Custom, Power and the Power of Rules / Michael Byers. – Cambridge University Press. – 1999. – P. 143.

³⁴⁹ Charney J. The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law / Jonathan I. Charney // Brit. Yearbook of International Law. – 1985. – №56-1. – P.16.

³⁵⁰ Lowe Vaughan. Do General Rules of International Law Exist? / Vaughan Lowe // International Law Studies. – 1983. – 9. – P. 207, 208 – 210.

³⁵¹ D'Amato A. The Concept of Custom in International Law / Antonio D'Amato. – NY.: Cornell University Press, 1971. – P. 82.

віть якщо вони самі не погодилися на цю норму. Практика також свідчить, що фактична згода держави сама по собі не вимагається для того, щоб стала обов'язковою певна звичаєва норма³⁵².

Цей висновок узгоджується з поглядами більшості вчених, які займалися цим питанням: вимога *opinio juris* задовольняється, якщо держави в цілому вважають, що норми мають статус звичаю. Отже, якщо звичаєва норма здатна покласти обов'язки на окремі держави, які не погодилися на її дію і не вважають її правовим зобов'язанням, суттєвим у цьому зв'язку стає різниця між поглядами окремої держави, дії якої нібито порушили звичай, і поглядами держав загалом, адже держава може поза власною волею стати міжнародно-правовим порушником.

Існують і крайні погляди, згідно з якими *opinio juris* не є обов'язковим елементом для формування звичаю³⁵³. Ці погляди, однак, непопулярні³⁵⁴, тому не важко знайти справи МС ООН, в яких *opinio juris* сприймають серйозно, у тому числі у справах про військову і напіввійськову діяльність у Нікарагуа, про континентальний шельф у Північному морі, *Справа «Лотус»* та ін.

Існують також і поміркованіші погляди, які знайшли підтримку в ряді справ МС ООН. Вони полягають у тому, що практики держав достатньо для демонстрації наявності *opinio juris*³⁵⁵, про що вже було зазначено при дослідженні практики як елементу міжнародного звичаю.

³⁵² Byers M. Custom, Power and the Power of Rules / Michael Byers. – Cambridge University Press. – 1999, P. 142-146; Akehurst M. Custom as a Source of International Law / M. Akehurst // The British Yearbook of International Law. – 1977. – 47. – P. 23.

³⁵³ Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court / H. Lauterpacht. – London, 1958. – P. 380; Akehurst M. Custom as a Source of International Law / M. Akehurst // The British Yearbook of International Law. – 1977. – 47. – P. 32.

³⁵⁴ Wolfke Karol. Custom in Present International Law / Karol Wolfke. – М.: Nijhoff Publishers, 1993. – P. 40–41. («Без практики (consuetudo) звичаєве міжнародне право, очевидно, буде неправильно сформованим, тому що саме практика є основою виокремлення такого міжнародного права. З іншого боку, без суб'єктивного елементу прийняття практики як норми відмінність між міжнародними звичаями і простими нормами поведінки (узвичаєннями) або іншими неправовими правилами поведінки зникне»).

³⁵⁵ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Rights of Nationals of The United States of America in Morocco (France v. United States of America) Judgment of August 27th, 1952 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/11/1927.pdf>; Request for Interpretation of the Judgment in the Asylum Case (Colombia / Peru) Judgment of November 27th, 1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/13/1933.pdf>

Якщо наявність *opinio juris* треба встановити, залишається питання про те, як це зробити. Основною проблемою, звичайно, є те, що важко зрозуміти погляди держав. Ми бачимо тільки дії і заяви, але не переконання. Дії держав краще, ніж заяви, відображають переконання, але вони рідше стосуються суті справи. У зв'язку із цим виникає питання про те, чи заяви можуть вважатися доказом переконань, чи ними можуть бути лише дії. Хоча, як свідчить практика, зокрема рішення у *Справі щодо військової та напіввійськової діяльності*, заява використовується як доказ визнання нормативного характеру норми.

Давайте подивимося на *opinio juris* через призму репутаційної теорії. Так, держава обирає між двома діями. Перша можлива дія, яку ми називаємо «дотримання», узгоджується із відповідною звичаєвою нормою. Друга можлива дія не узгоджується з нормою, тобто мова йде про «порушення». Якщо держава обирає «порушення», вона стикається з репутаційними або прямими втратами. Оскільки ці втрати або санкції залежать від дій і переконань інших держав, вони спрацьовують тільки тоді, коли інші держави вважають, що мало місце порушення норм міжнародного права. Іншими словами, у цьому випадку не має значення переконання самої держави. Швидше за все, держави, з якими вона взаємодіє, будуть вважати, що мало місце порушення звичаю, що держава-порушник не готова дотримуватися норми, і це переконання буде негативно впливати на майбутнє співробітництво між державами. Держави, які вважають себе потерпілою стороною, можуть також прийняти рішення про накладення певних форм прямих санкцій. Незалежно від своєї форми, санкція передбачає втрати для держави-порушника, і загрози таких прямих і репутаційних санкцій можуть стати стимулом для дотримання норм. Розуміння поведінки держав відповідно до звичаю проливає світло на теоретичне визначення *opinio juris*.

Разом із тим слід усвідомити, що загальне розуміння юридичних зобов'язань між державами неможливе, навіть якщо зобов'язання закріплене, наприклад, у міжнародному договорі. Тим більше, кожна держава має власні уявлення про звичай, і не всі ці погляди обов'язково повинні співпадати. Коли держава вживає заходів, які інша вважає порушенням правової норми, остання змінює свою оцінку готовності держави-порушника діяти згідно з міжнародно-правовими нормами. Звернімо увагу, що санкція є двосторонньою у тому розумінні, що немає необхідності, щоб третя

держава також брала участь у процесі накладення санкцій. Варто враховувати, що немає жодних підстав, аби держава змінила свої переконання, засновані тільки на власному досвіді.

Твердження про те, що кожна держава має власні уявлення про статус звичаю, повинні поєднуватися із визнанням, що загальне розуміння змісту правового зобов'язання цілком може впливати на сприйняття держави. Тобто, держава, швидше за все, буде вважати, що інша держава має юридичне зобов'язання, якщо і треті держави мають ту саму точку зору. Таким чином, розуміння юридичного зобов'язання матиме місце, якщо воно є спільним для певної кількості держав. Крім того, санкції, прямі або репутаційні, є відчутнішими, коли вони застосовуються багатьма державами. Залишаючи осторонь винятки, якими є послідовне заперечення, роль згоди пояснюється самим визначенням звичаю. Такий підхід має сенс з точки зору стимулювання держав, тому що, як уже згадувалося, зміни у поглядах інших держав ведуть до репутаційних санкцій. Такий підхід узгоджується зі статтею 38 Статуту Міжнародного Суду та поглядами, які останній використовує у своїх рішеннях. Отже, для існування *opinio juris* згода держави не потрібна.

Роль згоди знівельована, тому що вона не створює стимулу дотримуватися норми звичаю. Переконавання інших держав, навпаки, ведуть до появи такого стимулу. Система, яка створює юридичні зобов'язання тільки при наявності явної згоди, звичайно, передбачала б вищий рівень захисту державного суверенітету і, можливо, була б кращою нормативною системою. Справа тут не в тому, чи згода має або не має бути обов'язковою вимогою, а в тому, що в моделі раціональної держави згода щодо появи звичаю не має значення.

Зосередження на репутації і сприйнятті пояснює існування агресивних спроб формування рамок сприйняття звичаю. Борці за права людини, наприклад, змогли домогтися того, що принаймні деякі права людини визнані нормами звичаями. При цьому дати однозначно позитивну оцінку зазначеному явищу неможливо.

Разом із тим відкритим залишається питання про те, із чого саме складається елемент *opinio juris* з точки зору традиційної теорії та практики МС ООН. Складність полягає в тому, що специфіка держави як «правової фікції» свідчить про відсутність у неї психологічного елемента. МС ООН неодноразово наголошує на *opinio juris* як необхідному елементі звичаєвої норми. І те, що

держава вважає правовою нормою, не може в ідеалі бути змінене тільки шляхом приходу до влади іншого уряду, зміни політичної та правової орієнтації.

Це питання було розглянуте в ряді арбітражних рішень, в яких узагальнено зазначено, що держава не може змінити своєї позиції так, щоб це суперечило її попередній власній позиції з цього ж питання. Зокрема, це відображено у рішенні Постійного арбітражу 11 листопада 1912 р. у *Справі «Росія проти Туреччини» щодо російських компенсацій (Russian Indemnities Case)*³⁵⁶.

Надзвичайно тонка грань пролягає між тим, що держава вважає себе зобов'язаною звичаєвою нормою, і її бажанням взяти на себе правове зобов'язання. Якщо йдеться про психологічний елемент звичаєвої норми, ці два явища стоять надзвичайно близько, однак все одно не співпадають.

Найчіткіше це співвідношення пояснив проф. Вішер³⁵⁷. Зокрема, у своєму курсі міжнародного права він зазначив, що переконання або настрої є нечіткими поняттями, порівняно із волею. Якщо переконання є «станом свідомості», який стосується обов'язкового характеру існуючої норми, то воно дозволяє встановити юридично значущі факти. Таким чином, переконання в даному випадку буде співпадати з волею. Отже, фактор волі не є обов'язковим для появи норми звичаєвого права взагалі.

Особливо важливо це у випадку негативної волі, яка залишається незмінною упродовж формування звичаєвої норми. Загальновизнано, що держава може на свій розсуд протидіяти не створенню звичаєвої норми, а у відмові бути зобов'язаною нею. Згода на обов'язковість звичаю не викликає стільки спірних моментів. Важливість згоди зростає з кількістю держав, які зацікавлені у перетворенні практики на звичай. У крайньому випадку, коли ми розглядаємо двосторонні звичаї, відмінності між правовими переконаннями та волею, між звичаєм та мовчазною угодою зводяться до мінімуму, вони фактично відсутні.

³⁵⁶ Permanent Court of Arbitration Russian Claim for Interest on Indemnities (Damages claimed by Russia for Delay in Payment of Compensation Owed to Russians Injured During the War of 1877-1878) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pca-cpa.org/upload/files/Russian%20Award%20edited%20_final_.pdf

³⁵⁷ Visser Charles. Cours General de Droit International Public / Charles Visser. – R.C.A.D.I. – 1972. – Т. 136. – Р. 74 – 75.

Після теоретичного дослідження взаємозв'язку між *opinio juris* та волею держави зупинимось на окремих аспектах відмежування *opinio juris* від «екстраправових чинників». У *Справі про притулок 1950 року*³⁵⁸ після вивчення практики американських держав у цій сфері Суд встановив, що практика була непослідовною. На підставі цього неможливо зробити висновок про існування правових зобов'язань держави надавати притулок. Крім того, Суд зазначив, що у більш загальному вигляді міркування зручності або простої політичної доцільності, схоже, призвели до визнання притулку без відповідного рішення щодо наявності правових зобов'язань. «Право притулку, відповідно до практики, яка виникла в державах Латинської Америки, є інститутом, який великою мірою зобов'язаний своїм розвитком екстраправовим чинниками. Добросусідські відносини між республіками, різні політичні інтереси урядів сприяли взаємному визнанню притулку, незалежно від правової системи». Що стосується іншого питання, яке було предметом спору в даному випадку: чи може держава в односторонньому порядку кваліфікувати правову природу притулку (дипломатичний чи ні), Суд не тільки встановив, що відповідна практика була невизначеною і суперечливою, але й те, що: «практика перебувала під впливом політичної доцільності, що призводить до унеможливлення встановити елементи постійності та уніфікованого узвичаєння, яке прийняте як правова норма».

У *Справі про права громадян США в Марокко 1952 р.*³⁵⁹ Суд встановив, що право США здійснювати консульську юрисдикцію стосовно своїх громадян після 1937 року, коли Конвенція, яка стосувалася цього питання, припинила свою дію, не було засновано на звичаєвій нормі в загальному розумінні, оскільки Конвенція зобов'язувала Марокко як французький протекторат. Дипломатичне листування між США і Францією з цього приводу вказувало, що держави шукали вирішення проблеми на основі взаємної згоди, і що жодна зі сторін не мала наміру поступитися

³⁵⁸ Request for Interpretation of the Judgment in the Asylum Case (Colombia / Peru) Judgment of November 27th, 1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/13/1933.pdf>

³⁵⁹ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Rights of Nationals of The United States of America in Morocco (France v. United States of America) Judgment of August 27th, 1952 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/11/1927.pdf>

своїми інтересами. За таких обставин Суд вважає головним питанням те, що США після 1937 року продовжували здійснювати консульську юрисдикцію, а компетентні органи Марокко мовчазно погоджувалися з цим.

Наведене не означає, що позаправові моменти не мають значення для виникнення та розвитку звичаєвого права. Сер Хемфрі Уолдок справедливо стверджував: «цілком очевидно, що інші елементи, окрім правових – соціальні, економічні, політичні і військові – можуть значно впливати на формування міжнародних звичаїв. Слід також зазначити, що формування звичаїв – це процес поетапний, особливо, коли мова йде про права та обов'язки та за наявності значного впливу суб'єктивної оцінки. Проте суб'єктивна оцінка повинна відповідати ряду правових критеріїв, а стаття 38 абсолютно чітко зазначає, що оцінка має базуватися на тому, що практика визнається як правова норма»³⁶⁰.

Тобто, практика, яка спочатку є екстраправовою, може на пізніших стадіях і з розвитком *opinio juris* стає правостворюючою. Це ще раз підтверджує важливість *opinio juris*, а також те, наскільки складне завдання встановлення його наявності. Ці практичні труднощі призвели до того, що Ганс Кельзен і певний період Пол Гуггенхейм заперечували важливість цього елементу і вважали, що давно існуюча практика є єдиним елементом, необхідним для формування нових норм звичаєвого права. Разом із тим практика Міжнародного Суду довела, що такі доктринальні підходи мають певні погрішності.

Проаналізуємо окремі приклади, в яких Суд підтвердив, що *opinio juris* є найважливішим компонентом звичаєвого права. В одній із перших справ МС ООН щодо права проходу (Португалія проти Індії)³⁶¹ Суд визнав наявність звичаєвого зобов'язання Індії пропускати приватних осіб, невійськових службовців і товар до португальських володінь та анклавів на території Індії на основі «постійної й однакової практики». Окремо наголошувалося, що «практика була прийнята сторонами як правова норма і дала пош-

³⁶⁰ Waldock H. General course on Public Law / Humphrey Waldock. – R.C.A.D.I. – 1960. – Т. 106. – Р. 47.

³⁶¹ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) Preliminary Objections 'Judgment of November 26th, 1957 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/32/2231.pdf>

товх для розвитку відповідних прав та обов'язків». Але у цьому ж рішенні Суд не підтвердив право проходу збройних сил, поліції Португалії та провозу зброї й амуніції, адже практика свідчила, що кожен такий прохід може відбуватися тільки з дозволу англійців, а після 1947 року – індійської влади. Таким чином, Суд зробив висновок, що практика відносин, яка проявилася в діяльності компетентних органів сторін, виключає існування такого права. Це є наочним прикладом *opinio juris* як критерію для розмежування практики, яка сприяє становленню правової норми (правостворюючої практики) та узвичаєння, що не тягне за собою жодних юридичних прав та обов'язків.

У Консультативному висновку по Намібії 1971 р.³⁶² Суд *inter alia* у світлі статті 27 (3) Статуту ООН вирішував, чи є практика добровільного утримання одного з постійних членів перешкодою для прийняття резолюцій РБ ООН, чи ні. Суд дійшов висновку, що утримання не є перешкодою для ухвалення резолюції. Він встановив, що процедура, відповідно до якої функціонує Рада Безпеки, була в цілому погоджена членами Організації Об'єднаних Націй і свідчить про наявність загальної практики організації».

В уже цитованій *Справі щодо континентального шельфу Північного моря* Суд визначив важливість *opinio juris* для відмежування норм, які не створюють правові обов'язки. У Рішенні було однозначно підкреслено, що дії держави повинні бути такими або здійснюватися таким чином, щоб вважати їх доказом переконання. Ця практика має обов'язковий характер через наявність норми права, яка передбачає обов'язок. Держави повинні знати, що входить до правових зобов'язань». Ці твердження у наведеному рішенні мають велике значення з точки зору принципів та дали змогу Суду заперечити звичайний характер принципу «рівновіддаленість – спеціальні обставини», що було закріплено у статті 6 Женевської конвенції 1958 р. щодо континентального шельфу. *Opinio juris* у даному випадку свідчив не про наявність звичаю, а про його відсутність. Після того, як наявність такого принципу було заперечено, Суд наголосив, що є й інші принципи та норми, які можна буде використати для вирішення ситуації.

³⁶² 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 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf>

Досліджуючи питання, пов'язані з особливостями застосування загальних принципів права, ми аналізували принципи справедливості та рівності як принципи та норми міжнародного права при делімітації континентального шельфу. Суд навіть не намагався довести, що питання полягало в наявності звичаєвої норми міжнародного права. На цих саме підставах було заперечено наявність принципу щодо рівновіддаленості. Це рішення надзвичайно важливе ще й тому, що засвідчує спробу суду створити нову звичаєву норму у сфері морської делімітації. Суд цим рішенням стимулював виникненню *opinio juris* завдяки практиці значної кількості держав, однак не всіх. Ця спроба провалилася, що пов'язано з наявністю окремих внутрішніх проблем, про які йтиметься далі.

Пізніша практика Суду щодо делімітації континентального шельфу свідчить про те, що взагалі не було жодного принципу, застосування якого призвело б до передбачуваних результатів. Застосовуючи цей доволі новий «принцип» поза практикою та *opinio juris* держав, Суд фактично ввів в оману самого себе, намагаючись зайнятися нормотворчістю.

Це рішення призвело до значної зміни поглядів як теоретиків, так і практиків міжнародного права. Зокрема, представник Франції в арбітражному процесі 1977 р. щодо делімітації континентального шельфу між Францією та Великою Британією стверджував: «Норми міжнародного права, які можна застосувати в даному випадку між сторонами, є нормами міжнародного звичаєвого права, як було, зокрема, зазначено МС ООН у *Справі щодо делімітації континентального шельфу Північного моря*, підтверджено подальшою практикою держав і роботою Третьої конференції по морському праву»³⁶³. Такий підхід був надзвичайно вигідним для ряду держав, оскільки за цих умов перевага віддавалася принципу справедливості, а не принципу рівновідстояння. Це підтверджується робочими пропозиціями представників держав на Третій

³⁶³ Reports of International Arbitral Awards. – Vol. XVIII. – 1977. – P. 13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://untreaty.un.org/cod/riaa/dtSearch/Search_Forms/dtSearch.html

конференції по морському праву³⁶⁴.

Кінцевим результатом *opinio juris* стала безкінечна кількість спорів між державами щодо морської делімітації і положення статей 74 та 83 Конвенції 1982 р. про міжнародне морське право. Однак Конвенція обходить увагою питання про застосування певного методу для справедливого вирішення спору. Слід зазначити, що в деяких випадках у сучасній практиці те, що названо Судом як «звичаєва норма», такою не є. Вона стає нею лише завдяки Суду і застосовується як позитивне право більшістю держав.

Проблема полягає в тому, що МС ООН відкинув принцип, згідно з яким «рівновідстояння є спеціальними обставинами». Окрім цього, не існує жодної іншої норми універсального характеру, яка могла б бути застосована до всіх ситуацій при делімітації континентального шельфу. У рішенні 1984 р. щодо протоки Мен МС ООН зазначив, що в кожному конкретному випадку (делімітації) є своя специфіка, яка відрізняє цей випадок від інших³⁶⁵.

Таке рішення дуже подібне до тих висновків, до яких дійшов Аристотель у «Етиці Нікомаха»: «Все право універсальне, але деякі речі неможливо перетворити на універсальні. І це помилка не в законі, не законодавця, це природа речей»³⁶⁶. Отже, є певні сфери, які неможливо врегулювати наперед визначеними нормами загального характеру.

Звичаєва норма міжнародного права не може з'явитися у цих сферах навіть завдяки існуванню практики, яка постійно повторюється. Якщо ж МС ООН чи Конвенція створює нову звичаєву норму, виходячи з попередньої практики і переконаності в наявності *opinio juris*, то такі норми не можуть функціонувати як цілісна система, неможливо у такому випадку передбачити і правові наслідки їх застосування як звичаєвої норми. Таким чином,

³⁶⁴ Систематизовано ці пропозиції викладені в окремій думці судді Ода у справі «Туніс проти Лівії». Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/71/6533.pdf>

³⁶⁵ Case Concerning Delimitation of The Maritime Boundary in The Gulf of Maine Area (Canada/United States Of America) Judgment Of 12 October 1984 Gnen by the Chamber Constituted by The Order made by The Court On 20 January 1982 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/67/6369.pdf>

³⁶⁶ Аристотель. Никомахова етика. Философы Греции ЗАО «Издательство «ЭКСМО-Пресс» Москва, 1997.

приклад застосування «принципів справедливості» при морській делімітації як «принципів і норм міжнародного права» довів, що навіть *communis opinio juris* (чого в даному випадку немає) недостатньо для перетворення таких принципів» у норми звичаєвого міжнародного права.

Тому Гаазький суд мав рацію, коли вимагав у рішенні у *Справі щодо Нікарагуа* в 1986 році підтвердження думок юристів практикою держав, а не лише теоретичною переконаністю в *opinio juris*. У зв'язку із цим напрашується висновок, що створення звичаєвої норми при постійному повторенні практики застосування певних принципів, в яких практика держав передре *communis opinio juris*, може стати підставою для прийняття суддею рішення про існування міжнародного звичаю.

Аналізуючи практику МС ООН, можна дійти висновку, що при дослідженні питання про докази існування *opinio juris* найчастіше їх не можна знайти. Це доводить, що безперервна практика держав або окремі положення конвенції не завжди призводять до формування норм звичаєвого права, а також те, що саму практику можна вважати *opinio juris*.

Наочним прикладом є Консультативний висновок на запит Генеральної Асамблеї про законність застосування або загрози застосування ядерної зброї. Деякі держави стверджували, що загроза застосування ядерної зброї є законною в розрізі права на самооборону від збройного нападу, який направлений на порушення їх життєво важливих інтересів у сфері безпеки. Вони аргументували свою позицію у тому числі і посилаючись на доктрину та практику стримування. На їхню думку, якщо ядерну зброю не використовували з 1945 року, це не за рахунок звичаїв, але тільки тому, що обставини, які могли б виправдати її використання, на щастя, не виникали. У зв'язку із цим Суд дійшов висновку, що думки членів міжнародного співтовариства розділилися в питанні: чи є незастосування ядерної зброї упродовж 50 років проявом *opinio juris*. За таких обставин Суд не вважає, що в цьому випадку існує *opinio juris*.

Суд має на увазі, що *communis opinio juris* і є початком створення звичаєвої норми. Більш того, прийняття щороку Генеральною Асамблеєю переважною більшістю голосів резолюцій, спрямованих на заборону застосування ядерної зброї за будь-яких обставин, свідчить про бажання більшої частини міжнародного співтовариства зробити значний крок уперед на шляху до повного ядерного

роззброєння. Однак поява норми звичаєвого права як *lex lata*, яка забороняє застосування ядерної зброї, стримується через розходження *opinio juris* і практики стримування.

У багатьох випадках національні або міжнародні судді просто стверджували, що звичаєва норма існує, та застосували її без будь-якого підтвердження своєї позиції. У практиці Суд, як правило, виходить із принципу суверенної рівності держав. Він просто припускає існування *communis opinio juris* щодо певних правил поведінки, не шукаючи інших доказів їхнього існування як звичаєвої правової норми. Таким чином, деякі з цих основних принципів, необхідних для підтримки міжнародного миру і безпеки, як видається, мають перевагу над нормами звичаєвого або договірнього міжнародного права³⁶⁷.

У *Справі про протоку Корфу* в 1949 році Міжнародний суд заявив³⁶⁸: «На думку суду, загальновизнано і відповідно до міжнародного звичаю держави в мирний час мають право направляти свої військові кораблі через міжнародні протоки, які з'єднують дві частини відкритого моря, без попереднього дозволу прибережної держави, але за умови, що такий прохід не завдає шкоди.

У *Справі компанії «Інтерхандель»* Суд заявив³⁶⁹: «Правило, згідно з яким внутрішні засоби правового захисту повинні бути вичерпані до міжнародного розслідування, може бути порушене. Це давно усталена норма звичаєвого міжнародного права. Ця норма доречна тоді, коли одна держава порушує права громадян іншої держави».

Аналогічні міркування щодо «основоположних принципів міжнародного права» можна знайти в інших судових рішеннях, як МС ООН, так і ППМП, особливо тих, які стосуються незастосування сили і невтручання. У своєму рішенні у *Справі щодо*

³⁶⁷ Degan V. Some objective Features in Positive International Law. Theory of International Law at the Threshold of 21-st Century / V.D. Degan. – Kluwer Lar International. – 1996. – P. 133 – 140.

³⁶⁸ The Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) Merits (including the text of the declaration of Judges Basdevant and Zoričić) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>

³⁶⁹ International Court of Justice. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. Interhandel case (Switzerland v. United states of America) (Preliminary Objections) Judgment of March 21st, 1959. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/34/2297.pdf>

Nicaragua 1986 р.³⁷⁰ Суд зобов'язав сторони прописати зміст принципу невтручання та незастосування сили. Суд вважав, що це і є підтвердженням *opinio juris*, однак наполягав, що існування цієї норми *opinio juris* існує в практиці держав.

Виходячи із судової практики свого часу, Макс Соеренсен узагальнив деякі висновки: якщо наявність практики було доведено, має виникнути презумпція на користь існування *opinio juris*. Тому доведення зворотного (в основі лежить ввічливість, політична доцільність) лежить на протилежній стороні, яка і буде спростовувати наявність звичаєвої норми права³⁷¹.

Кароль Вольке зробив достатньо прогресивний висновок, як для 50-х років минулого століття, стверджуючи, що зобов'язальна сила загального міжнародного права знаходиться в «презюмованому сприйнятті практики як виразі права»³⁷². Майже через 40 років до аналогічного висновку прийшов М. Мендельсон, який, досліджуючи суб'єктивний елемент у звичаєвому міжнародному праві, зазначив: «...немає жодного сенсу наголошувати на необхідності доведення наявності *opinio juris*, якщо практика відповідає трьом основним критеріям: постійності, одноманітності та не є двозначною»³⁷³.

Коментуючи висновок Соеренсена, сер Хемфрі Уолдок заявив, що він підійшов дуже близько до істини. Істотною проблемою, на думку Уолдока, у кожному конкретному випадку є оцінка послідовності, тривалості та загальності практики. Слід враховувати й інші елементи, які вже не такі важливі, «політичні, економічні і соціальні фактори, які сприяють становленню практики». Він додав, що в міжнародному співтоваристві ті, хто бере участь у формуванні звичаю, є суб'єктами, які реально приймають рішення та створюють норми. Їхнє визнання практики як норми права

³⁷⁰ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=66&case=70&code=nus&p3=4>

³⁷¹ Sorensen M. Principes de Droit International Public / Max Sorensen. – R.C.A.D.I, 1960. – Т. 101. – Р. 51.

³⁷² Wolfke Karol Custom in Present International Law / Karol Wolfke. – Wroclaw, 1964.

³⁷³ Mendelson Maurice. The Subjective Element in Customary International Law / Maurice Mendelson // The British Yearbook of International Law. – 1995. – Р. 208.

є найпростішим шляхом створення передумов для виникнення звичаєвої норми³⁷⁴.

Питання презумпції наявності *opinio juris* досі не вирішене ні в теорії, ні в практиці міжнародного права. Тому віднайдення доказів існування практики держав та *opinio juris* є надзвичайно важливим для формування міжнародного звичаю. Як було зазначено вище, пункт d статті 38 Статуту МС ООН містить тільки судові рішення та доктрини як додаткове джерело для визначення норми права. Як правило, це стосується саме наявності або відсутності звичаю, оскільки для міжнародного договору основним засобом визначення прав та обов'язків сторін є текст.

Окрім судової практики та доктрини, таку роль на різних етапах розвитку звичаю можуть виконувати: багатосторонні та двосторонні договори, односторонні акти держав або практика багатьох держав, односторонні чи спільні заяви глав держав або урядів, заключні документи дипломатичних конференцій, окремі резолюції ГА ООН тощо.

Коли мова йде про якість практики держав у ході формування нової звичаєвої норми, до появи *opinio juris*, слід брати до уваги національне законодавство держави, її участь у багатосторонніх договорах, голосування під час засідань ГА ООН та прийняття резолюцій, навіть виступи представників держав та дипломатичну кореспонденцію.

Однак варто враховувати, що звичай є результатом певного процесу. Усі ці моменти повинні розглядатися у певній взаємодії з іншими документами держав та у їх розвитку. Таким чином, законодавство ряду держав стосовно міжнародних договорів або послідовна участь держави в дво- та багатосторонніх договорах підтверджує практику, що склалася, або принципи, які існують не тільки в практиці даних конкретних держав. Із врахуванням певних обставин вони можуть доводити їх *opinio juris* і навіть *ex post facto*, якщо принцип, що розглядається, відповідає необхідним ознакам загальності, одноманітності та послідовності.

Opinio juris може також впливати з односторонніх актів та спільних заяв. У даному випадку важливості набувають багатосторонні правові інструменти: кодифікаційні конвенції, резолюції

³⁷⁴ Sorensen M. *Principes de Droit International Public* / Max Sorensen. – R.C.A.D.I. 1960. – T. 106. – P. 48 – 49.

ГА ООН, заключні акти конференцій та нарад. найвідомішим у цьому розрізі є Заключний акт НБСЄ 1975 р. Участь у конвенціях цього виду, голосування за певну резолюцію, підписання заключного акта дозволяє говорити про наявний доказ практики певної держави, а також те, що норми, проголошені в таких документах, є обов'язковими.

У 1986 р. МС ООН у *Справі щодо військових та напіввійськових дій у Нікарагуа* стосовно Декларації про принципи 1970 р. зазначив: «Прийняття державами цього тексту дає можливість відобразити *opinio juris*, що стосується звичаю міжнародного права»³⁷⁵. Аналогічну позицію зайняв МС ООН у *Справі Східного Тимору*³⁷⁶.

Наведене означає, що не тільки судова практика, але й доктрина є додатковим джерелом визначення наявності міжнародного звичаю у контексті значення статті 38 Статуту МС ООН. Серед усіх цих засобів договори займають особливе місце. У сучасному міжнародному праві міжнародні договори виконують подвійну функцію. По-перше, це джерело міжнародного права, яке закріплює права та обов'язки сторін. Вони є основним самостійним джерелом міжнародного права як загального, так і партикулярного (універсального та регіонального). По-друге, міжнародний договір відіграє надзвичайно важливу роль у розвитку міжнародних звичаєвих норм, як загальних (універсальних), так і партикулярних. Ніщо інше не може замінити за своєю значущістю та надійністю міжнародні договори, особливо це стосується міжнародних кодифікаційних конвенцій³⁷⁷.

Механізм взаємодії між міжнародними договорами та міжнародними звичаями було проілюстровано МС ООН у *Справі «Нікарагуа проти США»* 1986 р. стосовно принципу незастосування сили. Отже, усі документи (норми) слід розглядати в розвитку. У залежності від стадії розвитку звичаєвої норми та інших обставин окремі документи можуть бути доказом практики. Вони

³⁷⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=66&case=70&code=nus&p3=4>

³⁷⁶ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia) Judgment of 30 June 1995 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6949.pdf>

³⁷⁷ Baxter R.R. Multilateral treaties as evidence of customary international law / R.R. Baxter // The British Yearbook of International Law. – 1965 – 1966. – P. 275 – 300.

можуть навіть виникнути за результатами практики суб'єктів. При достатньо чіткій розробці документів – якщо їх текст достатньо вивірено і коли він виражає волю сторін або спеціальну норму права – можуть бути підтвердженням наявності *opinio juris*.

Тому будь-які документи, особливо міжнародні договори, це не просто додаткові засоби встановлення наявності чи відсутності звичаєвої норми. Будучи частиною звичаєвого процесу, такі документи можуть інколи стати документальним свідченням не тільки існування, але і змісту звичаєвої норми. Тому, говорячи про договір, слід погодитися з проф. Лаутерпахтом у контексті розвитку міжнародного звичаєвого права, котрий міжнародний договір визначає як «матеріальні джерела та документальні докази»³⁷⁸.

Завдяки нечіткій правовій природі і неможливості прогнозувати розвиток звичаєвого процесу жоден із перерахованих засобів доказів наявності міжнародного звичаю не можна вважати абсолютно надійним. Вони не мають такої ж документальної цінності, як текст договору в розрізі прав та обов'язків сторін. Таким чином, деякі загальні конвенції або резолюції Генеральної Асамблеї ООН, які закріплюють правові норми, можуть вважатися надійними доказами існування звичаю, як це було зазначено у рішенні щодо Східного Тимору. Інші докази існування міжнародних звичаїв так і залишаються «мертвими». Однак залишилося дуже мало міжнародних звичаїв загального міжнародного права, які перебувають у неписаній формі. Більшість із них має хоча б один документарний доказ свого існування та змісту.

Не дивлячись на окреслені проблеми, звичай залишається основною формою змінення та припинення існування норми міжнародного права на універсальному рівні. Практично жоден інший ефективний правовий процес створення загальних норм міжнародного права сьогодні не існує.

У деяких сферах міжнародного співробітництва норми міжнародного права є неефективними до тих пір, поки вони не стають нормами загального (універсального) міжнародного права. Це стосується морського права, захисту навколишнього середовища, міжнародної безпеки тощо.

³⁷⁸ Lauterpacht H. Decision of Municipal Courts as a Source of International Law / H. Lauterpacht // The British Yearbook of International Law. – 1929. – P. 81.

У теорії міжнародного права поширена думка, згідно з якою тільки тому, що цей порядок базується на звичаї, а не на писаних нормах, він має примітивну правову природу, на кшталт внутрішньодержавного правового порядку на початку його зародження. Це твердження не зовсім вірне. Хоча письмові договори мають деякі очевидні практичні переваги відносно норм, що випливають із звичаю, ми спробуємо в рамках дослідження довести дещо іншу точку зору.

У своїй праці про кодифікацію норм міжнародного права Христина Марек³⁷⁹ розглянула питання взаємодії двох джерел міжнародного права не з точки зору їх ієрархічної взаємодії, а з точки зору тих переваг, які має кожне з них. Вона пише, що акцент повинен бути зроблений передусім на тому, що зобов'язань, які випливають із міжнародних звичаїв, набагато більше, ніж тих, які випливають із міжнародних договорів. Власне, про загальне міжнародне право можна скоріше говорити як про міжнародне звичаєве, ніж про міжнародне договірне. Питання згоди на обов'язковість звичаю менш важливе, ніж аналогічне питання в міжнародних договорах. Більше того, простіше вирішується питання стосовно третіх сторін, правило *res pro sunt res pro sent* не розповсюджується на звичаї.

Із цього випливає, що звичаєве право менш вразливе, ніж договірне, відповідно, воно в деяких моментах ефективніше. Мова, серед іншого, йде і про багатосторонні міжнародні договори, слабкість яких зумовлена наявністю значної кількості застережень, що взагалі не притаманне для міжнародного звичаю. У звичаї неможливо посилатися на *clausula rebus sic stantibus* щодо безперервності дії цих норм.

Неможливо собі уявити, що звичаєва норма може бути денонсована, водночас договір може бути денонсованим.

Х. Марек також підкреслила, що, звичай якнайкраще відповідає самій ідеї міжнародного права та справжнім потребам міжнародного співтовариства, оскільки є породженням самої системи міжнародного права³⁸⁰.

³⁷⁹ Marek K. Thoughts on codification / Krystyna Marek // Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht. – 1971. – P. 497 – 498 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zaoerv.de/31_1971/31_1971_3_a_489_520.pdf

³⁸⁰ Marek K. Thoughts on codification / Krystyna Marek // Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht. – 1971. – P. 497 – 498 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zaoerv.de/31_1971/31_1971_3_a_489_520.pdf

Що стосується умов для виникнення норм такого характеру, то вони є предметом давньої дискусії, яка базується на особливостях праворозуміння різних шкіл міжнародного права. Ті, хто дотримується позитивістський поглядів на природу міжнародного права, вважає, що будь-яка норма міжнародного права може зобов'язати державу тільки тоді, коли держава чітко висловила згоду на обов'язковість для неї цієї норми, і сам характер норми в даному випадку абсолютно не має ніякого значення (договір, звичай)³⁸¹.

Позитивістська концепція звичаю як мовчазної згоди, що повністю відповідає концепції поваги суверенітету держави, навряд чи сумісна взагалі з існуванням загального міжнародного права. За таких умов функціонування міжнародних організацій, яких сьогодні більше, ніж держав у світі, стало б взагалі неефективним, вони б були змушені кожен раз доводити наявність практики та *opinio juris* всіх держав. Невірно було б заперечувати можливість існування звичаю поза волею держави. Наприклад, жодна держава світу відповідно до Статуту ООН не може порушити принципи суверенної рівності, невтручання у внутрішні справи держави, мирного вирішення спорів, *pacta sunt servanda*. Разом із тим слід зазначити, що кількість таких принципів незначна і вона не може скластися в систему, хоча вони носять беззаперечний характер і є основою міжнародного правопорядку.

Все ж «загальна практика» у статті 38 Статуту Суду не обов'язково означає універсальну практику. Зокрема, проф. Тункін у роботі, присвяченій теорії міжнародного права, зазначив, що практика повинна бути «одностайною або майже одностайною»³⁸². Аналогічну думку висловив В. Корецький в окремій думці у *Справі щодо континентального шельфу Північного моря*³⁸³. Мовчання держав у процесі формування цих норм може бути розцінене як мовчазна згода, навіть якщо немає доказів такої згоди. Це підтверджується і позицією ППМП у *Справі «Лотус»* 1927 року: не завжди бездіяльність держав як доказ наявності звичаєвої норми можна довести, якщо держава усвідомлює обов'язок утримува-

³⁸¹ Prosper Weil Towards Relative Normativity in International Law // American Journal of International Law. – 1983. – P. 413 – 442. Саме на цих позиціях стояли і класики радянської школи міжнародного права Г. Тункін та І. Лукашук.

³⁸² Тункин Г.И. Теория международного права / Г.И. Тункин. – М., 1970. – С. 171.

³⁸³ Dissenting Opinion of Vice-President Koretsky [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5577.pdf>

тися. Тому достатньо, що на початковому етапі створення нової загальної норми звичаєвого права беруть участь тільки окремі держави, які готові діяти, за умови, що серед них є держави, що мають особливу зацікавленість у питанні регулювання. Такий правотворчий процес не повинен викликати негативну реакцію зі сторони інших держав. Ті ж держави, які виступають проти, повинні бути переконані у своїй позиції та мати для цього відповідні аргументи. У такому випадку виникне звичаєва норма загального міжнародного права, яка зобов'язує всі держави світу, за виключенням тих, хто чітко заперечує наявність такої звичаєвої норми, що не перешкоджає таким державам брати участь у створенні регіональних звичаєвих норм, які дозволяють їм не брати участь в універсальних нормах³⁸⁴.

Це явище було окремо досліджено МС ООН в англо-норвезькому спорі про рибальство 1951 р. Уряд Сполученого Королівства визнав, що Норвегія має право претендувати на внутрішні води фіордів, що відповідає в цілому концепції бухт, коли замикаюча лінія відступу складає близько 10 морських миль. Суд, однак, не взяв до уваги це правило, оскільки воно не набуло статусу загальної норми міжнародного права. Крім того, Суд зазначив, що у будь-якому випадку це правило не може бути застосоване до Норвегії, оскільки вона завжди виступала проти будь-яких спроб застосувати його до питань, пов'язаних із норвезьким узбережжям. Суд підкреслив необхідність врахування незаперечення світовою спільнотою позиції Норвегії щодо прямих висхідних ліній та британську мовчазну згоду.

Наведені положення стосовно прав тих держав, які заперечують проти існування звичаю, не можуть, звісно, мати загальне застосування. Правильність чи неправильність висновків Суду залежить від характеру загальної норми звичаєвого права. Є ряд норм міжнародного права, які є основою сучасного міжнародного правопорядку та не допускають виключень щодо їх універсального застосування. Імперативні норми загального міжнародного права (*jus cogens*) за змістом статті 53 Віденської конвенції 1969 р. про

³⁸⁴ Такі держави в західній доктрині міжнародного права називають «ті, що постійно заперечують» («persistent objector»). Цей термін було введено Яном Броунлі в його роботі, присвяченій принципам міжнародного права (Brownlie I. Principles of Public International Law / I. Brownlie. – Oxford, 1966. – P.8.).

право міжнародних договорів не допускають можливості відмовитися від них.

Слід підкреслити, що Міжнародний суд все частіше відштовхується від презумпції про існування загального звичаєвого права в певних сферах міжнародного права. Такі норми в переважній більшості не є нормами *jus cogens*, однак вони також не допускають виключень.

У *Справі щодо дипломатичного та консульського персоналу в Тегерані (тимчасові заходи) 1979 року*³⁸⁵ Суд зазначив: «Немає фундаментальнішої передумови для розвитку відносин між державами, ніж недоторканність дипломатичних посланців і посольств, що створює відповідні міжнародні зобов'язання».

Із цього приводу є думка МС ООН, висловлена в Консультативному висновку про законність застосування або загрози застосування ядерної зброї³⁸⁶. Суд постановив: взаємні зобов'язання держав забезпечувати, щоб діяльність під їхньою юрисдикцією і контролем не завдала шкоди навколишньому середовищу інших держав або територій за межами дії національної юрисдикції, є частиною зводу норм міжнародного права у сфері навколишнього середовища.

У цьому розрізі Суд досліджував фундаментальні норми міжнародного гуманітарного права, які постали за результатами кодифікаційної роботи, починаючи від Санкт-Петербурзької декларації 1868 р. до Додаткового протоколу 1977 р. до Женевських конвенцій 1949 року. При цьому було зазначено, що таких базових норм повинні дотримуватися всі держави, навіть якщо вони ще не ратифікували конвенції, які їх містять, оскільки вони є непорушними принципами звичаєвого міжнародного права. Зокрема, про принцип нейтралітету Суд зазначив, що «цей принцип може бути застосований до будь-яких збройних конфліктів, незалежно від того, яка зброя застосовується».

³⁸⁵ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) Request for the Indication of Provisional Measures Order of 15 December 1979 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6283.pdf>

³⁸⁶ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion of 8 July 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>

Процес створення звичаєвих норм міжнародного права є доволі повільним і таким, що немає чітко окресленого початку та кінця. Єдине, що чітко можна визначити стосовно етапів розвитку звичаю, це те, що практика з'являється до *opinio juris*. Однак майже неможливо встановити точний момент, коли практика перетвориться у норму міжнародного права. У хрестоматійній роботі Пітта Кобетта сказано, що «важко встановити той момент, коли маршрут стане шляхом»³⁸⁷. Джон Фішер Вільямс із цього приводу зазначив: «Рубікон, що розділяє звичай (в плані узвичаєння) із правом проходить мовчки, несвідомо і без оголошення»³⁸⁸. Отже, висновок сформульований Уолдоком про загадковість звичаєвого права є цілком вірним³⁸⁹.

Звичаєва норма надзвичайно гнучка щодо економічних, соціальних та політичних умов аж до повної її заміни іншою звичаєвою нормою. Однак через нестабільність та нестійкий характер звичаєвої норми міжнародного права набагато важче притягнути до відповідальності за її порушення, ніж за порушення норм міжнародного договору. Щоразу необхідно доводити саме існування норми звичаєвого права і факт порушення державою саме цієї норми. Єдиного способу вирішення цих проблем не існує. Проф. Лаутерпахт зазначав, що питання застосування звичаєвої норми повинно вирішуватися із врахуванням конкретної ситуації та загальних правил щодо практики та правової необхідності³⁹⁰. У зв'язку з особливістю правової природи та процесу становлення міжнародної звичаєвої норми значна група держав може по-іншому застосовувати звичаєву норму. Тут практика стикається зі значною проблемою: чи є таке застосування порушенням зобов'язання, яке тягне за собою міжнародну відповідальність, або таке застосування свідчить про зміну змісту норми, або про виникнення нової звичаєвої норми. Яскравим прикладом є сфера міжнародного морського права, в якій правові режими міжнародних морських просторів

³⁸⁷ Cobbett P. Casts and Opinions on International Law / P. Cobbett. – London, 1909. – P. 5 – 6.

³⁸⁸ Williams J. Aspects of Modern International Law / Johan Fisher Williams. – Oxford University Press, London, 1939. – P. 44.

³⁸⁹ Waldock H. General course on Public Law / Humphrey Waldock. – R.C.A.D.I. – 1960. – T. 106. – P. 47

³⁹⁰ Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court / H. Lauterpacht. – London, 1958. – P. 380.

виникли з практики держав, яка не мала правового характеру. Як було зазначено МС ООН, порушення норм міжнародного права задля підтримання міжнародного миру та безпеки не означає, що вони втрачають обов'язкову силу або змінюють свій зміст.

Процес трансформації загального звичаєвого права стимулюється тим, що всі держави через участь у міжнародних договорах або через односторонні акти доводять існування звичаю, а також те, що в основі звичаю лежить спільна для держав практика. Таким чином, держави лише заявляють, що їхня практика суперечить існуючій звичаєвій нормі. Проте практика міжнародного права з цього питання неоднозначна, достатньо часто суд не зважає на таку позицію сторони, однак все може змінитися, якщо інша сторона спору не заперечує. Зокрема, якщо держава дотримувалася певної практики у відносинах з іншою державою, вона втрачає право заперечувати таку саму практику у діях третіх держав. У даному випадку застосовується принцип естоппел: *non concedit ventre contra factum proprium*. Отже, протест із боку такої держави стосовно аналогічної поведінки інших держав є недійсним. Із цього також випливає, що держава не може заперечуватися всі майбутні дії інших держав, засновані на такій практиці. У зв'язку із цим залишається відкритим питання, на яке не дали відповіді ні теорія, ні практика міжнародного права: чи має норма, яка виникла всупереч іншій нормі, ретроактивний характер. Було б, однак, невірним вважати, що процес створення звичаєвої норми міжнародного права є несвідомим та позбавленим впливу окремих держав. Особливо це відображається на сприйнятті чи несприйнятті практики держав, яка може бути визнана лише на основі взаємності.

До 1876 р. Сполучене Королівство здійснювало юрисдикцію над іноземними суднами, які підозрювалися в контрабанді на відстані восьми морських ліг від його берегів. Цього ж року цей звичай було переглянуто і встановлено, що така відстань повинна становити не більше трьох морських миль. Однак це не означає, що таке рішення суперечило інтересам Королівства. Будучи на той час могутньою морською державою, Британія змогла розповсюдити цей звичай на всі інші морські держави і встановити, що будь-які дії держави за межами трьохмильної зони є протиправними. Таким чином, Велика Британія збільшила відкрите море, що надало її торговому та риболовецькому флоту набагато більше переваг, ніж

наявність територіального моря на відстані 8 морських ліг (24 морські милі)³⁹¹.

Макс Соеренсен був абсолютно правим, стверджуючи, що перед практикою виникає бажання знайти розумне рішення, яке б могло врахувати різні інтереси, і намагання поставити свої інтереси над інтересами інших держав. Із розвитком практики та її консолідацією розвивається правове переконання щодо обов'язкового характеру і виникає психологічний елемент³⁹².

Воля держав та їх переконання в тому, що практика стала обов'язковою через *opinio juris* має дуже тонку межу. По суті мова йде про визнання практики як виразу права. Переконання в тому, що узвичаєння є юридично обов'язковим як звичай загального міжнародного права, інколи менш значуще, ніж спільна воля та намір сторін укласти договір із метою створення правової норми *inter se*. Те ж саме стосується наміру сторін договору створити норми *erga omnes*.

Держави, які беруть участь у звичаєвому процесі, повинні переконати всіх інших в існуванні норми звичаєвого права, як це було зроблено Сполученим Королівством³⁹³.

Що стосується тягаря доведення, він лягає на сторону, яка посилається на звичай як на підставу доказу своєї правоти. При цьому необов'язково доводити, що сторони спору брали участь у такій практиці, головне довести, що така практика має універсальний характер, адже саме в універсальності практики суддя може побачити доказ *opinio juris* звичаю. Основне – це довести, що інша сторона не висловлювалася проти цього звичаю або іншим чином не показала своє негативне ставлення до нього. Якщо ж сторона заперечує проти наявності такого звичаю, вона повинна довести відсутність загальності, одноманітності та продовжуваності практики. Якщо ж навіть така практика є, то сторона може посилатися на те, що вона існує не через переконаність сторін в її юридичній обов'язковості (*opinio juris*), а через певні не правові мотиви, або ж довести свою позицію, яка полягає в чіткому запереченні такого звичаю.

³⁹¹ Degan V. Sources of International Law. / V. D. Degan. – Boston : M. Nijhoff Publishers, 1997. – P. 188.

³⁹² Soerensen M. Principes de Droit International Public / Max Soerensen. – R.C.A.D.I. – 1960. – Т 101. – P. 50 – 51.

³⁹³ Wolfke K. Custom in Present International Law / K. Wolfke. – Wroclaw, 1964. – P. 157 – 165.

Окреме питання, яке має бути досліджене, це питання процесуального характеру формування міжнародної звичаєвої норми.

Рене-Жан Дюпюї ³⁹⁴ визначив цей повільний процес, в якому факти передують праву як розумному звичаю, на відміну від «дикого», «революційного» або «миттевого» звичаю, де фактам передують ідеї. Саме від нього пішла думка про нерівну роль, яку виконують держави у формуванні звичаю, яку ми досліджували вище. Ідея, вочевидь, була сформульована під впливом подій 60-70-х років ХХ століття. На його думку, нові держави з їхніми конкретними економічними і соціальними потребами хочуть повалити старий міжнародний правовий порядок, заснований на повільному звичаї, і замінити традиційний волюнтаризм, в основі якого лежить мовчазна згода, що підтверджує права бідних держав, які суперечать правам всього іншого світу. Такий підхід до розуміння звичаєвого процесу підтверджується односторонніми актами цих держав і деклараціями, а також положеннями їх внутрішнього законодавства. Іноді це підтверджується шляхом прийняття спільних резолюцій цих держав, які є багатослівними та розпливчастими, рідше – резолюціями Генеральної Асамблеї ООН. Рене-Жан Дюпюї вважав, що в міжнародному морському праві є території, суверенітет на які намагаються розповсюдити держави Африки та Латинської Америки, оскарживши міжнародні звичаї, встановлені великими морськими державами в минулому – це стосується зон рибальства та принципу свободи морів. Цю точку зору було висловлено в статті «Звичай мудрий проти звичаю спонтанного» (1974 р.), однак подальший розвиток практики міжнародного права довів, що на формування звичаю загального міжнародного права все ж впливають переважно «великі» держави. Саме США декілька разів на початку та в середині ХХ століття намагалися змінити підхід до розуміння свобод відкритого моря, як в односторонньому порядку (Закон про тарифи 1922 р., Закон про глибоководні тверді мінеральні ресурси 1980 р.,

³⁹⁴ Dupuy R.-J. Coutume sage et coutume sauvage. – Mélanges offerts à Charles Rousseau / R.-J. Dupuy. – Pedone, Paris, 1974. – P. 77 – 83.

Декларація Трумена³⁹⁵), так і шляхом підписання двосторонніх договорів³⁹⁶. Саме це дало поштовх для менш вагомим акторів зробити односторонні заяви з приводу розширення своєї юрисдикції. Але рішення про розширення юрисдикції прибережних держав було підтримане і «великими» (Францією, Канадою, СРСР та ін.), які в 1976 р. проголосили виключну зону для рибальства до 200 морських миль.

Проте це не означає, що сама ідея Ж. Дююї про зміну характеру звичаю невірна. Очевидно, що після Другої світової війни характер звичаю змінився, він скоріше є «спонтанним», ніж «розумним». Однак ця спонтанність все більше і більше продумана.

Окремі рішення та консультативні висновки МС ООН вирішили ряд проблем в загальному міжнародному праві, особливо у сфері закінчення формування звичаєвої норми. Фактично Суд у ряді випадків прибрав нечітку практику, яка інколи містила суперечності, перетворивши її на міжнародно-правову норму.

³⁹⁵ Першим документом, який найповніше обґрунтував претензії держав на континентальний шельф, стала Прокламація Г. Трумена від 28 вересня 1945 р. (у нашій літературі частіше її називають Декларацією, однак в оригіналі вона має назву «The Truman Proclamation»). Президент США проголосив, що природні багатства поверхні та надр континентального шельфу, які знаходяться під водами відкритого моря, однак прилягають до берегів США, належать останнім і підпадають під їх юрисдикцію та контроль [Гландін С.В. Новое в вопросе о международно-правовых критериях определения внешней границы континентального шельфа прибрежного государства. Номер 2008 (01) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://rpi.msaf.ru/prints/200801intern_law1.html]. Сама Прокламація не давала чіткого визначення поняття «континентальний шельф». Проголосивши її, була заповнена в прес-релізі Білого дому, який супроводжував Прокламацію, де і було визначено, що континентальний шельф простягається на відстань до 200 морських миль. Прокламація президента США Трумена 1945 р. не тільки не викликала протесту міжнародної спільноти, а й стала відправним пунктом для розвитку нової звичаєвої норми загального міжнародного права. Більшість внутрішніх актів держав, прийнятих в період між 1945 – 1957 роками, повторювали положення Прокламації [Молодцов С.В. Международно-правовой режим открытого моря и континентального шельфа / С.В. Молодцов. – М., 1960. – С. 245 – 256].

³⁹⁶ Мова йде про так звані «Спиртові договори», укладені між 1924 та 1930 роками. Зокрема, це договір, підписаний між Великою Британією та США 23.01.1924 р. із метою уникнення контрабанди алкогольних напоїв на територію США або у води, які підпадають під юрисдикцію США [James Brown Scott. The Liquor Treaty between the United States and Great Britain / James Brown Scott // The American Journal of International Law, Vol. 18, №. 2 (Apr., 1924), – P. 301 – 306]. Британія погодилася на умови США щодо переслідування бутлегерів на відстані до 1 години переслідування від побережжя США. Таким чином, з'явилася нова концепція прилеглої зони на відстані до 12 морських миль від висхідної лінії. Було декілька рішень федерального суду США з цього питання, однак вони стосувалися методів, які застосовує прикордонна служба [Rhodes D. Benjamin United States Foreign Policy in the Interwar period, 1918-1941 / Benjamin D. Rhodes. – Westport, Connecticut, London. – 2001. – P. 61].

У Консультативному висновку про відшкодування шкоди, завданої на службі в ООН, Суд встановив, що ООН є суб'єктом міжнародного права, спроможна мати права й обов'язки, реалізувати свої права у тому числі шляхом подачі міжнародних позовів. Вона має об'єктивну міжнародну правосуб'єктність, як і будь-яка держава³⁹⁷.

Висновки МС ООН, викладені в Консультативному рішенні щодо Конвенції про попередження геноциду, який стосувався передусім питання можливості робити застереження до загальних конвенцій, які не містять жодного положення з цього питання, стали в подальшому відповідно статтями 19 та 20 Віденської конвенції 1969 р. Про право міжнародних договорів як положення загального міжнародного права. Починаючи з 1951 р., усі держави своєю практикою підтверджували рішення МС ООН.

У рішенні щодо англо-норвезького спору про рибальство Суд сформулював ряд загальних правил стосовно проведення прямих висхідних ліній для розмежування територіального моря в місцевостях, де узбережжя глибоко порізане або має уздовж низку островів³⁹⁸. Буквально через сім років ці положення було підтверджено у статті 4 Женевської конвенції щодо територіального моря та прилеглої зони 1958 р.³⁹⁹, а також із незначними змінами у статті 7 Конвенції ООН про морське право 1982 р.⁴⁰⁰.

Найцікавішим у цьому плані є рішення МС ООН щодо континентального шельфу Північного моря, де Суд довів, що принцип рівного відстояння, передбачений у статті 6 Женевської конвенції про континентальний шельф 1958 р.⁴⁰¹, не походить із загального звичаєвого міжнародного права. Це було заперечення існування звичаю загального міжнародного права. Суд увів ряд так званих

³⁹⁷ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=41&case=4&code=usun&p3=5>

³⁹⁸ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=a6&case=5&code=ukn&p3=5>

³⁹⁹ Конвенція про територіальне море та прилеглу зону // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1964. – № 43.

⁴⁰⁰ Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 31. – Ст. 254.

⁴⁰¹ Конвенція про континентальний шельф // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1964. – № 28.

принципів рівності, які є принципами та нормами міжнародного права, що стосуються делімітації континентального шельфу.

Не дивлячись на принцип *sententia jus facit inter partes*, який зазначено у статті 59 Статуту МС ООН, будь-яке твердження Суду щодо наявності чи відсутності норми звичаєвого права приймається принаймні сторонами справи. І при вирішенні аналогічної справи цим самим судом сторонам, які не зацікавлені в наявності такого звичаю, буде надзвичайно складно довести зворотне, особливо якщо попередня практика держав була розрізною, невідзначеною та суперечливою.

Найстарішим способом впливу на формування звичаєвої норми залишаються односторонні акти, які чітко відображають інтереси держав у конкретній сфері. Абсолютно логічним є те, що держави намагаються передусім задовольнити свої інтереси. Односторонні акти держав не є перешкодою для прийняття іншими державами односторонніх актів у цій самій сфері. Якщо вони змістовно суперечать один одному, тоді виникає ситуація, коли міжнародне право не спроможне знайти рішення. У морському праві односторонні дії держав призвели до розширення дії юрисдикції держав і, відповідно, розширення суверенітету останніх. Виняткова юрисдикція прибережних держав призводить до зменшення території відкритого моря. Те ж саме стосується його дна і надр, які з самого початку були призначені, щоб стати загальним надбанням людства.

Черговим способом свідомого впливу на формування звичаєвої норми є прийняття резолюцій та декларацій ГА ООН, в яких сформульовано загальні та абстрактні норми, які передбачають поведінку держав. Окремі з них є ефективними доказами формування та закріплення звичаєвої норми.

МС ООН пояснив цей взаємозв'язок у Консультативному висновку щодо загрози використання ядерної зброї на запит ГА ООН⁴⁰², зазначивши, що резолюції ГА ООН, навіть якщо вони не мають зобов'язуючої сили, можуть мати нормативне значення. Вони можуть за певних обставин надати доказ, необхідний для встановлення існування норми або виникнення *opinio juris*. Але для цього необхідно проаналізувати зміст резолюції та умови її

⁴⁰² International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion of 8 July 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>

прийняття, а також те, чи дійсно резолюція відображає нормативність *opinio juris*. Ряд резолюцій з одного й того ж самого питання може свідчити лише про зародження *opinio juris*⁴⁰³.

У *Справі щодо військових та напіввійськових дій на території Нікарагуа* Суд зазначив відносно наявності *opinio juris* так⁴⁰⁴: наявність *opinio juris* може бути встановлено, серед іншого, через ставлення сторін до резолюції ГА ООН, особливо це стосується Резолюції 2625 «Декларації про принципи». Правовий ефект від такої декларації не може розцінюватись як повторення або роз'яснення зобов'язань, взятих за Статутом ООН.

У цій справі мова йшла про фундаментальні принципи міжнародного права щодо незастосування сили, погрози силою та невтручання у внутрішні справи. При тлумаченні цих принципів Суд спирався переважно на Декларацію про принципи 1970 р., Декларацію щодо недопустимості інтервенції та Визначення агресії 1974 р. Всі ці документи носять декларативний характер. По суті рішення Суду ґрунтується на нормах м'якого права. Крім того, у цій справі Суд опирається на ще один документ як доказ існування загальної звичаєвої норми – Заключний акт НБСЄ 1975 р.

Як уже було вказувалося, вивченням юридичної сили резолюцій ООН докладно займався Інститут міжнародного права⁴⁰⁵. На сесії в Каїрі в 1987 р. спеціальний доповідач тринадцятої комісії, яка займається питаннями розробки загальних багатосторонніх конвенцій та інших не договірних інструментів нормативного характеру, Криштоф Скубіжевські представив висновки комісії «Резолюції Генеральної Асамблеї ООН». Усього доповідь містить 26 висновків, частину з яких присвячено взаємозв'язку резолюцій та міжнародних звичаїв. Висновок, від якого комісія відштовхнулася при вивченні питання, стосується повноважень ГА ООН: «Статут

⁴⁰³ У даному питанні наголошено, що міжнародна спільнота не має єдиної точки зору щодо питання: чи є невикористання ядерної зброї упродовж останніх 50-ти років свідченням *opinio juris*; навіть наявність ряду резолюцій ГА ООН, які за змістом нагадують одна одну, щодо необхідності прийняття державами конвенції про заборону використання ядерної зброї, не означає наявності *opinio juris*.

⁴⁰⁴ Case about Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=66&case=70&code=nus&p3=4>

⁴⁰⁵ The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF

ООН не покладає на ГА ООН повноважень приймати норми, які б зобов'язували держави у їх відносинах між собою». Основна мета функціонування ГА ООН – це сприяння прогресивному розвитку міжнародного права. Комісія наголосила на універсальності резолюцій, оскільки вони направлені до всіх держав світу та міжнародних організацій (висновок 2). Навіть якщо резолюція направлена на врегулювання конкретної ситуації за участю певних держав, все одно вона стосується усіх держав (висновок 3). Комісія виділила три види норм, які включені в резолюції: ті, що підтверджують вже існуюче правило поведінки (правову норму) – правоконстатуючі; ті, що сприяють розвитку нових правил поведінки (правових норм) – правостворюючі; ті, що стосуються особливостей застосування/тлумачення існуючих норм міжнародного права – тлумачні. При цьому одна й та сама резолюція може містити різні норми. Всі три види норм можуть стосуватися міжнародного звичаю.

Правоконстатуюча резолюція може виступити доказом наявності міжнародного звичаю. Серед правостворюючих резолюцій фахівцями Інституту міжнародного права виділено резолюції, які сприяють створенню міжнародного звичаю (висновок 5). Ці резолюції у своїй основі містять переговори, хоча і прийняті в рамках процедури ГА ООН. У таких резолюціях є ряд ознак, які дозволять їм визначати загальні міжнародні звичаї: рівне географічне представництво, а отже, присутність основних правових систем сучасності. Будь-які резолюції, які відповідають цим критеріям, є такими, що підтверджують міжнародний звичай (висновок 9). Бажано, щоб резолюція, яка підтверджує наявність звичаю, була прийнята одногосно, що, звісно, підсилить її значення. Однак у звичаєвому процесі це не означає, що така резолюція є остаточною (висновок 13). Резолюція може слугувати додатковим засобом встановлення змісту норм права. Вона також може підтверджувати наявність чи відсутність міжнародного звичаю або однієї із його складових (практики або *opinio juris*) (висновки 19, 20). Однак будь-які аргументи, наведені в резолюціях, можуть бути заперечені (висновок 21). Принципи та норми, які закріплені в резолюціях, можуть впливати на практику держав або давати поштовх для розвитку нової практики, яка є складовою частиною міжнародного звичаю. Вони можуть сприяти консолідації практики держав або становленню *opinio juris communis* (висновок 22). У цілому резолюції можуть відображати тенденції розвитку міжнародного

права, їхнє основне призначення – це не створення нової детально прописаної норми, а лише визначення напрямку розвитку.

Звісно, що характер резолюцій із часом може змінюватися: із правостворюючої вона може стати правоконстатуючою.

У висновках наведено ознаки, які дозволяють визначити характер резолюції: мета та очікувані результати; дотримання процедури прийняття резолюцій; текст резолюцій; рівень підтримки резолюцій державами-членами; контекст, у зв'язку з яким було прийнято резолюцію, включаючи політичні аспекти; наявність передбаченої процедури імплементації (висновок 6).

Однак, що мали на увазі фахівці з Інституту міжнародного права, коли приймали цей документ, незрозуміло. Особливо це стосується першого елемента: мета та очікувані результати. Вочевидь, що мова аж ніяк не може йти про спільну мету. Відповідно, відмінність мети зумовлює відмінність очікуваних результатів. Проф. Деган у зв'язку із цим запропонував назвати цей висновок «Об'єкт та мета резолюції»⁴⁰⁶. Що стосується дотримання процедури прийняття резолюцій, то в даному випадку мова йде скоріше по вагомості документу, і цей елемент напряму пов'язано з наявністю універсальної переговорної основи для прийняття резолюції (висновок 7). Це можливо при дотриманні максимального географічного представництва, що є фактором забезпечення представництва основних правових систем (висновок 8). Бажано було б, якби держави мали змогу ознайомитися та зробити свої зауваження до проекту (висновок 9).

Сам текст резолюції є найважливішим елементом, адже саме зміст резолюції дозволить встановити рівень її нормативності. Посилання в тексті резолюції на міжнародне право є бажаним, однак необов'язковим (висновок 10). Надзвичайно важливими є ті фрази, які вживаються і можуть слугувати відправною точкою у визначенні рівня нормативності резолюції – «держави повинні» чи «держави зобов'язані».

Окремо слід зупинитися на політичних резолюціях чи деклараціях. Вони істотно впливають на розвиток міжнародних відносин. Разом із тим політичні резолюції не мають нормативного характеру, хоча і можуть бути прийняті в межах правових

⁴⁰⁶ Degan V. Sources of International Law. / V.D. Degan. – Boston : M. Nijhoff Publishers, 1997. – P. 197.

процесів. Звичайно, резолюції можуть мати змішаний характер і серед нормативних положень містити політичні норми, щоправда, це зменшує нормативне значення документа. Таким чином, ці резолюції мало впливають на звичаєвий процес.

Ще менше значення для звичаєвого процесу відіграють резолюції, які передбачають перелік правопорушень та відповідальності за них. Зокрема, це Декларація щодо неприпустимості втручання у внутрішні справи держав, про захист їх незалежності та суверенітету від 21 грудня 1965 р. № 2132 (XX), а також аналогічна декларація від 9 грудня 1981 р. № 36/103. Негативним є і те, що резолюцій, які регулюють одне й те ж саме питання, є кілька, причому без значних змін щодо їх змісту. Чим більше дебатів навколо певних питань, тим менше значення такі резолюції мають для формування звичаїв.

Кореляція двох елементів звичаєвих норм практикою та *opinio juris* необхідна тільки тоді, коли ми доводимо, що звичай розглядається саме як джерело міжнародного права, безперервний, поступовий і прогресивний соціальний процес. У цьому сенсі найкраще висловився проф. Макдугал у своїй роботі, яка стосується дослідження міжнародного морського права. Однак його висновки носять скоріше загальний характер: «Процес безперервної взаємодії, безперервної необхідності та відповідальності, у ході якого одні правостворюючі суб'єкти роблять односторонні заяви, що носять достатньо суперечливий характер (щодо використання державами морів), інші суб'єкти, у тому числі міжнародні, розглядають ці заяви з точки зору інтересів усієї світової спільноти і приймають або відхиляють їх. Такий процес відображає живе право, яке постійно змінюється у зв'язку зі зміною інтересів і розвитком технологій та інших умов»⁴⁰⁷.

Якщо *opinio juris* так і не з'являється, то практика залишається соціальним звичаєм, узвичаєнням або політичним принципом. І тоді порушення її положень не тягне за собою міжнародно-правової відповідальності, хоча може мати важливі політичні наслідки.

Більшість дискусій навколо звичаю сконцентровано на звичаях загального міжнародного права. Це не означає, що регіональні міжнародні звичаї відсутні, або що вони відіграють незначну

⁴⁰⁷ McDougal M. The Hydrogen Bomb Tests and the International Law / M. McDougal // American Journal of International Law. – 1955. – № 2. – P. 357.

роль у регулюванні міжнародних відносин. Такі звичаї інколи називають спеціальними, однак це не стосується об'єктної сфери регулювання звичаю. Категорія спеціальний означає тільки те, що звичай не розповсюджується на світову спільноту в цілому. Більше того, категорія регіональний не означає, що цей звичай стосується винятково певного регіону, а лише те, що він знову ж таки не розповсюджується на світову спільноту в цілому.

Такий звичай може існувати між будь-якою кількістю держав або навіть між двома державами⁴⁰⁸. Якщо норми щодо ряду держав відповідають вимогам *opinio juris* і практики (за традиційним визначенням звичаю), то на них розповсюджуються норми спеціального звичаю.

МС ООН прийняв кілька консультативних висновків, які стосуються спеціальних звичаїв, і вони є дороговказом із даної теми. У *Справі щодо права на прохід територією Індії* МС аналізував відносини між Португалією та Індією. Він протлумачив мовчання з боку Індії як мовчазну згоду на право проходу для португальців⁴⁰⁹. Індія відповідно до звичаю надавала можливість для проїзду та почесні умови перебування, право проходу до португальського анклаву на території Індії, принаймні щодо проходу цивільних службовців, фізичних осіб та їхніх товарів. Суд постановив, що обидві країни встановили звичаєву норму, і Португалія має право на прохід. Рішення Міжнародного суду в англо-норвезькій *Справі щодо рибальства* також містило вимогу про явне заперечення держави, що прагне уникнути застосування місцевих звичаїв. Британія заявляла, що наявність десятимильної прибережної зони є загальною звичаєвою нормою, Норвегія не могла використовувати систему прямих висхідних ліній для набуття виняткового права на рибальство у водах, що оточують всю її берегову лінію

⁴⁰⁸ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) Preliminary Objections Judgment of November 26th, 1957 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/32/2231.pdf>

⁴⁰⁹ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) Preliminary Objections Judgment of November 26th, 1957 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/32/2231.pdf>

аж до Полярного кола⁴¹⁰. Суд ухвалив, що Норвегія застосовувала свою систему розмежування із використанням прямих висхідних ліній «послідовно і безперервно з 1869 р. до моменту, коли виник спір», і це не викликало заперечень із боку Великої Британії або міжнародного співтовариства. Суд також постановив, що практика стала регіональним звичаєм, а Велика Британія, яка мовчала з цього приводу упродовж 60 років, не може стверджувати про зворотне⁴¹¹.

Справа про притулок стала джерелом іншої норми. Перу утрималася від підписання Конвенції Монтевідео 1933 і 1939 рр., що дозволяли державі, яка надала притулок у своєму посольстві, мати право вважати особу, яка шукає притулку, політичним злочинцем⁴¹². Суд ухвалив, що якщо існує регіональний звичай, мовчання з боку держави може вважатися заперечення проти звичаю⁴¹³. Точка зору про те, що спеціальний звичай вимагає деяких доказів про підтримку державою, є точкою зору Д'Амато, який стверджує, що «спеціальний звичай дійсно вимагає серйозних доказів згоди або визнання практики з боку держави»⁴¹⁴. Для такого звичаю найоптимальнішою моделлю є модель «раціональна доктрина», згідно з якою спеціальний звичай може виникнути в межах будь-якої групи держав, у тому числі тієї, що складається всього лише з двох країн. Для виникнення такого звичаю достатньо, аби ці держави мали відповідні *opinio juris*.

Основне питання у цьому контексті, яке ставиться доктриною: чи не слід суду вимагати більше доказів *opinio juris* для спеціальних звичаїв, аніж для загальних звичаїв. Аналіз практики МС

⁴¹⁰ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

⁴¹¹ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

⁴¹² Request for Interpretation of the Judgment in the Asylum Case (Colombia / Peru) Judgment of November 27th, 1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/13/1933.pdf>

⁴¹³ Request for Interpretation of the Judgment in the Asylum Case (Colombia / Peru) Judgment of November 27th, 1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/13/1933.pdf>

⁴¹⁴ D'Amato A. The Concept of Custom in International Law / Antonio D'Amato. – NY.: Cornell University Press, 1971. – P. 234.

ООН, чесно кажучи, не призвів до таких висновків. На нашу думку, збільшення вимоги щодо *opinio juris* у контексті спеціальних звичаїв не є ані необхідним, ані бажаним. У світі гетерогенних держав є всі підстави вважати, що спеціальний звичай буде відігравати важливішу роль у відносинах між ними, ніж загальний. Спеціальні звичаї мають потенціал для розвитку співробітництва між державами у сферах, де просто занадто важко встановити загальні звичаєві норми. Окремо хотілося б зупинитися ще на кількох аспектах, на яких було акцентовано певну увагу вище. Одним із них є співвідношення і взаємодія міжнародного договору та міжнародного звичаю.

Нині ведуться активні дискусії про те, якою мірою договори можуть або повинні бути використані як джерела формування звичаю. Тобто, чи може договір виступити в нехарактерній для нього манері – джерелом джерела. Якщо підходити концептуально та об'єктивно, договори є проблемними джерелами звичаїв, тому що за своєю природою вони можуть змінити правові зобов'язання. Однією з основних функцій угод є створення нових зобов'язань між державами – зобов'язань, які не існують у звичаєвій формі⁴¹⁵. Коли вони стикаються з практикою, заснованою на договірних зобов'язаннях, важко зрозуміти, чи вона відображає *opinio juris*. Так, переважна більшість країн світу є членами СОТ і, відповідно, взяла на себе зобов'язання щодо торгівлі. Країни домовилися, наприклад, про надання національного режиму та режиму найбільшого сприяння для імпорту. Ці ж зобов'язання містяться у багатьох інших договорах, у тому числі регіональних і двосторонніх торговельних угодах. Деякі основні норми звичаєвого права вимагають цього, але деякі держави хотіли встановити додаткові правові зобов'язання, крім тих, що передбачені звичаєм.

Звичайно, договори можуть також кодифікувати звичаї, тому неможливо використати положення договору як доказ відсутності звичаю. Найпростішим прикладом є заборона застосування сили у Статуті ООН. Наявність цієї норми в Статуті зміцнює, а не змінює звичаєві норми.

МС ООН визнав, що договори можуть бути доказом звичаю, і використовував їх таким чином у багатьох випадках, починаючи

⁴¹⁵ Maurice M. The Formation of Customary International Law / Mendelson Maurice. – Recueil des Cours, 1998. – P. 295.

зі *Справи Уїмблдон*. Суд також використав договори про Суецький і Панамський канали для доказу наявності принципу нейтралітету міжнародних каналів⁴¹⁶. ППМП використовувала Статут Ліги Націй для підтримки принципу односторонності держав у своєму Консультативному висновку про тлумачення статті 3, пункту 2 Лозанського договору (кордон між Туреччиною та Іраком)⁴¹⁷. У *Справі про рибальство* МС ООН використав двосторонні та багатосторонні міжнародні договори для того, щоб продемонструвати широке визнання переважних прав на рибальство⁴¹⁸. У 1969 р. у *Справі про континентальний шельф у Північному морі* Суд зазначив, що положення договору можуть дійсно сформулювати звичаєві норми, заявивши, що договори є «одним із визнаних методів, за допомогою яких може бути сформовано нові норми міжнародного звичаєвого права»⁴¹⁹.

Однак практика аж ніяк не переконала вчених, які продовжували і продовжують сперечатися щодо цього питання. Розглянемо тільки класиків. Так, Д'Амато підтримує використання договорів як доказ практики держав: «Договір, можливо, є чітким вираженням міжнародних зобов'язань, що є практикою держав, а отже, таким самим виразом звичаєвої поведінки, як будь-яка інша дія або утримання від дії»⁴²⁰. М. Ейкхерст займає подібну, хоча і менш чітку позицію, заявляючи, що він «не відчуває жодних труднощів щодо визнання договорів як практики держав», але вказуючи, що договори «повинні супроводжуватися *opinio juris* для того, щоб створити норму звичаєвого права»⁴²¹. Один із способів задоволення вимоги *opinio juris*, принаймні для сторін договору, стверджує він,

⁴¹⁶ Wolfke Karol. Custom in Present International Law / Karol Wolfke. – M. Nijhoff Publishers, 1993.

⁴¹⁷ Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Turkey and Iraq), Advisory Opinion, 1925 P.C.I.J. (ser. B) No. 12 (Nov. 21).

⁴¹⁸ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

⁴¹⁹ North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 20 February 1969. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>

⁴²⁰ D'Amato A. The Concept of Custom in International Law / Antonio D'Amato. – NY.: Cornell University Press, 1971. – P. 104.

⁴²¹ Akehurst M. Custom as a Source of International Law / M. Akehurst // The British Yearbook of International Law. – 1977. – №47. – P. 43 – 44.

полягає у знаходженні заяви у тексті договору або в підготовчих матеріалах про те, що договір закріплює існуючі норми звичаєвого права. Згідно із М. Ейкхерстом, заяви і дії, вчинені після укладення договору, також можуть задовольняти цим вимогам⁴²². У свою чергу, Мендельсон дотримується стриманіших поглядів на роль договорів. Він, зокрема, заявив: «Не існує правової презумпції, що договір відображає або не відображає звичаєве право, якщо в ньому не міститься відповідної вказівки»⁴²³. Критичніший погляд на використання договорів як джерела міжнародного звичаю властивий М. Вольфке, який стверджує, що договори зобов'язують тільки тих, хто прийняв їхні положення, і ці зобов'язання не можуть бути нав'язані третім особам без відповідних дій⁴²⁴.

Якщо ми визнаємо важливість для звичаю того, чи держави вважають, що норма є виявом юридичних зобов'язань, тоді роль договорів стає очевидною. Якщо договір містить докази *opinio juris*, він стає доказом існування звичаєвої норми. З іншого боку, якщо договори встановлюють норми, які інакше не могли б існувати, то вони свідчать проти наявності звичаєвої норми.

У контексті оцінки потенційних норм акцент на *opinio juris* часто може сприяти вирішенню питання про те, яким чином треба розглядати договори. Якщо, наприклад, припустити, що договір або групу договорів було укладено для відступу від існуючих звичаїв або створення нових звичаїв там, де немає звичаєвих норм (як у випадку більшості торговельних договорів), можна з упевненістю сказати, що договори не є самі по собі доказами наявності звичаю. Так, двосторонні інвестиційні договори не слід розглядати як свідчення наявності звичаєвої норми, що регулює інвестиції, адже ці договори не є результатом кодифікації державами існуючих правових норм, а скоріше – результатом діяльності розвинених країн, які потребують захисту своїх інвесторів, що перевищує захист, який забезпечується нормами міжнародного права⁴²⁵.

⁴²² Akehurst M. Custom as a Source of International Law / M. Akehurst // The British Yearbook of International Law. – 1977. – 47. – P. 49 – 51.

⁴²³ Maurice M. The Formation of Customary International Law / Mendelson Maurice. – Recueil des Cours, 1998. – P. 301.

⁴²⁴ Wolfke Karol. Custom in Present International Law / Karol Wolfke. – M. Nijhoff Publishers, 1993. – P. 68 – 72.

⁴²⁵ Guzman A. Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties / Andrew T. Guzman // Virginia Journal of International Law. – 1998. – №38. – P. 639.

Однак доктринальні спори, які ведуться у цій сфері, мають більше казуїстичний, ніж дійсно науковий характер. Складно іноді зрозуміти, чи договори призначені для кодифікації звичаїв, чи є результатом встановлення інших, альтернативних норм. Саме цьому питанню, на нашу думку, має бути приділено основну увагу в конкретному випадку.

Аналізуючи роль інших джерел у формуванні міжнародного звичаю, не можна обійти увагою рішення судів, адже саме вони, як вже було сказано, не тільки впливають на визначення змісту міжнародного договору, але й інколи самі формують звичай. Якщо звичай розглядають у функціональному плані, тоді мова йде про ставлення до нього не тільки у рішення міжнародних, але і національних судів.

Однак для застосування звичаю в судах, особливо національних, він повинен бути чітко визначений, чого не існує у сучасному міжнародному праві. Тому функціональне визначення звичаю веде до труднощів для судів. Хоча у судів немає необхідності для універсальної оцінки практики держав, найбільше значення має оцінка *opinio juris*. Це, зрозуміло, непросто, але легше, ніж дослідження і *opinio juris*, і практики. Що стосується міжнародних судів, особливо МС ООН, то тут слід все ж таки пам'ятати, що держави можуть не виконати рішення суду, і цьому може завадити тільки репутаційна відповідальність, яка може і не спрацювати, як це, зокрема, сталося у *Справі між Нікарагуа та США*.

Цікавим залишається питання щодо появи нових держав і поширення на них дії звичаїв, які вже існують. Світ нестабільний – лише за останні 20 років виникло близько 30 нових держав тільки на теренах Європи.

Якщо держава виникає після створення звичаєвої норми, на думку більшості дослідників, вона не здатна скористатися доктриною послідовного заперечення⁴²⁶. Вчені, зазвичай, стверджують, що нові держави зобов'язані дотримуватися норм звичаєвого права з огляду на свій статус держав⁴²⁷⁴²⁸. Так, Байерс стверджує, що

⁴²⁶ Akehurst M. Custom as a Source of International Law / M. Akehurst // The British Yearbook of International Law. – 1977. – P. 47.

⁴²⁷ Franck Thomas M. Fairness in International Law and Institutions / Thomas M. Franck. – Clarendon Press, 1995. – 500 p.

⁴²⁸ Franck Thomas M. Legitimacy in the International System / Thomas M. Franck // American Journal of International Law. – 1988. – №82.– P. 705.

нова держава, «беручи участь у звичаєвому процесі та спираючись на норми звичаєвого права, погоджується з цим процесом, а також всіма нормами звичаєвого права, які раніше були створені завдяки звичаєвому праву»⁴²⁹. Немає значення, яким чином держава дає згоду на участь у «звичаєвому процесі». Неможливо, щоб держава існувала і не брала участі в процесі. Таким чином, нові держави є зобов'язаними за звичаєвими нормами, не маючи можливості заперечити просто тому, що вони є державами. Більшість досліджень щодо нових держав передбачає застосування існуючих норм до нових членів міжнародного співтовариства. Знову ж таки, без чіткої теорії для пояснення і розуміння звичаю немає дієвого способу визначити, яким чином його норми мають застосовуватися в нових ситуаціях. Зіткнувшись із виникненням багатьох нових держав, вчені просто застосують існуючі норми механічно, без врахування особливостей нових держав.

Однак ряд вчених, які підтримують раціональну доктрину, підходять до цього питання дещо по-іншому, хоча і без істотної різниці щодо розуміння суті процесу. На їхню думку, нові держави, як правило, зв'язані існуючими звичаями через ті самі причини, що й інші, в результаті існування *opinio juris* у групі держав. Із цих самих міркувань, однак, впливає і те, що нові держави повинні мати ті ж можливості заперечувати проти звичаєвих норм, що і вже існуючі держави. Навіть якщо використовувати вузький підхід, який полягає у тому, що держави повинні заперечувати з моменту формування норм, він передбачає, що послідовна позиція дасть новим державам можливість заперечити з моменту їхнього утворення. Логіка тут проста: якщо правило про послідовне заперечення є бажаним із системної точки зору, це тому, що надання державам можливості заперечувати передбачає переваги, які переважають втрати.

Які б дискусії не точилися, на нові держави також розповсюджуються існуючі звичаї. Якщо велика кількість нових держав увійшла до системи, як це відбулося після Другої світової війни, процесу деколонізації, розпаду СРСР та інших держав соціалістичного табору, чинні звичаєві норми можуть бути змінені, якщо ці нові держави не поділяють переконання існуючих держав.

⁴²⁹ Byers M. Custom, Power and the Power of Rules / Michael Byers. – Cambridge University Press. – 1999. – P. 77.

Підводячи підсумки, слід зазначити, що звичай є легкою мішенню для критики, виконуючи при цьому одну з провідних ролей у регулюванні міжнародних відносин. За умови, що глобалізаційні процеси будуть далі розвиватися, рано чи пізно об'єктивно виникне категорія «міжнародне законодавство». Його основою стане саме міжнародний звичай, завдяки якому норма виникає, змінюється та зникає. Очевидно, що ті проблеми, які зараз стоять перед міжнародним правом, можна вирішити тільки шляхом оперативного реагування. Відповідно, це зумовлює і зміну характеру звичаю, особливостей його виникнення та закріплення. Якщо інтереси держав знаходяться під загрозою, вони навряд чи допустять спонтанний розвиток звичаю, формування якого в часі може затягнутися, а результат не можна чітко передбачити. По суті, наступає ера нових «контрольованих» звичаїв у міжнародному праві.

Звичайно, погляди на звичай, висловлені автором, не претендують на можливість формування єдиного можливого погляду на практику. Ця невизначеність залишає неприємний осад, але це неминуче. Оскільки звичай формується через переконання держав, які важко виявити, а також дії, які можуть бути витлумачені по-різному, процес визначення сутності звичаю є складним і залежить від контексту. Коли це поєднується із відсутністю чіткого процесу формування звичаєвих норм, немає жодних способів уникнення невизначеності, властивої звичаєм.

Отже, ефективна теорія звичаю повинна бути спроможною не просто пояснити поведінку держав у контексті появи та реалізації звичаєвої норми, але і взаємовідносини між правовою нормою та діяльністю держави, адже зв'язок між нормою та суб'єктом і є реальним відображенням міжнародного права. Якщо звичаєва норма впливає на поведінку держави, то вона впливатиме і на ті переваги, які отримає держава в ході її реалізації. Саме це має враховуватися тими сміливцями, які спробують сформулювати власну теорію звичаю. На наше переконання, ці переваги мають розглядатися не просто, виходячи з раціональної доктрини, але і з доктрини репутаційної. Тобто, формуючи таку теорію, слід врахувати майже всі аспекти *de facto* і *de jure* сучасних міжнародних відносин. Постає логічне питання: чому ж автор представленої монографії не навів власного розуміння звичаю. Відповідь абсолютно проста: для формування такої теорії необхідно провести окреме

дослідження міжнародного звичаю і бути навіть не міжнародно-правовим романтиком, а міжнародно-правовим поетом. «Нет, не похож я на поэта! Я обманулся, вижу сам»⁴³⁰.

⁴³⁰ Лермонтов М. Ю. Безумец я! вы правы, правы! // Лермонтов М. Ю. Сочинения: В 6 т. – М.; Л.: Изд-во АН СССР, 1954. – Т. 2. Стихотворения, 1832 – 1841. – С. 55.

Пошук 4:

МІЖНАРОДНИЙ ДОГОВІР У СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА, АБО РУХ ХИСТКИМ МІСТКОМ ЗА ТЕЧІЄЮ

Починаючи дослідження міжнародного договору як джерела міжнародного права, ми йдемо хистким містком, адже кількість фахівців (ми не рахуємо робіт), які вивчали детально окремі аспекти міжнародного договору, не піддається навіть приблизному підрахунку. Це роботи вже відомих вчених, класиків вітчизняного або міжнародного масштабу, і тих, хто тільки робить перші кроки у вивченні дивини міжнародного права. Звісно, що, як і будь-яке інше динамічне явище, міжнародний договір потребує постійного переосмислення, хоча б раз на двадцять років. Однак цей час ще не настав, адже у 2004 році професор І. Лукашук видав двотомник «Современное право международных договоров», причому кожен том схожий за обсягом на «Войну и мир» Льва Толстого. Це ставить нас у невідгдане становище – або повторити його подвиг, або ж піти іншим шляхом.

Дозволимо собі зупинитися на ключових моментах міжнародного договірної процесу, роблячи наголос на місці міжнародного договору в системі джерел та його ролі в забезпеченні ефективності всієї міжнародної системи.

Про важливість договору для всієї системи міжнародного права говорили й говорять постійно, адже він, якщо не *de jure*, то *de facto* посідає провідне місце, що пов'язано з його відносною чіткістю та визначеністю порівняно з іншими формами закріплення міжнародних зобов'язань. Так, Ф.Ф. Мартенс у праці «Сучасне міжнародне право цивілізованих народів», яка вийшла в м. Санкт-Петербурзі в 1904 р., а потім була перевидана вже у 2008 р., зазначив, що: «Трактати, які укладаються задля забезпечення інтересів держави, служать показником ступеня розвитку, на якому перебувають

громадянське та культурне життя народів, котрі їх укладали, і наскільки правильно влаштовано їхній державний порядок»⁴³¹.

Міжнародні угоди отримали розповсюдження ще до появи міжнародного права. Вони уклалися державами ще задовго до того, як виникла сама ідея правового регулювання міждержавних відносин. Із створенням держав договори слугували не тільки для виконання державою зовнішніх функцій, але і внутрішніх. Зокрема, договір укладений у XIII столітті до н.е. між фараоном Єгипту і царем хетів передбачав надання допомоги не тільки у війні із зовнішніми ворогами, але й у випадку повстання рабів. Була передбачена і взаємна видача політичних біженців⁴³².

У зв'язку із застосуванням міжнародних договорів як найефективнішого з існуючих регуляторів міждержавних відносин упродовж багатьох років, вдалося виробити певні міжнародні норми, які встановлювали порядок укладення, дії, дійсності, тлумачення та припинення дії міжнародних договорів. Ці норми стали основою для створення цілої галузі міжнародного права – права міжнародних договорів, яке є найбільш розвинутою галуззю міжнародного публічного права і базовою для всієї системи.

Свого значення для розвитку міжнародних міждержавних відносин міжнародний договір набув із XIX ст. I, відповідно, з цього часу ми можемо відрховувати історію вітчизняної науки права міжнародних договорів. З'являються роботи барона Таубе⁴³³, Ф.Ф. Мартенса та інших. Однак серед усіх робіт цього періоду найбільший інтерес викликала робота Л.Л. Гервагена⁴³⁴, відомого більше за роботами у сфері цивільного права, «Имъют ли международныя соглашения свойство права?»⁴³⁵. На початку XX століття він ставить ті ж питання, які ми ставимо на початку XXI.

⁴³¹ Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. В 2-х томах / Ф.Ф. Мартенс [под ред. и с биографическим очерком доктора юридических наук, профессора В. А. Томсинова]. – М.: «Зерцало», 2008.

⁴³² Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И.Лукашук. – М., 2004 – С. 84.

⁴³³ Таубе М.А. История зарождения современного международного права / М.А. Таубе. – том I, СПб., 1894; том II, Харьков, 1899.

⁴³⁴ Усі роботи, які вийшли у XIX – на початку XX століття, доступні в Національній бібліотеці ім. В.І. Вернадського. Цей період вітчизняної доктрини представлений у бібліотеці на диво повно.

⁴³⁵ Гервагенъ Л.Л. Имъют ли международныя соглашения свойство права? – Петроградъ, Типография М.А. Александрова, 1915. – 70 с.

Звернімо увагу на передмову до роботи: ми навмисно прибрали натайки на Німеччину, Австро-Угорщину і Першу світову війну та отримали: «У нинішній час ми є свідками того, як держава [.....], яка має значну бойову силу, держава з процвітаючою промисловістю і достатньо розвинутою торгівлею, не задовольняючись своїм блискучим зовнішнім положенням і намагаючись досягти розширення свого впливу [.....] на рахунок інших народів і держав та на шкоду їм, у союзі з іншим захланним сусідом, який давно мріяв про поглинання [.....] сусідів за першого зручного випадку із знищенням їх самобутності і нав'язуванням свого вигляду, – кинулася з мечем на своїх мирних сусідів, ведучи війну з повним нехтуванням своїх міжнародних зобов'язань [.....] і дотримуючись погляду, що зовнішня сила вища від міжнародних зобов'язань. Таке явище мимоволі наводить на думку про перегляд питання про те, а чи мають міжнародні угоди властивість права, чи ні?».

Але, не дивлячись на міжнародно-правову тугу, все ж таки саме міжнародний договір вже упродовж 200 років є основним регулятором міжнародних відносин. І зайняв він це місце через розвиток багатосторонньої дипломатії, що призводить до необхідності врегулювання відносин між державами не тільки на двосторонньому рівні. Саме це підтверджує французький юрист-міжнародник П. Ретер, зазначаючи, що «багатосторонні договори та міжнародні організації є... основними факторами в еволюції договірних відносин, а також результатами зростаючої глобальної солідарності»⁴³⁶.

XIX століття у контексті права міжнародних договорів характеризується першими спробами його доктринальної кодифікації. Найцікавіші пропозиції надходили від Й. Блюнчлі, який у 1868 р. видав канонічну роботу «Сучасне міжнародне право», Д. Філда із його Проектом основ міжнародного кодексу, 1872 р. та П. Фіоре, який розробив «Кодифіковане міжнародне право та його юридичне забезпечення» (1889 р.)⁴³⁷. Завдяки цьому періодизація цієї галузі починається саме з позаминулого століття.

Виділяють три основні історичні етапи розвитку права міжнародних договорів. Період з 1815 р. до Першої світової війни. Визначальними його характеристиками є: 1) поява багатосторонніх

⁴³⁶ Reuter P. Introduction to the Law of Treaties / P. Reuter. – Geneva, 1995. – P. 3.

⁴³⁷ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 85.

міжнародних договорів, які оформлялися в єдиному документі, починаючи із Заключного акта Віденського конгресу від 9 червня 1815 р.; 2) збільшення кількості міжнародних конференцій та конгресів, на яких приймаються багатосторонні договори; 3) створення на основі багатосторонніх міжнародних договорів перших міжурядових організацій (адміністративних союзів); 4) формування інституту депозитарію і визначення його повноважень щодо держав – учасниць договору⁴³⁸. У цей час із використанням інструментарію міжнародних договорів, який проходить етап становлення, відбувається договірне закріплення інститутів дипломатичного та консульського права, вирішуються територіальні суперечки. Зокрема, за результатами діяльності Віденського конгресу щодо встановлення кордонів в Європі після наполеонівських війн було прийнято Аахенський протокол 1818 р., який регулював вивід військ із Франції та ознаменував собою появу «Священного союзу», що, своєю чергою, сприяло становленню права міжнародних організацій. Також приймається Константинопольська конвенція про режим Суецького каналу (1888 р.), значення якої неможливо переоцінити для міжнародного судноплавства. Договір закріпив принцип свободи судноплавства по Каналу для всіх комерційних і військових суден, незалежно від прапору, як у мирний, так і у воєнний час, заборонивши проведення військових дій на відстані, ближчій, ніж 3 морські милі від портів. Найбільшим досягненням договірного процесу того часу стали міжнародні договори у сфері гуманітарного права. Зокрема, Конференція держав, скликана швейцарською Союзною Радою, розробила Першу Женевську конвенцію 1864 р. про покращення долі поранених та хворих у діючих арміях. Крім того, приймаються Гаазькі конвенції 1899 – 1907 рр. про правила ведення війни⁴³⁹.

Другий період розвитку міжнародного договірного права (між Першою та Другою світовими війнами) припадає на «затишшя» та закладення основ для Другої світової війни. Він характеризується: 1) появою Ліги Націй як першої міжнародної універсальної організації. Відповідно, суб'єктами договірних відносин стають не

⁴³⁸ Мережко О.О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики: Монографія / О.О. Мережко. – К.: Таксон, 2002. – С. 25.

⁴³⁹ Barclay Th. Problems of International Practice and Diplomacy / Th. Barclay. – Hague, 1907. – 383 p.

тільки держави, але й міжнародні організації⁴⁴⁰; 2) завершенням першої спроби кодифікації права міжнародних договорів на національному та міжнародному рівнях. Зокрема, у 1928 р. на VI міжнародній конференції американських держав в Гавані було прийнято Конвенцію про договори. Цей проект підтвердив існуюче до того у звичайній формі право держав робити застереження до міжнародних договорів. Саме тоді Гарвардська школа права зробила першу спробу кодифікувати право міжнародних договорів, розробивши проект Конвенції про право міжнародних договорів. Однак цей документ так і залишився проектом⁴⁴¹. Проект також передбачив ряд процесуальних моментів, зокрема неможливість посилання на внутрішнє право як на підставу відмови від виконання міжнародних договорів; 3) з'являється інститут реєстрації міжнародних договорів. Найцікавішим документом цього періоду став Пакт Бріана – Келлога⁴⁴², який був підписаний в Парижі представниками США, Бельгії, Великої Британії, Австралії, Нової Зеландії, Південної Африки, Ірландії, Індії, Німеччини, Італії, Польщі, Франції, Чехословаччини та Японії. СРСР приєднався до Пакту пізніше. Цей документ вперше конвенційно за участю такої кількості учасників (стаття 1) засудив війну як метод врегулювання міжнародних конфліктів. Крім того, підписується Договір про попередження конфліктів між американськими державами (1923 р.) та Міжамериканська конвенція про права й обов'язки держав, яка, зокрема, проголошувала, що жодна держава не має права втручатися у внутрішні або зовнішні справи іншої держави. Тобто, формування принципів сучасного міжнародного права (після 1945 р.) відбувається не статично – у зв'язку із закінченням Другої світової війни, а як результат розвитку міжнародних відносин кінця XIX – початку XX століть.

Для України цей період цікавий тим, що в м. Монтре (Швейцарія) була підписана Конвенція 1936 р. про режим Чорноморських

⁴⁴⁰ Мережко О.О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики: Монографія / О.О. Мережко. – К.: Таксон, 2002. – С. 26.

⁴⁴¹ Harvard Research on International Law, Law of Treaties // 29 American Journal of International Law. Supp.1935. – P. 843.

⁴⁴² Договор об отказе от войны в качестве орудия национальной политики (Париж, 27 августа 1928 года) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://arhiv.inpravo.ru/data/base260/text260v717i488.htm>

проток⁴⁴³, яка переглянула положення Лозаннської конвенції 1923 р. Саме тоді була зроблена ще одна спроба кодифікувати норми, які стосуються права міжнародних договорів у рамках міжнародної організації – Ліги Націй. У 1924 р. був створений спеціальний Комітет, завданням якого була кодифікація права міжнародних договорів. При цьому він займався лише питаннями кодифікації процедури укладення міжнародних договорів. Більше того, ці питання розглядалися як частина процедурних питань роботи конференції. За результатами своєї роботи Комітет дійшов «оптимістичного» висновку про неможливість кодифікації⁴⁴⁴.

Третій період (з 1945 р. – до нашого часу) характеризується: 1) підвищенням ролі міжнародних організацій у міжнародному договірному процесі; 2) кодифікацією норм міжнародного права за участю Комісії міжнародного права, правонаступниці Комітету; 3) появою нових форм міжнародних договорів⁴⁴⁵; 4) появою договорів, які регулюють відносини за участю фізичних та юридичних осіб; 5) у деяких організаціях прийняття рішень стали подібними до прийняття законів на національному рівні (парламентська процедура), наприклад, у рамках МОП, ІКАО та ін.⁴⁴⁶.

До другої половини ХХ століття норми цієї галузі носили звичаєво-правовий характер, і лише у 1968 р. була скликана конференція, основною метою якої була кодифікація та прогресивний розвиток права міжнародних договорів. Результатом її діяльності стало прийняття Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р.⁴⁴⁷ Упродовж наступних двадцяти років було прийнято ще два кодифіковані акти – Віденську конвенцію про правонаступництво щодо міжнародних договорів 1978 р.⁴⁴⁸ і Віденську

443 Конвенція про режим Чорноморських проток // Офіційний вісник України. – 2004. – № 40. – С. 184.

444 Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 86.

445 Мережко О.О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики. Монографія / О.О. Мережко. – К.: Таксон, 2002. – С. 27.

446 Мережко О.О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики. Монографія / О.О. Мережко. – К.: Таксон, 2002. – С. 27.

447 Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

448 Віденська конвенція про правонаступництво щодо міжнародних договорів 1978 р. // Офіційний вісник України. – 2008. – № 20. – Ст. 584.

Конвенцію про право міжнародних договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями 1986 р.⁴⁴⁹

Отже, завдяки передусім створенню й діяльності Комісії міжнародного права ООН вдалося наприкінці ХХ століття кодифікувати не тільки процедурні питання міжнародного договірного процесу, але й конвенційно встановити критерії правомірності міжнародних договорів.

Це не означає, що звичаї зникли з галузі, адже конвенції кодифікували не всі норми, про що було зазначено в преамбулі до Конвенції 1969 р.⁴⁵⁰ *A priori* Конвенції обмежують свою дію щодо вирішення спорів, які виникають між державами у зв'язку з укладенням, виконанням та припиненням дії міжнародних договорів. Крім того, вони розповсюджуються тільки на письмову форму договору, оминаючи усні договори. Однак стаття 3 Конвенції 1969 р.⁴⁵¹ зазначає: не дивлячись на те, що Конвенція не застосовується до міжнародних угод, укладених між державами та іншими суб'єктами міжнародного права⁴⁵² або між такими іншими суб'єктами міжнародного права, а також до міжнародних угод не у письмовій формі, вона не зачіпає:

- а) юридичної сили таких угод;
- б) застосування до них будь-яких норм, викладених у цій Конвенції, під дію яких вони підпадали б на підставі міжнародного права, незалежно від цієї Конвенції;
- в) застосування цієї Конвенції до відносин держав між собою в рамках міжнародних угод, учасниками яких є також інші суб'єкти міжнародного права.

Не обійшла Конвенція 1969 р. і питання договірних відносин у зв'язку із заснуванням міжнародної організації. Стаття 5 Віденської

⁴⁴⁹ Віденська Конвенція про право міжнародних договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями 1986 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_a04

⁴⁵⁰ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

⁴⁵¹ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

⁴⁵² Під іншими суб'єктами Комісія Міжнародного права ООН розуміє повстанські рухи [Year Book of I.L.C. 1966.Vol.II P/ 189].

конвенції 1969 р.⁴⁵³ «Договори, які встановлюють міжнародні організації, і договори, прийняті в рамках міжнародної організації» передбачає, що Конвенція розповсюджується на будь-який договір, який є установчим актом міжнародної організації, без шкоди для відповідних правил цієї організації. Однак слід враховувати, що це положення не розповсюджується на договори, які укладені під егідою цієї організації або із використанням лише її матеріальних ресурсів, однак аж ніяк не за її участю. Питання договірної правосуб'єктності міжнародної організації є окремим предметом дослідження і викликає немало дискусій навіть зараз, коли, здавалося б, таких проблем взагалі не повинно бути. Найчіткіше місце, роль та значення міжнародної організації в міжнародних договірних відносинах визначив А.Н. Талалаєв, який зазначив, що факт наявності в міжнародній організації різної за об'ємом правоздатності не означає заперечення того, що в певній правовій ситуації держави та міжнародні організації можуть розглядатися як рівні партнери. Саме на цій позиції стоять Конвенції⁴⁵⁴. Ми ще на цьому детальноше зупинимося пізніше.

Наявність двох конвенцій породжує питання про їх взаємодію та співвідношення. Конвенція 1986 р. посилається в преамбулі на Конвенцію 1969 р., що свідчить про доцільність їх розгляду в системі. Достатньо часто постає питання: що є *lex specialis*⁴⁵⁵, однак ми не будемо підіймати це питання, адже, не дивлячись на те, що документи регулюють аналогічні відносини, суб'єктний склад у них різний⁴⁵⁶.

Важлива роль у регулюванні укладення й реалізації міжнародних договорів належить внутрішньому праву держави. Найважливіші положення містяться у конституційному праві, яке, зокрема, визначає порядок укладення договорів, компетенцію

453 Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

454 Талалаєв А.Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий / А.Н. Талалаев. – М., 1997. – 334 с.

455 Ці питання досить детально висвітлені у таких роботах: Aust Anthony. Modern Treaty Law and Practice (2nd edition). – 2007. – 610 p.; Jan Klabbers. The concept of Treaty in International Law. – 1998. – 313 p. та ін.

456 Це не означає, що ми не будемо проводити паралелі у нашому невеликому дослідженні.

органів влади, види договорів, що підлягають ратифікації⁴⁵⁷. Внутрішнє право у даному випадку виконує дві основні функції. Перша – винятково міжнародна, а друга носить змішаний характер: 1) впливає на формування відповідних норм міжнародного звичаєвого права; 2) визначає інституційну складову реалізації міжнародних договорів у конкретній державі.

Стосовно міжнародних договорів, які укладаються міжнародними організаціями, то таку роль відіграють їх статuti і практика укладення та застосування договорів. У ряді держав прийняті та діють спеціальні закони про міжнародні договори. В Україні такі закони також є традиційними. На сьогодні чинним є закон 2004 р.⁴⁵⁸, підготовлений з урахуванням положень обох Віденських конвенцій.

Ключовим моментом права міжнародних договорів є питання про зміст основного поняття «міжнародний договір». Віденська конвенція 1969 р. визначає міжнародний договір як міжнародну угоду, укладену між державами в письмовій формі і регульовану міжнародним правом, незалежно від того, викладена така угода в одному документі, у двох чи декількох документах, а також – від її конкретного найменування⁴⁵⁹. Аналогічне визначення *mutatis mutandis* міститься і в Конвенції 1986 р.⁴⁶⁰

Закон України «Про міжнародні договори України»⁴⁶¹ (стаття 2) визначає поняття міжнародного договору аналогічно до Віденських конвенцій: міжнародний договір України – укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між

⁴⁵⁷ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004 – С. 86.

⁴⁵⁸ Про міжнародні договори України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.

⁴⁵⁹ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

⁴⁶⁰ Віденська Конвенція про право міжнародних договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями 1986 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_a04

⁴⁶¹ Про міжнародні договори України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.

собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо).

За своєю суттю міжнародний договір є юридичною формою, яка втілює угоду його учасників щодо змісту та обов'язкової сили положень, які містяться в ньому. Договірна форма згідно із загальним міжнародним правом є своерідною презумпцією того, що весь текст має юридичну силу, доки не буде доведено інше⁴⁶².

Основними ознаками міжнародного договору є:

1) особливий суб'єктний склад – держави, міжнародні міждержавні організації;

2) чітке зовнішнє вираження, тобто договір повинен мати чітке зовнішнє вираження;⁴⁶³

3) спосіб створення нових норм міжнародного права;

4) це узгоджена воля сторін, яка має бути виражена в різних формах: письмовій, усній;

5) наявність наміру сторін надати домовленості нормативного характеру;

6) дія таких договорів регулюється винятково нормами міжнародного права⁴⁶⁴.

Не дивлячись на ці теоретично чіткі ознаки міжнародного договору, інколи на практиці доволі складно відмежувати його від подібних інститутів, наприклад, політичних домовленостей⁴⁶⁵. Перш за все різниця полягає в намірі сторін, назві документа, стилі викладу, відсутності заключних положень, характерних для договору, а також відсутності процедури введення в дію. Суттєвим виступає перший винятково суб'єктивний критерій, всі інші доволі нечіткі і, чесно кажучи, перший також не викликає особливої довіри як об'єктивний критерій. Це помітно після проведення аналізу практики МС ООН, який у кожній другій справі про тлумачення

⁴⁶² Лукашук І.І. Нормы международного права в международной нормативной системе / И.И. Лукашук. – М., 1997. – С. 266.

⁴⁶³ Мережко О.О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики: Монографія / О.О. Мережко. – К.: Таксон, 2002. – С. 40.

⁴⁶⁴ Не кожна угода між суб'єктами міжнародного права, які мають здатність укладати міжнародні договори, є, власне, міжнародним договором. Поширеними на сьогодні є так звані політичні домовленості між державами, які не підпадають під дію міжнародного права. Особливо це розповсюджено в рамках ОБСЄ.

⁴⁶⁵ Gardiner R. Treaty Interpretation / Richard K. Gardiner. – Oxford University Press, 2008. – 407 p.

наміру сторін щодо кваліфікації існуючих між ними домовленостей робить висновок про відсутність у міжнародному праві норми щодо заборони сторонам використовувати будь-який міжнародний інструментарій для досягнення консенсусу, який МС ООН розцінює саме як міжнародний договір⁴⁶⁶.

Разом із тим, у ситуації, що склалася у зв'язку з укладенням між урядом Ірану та англо-іранською нафтовою компанією в 1933 р. концесійної угоди⁴⁶⁷, Суд доволі чітко розмежував міжнародний міждержавний договір та міжнародний приватноправовий договір, хоча і за участю держави, підкресливши важливість суб'єктного критерію міжнародного договору.

Найчіткіше розмежування між договором та політичною домовленістю проводить законодавство США. Зокрема, в Інструкції Держдепартаменту США щодо різниці між договором та домовленістю сказано таке: «Зобов'язання, сформульовані в нечітких або найзагальніших виразах, що не містять об'єктивних критеріїв для встановлення можливості забезпечення їх здійснення, зазвичай не є міжнародними договорами... Однак ключовим фактором є намір сторін»⁴⁶⁸.

До політичних домовленостей можна було віднести Заключний акт Наради з Безпеки та Співробітництва в Європі, де домовленості держав були згруповані в декілька розділів: у міжнародно-правовій сфері – закріплено політичні та територіальні наслідки Другої світової війни; у військово-політичній сфері – засоби збільшення довіри у військовій сфері; в економічній – погоджено основні сфери співробітництва в області економіки, науки й техніки та охорони навколишнього середовища; у гуманітарній сфері – передбачено свободу пересування, контактів, інформації, культури, освіти. Однак статус цього документа після рішення у *Справі про військові та напіввійськові дії на території Нікарагуа* різко змінився (про це йтиметься дещо пізніше.)

⁴⁶⁶ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey) Judgment of 19 December 1978 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/62/6245.pdf>

⁴⁶⁷ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran) Preliminary Objection Judgment of July 22nd, 1952 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>

⁴⁶⁸ Мережко О.О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики: Монографія / О.О. Мережко. – К.: Таксон, 2002. – С. 54.

До політичних домовленостей можна віднести і домовленість між Москвою та Вашингтоном щодо ПРО. Проте, починаючи з 2011 р., Москва наголошує на необхідності чіткішого оформлення таких відносин. Наближеними до політичних домовленостей є так звані особисті, тобто моральні, зобов'язання, які беруть на себе вищі посадові особи держави в рамках їхньої компетенції. Ці зобов'язання спрямовані на встановлення й певне регулювання міжнародних міждержавних відносин, але вони не є міжнародними договорами чи, навіть, односторонніми міжнародними зобов'язаннями.

Ще одне питання, яке виникає у сфері співвідношення міжнародного договору із суміжними категоріями – це співвідношення договірної форми і звичаєвої. І звичай, і договір є основними джерелами міжнародного права, які мають взаємодіяти та доповнювати одне одного. При цьому спостерігається надзвичайно цікавий процес перетворення звичаїв на договірні норми, а договірних норм на звичаєві, що закладено самою Конвенцією у статті 38, яка передбачає застосування договірних положень як звичаєвої норми⁴⁶⁹.

Особливо чітко це спостерігається під час кодифікації та прогресивного розвитку міжнародного права. Норми, які існували як звичаї, наприклад звичаєві норми дипломатичного або консульського права, перетворилися на кодифіковані норми міжнародних договорів – Віденські конвенції про дипломатичні (1961 р.) та консульські зносини (1963 р.). Сторонами в договорах про нерозповсюдження озброєння є не всі держави, але водночас норми таких договорів працюють як звичаєві. І таких прикладів у міжнародній практиці достатньо.

Для глибшого розуміння суті такого явища, як міжнародний договір, необхідно не тільки відмежувати поняття «міжнародний договір» від суміжних понять, але і визначити, в якій формі воно існує. Форма міжнародного договору включає в себе мову, структуру та найменування договору. Питання форми завжди мали та мають важливе практичне й теоретичне значення, зумовлене на сьогодні тією роллю, яку виконують міжнародні договори в регулюванні міжнародних міждержавних відносин. Від форми, в

⁴⁶⁹ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

якій існує міжнародний договір, досить часто залежить його ефективність. На сьогодні прийнято вважати: якщо сторони з огляду на певні обставини мають намір вступити в договірні відносини і шляхи досягнення об'єкта договору співпадають – може бути достатньо й усної форми. Найхарактернішим прикладом у цьому плані є відносини між СРСР та Великою Британією в червні 1941 р. Ці відносини базувалися на усних заявах лідерів про необхідність спільно протистояти єдиному ворогу, і лише в 1942 р. вони були формалізовані⁴⁷⁰.

Класик вітчизняного міжнародного права А. Талалаєв, як і Л. Оппенгейм, вважає, що договір є мовною угодою, причому мовчазних договорів не існує. Така точка зору знайшла відображення і в позитивному міжнародному праві – статті 2 Міжамериканської конвенції про договори 1928 р.⁴⁷¹. Однак рішенням Міжнародного Суду 1974 р. у *Справі про ядерні випробування*⁴⁷² було встановлено, що міжнародне право не накладає обмежень щодо форми домовленостей, як це й передбачено статтею 3 Віденської конвенції 1969 р.

Як правило, усний міжнародний договір називають джентльменською угодою. Поняття джентльменської угоди з'явилося в міжнародній практиці в ХІХ ст. У 1878 р. було укладено таємну російсько-британську угоду. Коли зміст угоди став відомий, це спричинило значні протести в Британії. Лорд Салісбурі заявив, що це лише джентльменська угода, яка зобов'язує особисто його і не може зобов'язувати того, хто його замінить. Угода була кваліфікована як особисте зобов'язання, що має моральну силу⁴⁷³. Джентльменські угоди умовно можна розділити на ті, які не фіксуються в жодному документі, та ті, які сформульовані й укладені усно, але фіксується сам факт укладення або основні положення домовленості.

⁴⁷⁰ Ильин Ю.Д. Международное публичное право. Лекции / Ю.Д. Ильин. – М., 2004. – С. 34.

⁴⁷¹ Талалаев А.Н. Право международных договоров. Общие вопросы / А.Н. Талалаев. – М., 1980. – 312 с.

⁴⁷² Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf> – Р. 46.

⁴⁷³ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 538.

Крім класичного загальнотеоретичного підходу до розуміння форми, міжнародне право до форми договору також відносить: текст, мову, структуру, найменування.

Питання про текст є надзвичайно складним, адже тут виникають питання, пов'язані більше не з практикою, а з теорією і, навіть, філософією міжнародного права. При цьому слід враховувати, що поняття «текст» ніде юридично не закріплене. Велика радянська енциклопедія дає таке визначення тексту: словесний твір, надрукований, написаний або такий, що існує в усній формі.

Гуго Гроцій вважав: «Якщо не обумовлено інше, то слід вважати, що письмова форма сприяє підтвердженню дійсності договору, але не є частиною його»⁴⁷⁴. Якщо говорити сучасною мовою, то суть полягає в тому, що два поняття – «текст договору» та «договір» – є поняттями взаємопов'язаними, але не ідентичними. Текст відображає та закріплює зміст договору, який може бути динамічнішим за форму. З іншої точки зору (передусім практичної) текст і є договором. Це підтверджує практика міжнародних відносин. Саме на цих позиціях стояв і вітчизняний класик міжнародного права Г.І. Тункін, який стверджував, що зміст не може бути без форми, а угода без тексту взагалі не може створити договір⁴⁷⁵.

Якщо питання тексту як самостійного елемента або як частини форми є питанням більш теоретичним, ніж практичним, то питання мови міжнародного договору має переважно практичне значення. І мова йде, як зазначає І.І. Лукашук, не про лінгвістичні аспекти, а саме про юридичні⁴⁷⁶. Кожна мова відображає особливості відповідної правової системи. З огляду на особливості правових систем один і той самий термін може бути розтлумачений по-різному. Двосторонні угоди, як правило, складаються на двох мовах, за винятком, коли дві мови настільки різні, що не можна зробити адекватний переклад.

Багатосторонні договори укладаються, як правило, мовами ООН. Віденські конвенції не зачіпають мовних питань, хоча і зазначають, що, коли автентичність тексту договору було встановлено двома або кількома мовами, його текст кожною мовою має

⁴⁷⁴ Гроцій Г. О праве войны и мира / Г. Гроций. – М., 1956. – Кн. 2.

⁴⁷⁵ Тункин Г.И. Теория международного права / Г.И. Тункин. – М., 1970. – С. 231.

⁴⁷⁶ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 531.

однакову силу, якщо договором не передбачено або учасники не домовилися, що в разі розходження між цими текстами переважну силу матиме якийсь один певний текст. Варіант договору іншою мовою, ніж ті, якими було встановлено автентичність тексту, вважається автентичним тільки в тому випадку, коли це передбачено договором або коли про це домовились учасники договору. Передбачається, що терміни договору мають однакове значення в кожному автентичному тексті. Винятком є ті випадки, коли переважну силу має якийсь один певний текст, якщо порівняння автентичних текстів виявляє розходження значень, яке, з урахуванням об'єкта і цілей договору, найкраще узгоджує ці тексти.

Так, між Україною та Ізраїлем було укладено Угоду про співробітництво між Службою безпеки України та Національним меморіалом катастрофи й героїзму «Яд Вашем» Держави Ізраїль трьома мовами⁴⁷⁷: українською, івритом та російською, однак російська мова має перевагу при тлумаченні.

І все ж класичною роботою, присвяченою мовним проблемам у праві міжнародних договорів, залишається робота В.І. Євінтова «Багатомовні договори в сучасному міжнародному праві»⁴⁷⁸, яка вийшла в Києві у 1981 р. Зупинитися на аналізі цієї монографії дуже б хотілося, однак ми зупинимося на практичних аспектах у сучасній українській дипломатії – проблемі перекладу українською мовою. По-перше, більшість міжнародних договорів, у тому числі статутного характеру, не перекладена українською мовою; по-друге, ті, що перекладені потребують внесення редакційних правок, які не змінять наші наміри при ратифікації, однак спростять розуміння тексту документа та підвищать міжнародно-правову самооцінку держави

У Пошуку, присвяченому одностороннім актам, ми здійснимо окремо аналіз перекладів Статуту МС ООН: російською, англійською та французькою мовами. У цьому ж Пошуку зупинимося на Віденській конвенції 1969 р. українською мовою.

Стаття 2 цієї Конвенції українською мовою звучить так: «регульоване міжнародним правом», як, власне, і російською:

⁴⁷⁷ Угода про співробітництво між Службою безпеки України та Національним меморіалом катастрофи й героїзму «Яд Вашем» Держави Ізраїль [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/376_044

⁴⁷⁸ Євінтов В.І. Многоязычные договоры в современном международном праве / В.И. Евинтов. – К., 1981. – 133 с.

«регулируемое». Водночас англійський варіант тексту містить «governed», тобто завершену дію: «врегульоване».

У ряді статей зустрічаються граматичні помилки, що неприпустимо в таких документах. Однак найбільша проблема, яка є зараз в українському перекладі, – термін «звичайний». Його використано у чотирьох статтях документа (преамбула, статті 31, 38 та 46). При цьому в преамбулі та статті 38 мова йде про звичай, тому прикметник має бути «звичаєвий», а не «звичайний», а у статтях 31 та 46 дійсно мова йде про звичність, тому термін вжито вірно – «звичайний».

Напряму з мовними проблемами пов'язане питання назви договору, оскільки через це неможливо чітко класифікувати назви міжнародних договорів. Це положення можна проілюструвати таким прикладом. При розгляді питання про ратифікацію Віденської конвенції 1969 р. сенатський комітет із міжнародних зносин США намагався ототожнити поняття «договір» за Конвенцією та поняття «договір» за Конституцією. І саме положення Конвенції, яка говорить, що юридична сила документа не залежить від назви, стало основною причиною відмови Сенату дати згоду на ратифікацію Конвенції⁴⁷⁹.

Слід відзначити позитивний момент українського законотворення: у законодавстві України міжнародний договір України визначений як укладений у письмовій формі документ з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо), що абсолютно відповідає положенню Конвенції. Саме по цьому шляху пішла більшість держав колишнього СРСР. Те, що найменування договору не впливає на його природу, підтверджується і тим фактом, що одні й ті ж види договорів можуть мати різні назви (консульський договір або консульська конвенція)⁴⁸⁰.

Розглянемо особливості використання найпоширеніших назв у міжнародній практиці.

⁴⁷⁹ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 554.

⁴⁸⁰ Талалаев А.Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий / А.Н. Талалаев. – М., 1997. – С. 9.

Договір – загальний термін, який може бути використаний для всіх видів міжнародних угод. Саме цей термін був використаний у Конвенціях як узагальнюючий (англ. – *treaty*). Як найменування конкретного акта він використовується в особливо важливих випадках. У більшості з них такі документи підлягають ратифікації. Угода – може використовуватися, як і договір, як узагальнююче поняття. Саме через угоду дається визначення договору. Вважається, що угода, як назва документа, використовується для вирішення конкретних питань, але досить часто цей термін застосовують для позначення домовленостей, які не підпадають під визначення міжнародного договору, наданого конвенціями. Конвенція, як і два попередні терміни, може використовуватися і як узагальнююче поняття, і для означення договору, що регулює досить вузьке питання.

Хартія, пакт – використовуються як титул для найважливіших документів. В оригіналі (англійською) Статут ООН має назву Хартія (*Charter*). Досить часто такі назви мають політичні домовленості, наприклад – Атлантична хартія 1941 р. Статут – це міжнародний договір, на підставі якого створюється міжнародна організація. Як вже вказувалося, процесуальні та інші питання регулюються саме Віденською конвенцією 1969 р. (стаття 5). Конституція – найменування договору, що засновує міжнародну організацію. Зокрема, таку назву мають установчі акти Міжнародної організації у справах біженців 1946 р., спеціалізованих установ ООН у сфері продовольства та сільського господарства, освіти, науки, культури, охорони здоров'я. Проте це стосується саме англійських назв, а вже в російському варіанті ці документи мають назву «Статут»⁴⁸¹.

Протокол – найменування міжнародного документа, що регулює обмежене коло питань. Досить часто виступає як додаток до основного договору або «супроводжує договір». Залежно від ситуації, за якої підписується документ, протокол буває: факультативний, протокол наради (інколи має назву *process-verbal*), заключний. Декларація – це, по суті, односторонній акт, але може бути і багатостороннім. Досить часто декларація відповідає поняттю «заява» та є не міжнародним договором, а лише

⁴⁸¹ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 559.

одностороннім актом держави. МС ООН у 1962 р. у *Справі про Південно-Східну Африку*⁴⁸² підтвердив, що назва «декларація» не може впливати на юридичну силу документа і нівелювати його як договірний акт. А Декларація між СРСР та Японією навіть підлягала ратифікації, оскільки замінила мирний договір та визначила приналежність окремих територій. Навіть якщо Декларація не є в деяких випадках міжнародним договором, а за формою лише відповідає політичним домовленостям, її значення для регулювання відносин між державами не слід применшувати, адже на її виконання можуть укладатися міжнародні договори. У деяких випадках такі Декларації виконують функції договору навіть більш ефективно, ніж сам договір. Існує також заключна декларація, яка затверджує підсумки міжнародних зустрічей та нарад. За своєю суттю цей документ наближається до міжнародного договору.

Наближеним за своїм юридичним змістом до декларації є меморандум, який також у залежності від домовленостей держав може бути як міжнародним договором, так і політичною домовленістю. У назві меморандуму досить часто вказується чому (якому саме питанню) він присвячений. Наприклад, Меморандум про наміри між Кабінетом Міністрів України та Урядом Турецької Республіки щодо співробітництва у сфері технічних регламентів, стандартизації, метрології, оцінки відповідності і захисту прав споживачів⁴⁸³.

Обмін нотами – назва, по суті, відображає спосіб укладення договору. Стаття 11 Віденської конвенції 1969 р. передбачає, що згоду держави на обов'язковість для неї договору може бути виражено підписанням договору, обміном документами, затвердженням, приєднанням до нього або будь-яким іншим способом, про який домовилися сторони. Якщо за юридичною силою, враховуючи положення статті 11 Віденської конвенції, обмін нотами

⁴⁸² South West Africa (Liberia v. South Africa) Proceedings joined with South West Africa (Ethiopia v. South Africa) on 20 May 1961 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/47/4955.pdf>

⁴⁸³ Меморандум про наміри між Кабінетом Міністрів України та Урядом Турецької Республіки щодо співробітництва у сфері технічних регламентів, стандартизації, метрології, оцінки відповідності і захисту прав споживачів: Постанова КМУ від 01.08.2006 № 1064 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 31. – Ст. 2224.

не відрізняється від інших угод, то політичний рівень їх значно нижчий⁴⁸⁴.

Modus vivendi (прелімінарні угоди) – різновид тимчасових чи попередніх міжнародних угод, які в подальшому слід замінити іншими, більш постійного характеру. Документ може й не мати назви *modus vivendi*, а бути звичайною угодою за підписами обох сторін. Досить часто він може виражатися у формі обміну нотами. Програма – найменування документів як правового, так і неправового характеру (документів, які служать для реалізації договорів). Однак програма може бути документом, укладеним на виконання основного міжнародного договору. Регламент – найменування, яке часто використовується для позначення актів, які є додатковими угодами (зазвичай до багатосторонніх угод), але так може називатися і самостійний документ.

Практика та доктрина міжнародного договірнього процесу виділяє також адміністративні угоди – міжнародні угоди, що укладаються посадовими особами, установами, які не мають права представляти державу на міжнародному рівні *ex officio*. Закон України «Про міжнародні договори України» відносить такі угоди до міжвідомчих (стаття 3 Закону).

Кожна держава та міжнародна організація володіє правоздатністю укладати договори (стаття 6 Віденської конвенції 1969 р.). Вони є «типовими суб'єктами міжнародного права», але практика міжнародних договірних відносин досить часто складалася таким чином, що учасниками міжнародних договорів ставали інтернаціоналізовані території, неурядові міжнародні організації, воюючі сторони тощо⁴⁸⁵.

Віденська конвенція виділяє чотири категорії держав залежно від ступеня їх відношення до даного договору: «держава, що бере участь у переговорах»; «держава, що домовляється»; «учасник»; «третья держава». «Договірна держава» – держава, яка погодилася на обов'язковість для неї договору, незалежно від того, чи набрав він чинності, чи ні. Конвенція відмежовує від неї поняття «учасника», тобто державу, яка погодилася на обов'язковість для неї договору і для якої договір є чинним. Крім того, Віденська

⁴⁸⁴ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 568.

⁴⁸⁵ Мережко О.О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики: Монографія / О.О. Мережко. – К.: Таксон, 2002. – С. 79.

конвенція 1969 р. виділяє поняття «держава, яка бере участь у переговорах», маючи на увазі державу, яка брала участь у складенні та прийнятті тексту договору.

Поняття суб'єкт, учасник, контрагент, сторона переважно вживаються як синоніми. Проте, на нашу думку, серед них доцільно було б зробити певні розмежування. Зокрема, кілька учасників можуть об'єднатися і виступити як одна сторона. (Угода про партнерство та співробітництво між Україною – одна сторона, і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами – друга сторона.)

В.Н. Дурденевський зазначав, що в мирних договорах із багатьма учасниками існує дві сторони, тобто дві групи держав, які перебували у стані війни. Тому такі мирні договори, як Версальський 1919 р., договори 1947 р. слід вважати двосторонніми. Питання про те, чи є договір двостороннім, чи багатостороннім, можуть набути і практичного значення у випадку припинення договору. У Віденських конвенціях воно вирішене таким чином: не проводиться розмежувань між поняттям «учасник» та «сторона» договору, про що свідчить і та обставина, в одних автентичних текстах вжито термін «сторона» (*party, partie*), а в інших (російський варіант) – «учасник». Більше того, ще в Проекті статей по праву договорів російською мовою було вжито термін «сторона»⁴⁸⁶.

Статут ООН⁴⁸⁷ (статті 3 та 110) передбачає таке поняття, як першочерговий член Організації. Відповідно, першочергові члени ООН є першочерговими сторонами Статуту ООН, який є міжнародним договором. Але слід погодитися з думкою І.І. Лукашука про те, що ніяких правових наслідків для цієї категорії учасників міжнародних договорів не передбачено, хоча деякі напівзакриті міжнародні договори передбачають обов'язкову згоду першочергових учасників на подальшу участь інших держав (міжнародних організацій). Проте обсяг їх прав від часу вступу до учасників договору не залежить.

У залежності від мети договору, можна виділити такі категорії потенційних учасників договору.

⁴⁸⁶ Талалаев А.Н. Право международных договоров. Действие и применение договоров / А.Н. Талалаев. – М., 1985. – С. 246.

⁴⁸⁷ Устав Организации Объединенных Наций [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/documents/charter>

Необхідні учасники – держави (міжнародні організації), без участі яких договір не може бути укладений чи втрачає зміст та не може бути реалізованим. До юридично необхідних учасників належить найбільш зацікавлена держава, тобто така, проблеми якої є основним предметом договірного врегулювання, та зацікавлена держава⁴⁸⁸. Важливі учасники – держави, від участі яких залежить ефективність договору. Так, Конвенція про міжнародну цивільну авіацію 1944 р.⁴⁸⁹ (стаття 50) встановлює особливий порядок вибору Ради ІКАО. Рада є постійним органом, відповідальним перед Асамблеєю. Вона складається з двадцяти однієї Договірної держави, обраної Асамблеєю. Вибори проводяться на першій сесії Асамблеї (надалі – через кожні три роки); обрані таким чином члени Ради виконують свої обов'язки до наступних чергових виборів. Під час виборів членів Ради Асамблея забезпечує належне представництво: 1) державам, які відіграють провідну роль у повітряному транспорті; 2) державам, не включеним на іншій підставі, які вносять найбільший внесок у надання засобів обслуговування для міжнародної цивільної аеронавігації; 3) державам, не включеним на іншій підставі, призначення яких забезпечить представництво в Раді всіх основних географічних районів світу.

Бажані учасники – держави, без участі яких договір може реалізувати поставлену перед ним мету, але їх участь сприяла б ефективності договору. По суті, кожен необхідний або важливий учасник є бажаним. Можливі учасники – держави, участь яких в договорі можлива, але істотно не вплине ні на зміст договору, ні на його реалізацію. Небажані учасники – держави, участь яких може негативно вплинути на ефективність договору, хоча і не буде впливати на його реалізацію. Неможливі учасники – держави, участь яких в договорі вплинула б на можливість реалізації цього договору⁴⁹⁰.

Питання щодо права на участь в універсальних договорах переважно визначене та врегульоване. Практика та і більшість доктринальних підходів визнають за кожною державою право на

⁴⁸⁸ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – 658 с.

⁴⁸⁹ Конвенція про міжнародну цивільну авіацію 1944 р. // Офіційний вісник України. – 2004. – № 40. – Ст. 2667.

⁴⁹⁰ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 166.

участь в універсальних міжнародних договорах. Крім того, таке право держав закріплене в Статуті ООН, стаття 4 якого передбачає, що Статут відкритий для підписання всіма державами.

Декларація про загальну участь у Віденській конвенції про право міжнародних договорів ⁴⁹¹ (Декларація універсальності), прийнята в 1969 р. на Віденській конференції, підтверджує, що будь-яка держава може стати учасницею багатосторонніх договорів, «котрі стосуються кодифікації і прогресивного розвитку міжнародного права або об'єкт та мета яких становлять інтерес для всієї міжнародної спільноти»⁴⁹². Саме в цьому полягає зміст принципу універсальності загальних міжнародних договорів. Однак слід враховувати, що право укласти міжнародні договори може бути обмежене у зв'язку із взятими на себе державою зобов'язаннями, у тому числі й односторонніми, зокрема при оголошенні себе нейтральною. Детальніше про це у Пошуку, присвяченому одностороннім актам держав.

Питання права участі у договорах з обмеженою кількістю учасників майже не розглядається, особливо це стосується підстав участі конкретної держави в конкретних міжнародних договорах.

У зв'язку із цим виділяють найбільш зацікавлені держави, тобто держави, справи якої є основним предметом правового регулювання (див. приклад щодо Каспійського моря); безпосередньо зацікавлені держави – держави, законні інтереси яких мають пряме відношення до предмету договору. Категорія, до якої належить суб'єкт, може змінюватися залежно від ситуації. Особливо це стосується міжнародних договорів із політичним підтекстом. Міжнародний суд обґрунтовує право на участь в договорі «інтересом юридичного характеру»⁴⁹³.

Держави у своєму праві брати участь у міжнародних договорах є абсолютно рівними. І бажаний, і небажаний учасник

⁴⁹¹ Final Act of the United Nations Conference on the Law of Treaties Extract from the Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions (Documents of the Conference) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/docs/english/confdocs/a_conf_39_26.pdf

⁴⁹² Талалаев А.Н. Международные договоры в современном мире / А.Н. Талалаев. – М., 1973. – С. 241.

⁴⁹³ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning The Land, Island and Maritime Frontier Dispute Judgment of 13 September 1990 (El Salvador v. Honduras) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/75/6657.pdf>

визначається тільки обставинами, а не волею інших учасників. Наприкінці XIX ст. Ф.Ф. Мартенс зазначав, що в міжнародних конгресах повинні брати участь усі держави або хоча б держави, інтереси яких зачіпаються⁴⁹⁴.

При цьому держава має право брати участь незалежно від визнання її іншими державами, адже «держава набуває право бути суб'єктом міжнародних договорів не внаслідок її визнання іншими державами-учасницями цих договорів, а вже фактом свого постановлення як суверенної держави»⁴⁹⁵.

Держава, яка лише проходить етап свого становлення, може укладати договори з моменту набуття суверенної влади, здатної бути носієм прав та обов'язків⁴⁹⁶. Особливим випадком є ситуація, коли ООН оголосила незаконним режим, встановлений із порушенням права народів на самовизначення. Прецедент був створений рішенням Ради безпеки ГА ООН щодо расистського режиму в Південній Родезії (Зімбабве). Також не є перешкодою для участі в договорі відсутність між державами консульських або дипломатичних зносин⁴⁹⁷.

Історично в міжнародному публічному праві діяв принцип, подібний до свободи договору, який, на відміну від приватного права, не був нічим обмежений, а так звані великі держави могли диктувати свою волю іншим. При цьому інші держави виступали не як суб'єкти, а як об'єкти міжнародних договорів.

Досить цікавим у цьому контексті є звіт Уряду СРСР «Про міжнародне становище та зовнішню політику СРСР в 1925 р.», де зазначалося, що «зростаюча вага СРСР у міжнародній політиці призвела до неможливості вирішення питань загальносвітового значення без участі СРСР». На цьому будувалася й подальша політика СРСР. Так, уже в 1966 р. міністр закордонних справ СРСР заявив, що Радянський Союз не може не цікавити ситуація

⁴⁹⁴ Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов / Ф.Ф. Мартенс. – Т. 1. – М., 2008. – С. 233.

⁴⁹⁵ Талалаев А.Н. Право международных договоров. Действие и применение договоров / А.Н. Талалаев. – М., 1985. – 296 с.

⁴⁹⁶ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 125.

⁴⁹⁷ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 166.

в будь-якому районі земної кулі⁴⁹⁸. Після припинення існування СРСР аналогічну позицію займають США: «немає такого району у світі, який би виходив за межі американських інтересів»⁴⁹⁹.

Є ще один цікавий аспект участі держав у міжнародному договірному процесі. Укладати міжнародні договори може будь-яка держава, незалежно від форми територіального устрою. Разом із тим слід враховувати, що суб'єктом договору виступає держава в цілому, а не її територіально-адміністративні одиниці. Стаття 6 Віденської конвенції 1969 р. говорить винятково про право лише держави на участь у міжнародних договорах, не розглядаючи окремо питання про правосуб'єктність суб'єктів федерації. Більшість федерацій виступає проти визнання за суб'єктами федерації міжнародної правосуб'єктності.

Водночас під час прийняття Конвенції учасники конференції констатували, що сучасне міжнародне право не знає норми, яка б заперечувала договірну здатність суб'єктів федерації⁵⁰⁰. Так, у жовтні 1993-го року у Відні на першій зустрічі на вищому рівні глави держав та урядів – членів Ради Європи прийняли Віденську декларацію, підтвердивши прихильність Ради Європи справі захисту демократичних ідеалів, рішучість протистояти всім формам нетерпимості⁵⁰¹. Це положення знайшло своє подальше закріплення в Рамковій конвенції про захист національних меншин 1995 р.⁵⁰². Більше того, Віденська декларація зазначає, що створення терпимої та процвітаючої Європи залежить не тільки від співробітництва між державами. Воно вимагає також транскордонного співробітництва між місцевими і регіональними органами (у тому числі там, де немає спільних кордонів) без шкоди для конституції та територіальної цілісності держав. Очевидно, що такі категорії домовленостей не можна віднести до класичних міжнародних договорів, хоча на них і розповсюджуються в деяких

⁴⁹⁸ Громыко А.А. Речь на XXXIII съезде КПСС / А.А. Громыко // Правда. – 1966. – 3 апр.

⁴⁹⁹ The New York Times. – 1980. – 14 Nov.

⁵⁰⁰ Талалаев А.Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий / А.Н. Талалаев. – М., 1997. – С. 20.

⁵⁰¹ Віденська декларація 25 червня 1993 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_189

⁵⁰² Рамкова конвенція про захист національних меншин [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_055

випадках норми міжнародного права, а не враховувати їх у розбудові політики держави – недалекоглядно.

Суб'єкт федерації може брати участь у міжнародних договірних відносинах лише за наявності внутрішнього дозволу, що може міститися в федеративній конституції чи аналогічному документі. Саме такий зміст вкладався до змісту статті 6 Віденської конвенції 1969 р.⁵⁰³ Суб'єкти більшості федерації не мають правоздатності укладати міжнародні договори з іноземними державами, особливо це стосується республік із жорстким президентським правлінням (США, РФ та ін.). Всі повноваження з укладення і навіть реалізації міжнародних договорів лежать на федерації в цілому.

В інших державах (Канада, Австралія) правоздатність укладати міжнародні договори надається лише зі спеціальних питань актами федеративної влади. Як правило, це договори, що регулюють господарську, культурну діяльність тощо.

У деяких федераціях (ФРН, Швейцарія) договірна правосуб'єктність суб'єктів федерації передбачена конституціями держав, однак лише за згодою або за певних умов. Зокрема, з 1949 р. землі Німеччини уклали понад 80 угод, передусім технічного характеру з сусідніми державами, у тому числі щодо кордонів. Швейцарські кантони уклали близько 100 угод (також переважно технічного характеру та в більшості випадків із сусідніми державами)⁵⁰⁴.

Окремо хотілося б зупинитися на правосуб'єктності союзних республік СРСР, що прояснить ситуація із нашим членством в ООН до проголошення незалежності. Стаття 80 Конституції СРСР 1977 р.⁵⁰⁵ передбачала: «Союзна республіка має право вступати у відносини з іноземними державами, укладати з ними договори та обмінюватися дипломатичними і консульськими представниками, брати участь у діяльності міжнародних організацій». Основна причина для прийняття такого рішення була зовнішньополітичною. Саме такий підхід сприяв становленню України як суб'єкта

⁵⁰³ United Nation Conference on the Law of Treaties – First Session Official records. – N.Y., 1969. – P. 58-68.

⁵⁰⁴ Мережко О.О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики: Монографія / О.О. Мережко. – К.: Таксон, 2002. – С. 87.

⁵⁰⁵ Конституция (Основной закон) Союза Советских Социалистических Республик (принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета СССР девятого созыва 7 октября 1977 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1977/red_1977/1549448/chapter/9/

міжнародного права шляхом укладення договорів та участі в ООН. Хоча в 1971 р. Палата представників конгресу США прийняла резолюцію, яка закликала до виключення УРСР та БРСР із членів ООН. Однак міжнародна правосуб'єктність УРСР не була повністю реалізована, адже вона носила обмежений характер. Слід також враховувати, що договори суб'єктів федерації не належать до класичних міжнародних договорів у змісті статті 6 Віденської конвенції 1969 р.

Таким чином, вирішення питання про правосуб'єктність суб'єктів федерації слід шукати не в міжнародному, а у внутрішньому праві. У міжнародному праві єдиний підхід: і унітарна держава, і федерація є абсолютно ідентичними суб'єктами права міжнародних договорів. Саме федерація відповідає за діяльність своїх суб'єктів на міжнародному рівні. Так, МС ООН у *Справі щодо братів ЛаГранд* зазначив, що «міжнародна відповідальність держави виникає в результаті дій у цій державі компетентних органів та влади, якими б вони не були, і дії губернатора Арізони мають відповідати міжнародним зобов'язанням США в цілому»⁵⁰⁶.

Ще одним питанням, яке залишається не вирішеним у міжнародних відносинах, є питання так званого федерального застереження, яке має на меті при підписанні міжнародного договору врахувати особливості саме федеративного устрою. Застереження дає можливість приймати та виконувати лише ті положення, які не стосуються законодавчої компетенції суб'єктів федерації. До діючих договорів із такими застереженнями можна віднести Конвенцію про охорону всесвітнього культурного та природного спадку 1972 р. (стаття 34), Конвенцію про статус біженців 1951 р. (стаття 41), Конвенцію про обмеження випадків безгромадянства 1961 р. (стаття 37)⁵⁰⁷.

Крім держав, класичним суб'єктом міжнародного договірного процесу, визнаного як доктриною, так і конвенційно, виступають міжнародні організації. Дати визначення поняттю міжнародна організація неможливо з огляду на надзвичайну різноманітність

⁵⁰⁶ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Lagrand Case (Germany v. United States of America) Judgment of 27 June 2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>

⁵⁰⁷ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 168.

таких суб'єктів. Конвенційно передбачено, що міжнародна організація означає міжнародну міжурядову організацію, членами якої є держави. Визначаючи поняття міжнародної організації, слід враховувати, що міжнародна організація – це фактор міжнародних відносин, який діє на підставі міжнародного права, і самостійна система міжнародного співтовариства, яка функціонує на підставі специфічних правил, що впливають на формування міжнародного права⁵⁰⁸.

Міжнародні організації мають більшу політичну вагу, ніж окремі держави. Вони є вторинними суб'єктами міжнародного права по відношенню до держав і створюються саме завдяки їх волевиявленню. Отже, їх правосуб'єктність також обмежується тим самим волевиявленням, що зафіксовано у відповідному міжнародному договорі – статуті міжнародної організації, а також цілями та метою, які стоять перед міжнародною організацією. Правосуб'єктність міжнародної організації визначається не тільки статутним договором, але і зі врахуванням рішень та резолюцій, які приймаються відповідно до статуту, а також встановлена практика міжнародної організації. При цьому після вступу договору-статуту в силу виникає новий суб'єкт міжнародного права, який незалежний від держав, що заснували міжнародну організацію⁵⁰⁹.

При укладенні міжнародного договору міжнародна організація користується однаковими правами з державою щодо права на укладення договору. Відповідно до статті 6 Віденської конвенції 1986 р. «правосуб'єктність міжнародних організацій укладати договори регулюється правом цієї організації». Таким чином, визнається принципове право міжнародної організації брати участь у міжнародному договорі. Всі інші питання покладені на розсуд міжнародної організації.

До цих пір у практиці не вирішено питання щодо участі міжнародних організацій у багатосторонніх договорах, де іншими учасниками виступають держави. Досить часто для участі в таких документах до міжнародних організацій ставляться додаткові вимоги, адже, на думку Міжнародного Суду ООН, міжнародні організації є суб'єктами міжнародного права, які, на відміну від

⁵⁰⁸ Нешатаева Т.Н. Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании / Т.Н. Нешатаева. – М., 1999. – С. 41.

⁵⁰⁹ Нешатаева Т.Н. Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании / Т.Н. Нешатаева. – М., 1999. – С. 42.

держав, не наділені загальною компетенцією. Міжнародні організації діють згідно з принципом «спеціалізації». Повноваження міжнародним організаціям надані самими державами й обмежені реалізацією спільних інтересів держав⁵¹⁰. Виходячи із цієї логіки, міжнародна організація може укладати лише певні види міжнародних договорів. Статuti ж міжнародних організацій повинні визначити, які саме міжнародні договори може укладати міжнародна організація та які посадові особи можуть представляти міжнародну організацію. Але слід ще раз наголосити на тому, що, крім повноважень по укладенню міжнародних договорів, прямо передбачених статутним документом, можливе укладення таких міжнародних договорів, укладення яких не тільки прямо передбачене статутом, але й таких, що маються на увазі (виходячи з того, що повноваження міжнародної організації є прямі (передбачені прямо статутом) і такі, що маються на увазі). Однак це детальніше викладено в Пошуку, присвяченому рішенням міжнародних організацій.

Історія міжнародних відносин знає приклади, коли сторонами міжнародних договорів ставали не тільки класичні суб'єкти міжнародних відносин, але й інші: народи, що ведуть боротьбу за незалежність; території з міжнародним режимом; воюючі та повсталі сторони; «парадержави». Ці суб'єкти мають переважно тимчасовий характер.

Так, народи, що ведуть боротьбу за незалежність, перетворюються на державу або зникають. Можна говорити, що цей суб'єкт є квазі-державою, або державою в період становлення. Представляти такі народи у міжнародних відносинах можуть національні органи визволення: фронт, комітет, армія, уряд тощо. Міжнародна правосуб'єктність нації впливає з її міжнародної правосуб'єктності. Історичними прикладами таких органів є МПЛА (Ангола), ФРЕЛІМО (Мозамбік), ПАІГК (Гвінея-Бісау). Ці органи були визнані законними представниками своїх народів ГА ООН⁵¹¹.

⁵¹⁰ International Court Of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Orders Case Concerning Application Of The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) Preliminary Objections Judgment of 11 July 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>

⁵¹¹ Мережко О.О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики. Монографія / О.О. Мережко. – К.: Таксон, 2002. – С. 107 – 108.

Цікавим і неоднозначним суб'єктом права міжнародних договорів є територія з міжнародним статусом, однак це скоріше історичний факт, ніж міжнародно-правова дійсність. Найвідомішими міжнародними територіями були м. Краків, Танжер, Данциг (вільне місто Данциг), Саар. Договірна правоздатність таких територій ніяк не може бути прирівняна до договірної правоздатності держав. По-перше, це пояснюється тим, що міжнародні території мають похідний характер, адже вони створені рішенням держав. У більшості випадків мова взагалі не йшла про можливість наділення таких територій міжнародною правосуб'єктністю. Водночас міжнародна територія Саар уклала ряд угод із Німеччиною та Францією, а також брала участь у низці багатосторонніх угод. Але це скоріше виняток, ніж правило⁵¹².

Очевидно, що питання правосуб'єктності ще одного суб'єкта договірного процесу, яке виникає у зв'язку з початком збройного конфлікту, – воюючої та повсталі сторони – непросте і не може бути вирішене однозначно. Проблема полягає не стільки в правових аспектах, скільки в політичних. Адже наявність чи відсутність правосуб'єктності залежить від волі основних суб'єктів публічного права – держав. «Таке визнання завжди має конститутивний ефект. Як наслідок, стосовно держав, що відмовляються визнати ці утворення, вони не є міжнародними суб'єктами»⁵¹³.

Практика визнання воюючої та повсталі сторони набула значного розповсюдження в XIX – XX ст., особливо на Американському континенті⁵¹⁴. У XX ст. у зв'язку з процесом деколонізації досить інтенсивно виникають національно-визвольні рухи, які визнаються повноправними учасниками міжнародних міждержавних відносин. Що, власне, тягне за собою автоматичне визнання за ними договірної правосуб'єктності. Найяскравіший приклад – Організація Визволення Палестини (ОВП), яка хоча і не є членом ООН, але має статус спостерігача при РБ ООН, члена ЮНЕСКО, є повноцінним членом Ліги Арабських Держав.

⁵¹² Мережко О.О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики: Монографія / О.О. Мережко. – К.: Таксон, 2002. – С. 113.

⁵¹³ Degan V. D. Some Objective Features in Positive International Law / V. D. Degan // *Theory of International Law at the Threshold of the 21 Century (Essays in Honor of Krzysztof Skubiszewski)*. Edited by Jersy Makarezyk. – The Hague: Kluwer Law International. – 1996. – P. 133-140.

⁵¹⁴ Мережко О.О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики: Монографія / О.О. Мережко. – К.: Таксон, 2002. – С. 116.

De facto у міжнародному договірному процесі беруть участь не суб'єкти, а їхні представники. Стаття 7 Віденської конвенції 1969 р.⁵¹⁵ містить загальне правило щодо повноважень, зазначаючи, що особа вважається такою, що репрезентує державу; або з метою прийняття тексту договору чи встановлення його автентичності, або з метою вираження згоди держави на обов'язковість для неї договору, коли:

а) вона пред'явить відповідні повноваження; або

б) з практики відповідних держав чи з інших обставин випливає, що вони мали намір розглядати цю особу як таку, що репрезентує державу для цих цілей, і не вимагати пред'явлення повноважень.

Відповідні особи з огляду на їхні функції і без необхідності пред'явлення повноважень вважаються такими, що репрезентують свою державу:

а) глави держав, глави урядів і міністри закордонних справ – із метою вчинення всіх актів, що стосуються укладення договору;

б) глави дипломатичних представництв – з метою прийняття тексту договору між акредитуючою державою і державою, при якій вони акредитовані;

в) представники, уповноважені державами репрезентувати їх на міжнародній конференції або в міжнародній організації, або в одному з її органів, – із метою прийняття тексту договору на такій конференції, у такій організації або в такому органі.

Виходячи зі змісту Віденської конвенції 1969 р. представники держави можуть бути класифіковані на тих, хто діє з повноваженнями, та тих, хто виступає від імені держави *ex officio*. Останні також мають різний статус, поділяючись, у свою чергу, на тих, хто виступає від імені суб'єкта безумовно та тих, хто має право представляти суб'єкта без повноважень обмежено.

Стаття 6 Закону України «Про міжнародні договори України» 2004 р.⁵¹⁶ (Повноваження на укладення міжнародного договору України) передбачає, що ведення переговорів про підготовку тексту міжнародного договору, його прийняття, встановлення його

⁵¹⁵ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

⁵¹⁶ Про міжнародні договори України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.

автентичності або підписання міжнародного договору України здійснюються лише уповноваженими на те особами.

У повноваженнях зазначається право конкретної особи або осіб на ведення переговорів, прийняття тексту договору, встановлення його автентичності, підписання або інші вираження згоди. Але слід враховувати, що повноваження може видаватися не на весь договірний процес, а, наприклад, на ведення переговорів без права підписання. Повноваження повинні бути видані компетентними органами держави у відповідності до внутрішнього законодавства. Слід також враховувати і положення міжнародного права. Адже питання представництва регулюються як національним, так і міжнародним правом. Найявністю міжнародно-правового аспекту в такому питанні, яке здавалося б, винятково входить до внутрішньої компетенції, пояснюється передусім тим, що є необхідність у виробленні загальноприйнятих стандартів у цій області, які б сприяли стабільності міжнародного договірного обороту⁵¹⁷. Компетентний орган також може бути визначений у процедурі конференції при розробці та підписанні багатосторонніх міжнародних договорів. У правилах процедури Віденської конференції по праву міжнародних договорів встановлювалося, що повноваження представникам держав видаються главою державою, главою уряду або міністром закордонних справ.

Це положення знайшло відображення і в Законі України «Про міжнародні договори України»⁵¹⁸. Зокрема, частина 2 статті 6 передбачає, що Президент України, Прем'єр-міністр України і міністр закордонних справ України мають право вести переговори і підписувати міжнародні договори України без спеціальних повноважень. Ці особи уповноважені здійснювати всі дії, що стосуються укладення міжнародних договорів, але без обов'язку пред'являти документи, що підтверджують ці повноваження. Глави держав мають такі повноваження історично, адже монарх мав право представляти свою державу з будь-яких питань (*jus representationis omnimodae*). Міжнародний Суд ООН у 1996 р., розглядаючи питання про застосування Конвенції про геноцид, сформулював таке положення: «Відповідно до міжнародного права не може бути

⁵¹⁷ Лукашук І.І. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 365.

⁵¹⁸ Про міжнародні договори України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.

сумнівів у презумпції того, що кожний глава держави здатний діяти від імені держави в міжнародних відносинах»⁵¹⁹.

Сьогодні у світі спостерігається чітка тенденція до посилення ролі глави уряду в міжнародних відносинах. Практика деяких держав свідчить, що саме виконавча влада відіграє провідну роль у формуванні договірної практики держави⁵²⁰. «За англійським правом ведення переговорів і укладення договорів перебуває цілком у розпорядженні виконавчої влади»⁵²¹.

Стовно міністрів іноземних справ це право було підтвержене рішенням Постійної Палати міжнародного правосуддя у *Справі про правовий статус Гренландії в 1933 р.*⁵²²

Указ Президента України від 6 квітня 2011 р. «Про затвердження положення про Міністерство закордонних справ України» зазначає, що міністр закордонних справ України представляє без спеціальних повноважень Україну в зовнішніх зносинах, на двосторонніх і багатосторонніх переговорах, підписує міжнародні договори України⁵²³.

Ще одна категорія уповноважених на представництво держави в міжнародних відносинах – глави дипломатичних представництв. Однак їхні повноваження представляти державу без додаткових повноважень порівняно з попередніми категоріями значно звужено, оскільки вони представляють державу у відносинах тільки з конкретною державою, при якій вони акредитовані, при цьому не на всіх стадіях укладення договору, а тільки на стадії ведення переговорів, погодження тексту, прийняття та встановлення автентичності. Що стосується виразу згоди на обов'язковість міжнародного договору, то на це глава дипломатичного представництва

⁵¹⁹ International Court Of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Orders Case Concerning Application Of The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) Preliminary Objections Judgment of 11 July 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>

⁵²⁰ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 367.

⁵²¹ Lord Templeman. Treaty-Making and the British Parliament / Lord Templeman. – Dordrecht, 1990. – P. 153.

⁵²² Legal Status of Eastern Greenland, Judgment of 5 April 1933 // P.C.I.J. – Series A/B. – №53 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf

⁵²³ Про Положення про Міністерство закордонних справ України // Офіційний вісник України. – 2011. – № 9. – С. 3.

повинен мати додаткові повноваження. Ідентична ситуація складається і з представниками держави на міжнародній конференції. Згідно з частиною 3 статті 6 Закону України «Про міжнародні договори України» глава дипломатичного представництва України в іноземній державі або глава представництва України при міжнародній організації має право вести без спеціальних повноважень переговори про укладення міжнародного договору, підготовку тексту міжнародного договору та його прийняття з державою акредитації або в рамках відповідної міжнародної організації.

Повноваження на ведення переговорів і підписання міжнародних договорів України надаються:

- а) щодо міжнародних договорів, які укладаються від імені України, – Президентом України;
- б) щодо міжнародних договорів, які укладаються від імені Уряду України, – Кабінетом Міністрів України;
- в) щодо міжвідомчих договорів – у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України.

Делегація чи представник України, наділені повноваженнями відповідно до українського законодавства, зобов'язані вести переговори та здійснювати інші дії згідно з наданими їм повноваженнями та директивами. Делегація чи представник України подають відповідно Президентові України або Кабінету Міністрів України звіт про виконання директив. Звіт повинен містити погоджені з Міністерством закордонних справ України висновки та пропозиції щодо подальших дій з укладення міжнародного договору. У випадку, якщо особа, не маючи повноважень на укладення договору, претендує на вчинення певних дій, пов'язаних з укладенням договору, то дії такої особи можна розцінити виключно як дії приватної особи. Відповідно, вчинені цією особою дії не мають юридичного значення до тих пір, поки вони не підтверджені державою (стаття 8 Віденської конвенції 1969 р.) При цьому у Конвенції не зазначено, яким чином і коли виражається підтвердження. Тому можна вважати, що якщо держава виконує положення договору, то це також форма її згоди. Тобто, підтвердження може бути пряме або опосередковане⁵²⁴.

Надзвичайно важливим етапом в укладенні міжнародних договорів є прийняття тексту міжнародного договору. Згідно зі статтею

⁵²⁴ Доклады Комиссии международного права. – 1966. – С. 90 – 92.

9 Віденської конвенції 1969 р. текст договору приймається за згодою всіх держав, що беруть участь у його складанні, за винятком прийняття тексту на міжнародній конференції, де він приймається голосуванням за нього 2/3 держав, що присутні і беруть участь у голосуванні, якщо тією ж більшістю не було вирішено інший порядок прийняття рішень. Віденські конвенції не містять визначення того, що слід розуміти під прийняттям тексту договору, на відміну від прийняття самого договору як одного зі способів вираження згоди держав на його обов'язковість. Доктринально «прийняття тексту» – це формальний акт, за допомогою якого встановлюється форма і зміст договору⁵²⁵. Це виражається в процедурі голосування. Форма прийняття визначається попередньо – на переговорах або в правилах міжнародної конференції. За загальним правилом тексти двосторонніх договорів та договорів із невеликою кількістю учасників приймаються односторонньо. На широких міжнародних конференціях тексти договорів приймаються більшістю голосів – 2/3. Зокрема, саме такий порядок було застосовано на Белградській конференції про режим Дунаю 1948 р.⁵²⁶. Інколи для підвищення ефективності роботи конференції держави використовують процедури консенсусу, тобто загальної згоди. Така процедура може застосовуватися якщо не для прийняття всього тексту, то хоча б його частин. Консенсус застосовувався на Третій конференції по міжнародному морському праву⁵²⁷.

Слід звернути увагу на особливість формулювання частини 2 статті 9 Віденської конвенції 1969 р. (порядку формулювання положення щодо голосування): «2/3 від держав, що присутні і беруть участь у голосуванні». Тобто, голоси держав, представники яких були відсутні або утрималися від голосування, не враховуються. Тут Конвенція закріпила ту практику, яка склалася в ООН (закріплена у статті 18 Статуту ООН⁵²⁸) щодо скликання міжнародних конференцій, де тільки процедурні питання прийма-

⁵²⁵ Sinclair I. *The Vienna Convention on the Law of Treaties* / I. Sinclair. – Manchester, 1973. – P. 32.

⁵²⁶ Талалаев А.Н. *Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий* / А.Н. Талалаев. – М., 1997. – С. 25.

⁵²⁷ Касьян Н.Ф. *Консенсус в современных международных отношениях* / Н.Ф. Касьян. – М., 1983. – 120 с.

⁵²⁸ Устав Организации Объединенных Наций [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/documents/charter>

ються простою більшістю, а суттєві – голосами в 2/3 держав, що присутні та беруть участь. Так, у Статуті зазначається, що кожний член ГА має один голос. Рішення ГА ООН із важливих питань приймаються більшістю голосів (2/3 присутніх та тих, що беруть участь у голосуванні членів Асамблеї). Ці питання включають: рекомендації щодо підтримання міжнародного миру та безпеки, вибори непостійних членів Ради Безпеки, ЕКОСОР, членів Ради з Опіки, прийом нових членів до Організації, призупинення прав та привілеїв членів Організації, виключення з Організації її членів, функціонування системи опіки, бюджетні процеси. Рішення з інших питань, включаючи визначення додаткових категорій питань, які підлягають рішенню більшістю у 2/3, приймаються простою більшістю присутніх, що беруть участь у голосуванні.

Однак слід враховувати, що правило про 2/3 є диспозитивним – держави можуть домовитися про інше, але це рішення має бути прийняте кваліфікованою більшістю або одностайно. На конференціях прийняття тексту статей договору проходить, зазвичай, декілька стадій: у відповідному комітеті, редакційному комітеті, на пленарному засіданні конференції. Кожна стаття (інколи навіть її частина) приймається окремо, і тільки в кінці конференції приймається текст конференції в цілому. Правила процедури визначають і форму голосування. У важливих питаннях застосовується так зване поіменне голосування в алфавітному порядку держав, що беруть участь, починаючи з держави, що обрана головою. Голосування за текст і підтвердження його автентичності не розглядається як згода держави на обов'язковість для неї договору. Однак це буде становити позицію держави, яка надалі може бути навіть розцінена як *opinio juris* держави. Результати такого голосування фіксуються шляхом занесення в протоколи конференції. Тому за ними легко прослідкувати позицію держави як щодо тексту в цілому, так і щодо окремих його положень⁵²⁹.

Після того, як текст міжнародного договору погоджено і він прийнятий, необхідно певним чином зафіксувати, що даний текст є кінцевим і не підлягає зміні зі сторони уповноважених, тобто встановлюється автентичність тексту. Це надзвичайно важливий елемент в укладенні міжнародного договору, оскільки кожна

⁵²⁹ Талалаев А.Н. Право международных договоров. Общие вопросы / А.Н. Талалаев. – 312 с. – 139.

держава має бути впевнена в тому, які саме зобов'язання бере на себе.

Процедура встановлення автентичності або визначається в самому договорі, або погоджується іншим чином між сторонами. Якщо ж така процедура не передбачена сторонами, то формою підтвердження автентичності може слугувати підписання *ad referendum* (незазакінчене або умовне підписання), включення тексту договору в заключний акт міжнародної конференції, парафування тощо. Останнє є найпоширенішим і відбувається шляхом проставлення уповноваженими своїх ініціалів під текстом договору на знак того, що даний договір погоджено і він не підлягає зміні. Парафування не є підписанням договору і не може бути розцінене як взяття державою на себе зобов'язань, тому спеціальних повноважень для нього не вимагається. Проте в практиці зустрічаються випадки, коли парафування прирівнюється до підписання. Це закріплено й нормативно у статті 12 Віденської конвенції 1969 р. Зокрема, йдеться про ситуації, коли парафування здійснює глава держави, глава уряду або міністр закордонних справ.

Якщо після прийняття тексту міжнародного договору має місце його підписання, то цим засвідчується його автентичність. Раніше такої стадії, як встановлення автентичності договору, взагалі не виділяли, але зараз досить часто існує часовий розрив між встановленням автентичності та безпосередньо підписанням договору.

Стаття 11 Віденської конвенції 1969 р. встановлює, що згода держави на обов'язковість для неї договору може бути виражена його підписанням, обміном документами, що становлять договір, ратифікацією договору, його прийняттям, затвердженням, приєднанням до нього або іншим способом, про який держави домовилися. По суті, це вже наступна стадія міжнародного договірного процесу, адже перша закінчилася після встановлення автентичності міжнародного договору. Стаття встановлює форми надання згоди державами, зокрема: ратифікація, прийняття, затвердження. Однак такий перелік не є вичерпним. Конвенція дає державам можливість встановлювати зручні для них у даній конкретній ситуації форми надання згоди на обов'язковість міжнародних договорів.

Розглянемо кожну форму детально. Почнемо з підписання. Це один із найважливіших способів надання згоди на обов'язковість договору. Раніше взагалі вважалось, що всі міжнародні договори мають проходити стадію підписання. Однак за останні десятиліття

з'явилися договори, які не проходять такої стадії. Зокрема, це договори, що укладені в рамках міжнародних організацій (наприклад, Міжнародна організація праці). Проте це зовсім не означає нівелювання значення такої стадії, як підписання, адже не випадково датою укладення договору вважається день його підписання.

Для того, щоб підписання вважалось формою надання згоди державою, необхідно дотриматися таких нормативно закріплених умов: сам договір безпосередньо передбачає, що підписання прирівнюється до надання згоди на обов'язковість міжнародного договору або ж така згода висловлена державами іншим способом, у тому числі якщо такий намір впливає з повноважень представника держави, заявлених у ході переговорів.

Договірна практика за останні роки значно змінилася. Раніше більшість договорів підлягала ратифікації, а зараз, за окремими даними, без ратифікації укладається до 80% всіх договорів⁵³⁰. Якщо договір підлягає затвердженню або ратифікації, то його підписання не може виконувати функцію надання остаточної згоди.

Зупинимось на ратифікації договору детальніше. Ратифікація – це один із найдавніших інститутів, який виник практично одночасно з першими договорами між державами. Однак зміст самого інституту ратифікації значно змінився. Раніше змістом ратифікації виступало підтвердження того, що представник держави правильно виконав інструкції, які були надані йому монархом. Тобто, ратифікація носила виключно внутрішній характер. Сьогодні інститут ратифікації має не тільки внутрішній аспект, але і міжнародний.

Сучасний інститут ратифікації сформувався тільки у XVIII ст. як засіб контролю парламенту над виконавчою владою⁵³¹. Збереження інституту ратифікації визначається не тільки юридичною необхідністю. Ратифікація дає державі можливість ще раз розглянути зміст підписаного договору, проконтролювати дії виконавчої влади та її уповноважених при укладенні договору, в деяких випадках – підготувати суспільство до вступу договору в силу. Іноді додатковий аналіз підписаного договору призводить до відмови від ратифікації договору. Досить яскравий приклад –

⁵³⁰ Талалаев А.Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий. – М., 1997. – 334 с.

⁵³¹ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 412.

підписання Україною договору з Російською Федерацією щодо правонаступництва, який так і не було ратифіковано⁵³². До цього слід поставитися із великою пересторогою, адже не ратифікація не є порушенням норм права міжнародних договорів, однак порушує принцип добросовісності та нерідко призводить до політичних ускладнень у відносинах між державами. Разом із тим варто зазначити, що досить часто не ратифікація документа – це не відмова в класичному розумінні, а відкладення. Зокрема, Женевський протокол про заборону хімічної та бактеріологічної зброї 1925 р. був ратифікований США через 50 років після його підписання.

Відмова від ратифікації, як зазначалося, не вважається міжнародним правопорушенням, однак потрібно враховувати, що необґрунтована відмова від ратифікації негативно впливає на стабільність міжнародного співробітництва, особливо це стосується двосторонніх міжнародних договорів. Водночас варто пам'ятати, що ратифікацію не можна взяти назад, якщо мова не йде про так звану умовну ратифікацію. Ратифікація може бути оскаржена у відповідності до процедури, передбаченої статтями 65 – 68 Віденської конвенції 1969 р.

Українське законодавство пішло по шляху встановлення видів договорів, які в обов'язковому порядку підлягають ратифікації. Порядок ратифікації міжнародних договорів України детально прописаний у національному законодавстві. Так, ратифікація міжнародних договорів України здійснюється шляхом прийняття закону про ратифікацію, невід'ємною частиною якого є текст міжнародного договору.

Ратифікації підлягають міжнародні договори України:

а) політичні (про дружбу, взаємну допомогу і співробітництво, нейтралітет), територіальні і такі, що стосуються державних кордонів, розмежування виключної (морської) економічної зони і континентального шельфу України, мирні;

б) що стосуються прав, свобод та обов'язків людини і громадянина;

в) загальноекономічні (про економічне та науково-технічне співробітництво), із загальних фінансових питань, із питань надання Україною позик та економічної допомоги іноземним державам і

⁵³² Россия единственный правопреемник СССР. Украина не может требовать часть активов и советской недвижимости за границей [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.vduma.ru/article.php?id=5>

міжнародним організаціям, а також про одержання Україною від іноземних держав і міжнародних фінансових організацій позик, не передбачених Державним бюджетом України;

г) про участь України у міждержавних союзах та інших міждержавних об'єднаннях (організаціях), системах колективної безпеки;

г) про військову допомогу та направлення підрозділів Збройних Сил України до інших держав чи допуску підрозділів збройних сил іноземних держав на територію України, умови тимчасового перебування в Україні іноземних військових формувань;

д) що стосуються питань передачі історичних та культурних цінностей Українського народу, а також об'єктів права державної власності України;

е) виконання яких зумовлює зміну законів України або прийняття нових законів України;

є) інші міжнародні договори, ратифікація яких передбачена міжнародним договором або законом України.

Пропозиції щодо ратифікації міжнародного договору України подаються Міністерством закордонних справ України упродовж шести місяців із дня його підписання:

а) стосовно міжнародних договорів, що укладаються від імені України, – Президентові України;

б) стосовно міжнародних договорів, що укладаються від імені Уряду України, – Кабінету Міністрів України.

Пропозиції щодо ратифікації міжнародного договору України включають такі документи:

а) подання відповідно Президентові України або Кабінету Міністрів України;

б) проект подання Верховній Раді України, в якому визнається кандидатура доповідача законопроекту на пленарному засіданні Верховної Ради України;

в) проект закону про ратифікацію міжнародного договору України;

г) текст міжнародного договору українською мовою;

г) довідку про погодження проекту закону зацікавленими міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади;

д) супровідну (пояснювальну) записку, в якій обґрунтовується доцільність укладення міжнародного договору України,

визначаються його вірогідні політичні, правові, соціально-економічні, гуманітарні та інші наслідки, а також суб'єкти виконання міжнародного договору України;

е) фінансово-економічне обґрунтування та, у разі подання пропозицій щодо ратифікації міжнародного договору України, реалізація якого потребує матеріальних чи інших витрат за рахунок Державного бюджету України, бюджету Автономної Республіки Крим чи місцевих бюджетів, пропозиції щодо покриття витрат відповідних бюджетів;

е) порівняльну таблицю – у разі подання пропозицій щодо ратифікації міжнародного договору України, виконання якого потребує прийняття нових чи внесення змін до чинних законів України або яким вносяться зміни до іншого міжнародного договору України;

ж) електронні версії текстів зазначених документів.

Підготовка пропозицій щодо ратифікації міжнародних договорів України здійснюється міністерством, іншим центральним органом виконавчої влади, відповідальним за укладення міжнародного договору України. Міністерство, інший центральний орган виконавчої влади готує пропозиції щодо ратифікації міжнародного договору України і подає їх Міністерству закордонних справ України упродовж двох місяців із дня його підписання. Міністерство закордонних справ України подає зазначені пропозиції відповідно Президентові України або Кабінету Міністрів України. Президент України або Кабінет Міністрів України розглядають пропозиції щодо ратифікації міжнародного договору України і приймають рішення про внесення на розгляд Верховної Ради України в порядку законодавчої ініціативи проекту закону про ратифікацію міжнародного договору України.

Якщо на ратифікацію подається міжнародний договір, виконання якого потребує прийняття нових або внесення змін до чинних законів України, проекти таких законів подаються на розгляд Верховної Ради України разом із проектом закону про ратифікацію та приймаються одночасно. Верховна Рада України розглядає внесений Президентом України або Кабінетом Міністрів України проект закону про ратифікацію міжнародного договору

України і приймає відповідне рішення (стаття 9 Закону України «Про міжнародні договори України» 2004 р.⁵³³).

Зміст українського законодавства щодо ратифікації міжнародних договорів відповідає змісту Віденської конвенції, яка, зокрема стаття 14, передбачає, що згода держави на обов'язковість для неї договору виражається ратифікацією, якщо: а) договір передбачає, що така згода виражається ратифікацією; б) в інший спосіб установлено, що держави, які беруть участь у переговорах, домовилися про необхідність ратифікації; с) представник держави підписав договір з умовою ратифікації; d) намір держави підписати договір з умовою ратифікації впливає з повноважень її представника або був виражений під час переговорів. Згода держави на обов'язковість для неї договору виражається прийняттям або затвердженням на умовах, подібних до тих, які застосовуються до ратифікації⁵³⁴.

У рамках Секретаріату ООН було розроблено Інструкцію щодо міжнародних договорів⁵³⁵, де зазначено, що ратифікація – це міжнародно-правовий акт, яким держава виражає свою згоду бути зв'язаною договором, якщо сторони мають намір зв'язати себе таким актом. Вперше доктринальне визначення ратифікації дав Джордж Фітцморіс⁵³⁶. Підготовчі матеріали до Віденської конференції 1969 р. свідчать про те, що фахівці, які працювали над розробкою проекту статей, мали на увазі саме міжнародний аспект ратифікації.

Ратифікація полягає у двох різних актах: у внутрішньодержавному (закон, указ тощо) і міжнародному (ратифікаційній грамоті)⁵³⁷. Це підтверджується і положенням статті 16 Віденської конвенції 1969 р.⁵³⁸: якщо договором не передбачено інше, то ра-

⁵³³ Про міжнародні договори України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.

⁵³⁴ Про міжнародні договори України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.

⁵³⁵ Руководство по международным договорам [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/treaty_handbook.pdf

⁵³⁶ Представник відомої сім'ї англійських юристів, серед яких були і суддя Європейського суду з прав людини (сер Джеральд Фітцморіс), і члени Комісії міжнародного права ООН (сер Джордж Фітцморіс).

⁵³⁷ Рьяка В.А. Ратификация международных договоров: автореф. дисс. канд. юрид. наук / В.А. Рьяка. – К., 1983. – С. 10.

⁵³⁸ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

тифікаційні грамоти, документи про прийняття, затвердження або приєднання означають згоду держави на обов'язковість для неї договору з моменту обміну ними між договірними державами.

Практика міжнародних відносин, крім класичної ратифікації, також виробила умовну ратифікацію, яка зустрічається досить часто, і проти якої виступає більшість вчених. Тобто, мова йде про ратифікацію договору, якщо інша сторона виконає ще ряд умов (виправить помилки, підпише додаткові документи). Так, у лютому 1999 р. Рада Федерації РФ прийняла постанову про Федеральний закон «Про ратифікацію договору про дружбу, співробітництво та партнерство між Російською Федерацією та Україною». Постанова схвалила цей договір, але разом із тим зазначила, що обмін ратифікаційними грамотами має відбутися тільки після того, як Україна підпише ряд угод щодо Чорноморського флоту⁵³⁹.

Як вже було сказано вище, процедура ратифікації закінчується обміном ратифікаційними грамотами. На підставі підписаного та офіційно оприлюдненого Президентом України закону про ратифікацію відповідного договору Голова Верховної Ради України підписує ратифікаційну грамоту, яка засвідчується підписом міністра закордонних справ України, якщо договором передбачено обмін такими грамотами (стаття 9 Закону України «Про міжнародні договори України»⁵⁴⁰).

При двосторонньому договорі відбувається обмін ратифікаційними грамотами (у більшості випадків обмін відбувається в столиці тієї держави, де договір не підписувався), а при укладенні багатостороннього договору вони здаються депозитарію. Хоча практика міжнародних відносин свідчить про те, що є й інший спосіб – сторони замість того, щоб обмінюватися ратифікаційними грамотами, просто повідомляють про акт ратифікації. Слід мати на увазі, що сторони також можуть домовитися про те, що договір

⁵³⁹ Постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации О Федеральном законе «О ратификации Договора о дружбе, сотрудничестве и партнерстве между Российской Федерацией и Украиной» и о Заявлении Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации «В связи с ратификацией Договора о дружбе, сотрудничестве и партнерстве между Российской Федерацией и Украиной» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.mid.ru/bdcomp/dip_vest.nsf/99b2ddc4f717c733c32567370042ee43/551b02dbd01887acc32568870044375!OpenDocument

⁵⁴⁰ Про міжнародні договори України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.

вступить у силу не після обміну ратифікаційними грамотами, а в термін, встановлений у самому договорі.

Обмін ратифікаційними грамотами завершує вступ договору в силу. Проте навіть наявність ратифікаційного акта не свідчить про вступ договору в силу. Так, МС ООН, вирішуючи спір між Лівією і Чадом, визнав договір 1935 р. таким, що не вступив в дію (ратифікація договору була надана парламентами обох сторін, але обмін ратифікаційними грамотами не відбувся і договір не вступив в силу)⁵⁴¹.

Доктрині та практиці міжнародного спілкування відомі випадки, коли ратифікація не є формальною, а такою, що мається на увазі. За таких умов формальний акт ратифікації замінюється на конклюдентні дії. Тобто, сторони своїми діями підтверджують факт згоди. Так, Між СРСР та Румунією було укладено договір щодо уникнення конфліктів на Дністрі. СРСР ратифікував договір, а Румунія – ні. Але фактично Румунія вжила всіх заходів для того, щоб договір працював – брала участь у діяльності спеціальної міжнародної комісії⁵⁴².

Як синонім ратифікації Конвенція 1969 р. також наводить можливий порядок вступу договору в силу шляхом підтвердження підпису з подальшим прийняттям. Можна вважати це спрощеним порядком ратифікації. Частина 2 статті 14 Віденської конвенції 1969 р. говорить саме про затвердження та прийняття як способи виразу згоди держави. Але це внутрішньодержавні акти, які не можуть бути розцінені виявами згоди в міжнародно-правовому значенні. Це, скоріше, попередня оцінка з боку держави. Термін «затвердження» застосовується також до договорів, що укладаються міжнародними організаціями (стаття 63 Статуту ООН, стаття 14 Віденської конвенції 1986 р.).

Відповідно до Закону України затвердженню підлягають міжнародні договори України, які не потребують ратифікації, якщо такі договори передбачають вимогу щодо їх затвердження або встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться в актах Президента України або Кабінету Міністрів України.

⁵⁴¹ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning The Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v Chad) Judgment of 3 February 1994 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/83/6897.pdf>

⁵⁴² Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004. – С. 426.

Затвердження міжнародних договорів України здійснюється Президентом України у формі указу щодо:

- а) міжнародних договорів, які укладаються від імені України;
- б) міжнародних договорів, які укладаються від імені Уряду України, якщо такі договори встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться в актах Президента України.

Затвердження міжнародних договорів України здійснюється Кабінетом Міністрів України у формі постанови щодо:

- а) міжнародних договорів, які укладаються від імені Уряду України, крім договорів, зазначених у пункті «б» частини другої цієї статті;
- б) міжвідомчих договорів, якщо такі договори встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться в актах Кабінету Міністрів України.

Пропозиції щодо затвердження міжнародних договорів України подаються Міністерством закордонних справ України відповідно Президентові України або Кабінету Міністрів України.

Пропозиції щодо затвердження міжнародних договорів України включають такі документи:

- а) подання відповідно Президентові України або Кабінету Міністрів України;
- б) проект відповідно указу Президента України або постанови Кабінету Міністрів України;
- в) текст міжнародного договору українською мовою та супровідні документи;
- г) довідку про погодження проектів відповідно указу Президента України або постанови Кабінету Міністрів України зацікавленими міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади;
- г) супровідну (пояснювальну) записку, в якій обґрунтовується доцільність укладення міжнародного договору, визначаються його вірогідні політичні, правові, соціально-економічні, гуманітарні та інші наслідки, суб'єкти виконання міжнародного договору України;

д) порівняльну таблицю – в разі внесення пропозицій щодо затвердження міжнародних договорів;

е) електронні версії текстів документів.

Підготовка пропозицій щодо затвердження міжнародного договору України здійснюється міністерством або іншим центральним органом виконавчої влади, відповідальним за укладення

міжнародного договору України. Затвердження міжвідомчих договорів здійснюється в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України.

Прийняття, як і затвердження, достатньо нове явище в міжнародних відносинах. Однак новизна тут скоріше термінологічна, ніж за суттю. Про це свідчить договірна практика держав і той факт, що одні й ті ж самі процедури в різних випадках розуміються по-різному: в одних – прийняттям, в інших – приєднанням. Наприклад, стаття 79 Статуту Всесвітньої організації охорони здоров'я зазначає, що держави можуть приєднатися до нього через прийняття, яке здійснюється шляхом вручення офіційного документа про прийняття Генеральному Секретарю ООН. Аналогічні формулювання містяться в Статуті ЮНЕСКО (ст. XV). Однак інші багатосторонні договори в таких випадках говорять про приєднання, чому власне і присвячена ст. 15 Віденської конвенції 1969 р. Так, приєднання передбачено у статті 33 Конвенції Всесвітньої метеорологічної організації 1947 р., статті 16 Міжнародної конвенції електрозв'язку 1952 р. тощо.

У даних випадках прийняття та приєднання вживаються як синоніми. У міжнародній договірній практиці зустрічається вираз «прийняття договору до відома». Таке прийняття не робить державу повноцінним учасником договору, але може свідчити про намір сторони виконувати або хоча б не порушувати положення конкретного міжнародного договору. Ще раз хотілося б звернути увагу на те, що Конвенція розрізняє прийняття договору і прийняття тексту договору. Прийняття міжнародного договору – це спосіб вираження згоди на обов'язковість даного договору, а прийняття тексту договору (стаття 9 Віденської конвенції 1969 р.) – це лише згода уповноваженої особи із формулюваннями тексту, яка не призводить до виникнення у держави договірних зобов'язань. Прийняття міжнародного договору оформляється за допомогою дещо інших документів, ніж ратифікація. Порівняно з ратифікаційними грамотами, документи про прийняття не мають встановленої форми.

Не дивлячись на те, що договірна практика досить часто, як вже було сказано вище, не розрізняє понять прийняття та приєднання, такий вид надання згоди окремо врегульовує стаття 15 Віденської конвенції 1969 р.

Згода держави на обов'язковість для неї договору виражається приєднанням, якщо:

1) договір передбачає, що така згода може бути виражена державою шляхом приєднання;

2) іншим чином встановлено, що держави, які беруть участь у переговорах, домовилися, що така згода може бути виражена шляхом приєднання;

3) усі учасники домовилися, що така згода може бути виражена даною державою шляхом приєднання.

Слід відзначити, що приєднатися можна не тільки до договору, що вступив у силу. Хоча Конвенція 1969 р. не ставить ніяких вимог щодо форми приєднання, на практиці зустрічаються документи про приєднання, в яких сказано, що вони підлягають ратифікації. Якщо акт приєднання був зданий до депозитарію без ратифікації, вважається, що він не є актом приєднання, а лише держава висловила намір про приєднання до міжнародного договору. Якщо ж обов'язковості ратифікації не передбачено, то депозитарій включає державу, що приєдналася до числа учасників договору і повідомляє про це інших учасників⁵⁴³. У результаті приєднання видається особливий документ – грамота про приєднання, як за формою та змістом відіграє роль ратифікаційної грамоти.

Міжнародні договори можуть бути укладені у спрощеній формі – шляхом обміну документами, які і є договором. Це положення логічно впливає із визначення міжнародного договору, даного у статті 2 Віденської конвенції 1969 р.⁵⁴⁴ «Один або декілька поєднаних між собою документи». Стаття 13 цієї ж Конвенції передбачає, що згода держав на обов'язковість для них договору, що складається з документів, якими держави обмінюються, виражається шляхом такого обміну, якщо:

1) ці документи передбачають, що обмін буде мати таку силу;

2) іншим чином встановлена домовленість цих держав про те, що такий обмін повинен мати таку силу.

Конвенція не визначає документи, якими мають обмінюватися держави з метою укладення міжнародних договорів. Договірна практика тут надзвичайно різноманітна. Це можуть бути ідентичні ноти, підписані главами урядів або особами, які представляють держави. Однак документи не завжди мають назви «нота» або

⁵⁴³ Талалаев А.Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий / А.Н. Талалаев. – М., 1997. – 334 с.

⁵⁴⁴ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

бувають підписаними. Зустрічаються і вербальні ноти. Документи також можуть мати форму листів, обмін меморандумами, пам'ятними записками і, навіть, телеграмами. Ще раз хотілося б підкреслити, що назва документів не відіграє жодної ролі, головне, щоб сторони вважали себе зобов'язаними за договором. Міжнародні договори, укладені таким способом, можуть бути спрямовані на регулювання міжнародних відносин у будь-якій сфері⁵⁴⁵.

Найчастіше так укладають двосторонні міжнародні договори. Хоча зміст ст. 13 Віденської конвенції 1969 р. не обмежує можливість держав укласти таким чином і багатосторонні договори. Як правило, такі договори не підлягають ратифікації або затвердженню, вони тільки підписуються, однак це не виключає можливості домовитися сторонам про необхідність ратифікації договору.

Разом із тим слід враховувати, що держава може надати згоду на обов'язковість для неї не всього договору, а лише його частини, за умови, що це допускається самим договором або є згода інших держав, які домовляються. У такому випадку має бути допустимою ратифікація частини договору, його затвердження, прийняття та приєднання. Однак за відсутності такого дозволу, за загальним правилом, вважається, що згода (в якій би формі вона не була виражена) стосується всього договору. Віденська конвенція 1969 р. не встановлює жодних заборон щодо цього. Але частина 1 статті 17 цієї ж Конвенції встановлює, що надання згоди на частину договору допустиме лише у випадку, якщо це дозволено самим договором або за згодою держав – учасниць договору.

Надання згоди на частину договору не слід плутати з наданням згоди на одне з положень договору, який допускає можливість вибору. Віденська конвенція достатньо чітко врегулювала дане положення, зазначивши, що згода держави на обов'язковість для неї міжнародного договору, який допускає можливість вибору між різними положеннями, має силу лише в тому випадку, якщо ясно вказано, до якого із цих положень згода відноситься. (Таке положення ч. 2 ст. 17 Віденської конвенції 1969 р. дуже подібне до конструкції альтернативних зобов'язань у приватному праві). Але будь-яка формалізована згода держави немає жодного фактичного значення, якщо держава, надавши навіть не остаточну, а

⁵⁴⁵ Талалаев А.Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий / А.Н. Талалаев. – М., 1997. – 334 с.

попередню згоду, вчиняє таким чином, що договір, продовжуючи існувати юридично, фактично втрачає своє значення. Саме тому Віденські конвенції і 1969 р., і 1986 р. статтями 18 передбачили, що учасники міжнародного договору зобов'язані утримуватись від дій, які позбавили б договір його об'єкта й мети, коли:

а) вони підписали договір або обмінялися документами, які становлять договір, з умовою ратифікації, прийняття або затвердження, доти, поки вона не виразить ясно свого наміру не стати учасником цього договору;

б) вони виразили згоду на обов'язковість для них договору, – до набрання договором чинності і за умови, що таке набрання чинності не буде надмірно затримуватися.

Мова йде про розширення принципу *pacta sunt servanda*, адже держави, не надавши остаточної згоди на обов'язковість договору, мають поводити себе так, щоб не зник сам сенс існування такої договірної форми – тобто не зник об'єкт та предмет договору. Це положення Віденської конвенції підтверджується практикою міжнародного спілкування і стало результатом нормативного закріплення ще практики ШМІП, яка в 1926 р. у *Справі про німецькі інтереси у Верхній Сілезії*⁵⁴⁶ зазначила, що, якщо має відбутися ратифікація міжнародного договору, то зловживання державою, що підписала міжнародний договір, своїми правами після підписання до ратифікації може означати порушення зобов'язань за договором.

Як видно зі змісту статті, вона стосується також випадків, коли держава (міжнародна організація) беруть на себе зобов'язання дотримуватися договору до його вступу в силу, але автори конвенції внесли єдине застереження – остаточний вступ договору в силу не має затягуватися, адже практика міжнародного спілкування свідчить про те, що багатосторонні договори ще досить довго час залишаються у стані прийнятих, але таких, що не вступили в силу. Особливо це стосується міжнародних універсальних договірних форм, що регулюють міжнародні приватні відносини.

Отже, добросовісність, як вона зафіксована у статті 18, починається з моменту підписання. Хоча Комісія Міжнародного права

⁵⁴⁶ Publications of the Permanent Court of International Justice. Series. 6 August 25th, 6925 Collection of Judgments Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_06/16_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Competence_Arret.pdf

ООН наголошує на тому, що добросовісність має спрацьовувати ще на стадії переговорів, тобто тоді, коли держава дала згоду на участь у переговорах щодо розробки та підписання міжнародного договору. Якщо принцип добросовісності розглядати саме з таких позицій, то його зміст буде ідентичним змісту, який вкладають у принцип добросовісності автори Принципів договірного права УНІДРУА⁵⁴⁷.

Однак якщо закріплення саме такого змісту принципу добросовісності для приватного права можливе і доцільне, то значне розширення змісту принципу добросовісності неможливе в публічному праві, адже тоді існує можливість неналежного використання принципу добросовісності, у тому числі і для зриву переговорів.

Окремий інститут у праві міжнародних договорів займає застереження, яке означає односторонню заяву в будь-якому формулюванні і під будь-якою назвою, зроблену державою при підписанні, ратифікації, прийнятті чи затвердженні договору або приєднанні до нього, за допомогою якого вона бажає виключити або змінити юридичну дію певних положень договору в їх застосуванні до цієї держави.

Загальне правило про застереження міститься у статті 19 Віденської конвенції та передбачає, що кожна держава, незалежно від бажання іншої сторони, при підписанні, ратифікації, прийнятті, затвердженні договору або приєднанні до нього формулює застереження за винятком тих випадків, коли:

- дане застереження заборонене договором;
- договір передбачає, що можна роботи тільки певні застереження, до числа яких дане застереження не входить;
- застереження несумісне з об'єктом та цілями договору.

Якщо з двома першими випадками все достатньо чітко і ясно як в теорії, так і на практиці, то з третім на практиці можуть виникнути певні питання, оскільки відповідність чи невідповідність застереження об'єкту та цілям договору – це оцінка абсолютно суб'єктивна. Відповідно, останній пункт може тлумачитися системно з іншими статтями, зокрема статтею 20 Віденської конвенції 1969 р.

⁵⁴⁷ Детальніше аналіз принципів договірного права див.: Київцев О.В. Договірне право України / О.В. Київцев. – К. : КНЕУ, 2008. – 456 с.

У результаті реалізації державою свого права на застереження створюється децю інший правовий результат, ніж це було закладено учасниками переговорного процесу. Адже, вносячи застереження, держава автоматично змінює для себе зміст договору і зміст відносин між нею та іншими державами при реалізації цього договору.

Чим більше застережень, тим складнішою є схема взаємовідносин між державами. На перший погляд здається, що міжнародний договір, ускладнений застереженнями, нібито розділився, однак він залишається єдиною системою, і застереження не впливають на його цілісність, вони лише змінюють зміст правовідносин сторін при його виконанні та дотриманні.

Застереження можна зробити при наданні згоди в будь-якій формі. Міжнародній практиці відомі випадки, коли застереження вносили ще на стадії переговорів. Але цілком очевидно, що такі застереження не підпадають під визначення застереження, надане у Віденській конвенції, адже не тягнуть за собою юридичних наслідків, аналогічних до тих, що передбачені Конвенцією. Це відноситься більше до заяв держав, вони, як правило, включаються до протоколів засідань. Інколи їх називають «попередні застереження». Тільки подальше підтвердження цих заяв при наданні згоди на обов'язковість договору тягне правові наслідки. Держави не зв'язані тими заявами, які вони вносили упродовж переговорів.

Інститут застереження слід відмежовувати від заяв, адже заяви не вносять змін у правовідносини сторін, вони лише наголошують на розумінні державою окремих положень договору або договору в цілому. Є випадки, коли під заявами учасники намагаються приховати застереження. Це вважається недобросовісною практикою у відносинах між державами. Незалежно від того, як держави назвуть застереження (заява, тлумачення), воно буде мати юридичну силу застереження, якщо вносить зміни до змісту міжнародного договору⁵⁴⁸.

Досить близько за правовими наслідками до заяв та застереження знаходяться тлумачні декларації та політичні заяви, які містять розуміння державою положень договору та оцінку договору з точки зору політичних наслідків. Договір не може змінити

⁵⁴⁸ Талалаев А.Н. Право международных договоров. Общие вопросы / А.Н. Талалаев. – М., 1980. – С. 182 – 194, 301 – 302.

свого змісту тільки завдяки тлумачним деклараціям або політичним заявам, тому вважати їх застереженнями є невірним, однак і недооцінювати їх також не потрібно.

Слід відрізнити застереження від надання згоди на частину міжнародного договору, адже робити застереження – це суверенне право будь-якої держави – учасниці міжнародного договірної процесу, якщо це прямо не заборонено самим договором. Знову ж таки, це лише форма виразу суверенної волі держав-засновниць міжнародного договору – давати чи ні можливість державам-учасницям міжнародного договору робити застереження. Але якщо прямої заборони немає, *a priori* вважається, що робити застереження можна незалежно від згоди чи незгоди іншої держави-учасниці за дотримання певних умов. Поділити ж договір на частини можна лише за згодою всіх держав-учасниць. Звісно, мова йде тільки про багатосторонні договори, адже поділ двосторонніх договорів на частини призводить, по суті, до їх зникнення⁵⁴⁹.

Стаття 19 сформульована так, що з її змісту *a priori* можна зробити висновок про можливість робити застереження до будь-якого міжнародного договору: «Держава може при підписанні, ратифікації, прийнятті або затвердженні договору, або приєднанні до нього формулювати застереження», хоча думки з цього приводу висловлювалися протилежні – від абсолютної неможливості заборони застереження до абсолютної неможливості робити застереження⁵⁵⁰.

Не можна знехтувати тим, що універсальні міжнародні документи є результатом достатньо складного компромісу між державами. Тому слід враховувати інтереси держав, які в цілому згодні з міжнародним договором, але певні моменти слід врегулювати відповідно до їхніх конкретних інтересів. Особливо це стосується міжнародних публічних універсальних договорів, які спрямовані на регулювання міжнародних приватних відносин, адже тут неможливо не враховувати наявність публічного порядку в державі.

Якщо з правом робити застереження не виникає сумнівів, то з подальшою долею таких застережень виникають певні питання,

⁵⁴⁹ International Court Of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Right Of Passage Over Indian Territory (Portugal v. India) Preliminary Objections Judgment of November 26th, 1957 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/32/2231.pdf>

⁵⁵⁰ Fitzmaurice Malgosia; Olufemi Elias. Contemporary Issues in the Law of Treaties / Malgosia Fitzmaurice, Elias Olufemi. – Den Haag, 2005. – 414 p.

які не вирішені ні в теорії, ні в практиці. Хоча Віденська конвенція і зазначає, що застереження, яке допускається договором, не потребує якого-небудь наступного прийняття іншими договірними державами, якщо тільки договір не передбачає такого прийняття (частина 1 статті 20), однак якщо з обмеженої кількості держав, які брали участь у переговорах, і з об'єкта та цілей договору випливає, що застосування договору в цілому між усіма його учасниками є істотною умовою для згоди кожного учасника на обов'язковість для нього договору, то застереження вимагає прийняття його всіма учасниками.

У тому випадку, коли договір є установчим актом міжнародної організації і якщо в ньому не передбачається інше, застереження вимагає прийняття його компетентним органом цієї організації.

У всіх інших випадках, якщо договір не передбачає інше:

а) прийняття застереження іншою договірною державою робить державу, яка сформулювала застереження, учасником цього договору відносно держави, яка прийняла застереження, якщо договір є чинним або коли він набирає чинності для цих держав;

б) заперечення іншої договірної держави проти застереження не перешкоджає набранню договором чинності між державою, яка заперечує проти застереження, і державою, яка сформулювала застереження, якщо держава, яка заперечує проти застереження, чітко не заявить про протилежний намір;

с) акт, який виражає згоду держави на обов'язковість для неї договору і містить застереження, набирає чинності, як тільки принаймні одна з договірних держав прийме це застереження.

Якщо договір не передбачає іншого, застереження вважається прийнятим державою, якщо вона не висловить заперечень проти нього до кінця дванадцятимісячного періоду після того, як її було повідомлено про таке застереження, або до тієї дати, коли вона виразила свою згоду на обов'язковість для неї договору, залежно від того, яка з цих дат є пізнішою.

Базовими для розуміння правових наслідків застережень є статті 21 та 22 Віденської конвенції⁵⁵¹, згідно з якими застереження змінює для держави, яка зробила застереження, в її відносинах з іншим учасником положення договору, якого стосується

⁵⁵¹ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

застереження, у межах сфери дії застереження; а також змінює тією ж мірою зазначені положення для цього іншого учасника в його відносинах із державою, яка зробила застереження. Разом із тим частина 2 статті 21 передбачає, що застереження не змінює положень договору для інших учасників в їхніх відносинах між собою. Якщо держава, яка заперечує проти застереження, не заперечувала проти набрання договором чинності між нею і державою, яка зробила застереження, то положення, яких стосується застереження, не застосовуються між цими двома державами в межах сфери дії такого застереження. Якщо договір не передбачає інше, застереження може бути зняте в будь-який час і для його зняття не потрібно згоди держави, яка прийняла застереження. Це ж положення стосується і заперечення проти застереження, яке також може бути зняте в будь-який час.

Для правозастосування головним моментом залишається те, наскільки суб'єкти міжнародних договірних відносин розуміють зміст зобов'язань, тому на перше місце в праві міжнародних договорів ми б поставили інститут тлумачення. Глибоке й активне вивчення проблем тлумачення норм права вченими здійснюється приблизно з середини XIX століття, саме тоді були вироблені класифікації способів і принципів тлумачення. Напрацювання сучасної юриспруденції про тлумачення є масштабнішим та різноманітнішим, що пояснюється наявністю двох підходів до проблеми: філософсько-правового та прикладного. Відповідно, теоретики права основне значення надають понятійному апарату, а міжнародники основну увагу приділяють практиці правовідносин. Завдяки такій різноманітності доктрин у XX столітті знайшла свій розвиток велика кількість теорій про філософський-пізнавальний зміст процесу тлумачення і про прикладне значення різних способів тлумачення⁵⁵².

⁵⁵² У свій час відомий німецький вчений Генріх фон Brentano писав, що добре складені міжнародні договори не потребували б інтерпретації: їх положення, будучи справедливими, були б чітко зрозумілими для всіх. На жаль, це не завжди так: або через нездатність тих, хто укладає міжнародний договір, або через відсутність відвертості міжнародні договори часто є «темними» і двозначними. У 1925 р. французький юрист Ж. Дует, аналізуючи практику застосування та тлумачення міжнародних договорів, підтвердив думку Brentano, зазначаючи, що «люди умисно вносять темноту та двозначність у договір, щоб уникнути виконання зобов'язання». Див.: Duez P. L'interpretation des traites internationaux / P. Duez // *Revue generale de droit international public*. – 1925. – P. 429, 434.

Об'єктом тлумачення в юриспруденції є численні юридичні документи, які обслуговують правове регулювання: індивідуальні правозастосовчі акти, різного роду договірні конструкції. Але цілком очевидно, що основним об'єктом буде виступати правова норма⁵⁵³. Тлумачення ж міжнародного договору є одним із видів тлумачення юридичної норми. Тому до таких договорів можна використовувати загальні правила тлумачення, однак із врахуванням специфіки міжнародного договору як акта згоди суверенних суб'єктів. Хоча при тлумаченні норм закону, як і при тлумаченні норм міжнародного договору, існує багато спільного. Передусім це мета тлумачення – встановлення змісту норми закону.

Говорячи про особливості тлумачення положень міжнародного договору, не можна обійти стороною питання: а що, власне, є тлумачення. Вчені виділяють вузький та широкий підхід до розуміння терміну тлумачення. У широкому сенсі тлумачення – це пізнавальна діяльність, направлена на пояснення явищ природи, суспільних явищ, у тому числі правових норм. У вузькому значенні під тлумаченням розуміють пояснення виразів, формул, символів якої-небудь теорії⁵⁵⁴. У повсякденному розумінні тлумачення – роз'яснення того або іншого тексту.

Без тлумачення юридичної норми немає її розуміння, а без її розуміння немає її застосування. Відповідно, норма перестає працювати. Застосування абстрактних правових норм часто стикається з деякими складнощами, і ці труднощі можна перебороти тільки шляхом застосування процедури тлумачення. Це, власне, і стало причиною появи такого інституту в міжнародному договірному праві, як інститут тлумачення, адже саме міжнародне право страждає на нечіткість і невизначеність норм.

Як вже зазначалося, тлумачення передує будь-якому застосуванню. І від правильності тлумачення залежить виконання основоположного принципу міжнародного права в цілому – *pacta sunt servanda*.

Спори держав щодо невиконання однією з них зобов'язань за міжнародними договорами зазвичай базуються на різному тлумаченні ними одних і тих же положень. Але вирішення спору не

⁵⁵³ Черданцев А.Ф. Толкование права и договора / А.Ф. Черданцев. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. – С. 6.

⁵⁵⁴ Философская энциклопедия. Т. 1. – М., 1962. – С. 296.

завжди лежить в юридичній площині. Інколи тільки застосування всього комплексу прийомів, в тому числі політичних дозволяють вирішити спір.

І.С. Перетерський наводить досить цікавий приклад тлумачення положень міжнародного договору і його значення. Мюнхенський договір 1938 р. передбачав, що німецькі війська мають зайняти райони з «переважаючим німецьким населенням». Кінцеве визначення кордонів було доручено міжнародній комісії. Перед комісією поставили питання: як розуміти термін «переважаючий». Член комісії Франсуа Понсе (посол Франції в Німеччині), вказував, що «переважаючий» має означати не менше 75 %, представники Чехії вказували на те, що ця цифра має бути 80 %. Німці та італійці стверджували, що це має бути 51 %⁵⁵⁵.

У науці міжнародного права можна виділити стільки напрямів встановлення природи та цілей тлумачення міжнародних договорів, скільки вчених займалися цим питанням. Одні вважають, що метою тлумачення є встановлення наміру сторін при укладенні міжнародного договору. Оскільки ці наміри не повністю відображені в тексті, то прибічники даного напрямку (їх ще називають суб'єктивістами) велике значення при тлумаченні надають різним допоміжним матеріалам, зокрема матеріалам конференції, на якій був прийнятий та розроблений міжнародний договір. Саме цим підходом постійно користуються міжнародні судові органи при з'ясуванні реальних намірів суб'єкта. Інколи прибічники такого підходу впадають у крайність та стверджують, що саме ці матеріали, а не текст договору, повинні бути взяті до уваги при встановленні волі держави.

Інші бачать головну мету тлумачення міжнародних договорів у встановленні змісту самого тексту договору, оскільки саме в ньому виражено погоджені наміри сторін. Вони вважають, що тільки ті наміри мають значення, які зафіксовано в договірному тексті. Тільки вони є юридично значимі. Наміри, які залишилися за межами договірному тексту, ніякого юридичного значення не мають.

Функціоналісти переконані, що мета тлумачення полягає у встановленні об'єкта та мети міжнародного договору, а текст

⁵⁵⁵ Перетерский И.С. Толкование международных договоров / И.С. Перетерский. – М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1959. – С. 22.

договору не має першочергового значення. Зокрема, один з американських фахівців МакДугал вважає, що шляхом тлумачення можна змінити зміст міжнародного договору⁵⁵⁶. Саме наявність таких протилежних позицій і зумовила специфіку формулювання відповідних статей Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. Її положення, по суті, якраз відображають наведені вище позиції.

Стаття 31 Віденської конвенції 1969 р. «Загальне правило тлумачення»⁵⁵⁷ говорить про те, що договір має тлумачитися добросовісно у відповідності із звичайним значенням⁵⁵⁸, яке слід надавати термінам договору в їх контексті, а також у світлі об'єкта та мети договору.

Частина 2 статті 31 Віденської конвенції 1969 р. дає визначення поняття контекст, включаючи до нього:

текст договору з преамбулою та додатками;

будь-яку угоду, що відноситься до договору, яка була погоджена всіма учасниками договору у зв'язку з укладенням самого договору;

будь-який документ, що має відношення до договору, незалежно від того, чи є він одностороннім, чи дво- та багатостороннім.

Крім контексту, при тлумаченні договору слід враховувати (частина 3 статті 31 Віденської конвенції 1969 р.):

будь-яку угоду, укладену між учасниками щодо особливостей тлумачення договору або застосування його положень;

практику застосування договору, яка стосується угоди учасників щодо тлумачення його положень.

Однак на практиці, і про це неодноразово зазначалося, досить складно ознайомитися з усіма необхідними документами, особливо це стосується двосторонніх договорів. Існує ще одна складність, яка стосується багатосторонніх міжнародних договорів. Беруть участь у розробці та прийнятті одні держави, а підписувати можуть і держави, які не брали участі в розробці договору.

⁵⁵⁶ Талалаев А.Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий / А.Н. Талалаев. – М., 1997. – 334 с.

⁵⁵⁷ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

⁵⁵⁸ Питання значення не вирішене до кінця, і сучасні автори все частіше повертаються до необхідності уточнення цієї категорії, особливо з огляду на її певний суб'єктивізм. Детальніше про звичайне значення йтиметься далі.

Таким чином, встановити їх наміри та їх підхід до розуміння такого договору, виходячи з підготовчих документів, неможливо, але це не означає, що такий підхід недоцільно застосовувати.

Стаття 32 передбачає, що для тлумачення можна використовувати підготовчі матеріали і обставини укладення договору, але тільки як додаткові засоби тлумачення. Вони застосовуються після того, як основні, передбачені статтею 31 Віденської конвенції, були використані, але призвели до абсурдних або нелогічних результатів, а також, якщо зміст документа так і залишився нечітким та неоднозначним.

Тлумачення міжнародних норм, порівняно з тлумаченням норм національного права, ускладнюється мовною проблемою, про яку ми вже говорили. Однак ще раз хотілося б наголосити на тому, що розбіжність текстів міжнародних договорів, складених на різних мовах, неминуча. Це пов'язано і з тим, що кожна мова обслуговує свою правову систему з притаманною їй специфікою. Одна мова не зможе обслуговувати правову систему інших держав. Дуже яскраво це видно на прикладі поняття «правочин», що було введено до нашої правової системи з прийняттям ЦК України в 2003 р. Неможливо чітко перекласти це поняття навіть на близьку до української – російську мову. Навіть із врахуванням того, що в Україні з РФ подібне праворозуміння, можна тільки передати декількома словами зміст терміну, але все одно не зовсім повно.

Оскільки тлумачення положень міжнародного договору є одним із випадків тлумачення юридичної норми, то до нього повинні бути застосовані всі засоби тлумачення, які відомі юридичній доктрині та практиці, за винятком тих засобів, які не можуть бути застосовані до міжнародного договору як погодженого волевиявлення суверенних суб'єктів.

Деякі з таких засобів (прийомів) тлумачення закріплюються у Віденській конвенції 1969 р., інші носять звичаєво-правовий характер.

Розглянемо деякі з найуживаніших прийомів детальніше.

Словесне тлумачення (граматичне, філологічне). В основі словесного тлумачення лежить текст норми. Зміст тексту норми встановлюється лише в межах даної норми. Стаття 31 Віденської конвенції зазначає, що тлумаченню підлягають документи, які мають відношення до договору, адже з таких документів можна визначити реальні наміри сторін. Цілком очевидно, що такі документи дозволяють використати прийоми логічного та історичного

тлумачення. Ще Ф.Ф. Мартенс зазначав, що «при інтерпретації слів слід розуміти їх у звичайному розумінні, а не в будь-якому дивному чи неможливому»⁵⁵⁹. Саме на цій позиції базувався американський проект 1933 р., який зазначав, що підготовчі документи можуть допомогти встановити зміст договору, якщо він нечіткий, а дійсна воля сторін може бути встановлена із преамбули та з дипломатичних документів і протоколів, пов'язаних із переговорами щодо укладення договору (стаття 3).

При застосуванні даного прийому слід враховувати, що зміст термінів може розходитися зі змістом волі сторін, що зумовлено, як вже зазначалося, мовними розбіжностями. Сам термін може мати декілька значень, а всі значення можуть бути загальноживаними. Тоді слід, застосовуючи інші прийоми тлумачення, встановити, який саме зміст вкладали сторони в термін. Неможливо тлумачити зміст терміну у відриві від намірів сторін. У деяких випадках для встановлення змісту терміну може знадобитися проведення технічної експертизи. Однак висновки такої експертизи не можуть зобов'язувати сторони. Така експертиза може бути проведена і для встановлення змісту юридичних термінів, які використовуються в тексті договору.

Аналізуючи проблему тлумачення юридичних термінів, що застосовуються в міжнародних договорах, І.С. Перетерський виділяє декілька можливих випадків:

Міжнародний договір використовує терміни, які відомі лише законодавству сторони міжнародного договору. У цьому випадку терміни мають бути розтлумачені так, в якому сенсі вони вживаються у законодавстві цієї сторони.

Міжнародний договір використовує терміни, які відомі законодавству держави договору та іншим законодавствам. Але до категорії «інші законодавства» не відносяться законодавства сторін договору. В даному випадку абсолютно логічним є врахування змісту терміну, який надається йому законодавством тієї держави, де він є, і яка є стороною даного міжнародного договору.

Міжнародний договір містить юридичні терміни, які відомі всім сторонам договору. У даному випадку слід враховувати, що,

⁵⁵⁹ Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. В 2-х томах / Под редакцией и с биографическим очерком доктора юридических наук, профессора В. А. Томсинова. – М.: «Зерцало», 2008. – 432 с.

не дивлячись на ідентичність звучання термінів, їх зміст у кожній державі може бути різним.

Міжнародний договір може використовувати термінологію, яка напряму не пов'язана з конкретним законодавством. Така термінологія має винятково юридичне значення. Для встановлення змісту слід використовувати всі прийоми тлумачення.

Міжнародний договір містить нові терміни, які ще невідомі практиці та доктрині міжнародного й національного права. У такому випадку доцільним є використання не граматичного тлумачення, а тлумачення наміру сторін.

Укладення міжнародних договорів напряму пов'язане з дипломатичною діяльністю, де досить часто використовуються фрази, які не несуть змістовного навантаження, тобто фрази, які традиційно включають у тексти. Тому слід дуже уважно використовувати правило щодо надання при тлумаченні звичайного значення⁵⁶⁰. Якщо слова договору, взяті в їх звичайному змісті, не дають чіткого розуміння, то слід звернутися до загального змісту договору, який можна визначити, аналізуючи сам договір, а особливо – преамбулу.

Ще одним прийомом тлумачення є логічне або системне тлумачення. Його сутність полягає в тому, що зміст юридичної норми встановлюється шляхом тлумачення даної норми на підставі співвідношення її з іншими нормами даного договору. Логічне тлумачення базується на тому, що договір є єдиним цілим. Адже всі частини тексту взаємно доповнюють одна одну, і можна пояснити одну частину за допомогою інших. Для використання логічних прийомів необхідна наявність, як мінімум, двох норм:

- 1) норма, що має тлумачитись;
- 2) норма, що виступає інструментом тлумачення (така норма може міститися як в тому ж документі, так і в іншому).

Це правило виходить з того, що сторони не мали наміру встановити в одному й тому ж договорі різні за метою норми. Логічне тлумачення напряму пов'язане з граматичним. Адже логічне тлумачення виходить з того, що терміни, які вживаються в договорі, слід розуміти у їх загальному розумінні (найуживанішому), і термін має одне й те ж значення у всьому документі. Однак це лише

⁵⁶⁰ Klabbers J. *Essays on the Law of Treaties* / J. Klabbers // *A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*. – 1997. – 216 p.

загальне правило. І слід погодитися з С.І. Перетерським, який зазначав, що таке твердження – це лише загальне положення, що може бути заперечене шляхом надання доказів від протилежного. Хоча формальна логіка передбачає, що, якщо договір є єдиним цілим, то і всі терміни мають складати цілісну картину. Однак ще раз хотілося б повторити, що такі випадки не виключені, і треба враховувати таку можливість при тлумаченні положень міжнародного договору. Особливу увагу варто приділити при логічному тлумаченні – преамбулі. Адже преамбула, будучи складовою тексту міжнародного договору, виражає чітко наміри сторін, мету документа тощо.

Іноколи бувають випадки, коли преамбула містить правила про тлумачення самого міжнародного договору. І тоді така преамбула може вважатися угодою сторін щодо правил тлумачення договору. Зокрема, преамбула Гаазької конвенції про закони та звичаї війни зазначає: «До того часу, коли буде можливість створити більш повний збір законів та звичаїв війни, Високі Договірні Сторони вважають за доцільне засвідчити, що у випадках, не передбачених прийнятими ними постановами, населення та воюючі сторони залишаються під охороною та дією основних засад міжнародного права, оскільки вони випливають із встановлених між цивілізованими народами звичаїв, із законів людяності та вимог суспільної свідомості. Вони оголошують, що саме в такому розумінні повинні бути сприйняті і статті 1 та 2 прийнятого ними положення»⁵⁶¹.

Досить близьким до логічного тлумачення є історичне тлумачення. Хоча в доктрині відсутня єдина чітка думка щодо змісту самого прийому і його значення, слід враховувати, що неможливо встановити правильний зміст правової норми, не врахувавши особливості обставин, за яких дана норма була створена. Особливо це стосується сфери міжнародного права. Адже без врахування історичного контексту прийняття норми не можна аналізувати її зміст. Тут ми враховуємо й те, наскільки були сильні чи слабкі держави при підписанні конкретного договору, що послужило поштовхом для підписання договору, наскільки він був необхідним та вигідним сторонам тощо. Саме про це і говорить М.Д. Шаргородський, зазначаючи, що історичне тлумачення – це встановлення причин,

⁵⁶¹ Перетерский И.С. Толкование международных договоров / И.С. Перетерский. – М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1959. – С. 109.

мотивів та обставин, які призвели до появи норми і тих обґрунтувань, які були покладені в її основу.

Жоден із прийомів тлумачення, особливо граматичного, не може вважатися єдино вірним. Лише застосування сукупності прийомів може привести до єдино вірного результату. Навіть при зовнішній ясності термінів не можна відкидати можливість використання інших прийомів для встановлення змісту договору⁵⁶². Хоча в деяких випадках має діяти правило: «вірно те, що просто». І не потрібно тлумачити додатково те, що і так ясно.

Інститут тлумачення, як і будь-який інший правовий інститут, базується на принципах, які роблять розрізнені норми системою. Термін «принципи тлумачення» визначається як загальні правила тлумачення, що враховують особливості міжнародного договору. Частина з них закріплена у міжнародно-правових актах і має обов'язкову юридичну силу (наприклад, «принцип сумлінності», закріплений у статті 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів). Інші принципи існують у вигляді сталого юридичного прийому і застосовуються саме так. Слід особливо підкреслити, що принцип права – це правило «як повинно», а не «як є». Іншими словами, якщо реально існуюча норма заперечує існування якого-небудь принципу права, то це не означає невірність суті принципу, а лише невідповідність норми цьому принципу.

Такі принципи можна умовно поділити на два види. До першого виду відносять правила юридичного тлумачення, за допомогою яких визначається місце міжнародної норми в рамках національної правової системи. До другого – правила тлумачення норм міжнародного права. Основні загальноправові принципи, які використовуються, у тому числі і для цілей тлумачення, беруть початок ще з римського приватного права. Загальні принципи права, створені в Стародавньому Римі, зважаючи на їх високий рівень абстрагованості від приватного, універсальний характер і виняткову відточеність формулювань, можуть застосовуватися до будь-яких правовідносин. Римське право є неперевершеною класикою правової думки може бути застосоване до міжнародного публічного права зокрема.

⁵⁶² Перетерский И.С. Толкование международных договоров / И.С. Перетерский. – М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1959. – 172 с. – С. 99.

Основним принципом тлумачення міжнародних договорів є принцип доброзичливого ставлення до міжнародного права. Його основою є презумпція відповідності національного закону міжнародному праву: у намір суб'єкта не входило порушення міжнародного права, тому у разі суперечності між національною й міжнародною нормою перша тлумачиться в розумних межах у світлі другої.

У 1999 р. французькими властями за «незаконне рибальство у виключній економічній зоні Франції біля її островів на півдні Атлантики було заарештоване панамське судно «Камуко», а в 2000 р. там само – судно Сейшельських островів «Конфурко». У капітанів були відібрані паспорти, що було розцінено Судом як акт затримання, оскільки фактично вони були позбавлені можливості залишити Францію. У цій ситуації Суд виявив ряд порушень Конвенції з боку Франції. Згідно зі статтею 73 Конвенції 1982 р. «Забезпечення виконання законів і правил прибережної держави» покарання, що накладається прибережною державою за порушення законів і правил рибальства у виключній економічній зоні, не може включати тюремне ув'язнення. Крім цього, у разі арешту або затримання іноземного судна прибережна держава негайно повідомляє державу прапора через відповідні канали про вжиті заходи та про будь-яке подальше покарання, що Францією не було зроблено. Нарешті, держава повинна негайно звільнити судно при отриманні застави або іншого забезпечення. Цієї умови також не було дотримано. Суд виніс ухвалу про негайне звільнення судна та екіпажу у зв'язку з порушенням норм Конвенції.⁵⁶³

При тлумаченні слід виходити з того, що кожна норма права повинна бути розумна, оскільки *lex es dictatemen rationis* – «право диктується розумом». Із цього випливає: 1) *lex non intendit aliquid impossibile* – «закон не вимагає неможливого»; 2) результат тлумачення не повинен бути безглуздим або даремним, – «закон не наказує даремного» (*lex non praecipit inutilia*), тобто тлумачення націлене на реалізацію норм, а не на перетворення їх в «мертву букву». Однак практика не завжди відповідає такому принципу, тобто тлумачення має наділяти договір силою. Ще Е.Ваттель вважав, що тлумачення, яке робить договір нікчемним або бездіяльним,

⁵⁶³ Fitzmaurice Malgosia; Olufemi Elias. Contemporary Issues in the Law of Treaties / Malgosia Fitzmaurice, Elias Olufemi. – Den Haag, 2005. – P. 88.

не може бути прийняте⁵⁶⁴. Необхідно тлумачити так, щоб договір міг бути реалізованим. Така позиція ґрунтується на двох передумовах. По-перше, міжнародні договори укладаються для того, щоб вони мали певний правовий ефект, призводили до позитивних результатів, оскільки не може бути бездіяльних, безглузвих, а тому абсурдних договорів. По-друге, волевиявлення сторін, зафіксоване в договорі, їх спільні наміри повинні бути чіткими, ставити завдання досягнення конкретної цілі.

Наступний досліджуваний принцип тлумачення полягає в тому, що тлумачення не повинне призводити до його порушення – «тлумачення закону не породжує порушення права» (*construictio iegis facit injuriam*). Походження такого принципу пов'язане із формальною рівністю індивідів і тим основоположним правовим постулатом, що право одного індивіда не може порушувати права іншого. Історичний розвиток свободи і права в людських відносинах є прогресом рівності людей як формально (юридично) вільних осіб. У зв'язку із цим принципом цікавим є приклад тлумачення, наведений С.А. Горшковою при дослідженні проблем дотримання РФ Європейської конвенції 1950 р. Так, при ратифікації в 1998 р. Російською Федерацією Європейської конвенції про попередження тортур і Протоколів до неї підкреслювалося, що російське законодавство не містить положень, які перешкоджають реалізації норм Конвенції. Проте експертів Ради Європи обурило положення статті 13 Закону РФ «Про міліцію», яке надає право співробітникам міліції застосовувати фізичну силу, зокрема бойові прийоми боротьби, для припинення злочинів та адміністративних правопорушень. Вони своєрідно тлумачили згадану статтю: на думку експертів, застосування міліцією фізичної сили для припинення адміністративних порушень суперечить статті 3 Конвенції про захист прав людини і основних свобод. Таким чином, це лише засвідчило, що в даний час в Європі має місце надмірне однобічне розуміння і тлумачення принципу захисту права і свобод людини: увага приділяється переважно недопущенню посягань держави в особі її уповноважених органів на права і свободи громадян (у т.ч. правопорушників), і цілком випускається з уваги право громадян

⁵⁶⁴ Ваттель Э. Право народов / Э. Ваттель. – М., 1960. – С. 238.

на безпеку та захист з боку держави від посягань цих самих правопорушників⁵⁶⁵.

Ще одним базовим принципом тлумачення виступає принцип, який відображає системний характер права – «погоджувати один закон з іншим є найкращим способом тлумачення» (*concordare leges legibus est optimus interpretandi*).

При тлумаченні необхідно також спиратися на накопичений досвід, на події, що відбувалися до тлумачення і пов'язані з ним, а також враховувати наслідки тлумачення, оскільки «щонайкраще тлумачення виникає з того, що передує, і з того, що слідує» – *ex antecedentibus et consequentibus fit optima interpretatio*. Так, у *Справі щодо оскарження рішення Ради Міжнародної організації цивільної авіації (ІКАО)*⁵⁶⁶ Міжнародний Суд розглянув питання про колізію юрисдикційних клаузул. Відповідно до заяви, зробленої Індією згідно зі статтею 36 Статуту Міжнародного Суду, обов'язкова юрисдикція Суду не поширюється на спори, що виникають між Індією та іншою державою – членом Британської співдружності. До міжнародно-правових актів, на основі яких Індія подала апеляцію, вказане застереження не було зроблене, тобто Суд мав право вирішувати таку суперечку, і сторона (у даному випадку – Індія) повинна була визнати його обов'язкову юрисдикцію. При тлумаченні згаданих норм Суд виходив з того, що Сторона, визнавши одного разу для себе обов'язкову юрисдикцію Міжнародного Суду ООН в питаннях тлумачення і застосування тієї або іншої конвенції, не може відкинути її лише на тій підставі, що в односторонньому порядку розірвала цю конвенцію. Суд визнав правомірним обійтися без аналізу спільної заяви про обов'язкову юрисдикцію при визначенні власної компетенції і вирішити справу по суті. Тим самим Суд врахував всі обставини справи і події, які мали місце до виникнення суперечки, та тлумачив відповідне застереження і Статут таким чином, що застереження до заяви, зробленої відповідно до статті 36 Статуту, не поширюються на зобов'язання держав, зафіксовані в тих або інших міжнародних договорах, передавати на судовий розгляд спори, що виникають у зв'язку з

⁵⁶⁵ Горшкова С.А. Проблемы соблюдения Россией Европейской конвенции по предупреждению пыток / С.А. Горшкова // Международное право. – 2001. – № 6.

⁵⁶⁶ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Appeal Relating to the Jurisdiction of The ICAO Council (India v. Pakistan) Judgment of 18 august 1972 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/54/5665.pdf>

тлумаченням і застосуванням цих договорів. Суд зробив прогресивний висновок про те, що юрисдикційна клаузула зберігає силу навіть після того, як держава в односторонньому порядку припиняє дію міжнародного договору, в якому ця клаузула зафіксована.

Один з найважливіших принципів передбачає, що при тлумаченні норми слід пам'ятати про небезпеку формального тлумачення, дотримання лише букви норми: «хто дотримується букви, той тримається поверхні» – *qui haeret in litera, haeret in cortice*. Особливого значення у світлі цього принципу набуває чинник справедливості й раціональності в оцінці обставин справи. Свого часу Ісландія встановила для себе 50-мильну риболовецьку зону у водах, на які претендували також Великобританія і ФРН. Останні звернулися до Міжнародного Суду ООН із проханням висловитися про те, що такі дії Ісландії не ґрунтуються на міжнародному праві. При вирішенні поставленого завдання Суд визначав взаємні права й обов'язки сторін як вони витікають з умов, що історично склалися. При тлумаченні норм міжнародного морського права Суд врахував всі обставини справи. Відповідно до статті 2 Женевської конвенції про відкрите море 1958 року дії Ісландії дійсно порушували норму права – принцип урахування інтересів інших країн при користуванні свободою рибальства. З іншої сторони, Суд врахував принцип переважних прав прибережної держави, що відчуває особливу залежність від експлуатації живих ресурсів прибережних вод, який широко визнається державами у світі⁵⁶⁷.

При тлумаченні необхідно враховувати, що виходити потрібно з наміру сторін, а не тільки із використаних ними словосполучень (*in conventionibus contrahentium voluntas potius quam verba spectari placuit*). І далі: «Не так слова треба враховувати, як причину і природу речі, щоб намір договірних сторін міг виявитися» (*verba non intuenda, quam casa et natura rei, ut mens contrahentium ex eis potius*).

Тлумачення міжнародного договору повинне здійснюватися відповідно до основних принципів міжнародного права. Тлумачення, що порушує основні принципи міжнародного права, є недійсним. Цей принцип по суті відповідає загальноприйнятому в праві принципу тлумачення норми із дотриманням «ієрархії норм» або ж тлумаченням відповідно до норми, що має більшу юридичну силу,

⁵⁶⁷ Энтин М.Л. Международные судебные учреждения / М.Л. Энтин. – М., 1982. – С. 79 – 80.

ніж та, що тлумачиться. Ієрархія норм – одне з найскладніших питань міжнародного права, і право міжнародних договорів тут не виняток. На нашу думку, це і є ключовим питанням. Тому на ньому ми зосередимось окремо.

Всі принципи мають базовий для даного інституту характер, однак є принцип, який має базовий характер для інших принципів – сумлінність, яка відноситься до тих дивних категорій, про які всі знають, однак не можуть пояснити зміст. Цей принцип закріплений у Віденських конвенціях 1969 і 1986 рр., і начебто все зрозуміло, тому підемо від зворотного – розглянемо випадок ігнорування принципу і змоделюємо наслідки: *Справа щодо затримання у винятковій економічній зоні Гвінеї танкера «Сайга»*⁵⁶⁸. Судно належало англійському судновласнику і плавало під прапором держави Сент-Вінсент і Гренадини, екіпаж складався з 22-х громадян України і 3-х громадян Сенегалу. Підставою для арешту було буксирування трьох італійських риболовецьких суден, що проходили через виключну економічну зону Гвінеї. Суд тлумачив цю ситуацію таким чином.

По-перше, судна йшли у Конакрі і не здійснювали рибного лову, а перебували в похідному стані. Іншими словами, судна здійснювали свободу судноплавства. По-друге, Гвінея посилалася на положення свого митного законодавства і наполягала на тому, що за цим законодавством тільки прибережна держава, тобто Гвінея, має право в даній ситуації здійснювати буксирування. Проте митне законодавство у виключній економічній зоні діяти не може. Стаття 56 Конвенції 1982 р. «Права, юрисдикція і обов'язки прибережної держави у виключній економічній зоні» містить вичерпний перелік суверенних прав прибережної держави, який не передбачає здійснення у виключній економічній зоні митної юрисдикції прибережної держави.

По-третє, Конвенція не обмежує право на буксирування у виключній економічній зоні прибережної держави, якщо вона пов'язана безпосередньо з судноплавством. У виключній економічній зоні зберігаються свободи судноплавства і пов'язана з цією діяльністю експлуатація суден. Саме таким видом діяльності може бути і буксирування. Крім того, посилання Гвінеї на порушення

⁵⁶⁸ The M/V «Saiga» Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea). Prompt Release; The m/v «Saiga» (№ 2) Case (Saint Vincent and Grenadines v. Guinea). Provisional Measures [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.itlos.org

«економічних інтересів» є неспроможним, оскільки Конвенція, як наголошується вище, містить точно встановлені суверенні права і обставини, за яких можливе здійснення юрисдикції прибережної держави, але не враховує при цьому «економічні інтереси» взагалі.

Міжнародний договір повинен тлумачитися так, щоб він мав сенс і силу. Неприпустимим є тлумачення, що перетворює договір на бездіяльний. Не можна допустити, щоб тлумачення договору призводило до результатів, які є явно абсурдними або безрозсудними. При правильному тлумаченні договору велику роль відіграють об'єкт і мета договору, які завжди повинні братися до уваги при з'ясуванні сенсу договору.

Міжнародний договір повинен тлумачитися відповідно до звичного значення термінів. Як і сумлінність, цей принцип закріплений у Віденській конвенції про право міжнародних договорів. Звичне значення терміну встановлюється не абстрактно, а виходячи з «контексту», об'єкта і мети договору, які були розкриті вище. Спеціальне значення надається терміну в тому випадку, якщо встановлено, що учасники мали на увазі таке значення. Тягар доказу в спорі лежить на тій стороні, яка стверджує, що даний термін повинен вживатися у спеціальному значенні. Для з'ясування сенсу договору необхідно з'ясувати значення тих слів, в яких знайшла своє матеріальне втілення узгоджена воля держав або інших суб'єктів. Довільне вживання слів неприпустиме, особливо коли слова стають термінами, тобто виражають цілком певні наукові поняття. Особливо воно неприпустиме при складанні текстів міжнародних договорів. Як правило, це не допускається⁵⁶⁹.

Юридичні терміни, які містять поняття або інститути, відомі лише одному з учасників договору, повинні розумітися так, як вони розуміються законодавством цього учасника. Якщо міжнародний договір містить юридичні терміни, відомі законодавству всіх держав-контрагентів, але які мають різний правовий зміст, то термін повинен розумітися у тому сенсі, яким його наділяє законодавство, що регулюючим відповідні правовідносини. Міжнародно-правові терміни повинні розумітися згідно з чинними нормами і принципами міжнародного права, якщо сторони договору не надали терміну спеціального значення.

⁵⁶⁹ Gardiner R. Treaty Interpretation (Oxford International Law Library) / R. Gardiner. – Oxford Press, 2008. – P. 332.

Договір повинен тлумачитися не тільки неупереджено, а й у контексті і з урахуванням його цілей. У разі розбіжності між загальними і спеціальними статтями договору переважну силу мають спеціальні статті. Цей принцип не є, власне, міжнародно-правовим – він бере початок ще з римського права (*lex specialis derogat legi generalis*) і прийнятий у юридичній практиці всіх держав континентальної правової сім'ї, звідки і взятий сучасним міжнародним правом. Правило тлумачити норму виходячи зі змісту спеціальної статті пояснюється логікою такого порядку речей: спеціальне правило неминуче відрізнятиметься більшою мірою опрацьованості, глибиною і знанням предмету, ніж загальне правило.

Спеціальні положення можуть бути безпосередньо в тексті самого договору та включатися в протокол, що додається до міжнародного договору і розглядається як його складова частина. Віддаючи перевагу спеціальним статтям, суб'єкт, який здійснює тлумачення, зобов'язаний водночас не допускати їх розширеного тлумачення. Ці статті повинні застосовуватися відповідно до їх точного сенсу і лише до тих випадків, які передбачені договором. Інакше можливі порушення міжнародних договорів.

Тлумачити міжнародний договір має той, хто його застосовує. Зміст цього принципу пов'язаний не тільки з тим, що «саме так повинно бути» з якої-небудь причини, а передусім із тим, що такою є ситуація в реальному вимірі. Вона ґрунтується на нерозривному зв'язку між тлумаченням і застосуванням міжнародних договорів. Застосування припускає різні процедури по імплементації: створення деталізованого нормативного акта щодо порядку застосування міжнародно-правової норми, визначення органів та осіб, відповідальних за імплементацію тощо. Подібного роду деталізація має на увазі те, що сторона, яка застосовує, вимушена «читати між рядків» для отримання максимуму інформації щодо застосування розтлумаченої норми. Складно уявити зворотню ситуацію, коли для застосування норми необхідно було б отримати, наприклад, офіційне тлумачення певного уповноваженого органу: суттєве (якщо не катастрофічне) затягування процедури імплементації, слабо застосовуваний на практиці матеріал тлумачення через незнання внутрішнього законодавчого матеріалу країни імплементації, неминуча бюрократизація процедури тлумачення і виникнення на цьому ґрунті додаткових конфліктів – ось тільки короткий список проблем, які б неминуче виникли у випадку, якби суб'єкти

міжнародного спілкування вирішили б централізувати процедуру тлумачення.

Орган, який тлумачить, розглядаючи той або інший міжнародний договір у цілому або в конкретній його частині, неодмінно повинен тлумачити його ухвали так, щоб вони не суперечили основним принципам міжнародного права. Цього, зокрема, вимагає ст. 103 Статуту ООН: «У тому випадку, коли зобов'язання Членів Організації за даним Статутом будуть суперечити їх зобов'язанням за будь-якою іншою міжнародною угодою, переважну силу мають зобов'язання за даним Статутом»⁵⁷⁰.

Міжнародні договори є добросовісними угодами (угодами *bona fide*). Держави мали на увазі добросовісне їх виконання і тлумачення.

Єдність тлумачення незалежно від характеру джерел права. Даний принцип передбачає, що міжнародні договори єдині як правові акти суверенних держав. У кожному договорі: двосторонньому, багатосторонньому і договорі загального характеру, такому як Статут ООН, виражена узгоджена воля договірних держав. Всі ці договори, безсумнівно, є джерелами міжнародного права. Зазначена обставина створює передумову для єдності тлумачення всіх міжнародних договорів незалежно від їх класифікації, оскільки єдність суверенних актів, якими є міжнародні договори, не може не обумовити і єдності тлумачення. Таким чином, існування принципу єдності тлумачення виникає з реально існуючих відносин між державами як суб'єктами міжнародного права. З єдності тлумачення виходять два висновки: по-перше, в основі тлумачення всіх міжнародних договорів лежать загальні для них принципи тлумачення, по-друге, правила тлумачення однаково застосовні для тлумачення всіх договорів, незалежно від їх класифікації. Отже, ні принципи тлумачення, ні правила тлумачення не можуть бути класифіковані за ознакою їх застосовності до якоїсь окремої групи міжнародних договорів.

Тлумачення міжнародного договору не повинне негативно впливати на права договірних держав. П. Фіоре у зв'язку із цим зазначив, що будь-яке положення договору, направлене на обмеження свободи здійснення права, що належить будь-якому

⁵⁷⁰ Устав Организации Объединенных Наций [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/documents/charter>

контрагентів, повинно розумітися у найбільш обмежувальному сенсі⁵⁷¹. Неприпустимість обмеження прав держав при тлумаченні міжнародних договорів можна розглядати з двох точок зору. По-перше, неприпустиме обмеження інтересів і прав держави, які не можуть бути предметом договору. До таких інтересів і прав, від яких жодна держава за договором не може відмовитися, слід віднести право на незалежність і суверенність. По-друге, неприпустиме обмеження інтересів і прав, які, хоч і можуть бути предметом договору, але їх обмеження прямо не впливає з його положень. Зрозуміло, що органу, який здійснює тлумачення, простіше розібратися з правами держав першої групи, адже має бути ясно, що право на незалежне і суверенне існування без втручання ззовні не може бути узурповане за міжнародним договором.

Складнішим є питання про права держав другої групи. За відсутності ясних і чітких положень орган, який здійснює тлумачення, може зробити помилку в оцінці об'єму прав і обов'язків. У результаті не виключається порушення інтересів договірних держав, настання правових наслідків, які прямо не передбачені договором. Враховуючи небажаність подібних наслідків, орган, який здійснює тлумачення, повинен уникати висновків, які не знаходять прямого підтвердження в самому договорі, оскільки всякого роду непрямі міркування і засновані на них висновки легку можуть привести до порушення прав договірних сторін.

Сумніви, що зустрічаються при тлумаченні міжнародного договору, повинні тлумачитися на користь обтяженої сторони. Даний принцип ґрунтується на розумінні щодо безрозсудності і навіть шкідливості розширеного тлумачення сумнівних і неясних положень договору. Для того, щоб міжнародний договір був застосований справедливо, немає необхідності розширювати зобов'язання сторін. Достатньо, щоб вони були виконані в обсязі, який прямо передбачений договором. Якщо певна умова договору допускає двояке тлумачення, то враховується те, яке є менш обтяжливим для зобов'язаної сторони, оскільки передбачається, що на більше відповідна держава могла не висловити згоди на момент укладення договору. Проте якщо сторона, обтяжена зобов'язанням, добровільно висловить згоду на можливе розширення обсягу

⁵⁷¹ Fiore Pasquale. *International Law Codified* (Borchard translation), 1918 / Hambro Ed. *The Case Law of the International Court*. Oxford. – 1952. – P. 100.

своїх обов'язків, орган, який здійснює тлумачення, не може цьому перешкодити.

Останній із приведених тут принципів – принцип ефективності. Застосування принципу ефективності стає особливо необхідним у тих випадках, коли тлумаченню підлягають норми про одне і те ж право, що містяться в різних міжнародних договорах. При цьому обсяг прав частково не співпадає. У таких випадках зміст ширше сформульованого права можна конкретизувати і доповнити «за рахунок» аналогічного положення іншого договору. Даний підхід знайшов своє відображення у справі МС ООН за участю Намібії, в якій сказано, що міжнародно-правовий акт повинен тлумачитися і застосовуватися в рамках всієї правової системи, що функціонує під час тлумачення. У тій сфері, до якої відповідна справа відноситься, *corpus juris gentium* збагатився, і Суд, якщо він покликаний сумлінно здійснювати свої функції, не може ігнорувати цього факту⁵⁷².

Крім вказаних основних принципів, що відносяться до тлумачення міжнародних договорів, існує ще група спеціальних принципів, які вживаються при тлумаченні багатомовних договорів:

- принцип максимального використання різномовних текстів договору;
- принцип повної рівнозначності текстів договорів, автентичність яких встановлена на різних мовах;
- принцип встановлення єдиного сенсу, закріпленого в текстах різними мовами.

Вище вже було відзначено наявність у сучасному договірному масиві двох основних видів норм про тлумачення: норм матеріального права, тобто «правил тлумачення», і норм процесуального права – «правил про механізм тлумачення». Щоб відповісти на питання про те, які саме норми щодо тлумачення є найзатребуванішими практикою і чому, варто дослідити вказані вище норми через вивчення різних договорів: двосторонніх і багатосторонніх, політичних та економічних. За результатами такого дослідження було виділено групи норм, що зустрічаються в договірному масиві найчастіше.

⁵⁷² Лукашук И.И. Международное право в судах государств / И.И. Лукашук. – М., 1993. – С. 168.

Першу групу норм можна умовно назвати «тлумачні застереження». Типове «тлумачне застереження» передбачає певний порядок дій сторін у разі виникнення в їх відносинах різночитань у тлумаченні норм договору, учасниками якого вони є. Самі норми, об'єднані у групу «тлумачних застережень», також можуть мати різний характер. Вони, у свою чергу, поділяються на окремі підвиди:

- а) за суб'єктним критерієм;
- б) за рівнем деталізації механізму.

Розглянемо кожен з цих підвидів.

За суб'єктним критерієм «тлумачні застереження» діляться на три підвиди. Перший передбачає певний механізм дій сторін договору у разі виникнення розбіжностей: «Спори щодо тлумачення і виконання цього Договору вирішуватимуться шляхом консультацій і переговорів між Договірними Сторонами».

Другий підвид «тлумачних застережень» містить вказівку на органи, уповноважені розглядати подібного роду спори. Наприклад, стаття Угоди між Урядом України і Урядом Арабської Республіки Єгипет про торговельне судноплавство від 29 березня 1997 р.: «Будь-які спори щодо тлумачення або застосування даної Угоди будуть врегульовані Спільною Морською Комісією».

Існують також «змішані тлумачні застереження», тобто норми, що об'єднують в собі як механізм дій сторін, так і можливість передачі спору на розгляд компетентного органу.

За критерієм деталізованості тлумачні застереження є або повноцінними нормами-правилами, або загальними нормами-принципами. Прикладною нормою-правилом є стаття щодо тлумачних розбіжностей Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією⁵⁷³: «У разі виникнення між Сторонами спору щодо тлумачення або застосування цієї Конвенції Сторони прагнуть врегулювати спір шляхом переговорів або будь-яким іншим мирним шляхом за їхнім вибором, включаючи передачу спору на розгляд Європейського комітету з проблем злочинності, арбітражного суду.

⁵⁷³ Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 47 – 48.

Ще один важливий критерій ділення на норми матеріально-го і процесуального права. Якщо норми-принципи завжди належать до категорії матеріально-правових (встановлюють права і обов'язки учасників правовідносин), то норми-правила в цілому можуть бути як матеріально-правовими, так і процесуальними. У наведеному вище прикладі норми-правила є саме процесуальними нормами, що регламентують механізм дій сторін договору у разі виникнення розбіжностей.

Другою групою договірних норм про тлумачення є «визначення термінів». Ці норми в усіх випадків є матеріально-правовими. Визначення терміну має превентивний характер і спрямоване на запобігання виникнення спору більше, ніж на вирішення спору, що вже існує.

Тобто, шляхом нормативного закріплення визначень деяких термінів можна істотно зменшити вірогідність розбіжностей щодо тлумачення договорів, але не можна повністю вирішити проблему – занадто велике і непередбачуване число таких складних або неоднозначних формулювань у договорі.

Третій вид норм про тлумачення можна назвати «правило примату тексту певною мовою». Цей вид норм найчастіше використовується в сучасній практиці. У випадках, якщо договір двосторонній і повинен бути викладений, відповідно, двома державними мовами сторін, як правило формулюється «нейтральний текст», тобто текст третьою мовою, зручною для обох сторін.

Остання, четверта група норм міжнародного права щодо тлумачення – це безпосередньо «правила тлумачення». Особливістю статей, які можна віднести до правил тлумачення, є їх поділ на правила «як слід» і правила «як не слід». Якщо перші спрямовані на опис бажаного вірного тлумачення, то другі є найпоширенішим у текстах договорів явищем, умовно названим «обмежувальним застереженням». Зазвичай, таке застереження містить чітку вказівку на те, як не можна тлумачити умови договору.

«Обмежувальне застереження» є матеріально-правовими нормами-правилами та має спеціальний характер, який не дозволяє тлумачити цей договір як такий, що має перевагу щодо інших договорів, які діють у тій самій сфері. Такі застереження регулюють питання співвідношення з іншими міжнародними актами, які діють у тій самій сфері для уникнення такого явища, як конкуренція норм: «Жодне з положень цієї Конвенції не

повинне тлумачитися так, щоб завдало збитку обов'язкам або правам суден, передбаченим в інших міжнародних документах» (Міжнародна конвенція про пошук і рятування на морі від 27 квітня 1979 року)⁵⁷⁴.

Слід відзначити, що норми про правила тлумачення бувають як імперативними, так і диспозитивними. «Обмежувальні застереження» мають імперативний характер, а правила тлумачення «як слід» у переважній більшості випадків диспозитивні і носять рекомендаційний характер.

Основна проблема, яке сьогодні стоїть на міжнародно-правовому порядку денному – це питання ієрархії, у тому числі і в рамках права міжнародних договорів. З одного боку, відповідь доволі проста – норма, яка має характер *jus cogens*, має переваги над іншими. Однак що це за норма, який її зміст – залишається відкритим питанням теорії та практики. При цьому, як показує остання, МС ООН намагається максимально усунути від вирішення цього питання, хоча це йому не завжди вдається. Провідником тут виступає Трибунал по Югославії, який з огляду на специфіку своєї компетенції просто вимушений розглядати це питання. Спробуємо все ж таки проаналізувати місце таких норм у системі права міжнародних договорів.

Перші дослідження імперативних зобов'язань згідно з міжнародним правом були здійснені у XVIII столітті Крістіаном Вольфа та Е. де Ваттелем. Обидва дослідники роблять припущення, що коріння цього явища слід шукати у природному праві⁵⁷⁵. Однак реально концепція визріла наприкінці XIX ст., коли почали піднімати питання про можливу недійсність міжнародних угод, що суперечать імперативним нормам міжнародного права, хоча було неможливо ідентифікувати такі норми.

Різні дослідники зверталися до *jus cogens*, вдаючись до чисельних його теоретичних обґрунтувань, на кшталт принципів міжнародної моралі, загальних принципів, визнаних міжнародною спільнотою тощо. Перша дискусія з цього приводу була розпочата Альфредом Фердросом, який провів розмежування між двома видами *jus cogens*, виділивши дискретні норми, що стали

⁵⁷⁴ Міжнародна конвенція про пошук і рятування на морі від 27 квітня 1979 року // Офіційний вісник України. – 2005. – № 23. – Ст. 1335.

⁵⁷⁵ Див. Verdross Alfred. Die Quellen des universalen Voelkerrechts: eine Einfuehrung // Rombach, 1973. – 148 s.

обов'язковими (включаючи, наприклад, заборону для держав перешкоджати іншим державам у використанні відкритого моря), та норми, що спрямовані на запобігання поведінці *contra bonos mores*. Держави не повинні укладати договори, що суперечать цим нормам⁵⁷⁶.

Все начебто просто, але коли справа доходить до практики, то тут виникають певні нюанси. Так, ППМП виходила з презумпції повної та необмеженої свободи сторін укладати міжнародні угоди, хоча, фактично, ця свобода ніколи не була абсолютною⁵⁷⁷. Сам термін «*jus cogens*» у значенні, усталеному в міжнародному праві, вперше з'явився у *Справі щодо сербських та бразильських позиж*⁵⁷⁸, проводячи паралель із публічним, відомим у більшості правових систем.

У цьому контексті надзвичайний інтерес викликає документ того ж періоду, який стосувався і вітчизняної історії – Пакт Молотова – Ріббентропа. Він є наочним прикладом плутанини і труднощів. Численні політики, у тому числі міністр закордонних справ Польщі Скубішевський та інші високопосадові особи, неодноразово заявляли з різних приводів, що Пакт був недійсним та нікчемним. Пакт не містив жодного формального посилання на застосування сили, хоча це малося на увазі, виходячи з контексту. З точки зору права договорів, яке діяло на той момент, не було жодних підстав для оголошення договору недійсним та нікчемним через відсутність обставин, що порушують його чинність. Він був нечинним лише стосовно Польщі або будь-якої іншої держави регіону. Нагадаємо, що норми недійсності згідно з міжнародним правом є вельми обмеженими, на відміну від концепції юридичного значення для третіх сторін⁵⁷⁹, про що детальніше ми будемо говорити в Пошуку, присвяченому одностороннім актам.

⁵⁷⁶ Alfred Verdross. Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on «The Law of Treaties» / Alfred von Verdross // The American Journal of International Law. – 1937. – Vol. 31. – No. 4. – P. 571 – 577.

⁵⁷⁷ Julio A. Barberis. Le concept de «traite international et ses limites». – 30 AFDI (1984) – P.263.

⁵⁷⁸ Julio A. Barberis. Le concept de «traite international et ses limites». – 30 AFDI (1984) – P. 264.

⁵⁷⁹ Щодо поняття юридичного значення для третіх сторін (opposability) в міжнародному праві див.: Starke J. G. The Concept of Opposability in International Law / J. G. Starke // Australian Year Book of International Law. – International Law. – 1968; Degan V. D. Sources of Internationalsal Law / V. D. Degan. – Martinus Nijhoff Publishers, 1997. – P. 339.

Статут ООН мав би внести певну чіткість стосовно аналогічних ситуацій, які мали та мають місце після його вступу в дію. Так, стаття 103 Статуту ООН⁵⁸⁰ визначає, що «у тому разі, якщо зобов'язання Членів Організації за даним Статутом суперечать їх зобов'язанням за будь-якою іншою міжнародною угодою, переважну силу мають зобов'язання за цим Статутом». Вона також може бути наведена як можливий приклад імперативної норми міжнародного права. За такою самою моделлю та з відповідними посиланнями на Статут ООН розроблені положення, зокрема, статей 1, 4 і 20 Статуту ОАД, а також стаття 1 Договору НАТО.

Однак це положення обмежується лише встановленням прима-ту Статуту над будь-якою іншою міжнародною угодою, що несумісна з ним. Таким чином, виникає класичний конфлікт – Статут не забороняє укладення договорів, що йому суперечать, і не проголошує їх недійсність. Ця теза підтверджується рядом міжнародних договорів у різних сферах, укладених як на універсальному, так і на регіональному рівнях.

На нашу думку, стаття 103 охоплює всі види норм, що містяться в Статуті Організації Об'єднаних Націй, тоді як категорія *jus cogens* стосується тільки матеріальних норм, а процедурні питання пов'язані швидше із зобов'язаннями *erga omnes* (попри те, що ця відмінність не є очевидною у світлі Рішення у *Справі «Барселона Трекшин»*⁵⁸¹, яка скоріше внесла сум'яття у розуміння категорій та їх співвідношення).

Але у *Справі щодо військових та напіввійськових дій на території Нікарагуа* Суд зазначив, що хоча зміст звичаєвої норми щодо самооборони міг би бути встановлений на основі практики, пов'язаної із застосуванням Статуту ООН, цей процес дав би результати лише стосовно матеріально-правових аспектів норми⁵⁸². Аналіз співвідношення між договірними і звичаєвими аспектами

⁵⁸⁰ Устав Организации Объединенных Наций [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/documents/charter>.

⁵⁸¹ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain) Preliminary Objections Judgment of 24 July 1964 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5341.pdf>.

⁵⁸² Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>.

норми про самооборону свідчить, що, хоча зміст звичаєвої норми про самооборону може бути визначено на основі практики, пов'язаної із застосуванням Статуту ООН, цей процес дає результати лише щодо основних аспектів норми. Права та обов'язки держави в рамках звичаєвого права на самооборону не включали обов'язок інформувати Раду Безпеки ООН про збройний напад. Цей обов'язок було покладено винятково на держав – членів Організації Об'єднаних Націй, а не на ті держави, які зобов'язані нормами, проголошеними у Статуті ООН як нормами звичаєвого права, відповідно до статті 38 Віденської конвенції. Звісно, мета цього Пошуку не полягає в дослідженні розбіжностей між *jus cogens* і зобов'язаннями *erga omnes*, про які ми говорили вище, однак слід наголосити на тому, що *erga omnes* має стосуватися процесуальних питань і, зокрема, повноважень подавати позови та скарги у зв'язку з порушенням імперативних норм міжнародного права. Щоправда, із цією позицією абсолютно не згоден МС ООН у *Справі щодо Східного Тимору*⁵⁸³, однак ми повернемося до цього пізніше.

Концепція імперативних норм стосується і ряду складних питань, що проявились у ході підготовки Конвенції про право міжнародних договорів. Доповідачі КМП ООН⁵⁸⁴ запропонували включити до проекту положення про недійсність договорів, що суперечать деяким нормам міжнародного права, зокрема основним принципам Організації Об'єднаних Націй, а також нормам, що встановлюють універсальну юрисдикцію щодо міжнародних злочинів. Норми щодо *jus cogens* було включено до статті 13 проекту 1963 р., незважаючи на те, що при обговоренні в рамках КМП ООН щодо цієї ідеї було висловлено чимало критичних зауважень. Окремі істотні заперечення були висловлені представниками радянської школи міжнародного права. Вони ж запропонували свої формулювання, але жодне з них не отримало визнання (щоправда, вони були частково враховані у статті 53 Конвенції).

⁵⁸³ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning East Timor (PORTUGAL v. Australia) Judgment of 30 June 1995 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6949.pdf>.

⁵⁸⁴ Див., наприклад, Fitzmaurice G. Report of 1958; Lauterpacht H. Report of 1953; Waldock 2nd Report of 1963 // Yearbook of the International Law Commission (1958) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1958_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1958_v2_e.pdf)

Остаточний проект 1966 р. містив норми щодо *jus cogens* у статті 50. Критика цього положення, що висловлювалась і в рамках КМП ООН та 6-го Комітету Генеральної Асамблеї, і різними державами, засновувалася на двох твердженнях: заперечення *jus cogens* у цілому і сумніви щодо основних елементів запропонованих норм. Нарешті, під час підготовчого етапу тридцять дві держави (тобто, близько 30 % членів ООН) погодились із закріпленням положень про імперативні норми, натомість десять держав взагалі не підтримали цього. Ці цифри демонструють, що концепція *jus cogens* не може розглядатися як елемент звичаєвого права до набуття чинності Віденською конвенцією. На фінальному голосуванні щодо статті 53 72 держави проголосували «за», 3 – «проти», а 18 – утрималися⁵⁸⁵.

Ситуація з прийняттям статті 53 підштовхнула деяких авторів до висновку про те, що *jus cogens* буде мати виключно договірний характер і не набуде статусу звичаєвого права, доки Віденська конвенція не отримає загального визнання. Інші автори відзначили (у зв'язку з пунктом про зворотну силу, який міститься у Віденській конвенції), що відповідна норма була включена до тексту під час конференції (стаття 4) для того, щоб уникнути закріплення зворотної сили деяких положень Конвенції, у тому числі статей 53 і 64.

Виходячи зі змісту статті 53 Віденської конвенції, імперативна норма загального міжнародного права є нормою, що приймається і визнається міжнародним співтовариством у цілому як норма, відхилення від якої недопустиме, і яку може бути змінено тільки наступною нормою загального міжнародного права, що носила б такий самий характер. Посилання на *jus cogens* можна знайти також у статті 64: «Якщо виникає нова імперативна норма загального міжнародного права, то будь-який існуючий договір, який суперечить цій нормі, стає недійсним і припиняється».

Автори, що аналізували феномен *jus cogens*, підкреслювали два аспекти: абсолютна заборона будь-яких форм його порушення і недійсність будь-якого документа, що суперечить йому. Тобто, у різних редакціях викладали статті 53 та 64 Віденської конвенції

⁵⁸⁵ Jerzy Sztucki. *Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Wien/New York 197-1, Passing, Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester 1984. – P. 202 – 226; Paul Reuler, *Introduction au droit des traites*. – Paris, 1972. – P. 138 – 141.

1969 р. Постійне посилення навіть у доктрині свідчить про те, що ця концепція стала загальноприйнятною (переважно завдяки саме доктрині), як би скептично не ставилися до можливості практичного застосування концепції імперативних норм у сучасному міжнародному праві. Цей скепсис випливає з того, що, перш за все, мова йде про визначення норми не як такої, а за її правовими наслідками. По-друге, ця концепція передбачає дуже високий рівень консенсусу в міжнародному співтоваристві. По-третє, не можна нехтувати і труднощами правотворчого процесу. Всі три проблеми присутні у статті 53 Віденської конвенції 1969 р. Перша проблема пов'язана з можливим списком імперативних норм у міжнародному праві. КМП ООН вирішила включити це поняття в проект конвенції, хоча був переконаний, що такий перелік не може бути сформульовано. У Коментарі до Віденської конвенції згадується про заборону незаконного застосування сили (агресії), рабство, піратство, расову дискримінацію, апартеїд та геноцид⁵⁸⁶. У ході підготовки Конвенції та на Віденській конференції були запропоновані 26 прикладів норм, які можна вважати імперативними, але тільки три з них (заборона застосування сили, геноциду і рабства) знайшли підтримку більш ніж десяти держав. Також було очевидним те, що укладачі Конвенції не вважали визначення імперативних норм своєю основною метою. Отже, точне визначення *jus cogens* залишили на майбутнє, для практики. На жаль, практика, яка доволі часто виводила прогресивні теорії міжнародного права на істинний шлях, не є ані достатньо об'ємною, ані послідовною з цього питання.

Розглянемо декілька найбільш спірних прикладів норм, які абсолютно обґрунтовано можна віднести або ж виключити із переліку *jus cogens*. Ситуація нагадує передмову до першого видання «Походження видів»: «Сумніваюся, що у книзі є хоча б один пункт, щодо якого не можна було б підібрати факти, які б приводили до прямо протилежних висновків, ні ж ті, до яких дійшов я»⁵⁸⁷.

Перший приклад – принцип *pacta sunt servanda*. Усі згодні з тим, що ця норма є основою не тільки міжнародного права, але

⁵⁸⁶ Year Book of International Law Commission. – 1963. – Vol. 11. – P. 198.

⁵⁸⁷ Darwin Ch. On the Origin of Species [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://embryology.med.unsw.edu.au/pdf/Origin_of_Species.pdf (Ми навмисно використали англomовну версію, адже, на відміну від сучасних російськомовних, у вступі не наведено цієї скараментальної фрази).

і будь-якого правопорядку. Припустимо, що це принцип імперативного характеру. Це буде означати, що будь-який міжнародний договір, що суперечить цьому принципу, є недійсним. Однак якщо ми подивимося на положення Конвенції 1969 р. про застосування послідовно укладених договорів, які стосуються того самого питання (стаття 30), то там немає посилання на недійсність наступного договору. Навпаки, Конвенція містить принцип про те, що більш пізній договір має перевагу.

Ще одним прикладом такої норми міжнародного права є принцип самовизначення. Було щонайменше три ситуації, коли відбувалося застосування відповідних норм *jus cogens*, як вони розуміються у Віденській конвенції⁵⁸⁸. Але якщо право на самовизначення є імперативним, заяви різних територій про відокремлення повинні підтримуватися, а цього не відбувається. Зокрема, висновки щодо Югославії (особливо № 2 від 11.01.1992 р.) є важливим доказом того, що право на самовизначення не було сприйнято як імперативну норму міжнародного права. Це підтверджено і Консультативним висновком щодо Косова. Принцип самовизначення є одним з основоположних норм сучасного міжнародного права (не *jus cogens*), але не існує жодних доказів про його імперативний статус. У своєму рішенні 1980 р. Суд визнав зобов'язання за міжнародним правом життєво важливими і фундаментальними для міжнародного співтовариства, але не визнав їх імперативними⁵⁸⁹.

Цей парадокс показує, як важко дійти згоди щодо повного переліку імперативних норм у міжнародному праві. Тим більше, що посилання на *jus cogens* у судовій практиці є не частими, і жоден договір не був визнаний недійсним через його суперечність відповідним нормам.

Друге питання стосується того, хто може поставити питання про порушення *jus cogens*. У ході конференції у Відні делегації Люксембургу, Чилі, Ізраїлю, Швейцарії та деяких інших держав

⁵⁸⁸ Ми розглянемо тільки два перших, а третій випадок стосується вимог Сомалі, що посилалася на недійсність договорів, укладених Абіссінією та Італією (1897 і 1907 рр.), Абіссінією і Великою Британією (1897), Великою Британією та Італією (1921). Ці договори є правовою основою нинішніх кордонів між Сомалі, Еритреєю та Кенією відповідно. Детальніше див.: Sandorski Jan. *Niewaznosc Umow mizhnarodowych*. – Poznan, 1978. – Р. 192. Питання, однак, є складним, оскільки жодні претензії на територіальні зміни кордонів в Африці не отримали підтримку з боку міжнародного співтовариства, адже правило *uti possidetis* було загальноприйнятим.

⁵⁸⁹ ICJ Reports 1980. – Р. 40–13.

підкреслювали, що визнання права кожної держави претендувати на недійсність договору як такого, що суперечить імперативній нормі міжнародного права, буде логічним наслідком положення статті 53⁵⁹⁰.

Ця пропозиція була, однак, відкинута більшістю учасників конференції. Інший аргумент, який підтверджує, що право посилатися на недійсність договору як такого, що суперечить імперативній нормі, можна побачити у статті 63, оскільки вона визначає процедуру відступу від договорів (але не визнання їх недійсними). Не передбачено ніяких відмінностей між різними підставами недійсності договорів. Це стосується прав сторін, і у всіх випадках, в яких Віденська конвенція використовує це поняття, воно означає залучення сторін конкретного договору. Отже, зобов'язання, сформульовані в статті 53, не є зобов'язаннями *erga omnes*.

Можливість визнання недійсності договорів за статтею 53 Віденської конвенції підтримується КМП ООН в її Статтях про відповідальність держав⁵⁹¹, де у статті 48 йдеться про контрзаходи і містяться положення, відповідно до яких держава, що постраждала, може притягнути до відповідальності державу-порушницю. Це допускається, якщо порушені зобов'язання перед групою держав, включаючи позивача, або міжнародним співтовариством у цілому. Сфера дії відповідних норм обмежена порівняно з можливостями потерпілої держави і включає в себе право вимагати припинення протиправного діяння, а також гарантій неповторення, право вимагати виконання зобов'язання на користь потерпілої держави.

Це не виключає інших форм дій проти порушника, але держави, які виступають як *defensor legis*, мають бути спроможні довести, що вони насправді діють від імені або в інтересах потерпілої держави, або взагалі виступають від всієї міжнародної спільноти. КМП ООН навмисно не визначила поняття зобов'язань *erga omnes*, хоча і мала справу з такими зобов'язаннями. Очевидно, що положення Статей про відповідальність держав стосуються й укладення договорів, що суперечать імперативним нормам і дають право третім державам заявляти про недійсність цього договору. Такі

⁵⁹⁰ Hannikainen Lauri *Peremptory Norms (ius cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status.* – Helsinki, 1988. – P. 179.

⁵⁹¹ Annexed to UNGA Resolution 56/83 of 12 December 2002; див. James Crawford. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction. Text and Commentaries.* – Cambridge, 2002.

повноваження повинні бути надані основним політичним органам ООН, у тому числі Генеральній Асамблеї ООН і Раді Безпеки. Ці повноваження можуть бути реалізовані у співпраці з Міжнародним судом, який може надавати консультативні висновки на прохання установ, визначених у статті 96 Статуту ООН.

Ще один цікавий аргумент на користь права третіх суб'єктів вимагати визнання недійсності договору відноситься до можливості звернення до статті 51 Статуту ООН (колективна самооборона) за умови, якщо договір передбачає незаконне застосування сили проти держави⁵⁹². Додаткова проблема виникає у зв'язку із використанням сили або загрози застосування сили. Мова йде про взаємозв'язок статей 53 та 52 Віденської Конвенції та про наявність горизонтальної ієрархії між ними: чи є стаття 52 *lex specialis* по відношенню до статті 53, адже, якщо досягнуто загальної згоди про те, що заборона використання сили є, безсумнівно, імперативною нормою, навіщо взагалі стаття 52. Єдиним логічним поясненням є те, що було досягнуто загальної згоди щодо недійсності договору, укладеного з примусу, але не щодо *jus cogens*. В іншому випадку нам довелося б зробити висновок, що заборона на застосування сили не є імперативною.

Так само не зрозуміло, в який момент сторони договору, що суперечить *jus cogens*, і треті держави можуть заявляти про недійсність такого договору і, отже, застосовувати контрзаходи. На наш погляд, саме укладання договору (або момент, коли про це стає відомо третім державам) дозволяє заявляти про недійсність, проте контрзаходи можна застосовувати винятково тоді, коли положення договору стали виконуватися на практиці. Наша позиція ґрунтується на пропозиції КМП ООН, висловленій у Статтях про відповідальність держав. Відповідно до статті 40 тільки серйозні порушення *jus cogens* передбачають заходи згідно зі статтями і виправдовують втручання третіх сторін.

Стаття 71 Віденської конвенції 1969 р. вимагає, щоб сторони не тільки відновили в їхніх взаємовідносинах становище, яке існувало б, якщо договір не було укладено (це звичайний наслідок визнання договору недійсним), а й усунули наслідки застосування будь-якого положення, що суперечить імперативній нормі, і привели свої взаємини у відповідність з цією нормою. Крім того, було

⁵⁹² Cassese Antonio. Change and Stability in International Law-Making. – Berlin, 1988. – P. 100.

прийнято і спеціальне положення щодо наслідків недійсності на підставі порушення *jus cogens superveniens*, тоді недійсність проголошується не *ab initio*, а коли нова імперативна норма набуває чинності, а наслідки виконання договору до її появи залишаються в силі. На нашу думку, це скоріше припинення договору, а не визнання його недійсним.

Ще однією важливою проблемою є виділення положень угоди в разі їх невідповідності *jus cogens*. Загальне правило, яке сформульовано у Віденській конвенції, полягає в тому, що договір, визнаний недійсним, є неподільним, якщо тільки причиною недійсності не є певні окремі положення. У такій ситуації договір, про який йде мова, може залишитися в силі. Проте якщо договір суперечить імперативній нормі, це правило не застосовується. Наступною проблемою є відновлення дії договору, визнаного недійсним через його невідповідність *jus cogens*. Деякі делегації пропонували, щоб дія договору, укладеного під примусом або загрозою застосування сили, могла бути відновлена не тільки у зв'язку із заявою сторін угоди, але й за згодою. На нашу думку, за аналогією до статті 52, такий договір не може бути поновлено.

Окремо слід розглянути питання про співвідношення між допустимістю застережень і *jus cogens*. У Рішенні про Континентальний шельф у Північному морі Суд розглянув питання щодо того, чи Женевська конвенція про територіальне море і прилеглу зону 1958 р. може розглядатись як звичаєве право. Судді заявили, що допустимість застережень до Конвенції є важливим аргументом проти перетворення її норм на звичаєві. Однак Суд не розкрив взаємозв'язку між звичаєвим правом й імперативними нормами. Все ж таки, на нашу думку, допустимість застережень виключає появу імперативної норми, але не звичаєвої. Перша вимагає згоди (майже) всіх держав і передбачає, крім того, наявність спеціального *opinio juris cogentis*⁵⁹³. Згода може мати місце, навіть, якщо деякі держави не дотримуються відповідної практики.

⁵⁹³ На Віденській конференції Мустафа Ясін, виступаючи від імені Підготовчого Комітету, заявив, що вираз «міжнародне співтовариство в цілому» означає той факт, що імперативна норма повинна бути прийнята переважно більшістю держав, але не обов'язково всіма. Невелика кількість противників не може вести до закріплення за ними статусу послідовних противників. Однак якщо кількість держав-противників збільшується, то можливість встановлення імперативного характеру норми зменшується. Такий підхід дуже ненадійний, адже в його основу закладено суб'єктивний підхід.

Ми не ставимо перед собою завдання проаналізувати створення *jus cogens* у деталях. На нашу думку, вимоги, сформульовані у статті 53 Віденської конвенції, припускають, що формування цих норм відбувається винятково через звичаєве право⁵⁹⁴, адже нині майже немає міжнародних договорів зі справді універсальною участю. Звичайно, ми не виключаємо ситуацію, при якій існуюча імперативна норма, що виникла як звичаєва, потім буде кодифікована багатостороннім договором. Ми могли б також говорити і про створення *jus cogens* через акти міжнародних організацій, включаючи, зокрема, резолюції їхніх політичних органів. Таку думку висловив МС ООН у своєму Консультативному висновку щодо застережень до Конвенції про запобігання і покарання за геноцид⁵⁹⁵. Однак більшість актів, що приймається відповідно до статутів цих організацій, має виключно необов'язковий характер. Це означає, що держава-член, представлена в органі організації, голосує з деяких питань через політичні причини і не обов'язково тому, що вона хоче бути пов'язаною конкретними нормами. Ми не виключаємо, що такі резолюції є важливими елементами формування звичаєвих норм, і голосування в рамках організацій може стати одним із факторів оцінки *opinio juris*. Але цього недостатньо для виникнення імперативної норми.

Однак якщо ми приймаємо можливість того, що імперативна норма може бути змінена звичаєвою, ми повинні пам'ятати, що будь-яка спроба розпочати нову практику, спрямовану на створення нової норми звичаєвого права, повинна негайно зіткнутися з реакцією міжнародного співтовариства як на порушення існуючих імперативних норм, у тому числі з контрзаходами з боку третіх держав. Якщо такої реакції немає, ми повинні визнати, що норма, про яку йде мова, втрачає свій імперативний характер.

Навряд чи регіональні (партикулярні) норми можуть мати імперативну природу. Сформульоване у статті 53 Віденської конвенції визначення передбачає, що *jus cogens* складається лише з норм загального міжнародного права, які приймаються і визнаються

⁵⁹⁴ Під час Віденської конференції представник Швейцарії запропонував обговорити питання створення імперативних норм, але ця пропозиція була відхилена.

⁵⁹⁵ Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Orders Reservations To The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide Advisory Opinion Of May 28th, 1951 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>

міжнародним співтовариством в цілому. Тим не менше, таке визначення було прийняте для цілей зазначеної Конвенції.

Теорія щодо імперативних норм з того часу розвинулася й набула нового виміру. Теоретично ми можемо прийняти існування регіонального *jus cogens*. Прикладами таких норм можуть бути основні документи Ради Європи, у тому числі Європейська конвенція з прав людини і звичаєві принципи демократії та верховенства права, які можуть набувати статусу вищого, ніж інші норми Євроатлантичного правового простору. Разом із тим прийняття цих норм насправді не є загальним, навіть на регіональному рівні. Європейська конвенція дозволяє застереження (хоча вони і заборонені щодо основних прав людини, закріплених в ній) і обмеження конкретних прав, якщо інтереси держав вимагають цього. Право на демократію та верховенство права відносно широко визнані в регіоні, але вони не втілені ефективно і послідовно – досить послатися на позицію країн – членів ЄС щодо держав, відповідальних за серйозні порушення прав людини.

Стаття 53 Віденської конвенції ніколи не застосовувалася на практиці. Щоправда, було кілька випадків, коли її могли б взяти до уваги, але цього не відбулося. Серед двосторонніх угод, які були проаналізовані у цьому контексті, згадаємо договір 1921 р. між Персією і радянською Росією, так званий Договір про гарантії щодо Кіпру, Договір 1975 р. про Західну Сахару⁵⁹⁶.

Договір від 26 лютого 1921 р. надав Росії виняткове одностороннє право вводити війська до Персії в разі внутрішнього конфлікту або загрози підривної діяльності проти Росії, що велася б на території останньої. Він був денонсований Іраном 5 листопада 1979 р. через докорінну зміну обставин. Зміна обставин спричинена і загальною заборонаю на застосування сили на підставі статті 2 Статуту ООН, а також формуванням універсальної системи колективної безпеки, адже принцип незастосування сили також є однією з можливих імперативних норм міжнародного права. Хоча *jus cogens* не згадується в Іранській декларації 1979 р.

Договір про гарантії передбачав інтервенції його сторін на Кіпр у випадку порушення умов договору. Він був прийнятий Радою Безпеки ООН і ніколи не оспорювався ані сторонами, ані

⁵⁹⁶ Ronzitti Nalalino. Trallati contrari a norme imperative del diritto internazionale in : Studi in onoredi. Sperduti, 1984. – P. 209.

будь-якими третіми державами в ході численних обговорень питання Кіпру в рамках ООН. Кіпр денонсував договір в 1964 р., посилаючись на його невідповідність принципу незастосування сили⁵⁹⁷.

Що стосується Договору про Західну Сахару, укладеного 14 листопада 1975 р. Іспанією, Марокко і Мавританією, то Алжир заявив про його недійсність на підставі суперечності принципу самовизначення народів. Однак головний аргумент проти полягав не в порушенні права місцевого населення на самовизначення, а у відсутності права Іспанії на його підписання.

Дії Генеральної Асамблеї ООН щодо мирного договору між Ізраїлем та Єгиптом були найсерйознішою спробою скасувати договір на підставі порушення *jus cogens*. Аргументи проти цього договору були пов'язані з порушенням принципу самовизначення (палестинського) народу. Угоди в Кемп-Девіді щодо Західного Йордану та сектору Гази були проголошені резолюціями 34/65В від 29 листопада 1979 року (пункт 4) і 35/169В від 15 грудня 1980 року (пункт 2) такими, що «не мають юридичної сили», але сторони не визнали їх недійсними, тож практичного впливу резолюції не мали.

Найсвіжіший приклад договору, який вважають таким, що суперечить *jus cogens* – Договір про приєднання до ЄС Центрально- та Східноєвропейських держав, Мальти і Кіпру. Остаточним результатом переговорів про вступ став договір, який передбачає приєднання всієї Республіки Кіпр до ЄС. Проте через негативне рішення референдуму на грецькій частині острова договір набув чинності лише для Республіки Кіпр, а не для так званої Турецької Республіки Північного Кіпру. Можна було б запитати, чи таке рішення не порушує територіальної цілісності Кіпру?⁵⁹⁸

Розбудова концепції імперативних норм продовжується, адже міжнародно-правова дійсність свідчить про тенденцію щодо формування метаправа, орієнтованого на певні цінності. І *jus cogens* у цій системі займуть якщо не перше, то і не останнє місце, забезпечуючи міжнародне право хистким інструментом рівноваги. Разом із тим слід враховувати наступне.

⁵⁹⁷ Suzanne Baslid, *Les traites dans le vie internationale*, Paris, 1986. – P. 103-104.

⁵⁹⁸ Gaja G. *Jus cogens Beyond the Vienna Convention // Recueil des Cours*, 1981-III, tome 172. – P. 292–293.

По-перше, існують норми диспозитивного характеру, які мають вирішальне значення для функціонування міжнародного співтовариства. Вони є основними і життєво важливими. Певні положення у договорах із прав людини не допускають відступів і мають виконуватися за будь-яких умов (у тому числі й за надзвичайного стану). Допустимість застережень до цих конвенцій обмежена. Їх положення не можуть бути ні порушені, ні призупинені в разі застосування контрзаходів. Відповідні положення можна знайти в Женевських конвенціях з гуманітарного права 1949 р. і в Європейській конвенції з прав людини 1950 р. Права, передбачені цими документами, значною мірою набули статусу звичаєвих⁵⁹⁹.

Існує тенденція до визнання примату договорів у сфері прав людини над іншими договірними зобов'язаннями, що було підкреслено урядом Угорщини при ухваленні рішення про відкриття кордону з Австрією для громадян НДР у серпні 1989 р.⁶⁰⁰ Ті ж аргументи були попередньо висловлені в дискусіях щодо окупації Голанських висот Ізраїлем у 1981 р. на основі внутрішнього права⁶⁰¹. Однак такі спроби можуть бути небезпечними.

Введення поняття *jus cogens* до Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. призвело до важливих дискусій між юристами щодо нормативної природи та значення цього поняття. Незважаючи на його неоднозначність, *jus cogens* прийнятий міжнародним співтовариством як важливий елемент міжнародного правопорядку та законності.

Водночас теорія очікує практики міжнародних судових органів, включаючи Міжнародний суд. Перший досвід не дуже багатообіцяючий, оскільки ні Гаазький суд, ні Європейський суд з прав людини не готові роз'яснити суть явища Лише, як вже зазначалося вище, Трибунал з колишньої Югославії став винятком з цього правила.

Негативний приклад наслідували і національні суди, які досі не готові підтвердити імперативний характер певних норм міжнародного права, що означає пряму дію цих норм у національних

⁵⁹⁹ Meron Theodor. Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law. – Oxford, 1989. – P. 41, 79, 136.

⁶⁰⁰ Rauschnig Dieter. Budapest isl an das Velkerrecht gebunden. // Frankfurter Allgemeine Zeitung. – 1989. – 31 August.

⁶⁰¹ Coussirat-Coustere Vincent Israel el le Golan. Problemes juridiques resultant de la loi du 14 decembre 1981. – AFDI28 (1982). –P. 185.

правопорядках. Це вимагає від держав згоди щодо важливих обмежень, які стосуються їхнього суверенітету і свободи дій. Революційні зміни повинні мати місце і з огляду на прийняття *erga omnes*, і процедурних можливостей держав, що прагнуть оскаржити норму як таку, що суперечить імперативній.

Пошук 5:

ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ПОЗА МЕЖАМИ СТАТТІ 38 СТАТУТУ МІЖНАРОДНОГО СУДУ ООН

Тривалий час у міжнародному праві превалював підхід, згідно з яким можливість суб'єкта створити для себе міжнародно значущі права на основі односторонніх актів навіть не розглядалася, і це було певним чином виправдано. Прийняття таких актів має неоднозначні наслідки, пов'язані з однією з основних невіршених проблем міжнародно-правового буття – поширенням дії норми на третіх суб'єктів.

Ще однією істотною проблемою у дослідженні односторонніх актів стало те, що доктрина певний час виходила із занадто вузького розуміння як суті, так і їх правової природи, що відразу виключало зі сфери дослідження окремі практики держав, ставлення та оцінку державами власної поведінки й поведінки інших суб'єктів, у тому числі це стосується і мовчання як форми виразу волі держави. І все ж таки поступово односторонні акти зайняли своє місце серед інших джерел закріплення міжнародних зобов'язань у позитивному міжнародному праві.

Виходячи з того, що односторонні акти створюють нові юридичні права згідно із волею суб'єктів, основною умовою стає чітка відповідність їх вчинення та виконання вимогам чинного на той момент загального міжнародного права та намірам сторони. Саме на цьому окремо наголошував М. Губер, зазначивши, що акти повинні відповідати умовам, які ставляться правом. Останнє, у свою чергу, постійно змінюється⁶⁰².

⁶⁰² II Reports of International Arbitral Awards. – P. 845 (Цит. за: Elias T.O. The International Court of Justice and Some Contemporary Problems / T.O. Elias. – Mertinas Nijhoff Publishers, 1983. – P. 120).

Якщо односторонній акт суперечить нормам чинного міжнародного права, його можна вважати *ultra vires*, тобто таким, що вчинений без належної правової основи. Однак така ситуація може призвести до виникнення нового історичного права або навіть до договірної закріплення ситуації. Зокрема, це стосується ситуації з окупацією *terra nullius*, набувальною давністю та історичним правом. Хоча інші суб'єкти можуть піддати сумніву чинність такого акта та не визнавати його взагалі⁶⁰³.

Однак не все так однозначно в міжнародному праві, і навіть в окремих випадках порушення сприяє його прогресивному розвитку. Так, односторонні акти держав, стосовно територіального моря, які були *ultra vires*, стали основою норм сучасного міжнародного морського права. Закони, розпорядження, декрети або навіть практики, особливо держав, що відігравали помітну роль у розвитку мореплавства, як торгового, так і військового, стали тим фактором, який спричинив еволюцію норм. Останні, з огляду на специфіку предмета правового регулювання, мали тенденцію до все більшої уніфікації та інтернаціоналізації, особливо важливим став аспект одноманітного застосування таких норм.

Таким чином, норми внутрішнього права, односторонні акти держав, навіть ті, що суперечили нормам чинного на той час міжнародного права, ставали основою для внесення змін до міжнародно-правових норм, торуючи шлях для формування звичаєвої норми⁶⁰⁴. Поза сумнівом, мова йде про прогресивний розвиток міжнародно-правового регулювання, однак і тут не може не про-

⁶⁰³ Це може стосуватися і так званих «міжнародних законів», які приймаються США. Це закони, підписані Президентом США 1 січня 2011 р. щодо введення додаткових санкцій проти Ірану. Ситуація, яка зараз склалася навколо відносин США з Іраном та взагалі упродовж усієї сучасної історії в Перській затоці, дуже вдало була проілюстрована сучасним філософом Борисом Кригером: «Усі війни в історії людства розв'язувалися тими, хто іменував себе миротворцями. Воїстину, блаженні миротворці, бо причина будь-якої війни – їх власна примха». Детальніше з роботами Б. Кригера можна ознайомитися за адресою: <http://www.krigerland.com/indexrus.htm>

⁶⁰⁴ Нагадає напівлегенду про відомого хірурга. Святослав Федоров особисто керував будівництвом своєї лікарні. І замість того, щоб заздалегідь обдумувати розташування доріжок і асфальтувати їх, він почекав, поки люди самі протопчуть стежки там, де їм зручно ходити. Потім залишилося просто прокласти доріжки на місці стежок. Давайте задумаємося і згадаємо, скільки разів ми бачили стежки, які люди протоптують в обхід основних доріжок, як їм зручно. Чому так відбувається? Є два варіанти відповіді і залежать вони від якості проектувальників. По-перше, погані проектувальники просто не можуть передбачити потреби людей. По-друге, деякі потреби взагалі дуже складно передбачити навіть хорошим проектувальникам.

явитися дивина міжнародного права, адже такий прогресивний розвиток негативно впливає на стабільність міжнародного правопорядку, хоча і вносить елемент прогнозування, який є важливим фактором стабільності в ядерну еру та утримує світ від хаосу й інших небезпечних наслідків⁶⁰⁵. Інколи складалося з точністю до навпаки, коли міжнародні кодифіковані акти, особливо у сфері морського права, ставали підставою для прийняття односторонніх актів, однак не завжди відповідно до них, хоча це і не означає всупереч ним.

Цікава ситуація склалася за результатами проведення кодифікаційних конференцій 1930, 1958 та 1960 років, які своєю основною метою визначили створення єдиних норм щодо територіального моря для прибережних держав, адже необхідно було уніфікувати надзвичайно різноманітну практику держав у цій сфері. Для уникнення одностороннього оголошення поширення своєї юрисдикції на континентальний шельф було прийнято норму Женевської конвенції про континентальний шельф (частина 3 статті 2) про те, що право прибережної держави на континентальний шельф не залежать від наявності ефективної чи фіктивної окупації нею шельфу або від прямої про це заяви⁶⁰⁶. Такий підхід був прямим відступом від встановленої звичаєвим міжнародним правом норми про ефективну окупацію нових територій. Практика подальших відносин, постійні спори, які виникають між державами, свідчить про не зовсім позитивні наслідки прийняття такого рішення. А Конвенція про територіальне море та прилеглу зону так і не стала основою для виникнення міжнародно-правового консенсусу щодо ширини територіального моря, оскільки вона лише визначила основні засади його відрахування, а єдина згадка щодо ширини стосується прилеглої зони у частині 2 статті 24: прилегла зона не може поширюватися за межі дванадцяти миль від висхідної лінії, від якої відміряється територіальне море⁶⁰⁷.

У 1960 році на черговій конференції з морського права держави так і не змогли, навіть базуючись на нормах Конвенції про

⁶⁰⁵ Franck T. World Politics: Verbal Strategy Among the Superpowers. / T. Franck, E. Weisband. – New York, Oxford University Press, 1971. – P. 120 – 121.

⁶⁰⁶ Convention on the Continental Shelf Done at Geneva on 29 April 1958 // United Nations, Treaty Series, vol. 499. – P. 311.

⁶⁰⁷ Конвенция о территориальном море и прилежащей зоне 1958 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/russian/law/ilc/tsea.pdf>

територіальне море 1958 р., уніфіковано визначити ширину територіального моря. Згода була досягнута лише про те, що, виходячи зі змісту та духу Конвенції, кожна договірна держава самостійно в односторонньому порядку визначить територіальне море, яке разом із прилеглою зоною не повинно перевищувати 12 морських миль.

У 1982 році Конвенція ООН про морське право⁶⁰⁸ встановила ряд правил, згідно з якими було встановлено певне обмеження прав держав у односторонньому порядку визначати ширину територіального моря, прилеглої зони, континентального шельфу. Про це свідчить формулювання – «до 12-ти морських миль», «до 24-х морських миль». Основою для прийняття таких рішень все ж стала одностороння практика держав, правомірність якої було підтверджено МС ООН – Рішення у справі про риболовлю⁶⁰⁹. Про неї детальніше йтиметься дещо пізніше.

Окремі норми Конвенції 1982 р. передбачають можливість для прибережних держав приймати внутрішні закони, однак лише у строгій відповідності з нормами Конвенції. Так, на підставі статті 21 Конвенції прибережні держави мають право встановити власне регулювання порядку мирного проходу через своє територіальне море, а стаття 22 передбачає можливість прибережної держави встановлювати морські коридори та схеми розмежування руху. Архіпелажні держави згідно зі статтею 53 Конвенції можуть встановлювати морські коридори і розташовані над ними повітряні коридори. Цілком очевидно, що такі національні норми не можуть створювати для прибережних держав нові права, вони лише дещо уточнюють процедурні моменти, які недоцільно врегульовувати на рівні універсального документа.

Однак не все так чітко прописано і в Конвенції 1982 р. стосовно односторонніх актів держав. Так, звернімося до статті 76, якою передбачено можливість держави в односторонньому порядку встановити межі континентального шельфу більше, ніж на 200 морських миль (аж до 350). Проте одностороння окупація, ефективна чи фіктивна, заборонена міжнародним правом. У цьому

⁶⁰⁸ Конвенція ООН по морському праву [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/lawsea.shtml

⁶⁰⁹ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

контексті надзвичайно цікавим є рішення Арбітражного суду у справі щодо островів Сент-П'єр та Мікелон, в якому суд відмовився розмежовувати континентальний шельф Канади та Франції на відстані більше, ніж 200 морських миль⁶¹⁰. І це вже свідчить про початок формування на підставі, але не у відповідності до Конвенції 1982 р., нової редакції норми щодо континентального шельфу.

Таким чином, у сфері морського права односторонні акти прибережних держав залишаються найважливішим фактором прогресивного розвитку права. Держави не можуть поширювати свою юрисдикцію та реалізовувати суверенні права стосовно різних видів морських територій до тих пір, поки не оголосять в односторонньому порядку про наміри реалізовувати на цій території свої права. Більше того, основні норми конвенцій 1958 та 1982 років перетворилися на норми звичаєвого права, які поки що не викликають істотних заперечень серед держав.

Не дивлячись на доволі струнку й одночасно гнучку систему регулювання використання морських ресурсів на універсальному рівні, все ж мають місце випадки, коли держави діють *ultra vires*. Особливо це стосується видобутку корисних копалин в Районі, тобто в даному випадку ми маємо справу із порушенням частини XI Конвенції. І знову ж таки, односторонні неправомірні дії держав спричинили прийняття нового документа – Угоди щодо реалізації Частини XI Конвенції ООН із морського права⁶¹¹.

Отже, з огляду на історичні обставини, односторонні акти держав відіграли значну роль у розвитку всього міжнародного права, адже саме завдяки поведінці окремих держав, їх національному законодавству часто встановлювалися правила поведінки, прийнятні для інших держав. Це, перш за все, територіальні питання і сфера морського права, яка так або інакше напряму пов'язана з територіальними та юрисдикційними проблемами. І сама міжнародно-правова доктрина, у тому числі щодо односторонніх актів, перебувала під значним впливом розуміння цього феномену внутрішньодержавним правом, результатом чого стало те, що різні не

⁶¹⁰ Interntional Legal Materials. – 1992. – № 5. – P. 1172.

⁶¹¹ Соглашение об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года. Принято резолюцией 48/263 Генеральной Ассамблеи от 28 июля 1994 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/agreement_impl_lawsea.shtml

тільки теорія і практика, але й не має єдності ні в теорії і відсутня уніфікована практика міжнародних відносин у цій сфері.

Як і все в доктрині міжнародного права, ставлення до односторонніх актів діаметральне – від абсолютного визнання за цими актами ролі джерела міжнародного права (щось на кшталт одностороннього міжнародного договору) до взагалі абсолютного невизнання за одностороннім актом будь-якої юридичної сили. Разом із тим, як і все в міжнародному праві, ці діаметральні погляди дозволяють встановити істину та пролити світло на важливі аспекти односторонніх актів, проаналізувавши їх із різних точок зору.

Розглянемо окремі з цих точок зору. Перша, найбільш негативна, зводиться, власне, до того, що односторонні акти не тягнуть за собою виникнення будь-яких міжнароднозначущих зобов'язань, а створюють лише моральний обов'язок⁶¹². Вони подібні до політичних заяв і ніяким чином не можуть мати правові наслідки. Так, представник французької школи міжнародного права проф. Кісс⁶¹³ категорично заявив, що односторонні акти ніяким чином не зв'язують державу. Проте він погоджується, що існують певні односторонні акти, які з самого початку мають певний міжнародно-правовий ефект⁶¹⁴. По суті Кісс дійшов висновку, що односторонні акти матимуть правові наслідки лише у випадку, якщо їх можна оцінити як квазі-договори. Цей підхід не отримав підтримки в теорії, його також не було підтверджено і в практиці міжнародних відносин. При цьому в даному випадку «поступово, однак показово»⁶¹⁵ доктрина пішла за практикою.

І навпаки, ряд авторів висловлювався в руслі того, що односторонні акти відіграють вирішальну роль у формуванні сучасного міжнародного правопорядку⁶¹⁶. Однак навіть ті, що не висловлюва-

⁶¹² Шуршалов В. М. Международные правоотношения / В.М. Шуршалов. – М.: Междунар. отношения, 1971. – 238 с.

⁶¹³ Kiss les Actes Unilateraux dans la Pratique du Droit International. – Revue Generale de Droit International. – 1961 (65). – P. 317

⁶¹⁴ Kiss les Actes Unilateraux dans la Pratique du Droit International. – Revue Generale de Droit International. – 1961 (65). – P. 321.

⁶¹⁵ Carbone S. promise in International Law: A Confirmation of its Binding force. – Italian Book of International Law. – 1975 (2).

⁶¹⁶ Degan V.-D. Unilateral Act As Source of Particular international Law. – Finnish Yearbook of International Law. – Vol. V., 1994. – P. 149-265; Рачков И.В. Односторонние акты государств: некоторые правовые вопросы / И.В. Рачков // Государство и право. – 2001. – № 8 (август). – С.75 – 88.

ли сумнівів щодо юридичної сили односторонніх актів, все ж виходили в їх розумінні з теорії міжнародних договорів. Фактично на односторонні акти перенесли розуміння договорів із мовчазною згодою, тобто ті суб'єкти, яким адресоване зобов'язання, дають на це свою згоду мовчазно⁶¹⁷. Про це зазначив спеціальний доповідач під час розробки Віденської конвенції 1969 р.: можливе пояснення зобов'язальної сили так званих односторонніх актів, які створюють права в інших суб'єктів, міститься в теорії презумпції згоди бенефіціара⁶¹⁸.

Однак таке розуміння природи односторонніх актів, викликало і викликає різке заперечення ряду теоретиків. По-перше, до цих пір однозначно не вирішено питання щодо можливості розцінення мовчання або відсутності заперечення як згоди. Відповідно, неоднозначна реакція на односторонній акт може бути розцінена як відсутність заперечення і таким чином призвести до втрати права⁶¹⁹, адже тягар доказів переноситься із суб'єкта-автора одностороннього акта на суб'єкта, якому такий акт адресовано. Останній має висловити свою незгоду з одностороннім актом держави задля того, щоб його мовчання не було розцінено як згода. Отже, це не створюється певність міжнародного права, яку, чесно кажучи, постійно шукає МС ООН, як власне він це робив у базовій справі для односторонніх актів – про ядерні випробування, де він розмито стверджував, що односторонній акт не є *quid pro quo*, хоча і бажана згода або відповідь на односторонній акт. Разом із тим, якщо односторонній акт адресовано невизначеному колу учасників і він створює зобов'язання *erga omnes*, то постає питання: що є відповідь, що є згода, чия має бути згода, адже зобов'язання постає перед невизначеним колом суб'єктів.

⁶¹⁷ З цього приводу проф. І. Лукашук зазначив, що односторонні акти слід відрізняти від актів, що мають таку ж саму форму, однак фактично являють собою елемент угоди. До таких актів відносяться ті, що являють собою практику держав, на основі якої формуються звичаєві норми міжнародного права. До них відносяться і акти, пов'язані з міжнародними договорами: приєднання до договору, вихід із нього, застереження. Такого роду акти відносяться до права міжнародних договорів. Див.: Лукашук І.И. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов / И.И. Лукашук. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 415 с.

⁶¹⁸ Briarley J. L. Law of Treaties. – Yearbook of the International Law Commission – 1950 (2). – P. 222.

⁶¹⁹ Gigante A. Unilateral State Acts. – New York University journal of International Law and politics. – 1969. – P. 342.

Основні питання, на які не можуть дати однозначної відповіді ані теоретики, ані практики: 1) чи може письмова або усна заява, зроблена офіційно державою, без будь-яких взаємних зобов'язань, які виникають без будь-яких попередніх переговорів, без будь-якої реакції іншої сторони, стати підставою для появи юридично обов'язкового зобов'язання; 2) яким є місце односторонніх актів у системі джерел, створеній статтею 38 Статуту МС ООН, та їх співвідношення з тими зобов'язаннями, які виникають у формі джерел, закріплених у ній.

Проблема кваліфікації у даному випадку полягає і в тому, що відсутня спільна основа для об'єднання, якою в міжнародному праві виступає досить часто римське право. Саме від нього ми відштовхуємося як від спільного знаменника. Однак у даному випадку римське право не відіграло ніякої ролі в розвитку односторонніх актів, хоча б через те, що римське право не визнавало односторонній вираз як волю індивідуума, адже зобов'язання за римським правом є таким юридичним відношенням між двома особами, коли одна особа – кредитор – має право вимагати від іншого – дебітора – виконання чого-небудь на свою користь⁶²⁰. Саме на це направлена формула – просто обіцянка не створює зобов'язань *nuda pacts obligationem non parit*. Разом із тим у системі зобов'язань найпізнішого права з'являється нова форма – *stipulatio*, яка є найближчою до односторонньої обіцянки, що породжує правові обов'язки, адже основним елементом стала наявність наміру особи бути зобов'язаною. І все ж таки це був договір, де істотну роль відігравала обіцянка кредитора виплатити борг⁶²¹.

У XVII столітті Гуго Гроцій, виходячи з природно-правових позицій, досліджував питання обіцянки як джерела закріплення правових зобов'язань. Він став першим, хто розмежував обіцянку як частину договору і, власне, обіцянку як самостійний правовий елемент: *promissorium implendorum obligatio*, виокремивши три види обіцянки: обіцянка-роздум, яку можна відкликати в будь-який момент і яка, відповідно, не породжує правових наслідків; обіцянка з дефектом (недосконала або незакінчена), яка породжує зобов'язання суб'єкта, що дає обіцянку, однак не надає

⁶²⁰ Покровский И.А. История римского права / И.А. Покровский. – Минск: Харвест, 2002. – С. 351.

⁶²¹ Покровский И.А. История римского права / И.А. Покровский. – Минск: Харвест, 2002. – С. 365 – 366.

іншим особам права вимагати виконання; обіцянка без дефекту (досконала), яка полягає в обіцянці, що породжує обов'язки обіцяючого і права того, кому таку обіцянку було дано. Як наслідок, Гроцій вважав, що латинська формула має звучати *promissorum implendorum obligatio* – зобов'язання виконувати обіцянку.

Однак аж до ХІХ століття, не дивлячись на те, що Гроцій був надзвичайно відомою особистістю, у тому числі як «батько права народів», його роботи мало вивчалися, тому його природно-правова доктрина незначно вплинула на подальший розвиток правових концепцій у позитивному міжнародному праві.

Основний акцент у цей період приділяється аналогії, вивченню національного цивільного права та можливості їх застосування у міжнародно-правовій системі, однак національні правові системи не використовували такої конструкції. Так, Цивільний кодекс Франції 1803 р. не знав взагалі такого поняття, як односторонні акти, передбачаючи при цьому дивну конструкцію квазіконтрактів (статті 1371 – 1381), таких, як *negotiorum gestio*, які засновано на мовчазній угоді. Саме це, на думку хорватського проф. Дегана, стало підставою для заперечення односторонніх актів у французькій доктрині міжнародного права. Однак вже в 1938 р. цивільне право Італії визнає правові наслідки односторонніх актів в цивільному обороті (статті 1987 – 1991 Цивільного кодексу Італії)⁶²². Аналогічна норма з'являється і в німецькому цивільному праві. Саме це зумовило виникнення протистояння французької та німецької й італійської шкіл міжнародного права, за результатами якого французи децю здали свої позиції. Визнання міжнародно-правових наслідків як результатів проголошення односторонніх актів зробило картину міжнародних відносин більш чіткою, однак не зовсім, що пов'язано з перенесенням національного праворозуміння у міжнародно-правовий контекст.

Тим не менше, односторонні акти все активніше входять у життя світової спільноти і впливають не тільки на вирішення питань, пов'язаних із територією, але й також інших, зокрема прав людини і навіть на суб'єктний склад міжнародних публічних відносин.

⁶²² Degan V. D. *General Principles of Law (A Source of General International Law)* / Degan V. D. // *The Finnish Yearbook of International Law*. – 1992. – P. 13 – 17.

Так, односторонні акти держав щодо захисту національних, релігійних або мовних меншин заклали основу для створення міжнародно-правової системи захисту прав меншин, яка почала зароджуватися після Першої світової війни. Такі зобов'язання були вперше взяті на себе Австрією, Угорщиною та Болгарією у зв'язку з мирними договорами 1919 р. Спеціальні угоди щодо захисту меншин було укладено окремо з Польщею, Чехословаччиною, Румунією та Грецією. Після цього під час проведення першого засідання Асамблеї Ліги Націй було прийнято таку рекомендацію: у випадку приєднання до Ліги Албанії, Балтійських та Кавказьких держав Асамблея вимагатиме від них вжиття внутрішньодержавних заходів, необхідних для захисту меншин⁶²³.

Згідно з цим документом відповідні заяви були зроблені Албанією у 1921 р., Литвою у 1922 р., Латвією та Естонією у 1923 р., Іраком у 1932 р. У Консультативному висновку щодо шкіл меншин в Албанії ППМП розтлумачила окремі положення заяви Албанії 1921 р. Так, у Палати не викликало ніякого сумніву те, що заява має для Албанії обов'язковий характер. Більше того, ця заява була віднесена до міжнародних документів та отримала статус, прирівняний до міжнародного договору із зазначенням, що тлумачити документ доцільно у світлі загальних принципів договорів щодо меншин⁶²⁴. Е. Суй, проаналізувавши все це, дійшов висновку, що в даному випадку мова не може йти про самостійний односторонній акт держави, адже цей акт було зроблено на виконання рішення міжнародної організації. Чарльз Руссо дотримується, власне, такої ж думки, стверджуючи, що мова йде про двостороннє зобов'язання, засноване на додатковому волевиявленні, тому говорити про самостійний односторонній акт неможливо⁶²⁵.

Дійсно, Суд у цьому висновку не проводить розмежування між обов'язковою силою односторонньої заяви Албанії та договірними зобов'язаннями інших держав. Водночас Суд не досліджував заяву

⁶²³ Permanent Court of International Justice Series A./ B. Judgments, Orders and Advisory Opinions Minority Schools In Albania [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_64/01_Ecoles_minoritaires_Avis_consultatatif.pdf. – P. 7.

⁶²⁴ Permanent Court of International Justice Series A./ B. Judgments, Orders and Advisory Opinions Minority Schools In Albania [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_64/01_Ecoles_minoritaires_Avis_consultatatif.pdf. – P. 15.

⁶²⁵ Rousseau Charles Droit international public / Charles Rousseau // Tome I. – Paris, 1970. – P. 423 – 424.

Албанії як результат договірного процесу в рамках Ліги Націй. Однак цей аспект є несуттєвим, а вагомим є тільки те, що Суд констатував наявність зобов'язального елемента в односторонній заяві.

Як вже було зазначено вище, завдяки одностороннім актам змінювався суб'єктний склад міжнародного права. Так, Закон Італії про гарантії 1871 р. можна вважати одним із ранніх односторонніх актів, які були прийняті державою та мали значний вплив на міжнародні відносини. Відповідно, Папа Римський після ліквідації папської держави як суб'єкта міжнародного права за рік до цього перестав бути монархом, і його статус у міжнародному спілкуванні залишався непевним. Цим законом було визнано недоторканість Папи та прирівняно його статус до Короля Італії, а також призначено річне утримання. Додатково Папі було гарантовано право вільного спілкування з іншими державами – за ним було визнано право направляти та приймати дипломатичні місії. Саме тому цей закон мав суттєві наслідки для Італії та інших держав світу. Папи не протестували проти положень цього закону, хоча і не визнавали його, однак користувалися всіма його положеннями, за винятком щорічної плати, яку жоден Папа не прийняв. Остаточо питання, підняті в рамках цього закону, були вирішені в Латтеранському договорі 1929 р., яким і було скасовано означений закон.

Згадка про Папу навіює думки про концепцію держави як втілення живого духу та Божественної ідеї на Землі Гегеля, яка суттєво вплинула на подальше розуміння окремих міжнародно-правових феноменів, у тому числі й односторонніх актів. Виходячи з цієї концепції, Г. Еллінек запропонував прогресивну в його час концепцію самообмеження держави через видані нею акти⁶²⁶. Це самообмеження, на думку Г. Еллінека, стало основою міжнародного права в цілому та права міжнародних договорів зокрема. Основою правових зобов'язань держав можна вважати винятково односторонні акти, які обмежують волю держави щодо її дій у майбутньому, а міжнародні договори є сукупністю воль держав. І взагалі, принцип *pacta sunt servanda*, на думку філософа, скоро

⁶²⁶ Мальцев Г.В. Эллинек Георг / Г.В. Мальцев // Большая Советская энциклопедия [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://slovari.yandex.ru/~книги/БСЭ/Еллинек%20Георг/>

буде замінено на *acta sunt servanda*⁶²⁷. Виникає лише одна проблема у зв'язку із цим, про яку, до речі, неодноразово зазначала більшість дослідників феномену одностороннього акта – у будь-який момент держави можуть відмовитися від свого зобов'язання⁶²⁸. Ці ж побоювання висловлював і професор Берлінського університету Г. Тріпель. Він виокремив дві категорії міжнародних договорів: ті, що створюють нову норму права; договори як форми закріплення прав та обов'язків (він назвав їх договір-контракт). Основою перших є об'єднання паралельних волей сторін, направлених на одну й ту саму мету. Саме вони є джерелами об'єктивного права. Така позиція дещо відрізняється від позиції Г. Еллінека, однак не суттєво. Всі інші договори – це переважно угоди, які не створюють нових норм права, а лише закріплюють конкретні суб'єктивні права та обов'язки сторін. Виступаючи єдиним фронтом з проф. Анцилотті, Тріпель, пояснюючи природу односторонніх актів та їх місце у системі, відстоював дуалістичну модель співвідношення норм міжнародного та національного права, вважаючи, що міжнародне й національне право є самостійними правопорядками, які між собою не можуть конфліктувати з огляду на те, що міжнародне право є системою норм, яка заснована на спільній волі держав та функціонує винятково у відносинах між державами. У свою чергу, національне право діє винятково стосовно фізичних та юридичних осіб, які перебувають під юрисдикцією держави. Таким чином ці два правопорядки взагалі не перетинаються. Однак дуалістичний підхід до проблем співвідношення у сучасному міжнародному праві скоріше заплутує справу, ніж проясняє.

Ця доктрина знайшла своє відображення в окремих рішеннях ППМП, адже в цей період односторонні акти стають предметом дослідження не тільки теорії, але й практики. Так, у рішенні щодо Польської Верхньої Сілезії 1926 р. Суд, зокрема, зазначив, що з точки зору міжнародного права і, відповідно, Суду як його

⁶²⁷ І, чесно кажучи, аналізуючи сучасну ситуацію у світі, складно з ним не погодитися. Адже, користуючись термінологією Гегеля, окремі держави поділили світ на хороші (розумні) держави і дурні, визначаючи це винятково своїм внутрішнім законодавством. Найяскравішим прикладом є поправка Джексона-Веніка до Закону США Про торгівлю, ряд інших законів США, спрямованих на регулювання внутрішніх відносин в Ірані, Білорусі тощо. Зараз цю практику поступово запозичує і РФ, розробивши закон про застосування російських військ за кордоном для захисту власних інтересів.

⁶²⁸ Детальніше див.: *Suy Eric. Les actes juridiques unilateraux en droit international public / Eric Suy. – Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1962. – P. 6 – 7.*

органу, національні закони є фактами, які лише виражають волю держави та відображають її активність, аналогічно до правових рішень або адміністративних заходів. Суд, звісно, не запитували щодо тлумачення польського права як такого, однак нічого не забороняло Суду винести рішення у питанні про те, чи не порушує Польща у своєму національному правопорядку зобов'язань, взятих на себе стосовно Німеччини згідно із Женевською Конвенцією⁶²⁹. Таким чином, з точки зору Суду, закон Польщі є нічим іншим, як підтвердженням практики держави, що може бути з точки зору міжнародного права правомірною чи неправомірною⁶³⁰.

У справі про Вільні зони Верхнього Савою та району Гекс 1932 р.⁶³¹ Суд не зміг не взяти до уваги ті наслідки, які виникли у зв'язку з конкретним одностороннім актом. Мова йшла про маніфест короля Сардинії 1829 р. стосовно вільної зони Сент-Гінгольф, яка пізніше увійшла до складу Франції. Суд, досліджуючи питання правомірності цього маніфесту, встановив, що він був виданий у відповідь на протести швейцарського кантону Вале. У зв'язку із цим Суд вирішив, що такий маніфест можна вважати таким, що умовно має конвенційний характер. Його можна вважати одним із перших прикладів застосування міжнародним судовим органом прийому юридичної фікції, характерного для англосаксонського права.

Не пройшло і трьох років після прийняття першого рішення ППМП, пов'язаного з односторонніми актами, як Палата приймає рішення про правовий статус Східної Гренландії 1935 р.⁶³², яке стає хрестоматійним при вивченні односторонніх актів. На запит

⁶²⁹ Case Concerning certain German Interests in Polish Upper Silesia // Collection Of Judgments Publications Of The Permanent Court Of International Justice №07 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www3.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf

⁶³⁰ Case Concerning certain German Interests in Polish Upper Silesia // Collection Of Judgments Publications Of The Permanent Court Of International Justice №07 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www3.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf, p. 45

⁶³¹ Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex // Permanent Court of International Justice Series A. /B. Judgments, Orders and Advisory Opinions Fascicule № 46 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www3.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_46/01_Zones_franches_Arret.pdf

⁶³² Legal Status of Eastern Greenland, Judgment of 5 April 1933 // P.C.I.J. – Series A/B. – №53 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www3.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf

датських дипломатів в Осло міністр закордонних справ Норвегії М. Іхлен дав у 1919 р. усну відповідь, яку пізніше сам, за власною ініціативою, підтвердив письмово: плани датського уряду з усією повагою до датського суверенітету над усією Гренландією не зустрінуть жодних заперечень з боку Норвегії. Але вже в 1931 р. Норвегія оголосила про зайняття певних територій у Східній Гренландії. У зв'язку із цим Данія звернулася до Суду.

ППМП вважає, що заява міністра закордонних справ Норвегії була зроблена у межах своєї компетенції від імені уряду і є такою, що зобов'язує державу міністра. Таким чином, Норвегія зобов'язана не заперечувати суверенітет Данії над Гренландією в цілому та а fortiori не окупувати її частину⁶³³. Більше того, ця заява зобов'язала Норвегію щодо будь-яких її спорів стосовно Східної Гренландії. Не дивлячись на цю позицію ППМП, ряд дослідників вважає, що заяву міністра не можна розцінювати як односторонній акт, а зобов'язального характеру заяві надали обставини, в яких вона була зроблена – по суті, ця заява стала результатом переговорів. Окремі дослідники взагалі вважають ситуацію, яка склалася між Норвегією та Данією, своєрідним міжнародним договором, оскільки вбачають у ситуації погодження двох воель^{634, 635}.

Таким чином, Суд вперше визнав роль одностороннього акта держави як регулятора міжнародних відносин. Хоча суддя Анцилотті у своїй окремій думці дійшов висновку, що усна заява є усним міжнародним договором, який було укладено міністрами Данії та Норвегії⁶³⁶. Чарльз де Вішер, який на той час був представником Данії, доводив, що Декларація Іхлена 1919 р. є *quid pro quo* зобов'язанням Данії не чинити супротив бажанням Норвегії щодо Шпіцбергену. Тому вважати, що заява міністра була

⁶³³ Legal Status of Eastern Greenland, Judgment of 5 April 1933 // P.C.I.J. – Series A/B. – №53 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf – P. 71 – 73.

⁶³⁴ Rubin A.P. The International Legal Affect of Unilateral Declarations / A.P. Rubin // American Journal of International Law. – Vol. 71. – № 1. – 1977. – P. 1 – 30.

⁶³⁵ Є ще одна достатньо цікава точка зору на цю проблему – взагалі вважати міжнародний договір сукупністю односторонніх актів. Див., наприклад, Zemanek K. Unilateral Legal Acts Revised. – International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy. – 1989. – P. 210 – 211.

⁶³⁶ Dissenting Opinion of M. Anzilotti [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/02_Groenland_Oriental_Opinion_Anzilotti.pdf. – P. 91.

зроблена вільно, є доволі суперечливим твердженням⁶³⁷. Однак цей факт не знайшов свого відображення у рішенні Суду. Попри нечіткість ситуації навколо цієї справи, на нашу думку, мова йде не про договір, а про дві односторонні заяви.

Практика ППМП мало що внесла у розуміння правової природи та правових наслідків односторонніх актів, проте вона вплинула в подальшому на практику МС ООН, який у англо-норвезькому спорі щодо риболовлі 1951 р. визнав за односторонніми актами Данії та Норвегії, що встановлювати традиційні для норвезьких рибалок права, доказову силу⁶³⁸. Однак це рішення так і не стало основою для визнання за односторонніми актами однозначної сили джерел закріплення міжнародних зобов'язань. І все ж базою для розуміння односторонніх актів стали справи щодо ядерних випробувань. Власне, до цих рішень, тобто до кінця 60-х – початку 70-х років ХХ століття, односторонні акти або взагалі не впливали на міжнародно-правову реальність, або ж впливали надзвичайно мало, аж доки МС ООН не визначив, що зобов'язання, які виникають у зв'язку з одностороннім зобов'язанням, мають бути виконані⁶³⁹.

Певну ясність внесли справи про ядерні випробування⁶⁴⁰ 1974 р.⁶⁴¹ МС ООН цілком однозначно відповів «так» стосовно виникнення міжнародних зобов'язань за результатами односторонніх актів. У цих справах все розпочалося з односторонніх дій, адже Австралія та Нова Зеландія звернулися до МС ООН, використовуючи процедуру односторонньої заяви. Вони просили суд встановити, наскільки ядерні випробування, які проводяться

⁶³⁷ Visscher Charles de Problemes d'Interpretation Judiciaire en Droit International Public / Ch.Visscher. – Paris, 1963. – P. 187.

⁶³⁸ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

⁶³⁹ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – І.С.Ж. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf> – P. 46.

⁶⁴⁰ Позиція МС ООН у справах про ядерні випробування має принципове значення, адже Суд визначив, що зроблені від імені французького уряду заяви про те, що в подальшому він (уряд) не мав наміру проводити такого роду випробування, створюють для Франції міжнародно-правові зобов'язання.

⁶⁴¹ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – І.С.Ж. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>. При цьому рішення в обох випадках майже ідентичні.

Францією в атмосфері в Південній частині Тихого океану, відповідають існуючим нормам міжнародного права. У свою чергу, Франція заперечувала проти наявності у МС ООН юрисдикції та не брала участі в процесі. У цих двох справах Суд не вирішував питання щодо юрисдикції, власне, як і не розглядав справу по суті. На його думку, позов Австралії та Нової Зеландії не має предмету, відповідно Суд не буде розглядати спір по суті.

Разом із тим МС ООН дав юридичну оцінку окремих заяв, зроблених офіційними представниками Франції, не продовжувати розпочатих ядерних випробувань. Так, окремі представники Франції мали офіційні контакти з представниками МЗС позивачів навіть після того, як пройшли усні слухання в рамках справи. Жодна з цих заяв не була зверненням безпосередньо до суду, однак суд постановив у рішенні, що такі заяви є публічними і про них відомо австралійському уряду.

Найвагомішими серед усіх заяв є ті, що були зроблені Президентом Франції на прес-конференції 25 липня 1974 р. Він, зокрема, зазначив про закінчення випробувань і про те, що такі випробування були останніми. Суд надав цим заявам виняткового юридичного значення, вважаючи їх найчіткішими і такими, що впливають із тих функцій, які покладені на президента. Саме вони, письмові чи усні, виражають волю держави в міжнародних відносинах і є діями французької держави. Таким чином, незалежно від форми, в якій було закріплено зобов'язання, це повинно розцінюватись як зобов'язання держави із врахуванням її намірів та умов, за яких було зроблено заяву⁶⁴². Як наслідок, Суд дійшов висновку, що зміст заяви є доволі чітким і таким, що адресований всій світовій спільноті, відповідно – тягне за собою правові наслідки⁶⁴³.

Перед тим, як дійти такого висновку, Суд пояснив свою позицію стосовно вимог до односторонніх актів держави як підстави виникнення міжнародно-правових зобов'язань. Так, Суд, серед іншого, зазначив, що загально визнаним є те, що заяви, зроблені у

⁶⁴² Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>. Пар. 49.

⁶⁴³ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>. Пар. 51.

формі одностороннього акта, який стосується правової або фактичної ситуації, можуть мати наслідком створення правових зобов'язань. Заяви такого роду, переважною більшістю, є доволі специфічними. Якщо держава має намір зробити заяву, яка б її зобов'язувала, цей намір має бути відображено у самій заяві таким чином, щоб інші держави мали можливість покладатися на таку заяву⁶⁴⁴. Це також означає, що від імені держави у такій ситуації повинні виступати державні органи, які не виходять за межі своєї компетенції. Заява повинна бути чітко викладена та визначена за змістом, відображаючи намір держави взяти на себе зобов'язання.

Щодо форми та умов, за яких робиться заява, то Суд зазначив, що зобов'язання виникає з одностороннього акта, якщо останній зроблено публічно та з чітким наміром бути зобов'язаним, навіть якщо з цього питання не проводилося міжнародних переговорів. При цьому не існує потреби у відповідній реакції на заяву від інших суб'єктів міжнародного права, оскільки вимога щодо зворотної реакції інших суб'єктів явно суперечить характеру одностороннього акта, яким було взято зобов'язання⁶⁴⁵.

Таким чином, для одностороннього акта не має необхідності в існуванні консенсусу для того, щоб він (акт) мав правові наслідки. Суд, продовжуючи цю думку, зазначив, що не всі односторонні акти містять зобов'язання, однак держава може визначити певну позицію стосовно конкретного питання, а її наміри можуть бути виявлені у тому числі і через тлумачення. Якщо держава робить заяву, якою обмежує свої права, то така заява має тлумачитися винятково вузько⁶⁴⁶. Крім того, Суд додав, що до питання форми в міжнародному праві відсутні будь-які спеціальні вимоги. Заява зроблена усно або письмово не відрізняється за своєю юридичною

⁶⁴⁴ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>. Пар. 43.

⁶⁴⁵ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>. Пар. 43.

⁶⁴⁶ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>. Пар. 44.

силою. За певних обставин вона може створити міжнародно-правові зобов'язання. Таким чином, питання форми є несуттєвим⁶⁴⁷.

Суд також висловив власну позицію щодо правових основ обов'язкової сили односторонньої обіцянки, яка зводилася до наступного. Одним з основних принципів, які лежать в основі створення та виконання правових зобов'язань, незалежно від їх природи, є принцип добросовісності. Довіра є невід'ємним елементом міжнародного співробітництва, особливо в період, коли співробітництво в усіх сферах є життєво необхідним. Зацікавлені держави можуть взяти до уваги односторонні акти та покладатися на них на основі поваги до створеного зобов'язання⁶⁴⁸. При цьому Суд вказав на загальновизнаність положення⁶⁴⁹, згідно з яким односторонні заяви щодо юридичного або фактичного статусу здатні породжувати правові зобов'язання.

У наведених витягах із рішення МС ООН коротко викладена вся доктрина міжнародного права стосовно односторонніх актів. Разом із тим Суд безпосередньо не пов'язав принцип *pacta sunt servanda* та виконання односторонніх обіцянок, як і не пов'язав з ними формулу Гроція *promissorium implendorum obligatio*. Він лише вивів взаємозв'язок між добросовісністю, яка лежить в основі виконання односторонніх обіцянок, та добросовісністю, яка лежить в основі права міжнародних договорів.

По́за сумнівом, рішення щодо ядерних випробувань не позбавлене певних недоліків, викликаних як нечіткістю позиції самого Суду, так і його намаганням обійти гострі кути, зазначені у тому числі й у заявах до Суду. Зокрема, це стосується надзвичайно складного питання, наскільки ядерні випробування, проведені Францією поблизу атолу Муруруа в Тихому океані, відповідають нормам міжнародного права. Замість цього Суд починає тлумачити висловлювання окремих французьких високопосадовців. Їх права природа неоднозначна, адже вони були зроблені

⁶⁴⁷ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>. Пар. 45

⁶⁴⁸ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>. Пар. 46.

⁶⁴⁹ І сталося, як у М. Островського, – «Не было ни гроша, да вдруг алтын» – не визнавали, не визнавали, а потім вважають, що це явище є загальновизнаним.

неофіційно і вважати їх такими, що дійсно відображали намір Франції бути зобов'язаною щодо припинення випробувань в атмосфері, однозначно неможливо. Таким чином, Суд дійшов уже згаданого висновку про відсутність об'єкта позову, вчиненого Новою Зеландією та Австралією⁶⁵⁰. Виходячи з обставин справи та фактичних обставин⁶⁵¹, складається враження про абсолютно і навіть діаметрально інший намір французьких чиновників – заспокоїти протилежні сторони та забезпечити собі свободу вибору поведінки в майбутньому. Таким чином рішення скоріше нагадує показове покарання Франції. Це не означає, що ці рішення Суду взагалі не можна використовувати для подальшого розвитку розуміння односторонніх актів держави. Підходи Суду можна розцінювати як певну модель для розуміння правової природи та змісту односторонніх актів, більше того, позиція Суду у цьому контексті є надзвичайно обґрунтованою.

У цілому наслідки цієї справи назвати однозначними складно, але вагомими – так. Складається враження, що рішення Суду є відображенням позицій Дж. Фітцморіса та Ф. Джессапа. Цілком очевидно, що в рішенні Суду також прослідковуються ідеї Е. Суя.

Не дивлячись на наявність рішень, думки суддів все ж таки розходилися та не містили конкретики. Ті ж судді згодом перейшли на роботу в КМП ООН, що не забарилося вплинути на результати її роботи у цьому напрямку. Воістину, не бійтеся суду, бійтеся суддів.

У 1996 р. Комісія визначила, що односторонні акти держави є тією сферою, яка може бути кодифікована⁶⁵². Зокрема, вона

⁶⁵⁰ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>. пар. 62.

⁶⁵¹ Історія ядерних випробувань Франції починається з 1960 р., коли вона провела своє перше ядерне випробування на полігоні в Алжирі. Однак у зв'язку з проголошенням незалежності Алжиром Франція була вимушена шукати нові полігони. У 1963 р. ними стали атоли Мурура та Фаннатауфа у Французькій Полінезії, де випробування проводилися до кінця 1995 р. З точки зору міжнародно-правової дійсності слід враховувати, що на той момент Франція не була учасником Договору про заборону випробувань ядерної зброї в атмосфері, космічному просторі та під водою 1963 р., а до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї приєдналася лише в 1992 р. Договір про всеосяжну заборону ядерних випробувань було ратифіковано Францією в 1998 р.

⁶⁵² Franck T. World Made Law: The Decision of the ICJ in the Nuclear Test Cases. – vol. 63. – № 3. – July 1975. – American Journal of International law. – P. 612 – 620.

зазначила, що межі теми добре визначені, їй неодноразово приділялася увага в доктрині міжнародного права, односторонні акти достатньо часто зустрічаються в практиці міжнародних відносин держав. Відповідна практика сформулювала принципи, на яких базуються односторонні акти, які вони успішно і виклали у формі проекту принципів⁶⁵³, що відрізнялися від Керівних принципів спеціального доповідача – Віктора Родрігеса-Седеньо. Особливо це стосувалося можливості відкликання одностороннього акта. У цілому Седеньо підготував вісім доповідей, включаючи проект 14-ти статей, які були неодноразовим предметом обговорення КМП ООН⁶⁵⁴. Зміст доповідей наочно ілюструє розмаїття й неоднорідність односторонніх актів. Це багато в чому пояснює, чому Комісії, по суті, досі не вдалося завершити роботу над темою, і підтверджує те, що проведення кодифікації в даній сфері – надзвичайно складне завдання, яке майже неможливо реалізувати, хоча на початку ХХ століття та ж думка панувала і щодо кодифікації міжнародних договорів.

Основна проблема, з якою Комісії в будь-якому випадку доведеться зіткнутися – це визначення односторонніх актів, застосування яких дозволило б у кожному разі відрізнити односторонній правовий акт від акта суто політичного характеру, що не породжує юридичних наслідків. На думку ряду представників держав, визначення односторонніх актів не може бути дано лише на основі критерію наміру держави, оскільки це винятково суб'єктивний елемент. Тому рішення Міжнародного Суду у справі про ядерні випробування не повинно бути безумовною основою для роботи Комісії в цій галузі. Багато чого, наприклад, залежить і від предмета одностороннього акта. Якщо, виходячи зі змісту одностороннього акта, такий предмет може бути чітко визначений і носить виражений правовий характер, то ми маємо справу з одностороннім актом правового характеру.

⁶⁵³ Yearbook of International Law Commission. – Vol. II. – Part 2. – 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1996_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1996_v2_p2_e.pdf)

⁶⁵⁴ Analytical Guide to the Work of the International Law Commission [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://untreaty.un.org/ilc/publications/analyticalguide/analyticalguide_1949-1997.htm

Характерний приклад – одностороння і виразно виражена відмова держави від належного їй права⁶⁵⁵.

У 2006 році у результаті досягнення компромісу Керівні принципи щодо односторонніх актів держав все ж таки були представлені ГА ООН, однак, як будь-який компроміс, заснований на взаємних поступках, він повністю не задовольняє жодну із сторін, хоча і прийнятний для всіх.

І все ж після рішень 1974 р. доктрина змінилася, суттєво змістилися акценти вивчення односторонніх актів. Першим міжнародником, який почав відстоювати думку про те, що односторонні акти є частиною міжнародно-правової системи джерел, був проф. Анцилотті. До нього основна дискусія в доктрині велася стосовно законності чи незаконності тих або інших односторонніх актів, однак ніхто не намагався розглянути односторонні акти як елемент системи. Дослідження цього явища Анцилотті розпочав з аналізу категорії в найширшому сенсі цього поняття, зазначивши, що факти в міжнародному праві можуть бути одно- та двосторонні. Він вивів цілу систему фактів: факти, які однозначно створюють правові зобов'язання; факти, які виникли завдяки діяльності індивідів і не створюють для держав жодних наслідків; факти, які виникли в результаті діяльності тих самих індивідів, однак мають наслідки для держави. І саме останні факти можуть бути як правомірними, так і неправомірними. Правомірні факти – це ті, які створюють наслідки для держав у сфері міжнародних відносин. Згідно з Анцилотті, вони створюють правові наслідки лише у тому форматі, в якому це дозволяє міжнародний правопорядок. Саме Анцилотті вивів чотири базові передумови для того, щоб односторонній акт міг вважатися правомірним. Вони стосуються суб'єктів, об'єкта, вираженого волевиявлення та форми.

Виходячи з доктрини, яка переважала на той час, Анцилотті був переконаний, що єдиним належним суб'єктом міжнародного права є держави. Наступна передумова стосується суб'єктивних проявів, або суб'єктивного аспекту – воля, виражена зовні, має відповідати внутрішній волі суб'єкта. Саме глобальне розуміння співпадіння внутрішньої та зовнішньої воель, поза сумнівом,

⁶⁵⁵ Выступление представителя Российской Федерации в Шестом Комитете 59-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН М.В.Заболоцкой по пункту 144 повестки дня «Доклад Комиссии международного права» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.int/russia/statemnt/ga/59th/6th_com/041109r6.pdf

прийшли в міжнародне право з приватного. Однак може застосовуватися винятково *mutatis mutandis*: мова йде про примус, помилку та шахрайство. При цьому він зазначив, що односторонній може бути виражений як у письмовій, так і в усній формі. У цьому контексті ним було досліджено мовчання як форма виразу згоди. Щодо цього, на думку Анцилотті, неможливо сформулювати єдиний підхід. У даному випадку скоріше буде працювати латинська формула *qui tacet consentire videtur*, тобто всі заперечення мають бути чітко виражені, водночас згода може бути мовчазною. Проте не слід забувати, що мовчання може свідчити про індиферентність та відсутність виразу волі.

Разом із тим Анцилотті вивів певну ієрархію у взаємовідносинах між міжнародним договором та міжнародним звичаєм. Таким чином, односторонній акт, який суперечить договірним зобов'язанням, є неправомірним. Односторонній акт не може стосуватися неможливого об'єкта, дії, яка прямо заборонена нормою права, антиморальної поведінки. Якщо все ж таки односторонній акт було прийнято з такими порушеннями, його можна вважати недійсним.

Ряд авторів взагалі розглядає односторонні акти в дихотомії з міжнародними договорами⁶⁵⁶. Із цим складно не погодитися, адже у зв'язку з кодифікацією права міжнародних договорів ряд загальних принципів просто був закріплений у відповідній конвенції. Це питання, які стосуються переважно поведінки однієї з договірних сторін: виконання, застосування, тлумачення, невиконання, розірвання та призупинення дії міжнародного договору. Це не означає, що всі положення Віденської конвенції 1969 р. можна застосовувати до відносин, які виникають у зв'язку з одностороннім актом. Однак, на наше глибоке переконання, у міжнародному праві існує певний перелік принципів, які притаманні для будь-яких відносин, пов'язаних із виконанням будь-яких міжнародних зобов'язань, незалежно від їх правової природи.

Детальніше розглянемо це питання, адже воно може стати визначальним у пошуку істини щодо односторонніх актів як джерел міжнародного права.

⁶⁵⁶ Окремі з них вважають, що останні є основою сучасної міжнародної системи, а перші їх доповнюють. Див., наприклад, Goodman C. A Regime for Regulation the Unilateral Acts of States at International Law / C. Goodman. – Australian Year Book of International Law. – Vol. 25. – 2004. – P. 44.

Будь-який договірний процес складається з актів (дій тощо), які за своєю природою є односторонніми. Винятками є власне переговорний процес, інколи розробка спільного проекту міжнародного договору, обмін документами при ратифікації у випадку двостороннього договору. Але якщо цей ланцюжок продовжувати, то весь подальший договірний процес складається, переважно, з односторонніх дій.

Аналіз положень Віденської конвенції 1969 р. у контексті дослідження односторонніх актів дозволив виявити, що у рамках міжнародного договірного процесу існують односторонні акти, які мають консенсуальний характер і є взаємозалежними з аналогічними актами з боку іншого(-их) учасників або навіть їх згоди, але також існують акти, які, будучи пов'язані з договірним процесом, є самостійними за своєю природою⁶⁵⁷.

Так, підписання, ратифікація, приєднання та затвердження (статті 12 та 14 Віденської конвенції) є односторонніми актами винятково за формою. Наслідком цього стає укладання або вступ в дію договорів. Якщо інша сторона або сторони не вчинять аналогічні дії, договору не буде. Таким самим чином можна розцінити й акти типу тлумачних заяв, застережень, розірвання або денонсацію міжнародного договору, оскільки фактичні наслідки настають, переважно, за наявності реакції іншої сторони. Більше того, односторонній вихід із міжнародного договору, право робити застереження передбачаються в самому договорі та можливі лише за умови виконання усіх вимог, передбачених міжнародним договором.

До односторонніх актів доволі часто в юридичній літературі відносять акцепт пропозиції, висловленої іншою стороною, які разом складають договір. Однак у міжнародному праві все ж існує істотна різниця. Питання полягає в тому, чи можуть сторони змінити або ж навіть відкликати таку пропозицію. Найцікавіше питання – чи можна це зробити після того, як, власне, вже було досягнуто домовленості-угоди. Мова йде, перш за все, про статтю 13 Віденської конвенції 1969 р.: згода на обов'язковість договору, виражена шляхом обміну документами, які становлять

⁶⁵⁷ Хоча, цей висновок доволі спірний з точки зору розуміння односторонніх актів *sensu stricto*, тобто тих, що мають винятково односторонній характер і не потребують консенсу-су. Це питання неодноразово порушуватиметься в цьому пошуку.

договір. Єдиної відповіді на це нам не дає ані теорія, ані практика міжнародних відносин.

Окремі автори знаходять елементи односторонніх актів як у тлумаченні положень міжнародного договору, так і в пропозиції перегляду міжнародних договорів. У цьому випадку мова йде більше про юридичну казуїстику або навіть про юридичну фікцію, ніж реально про односторонній акт суб'єкта, пов'язаний із міжнародним договором. І вихід із міжнародного договору або його розірвання також не можуть бути однозначно віднесені до односторонніх актів – відмови від прав, навіть якщо така ситуація складається у зв'язку з недобросовісною поведінкою іншої сторони (обман, підкуп, порушення умов тощо). Аналогічною є позиція стосовно врахування зміни обставин.

В усіх цих ситуаціях сторона самостійно вирішує чи розривати її договір, чи ні, однак прийняття рішень у цьому випадку не може бути розцінено як односторонні акти за своєю природою. У літературі зустрічається навіть думка про те, що приєднання (стаття 15 Віденської конвенції 1969 р.⁶⁵⁸) та приєднання до частини міжнародного договору (стаття 17 Віденської конвенції 1969 р.⁶⁵⁹) також може бути розцінено як односторонній акт, причому такий, що має чітко виражені правові наслідки (в окремих роботах такі наслідки навіть мають назву – моментальні).

Питання співвідношення норм міжнародного договору та односторонніх актів є дискусійним скоріше в теорії, ніж у практиці міжнародного права. Існує доволі цікаве спостереження стосовно односторонніх актів у цьому контексті: односторонні акти мають різну правову природу, залежно від того чи є вони результатом безпосереднього волевиявлення, у тому числі стосовно міжнародних договорів, або чи вони є результатом застосування положень

⁶⁵⁸ Стаття 15: Згода на обов'язковість договору, виражена приєднанням. Згода держави на обов'язковість для неї договору виражається приєднанням, якщо: а) договір передбачає, що така згода може бути виражена цією державою шляхом приєднання; б) в інший спосіб встановлено, що держави, які беруть участь у переговорах, домовилися, що така згода може бути виражена цією державою шляхом приєднання; с) всі учасники потім домовилися, що така згода може бути виражена цією державою шляхом приєднання.

⁶⁵⁹ Стаття 17: Згода на обов'язковість частини договору і вибір різних положень. 1) без шкоди для статей 19 – 23, згода держави на обов'язковість для неї частини договору має силу лише в тому випадку, коли не допускається договором або коли з цим згодні інші договірні держави; 2) згода держави на обов'язковість для неї договору, який допускає вибір між різними положеннями, має силу лише в тому випадку, коли виразно вказано, якого з цих положень згода стосується.

міжнародного договору. Окремі договори навіть передбачають застосування інструментарію односторонніх актів для виконання їх положень. Це може стосуватися як учасників міжнародного договору, так і взагалі третіх сторін. Розглянемо цю ситуацію з практичної точки зору.

Мирні договори доволі часто містять положення стосовно права переможця обирати самостійно, які довоєнні міжнародні договори залишаються чинними, а які – ні. Зокрема, мирний договір з Італією, підписаний у Парижі в 1947 р. (розділ IX, стаття 44)⁶⁶⁰. У цьому ж контексті можна розглянути і статтю 96 (ч. 3) Першого додаткового протоколу до чотирьох Женевських конвенцій про захист цивільного населення під час війни⁶⁶¹:

Влада, яка представляє народ, що веде боротьбу проти однієї із Високих договірних сторін у збройному конфлікті, може взяти на себе зобов'язання застосовувати Конвенції і даний Протокол стосовно такого конфлікту шляхом односторонньої заяви, адресованої депозитарію. Ця заява, після отримання її депозитарієм, буде мати такі наслідки стосовно даного конфлікту:

а) Конвенція і даний Протокол вступають у силу для згаданої влади як сторони, що перебуває в конфлікті, відразу;

б) згадана влада отримує ті ж права і бере на себе ті ж зобов'язання, як і права та обов'язки, що були отримані і взяті на себе Високою договірною стороною Конвенції і даного Протоколу;

в) Конвенція і даний Протокол є рівною мірою обов'язковими для всіх сторін даного конфлікту.

Однак неоспорюваним є факт, що існують односторонні акти, які не пов'язані з міжнародними договорами взагалі. Вони належать до так званих автономних, у літературі їх навіть інколи називають незалежними (створюють правові наслідки самі по собі). Мова, по суті, йде про односторонні акти, які впливають із реалізації державою своїх функцій. І тоді постає питання про те, що міжнародне право не може регулювати даний вид односторонніх актів, з огляду на сам факт того, що односторонній

⁶⁶⁰ Мирный договор с Италией – М.: Госполитиздат, 1947. – 240 с.

⁶⁶¹ Дополнительный Протокол I к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icrc.org/Web/rus/siterus0.nsf/iwpList133/4A1B0FBA8B5AE3CEC3257107002A11CC>

акт походить із внутрішнього права держави⁶⁶². Завдяки цьому держава наче «вислизає» з-під дії міжнародного права, адже будь-яке втручання в національну юрисдикцію заборонено нормами міжнародного права. Таким чином мають існувати односторонні акти, які, з огляду на певні причини, не мають значення для міжнародного права зокрема та міжнародної спільноти в цілому. Однак, на наше глибоке переконання, такий підхід абсолютно не виправданий, адже будь-яка дія (бездіяльність) держави, незалежно від того, спрямована вона назовні чи всередину держави, має міжнародно-правове значення. І тоді постає ще одне надзвичайно цікаве питання сучасного міжнародного права – екстериторіальної дії національного правопорядку. Показовим у цьому відношенні є Консультативний висновок ППМП щодо декретів про громадянство, виданих Тунісом та Марокко⁶⁶³. Серед іншого, Палата зазначила, що питання про те, чи відноситься певна проблема винятково до сфери національної юрисдикції держави, є питанням відносним, все залежить від розвитку міжнародних відносин. У сучасному розвитку міжнародного права питання громадянства відносяться до питань внутрішньої компетенції, хоча і мають міжнародно-правове значення. У справі Ноттебома⁶⁶⁴ МС ООН дійшов висновку, що навіть якщо одна держава пообіцяла на законних підставах надати особі громадянство згідно зі своїм національним законодавством, це не означає, що таке рішення є чинним для іншої держави.

На підтвердження позиції Суду можна навести сферу прав людини, яка до прийняття Статуту ООН у 1945 р і документів на його розвиток та інших документів була винятково внутрішньою компетенцією держави. Ситуація докорінно змінилася, про що свідчить як теорія, так і практика міжнародних відносин, і ця сфера стала доволі слизькою й нечітко окресленою. Основою

⁶⁶² Це питання дещо виходить за межі предмета дослідження. Вітчизняне міжнародне право має класичні роботи винятково з цього питання. Зокрема, див.: Буткевич В.Г. Соотношение внутригосударственного и международного права / В.Г. Буткевич. – К., 1981. – 311 с.; Мюллерсон Р.А. Соотношение международного и национального права / Р.А. Мюллерсон. – М., 1981. – 135 с. та ін.

⁶⁶³ Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco // Advisory Opinion of 7 February 1923 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_04/Decrets_de_nationalite_promulgues_en_Tunisie_et_au_Maroc_Avis_consultatif_1.pdf

⁶⁶⁴ Nottebohm Case Second Phase Judgment of April 6th, 1955 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>

причиною початку міжнародних військових операцій, у тому числі і «гуманітарних» інтервенцій на території держав, є порушення прав людини (Югославія, Лівія тощо). Резолюція Інституту міжнародного права з цього приводу зазначає, що держава діє в межах своїх зобов'язань із прав людини та не може уникнути міжнародної відповідальності за їх порушення, стверджуючи, що права людини та їх захист є винятково питанням внутрішньої компетенції держави⁶⁶⁵.

Незалежно від того, чи пов'язані односторонні акти з міжнародним договором, чи ні, міжнародний договір є найближчою юридичною конструкцією до односторонніх актів. Тому доцільно проаналізувати такі акти у контексті Віденської конвенції 1969 р.

До одностороннього акта висуваються ті ж вимоги стосовно дійсності, що й до міжнародного договору:

– заявити односторонній акт, який тягне за собою правові наслідки, може тільки суб'єкт міжнародного права;

– односторонні акти не повинні суперечити чинному міжнародному праву;

– волевиявлення суб'єкта повинно відповідати його внутрішнім намірам, тобто не повинно мати дефекту волі (цілком очевидно, що *mutatis mutandis* можуть бути застосовані статті 46 – 53 Віденської конвенції 1969 р., що, власне, пояснюється саме тим, що положення цих статей переважно є загальними принципами права);

– ряд односторонніх актів вимагає певної форми, яка або прописується окремо, або все ж таки потребує оприлюднення акта у той або інший спосіб.

Як і міжнародні договори, односторонні акти складаються з суб'єктивних та об'єктивних елементів, тобто для настання правових наслідків необхідна наявність належного суб'єкта з належною волею, належного об'єкта. Практика міжнародних відносин ряду держав свідчить про можливість застосування базових принципів цієї Конвенції для тлумачення односторонніх актів держав⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ Resolution adopted at the Santiago de Compostela Session on 13 September 1989 The Protection of Human Rights and the Principle of non Intervention in Internal affairs of the State. – Paris, 1992. – P. 209.

⁶⁶⁶ Official Records of the General Assembly, Suppl. № 10, 51st Session 343, UN Doc A/51/10, Added 3, (1996); Replies of Governments to the Questionnaire. Replies of Argentina, El Salvador, Georgia, Israel, the Netherlands.

Такий підхід видається дещо слизьким і, у деяких випадках, невинуватим, адже міжнародний договір, на відміну від одностороннього акта, є доволі чіткою формою закріплення двох і більше воль суб'єктів міжнародного права. Особливі заперечення застосування прямої аналогії з міжнародними договорами у тому, що стосується умов зміни або відкликання зобов'язання, прийнятого державою в односторонньому порядку, зокрема застосування норми про докорінну зміну обставин як підставу припинення зобов'язання. Більше того, у контексті вивчення критеріїв дійсності односторонніх правових актів заслуговує на увагу питання про те, чи можуть ці акти, як це має місце у випадку міжнародних договорів, відступати від диспозитивних норм міжнародного права⁶⁶⁷.

По́за сумнівом, до односторонніх актів за аналогією може застосовуватися частина 2 статті 7 Віденської конвенції 1969 р., яка підтверджує право глави держави, глави уряду та міністра закордонних справ брати зобов'язання від імені держави. Однак це пов'язано не стільки з можливістю самої аналогії, скільки з тим, що ця норма є результатом кодифікації звичаєвих норм, наявність яких підтверджено як доктриною, так і практикою міжнародного права⁶⁶⁸. Що ж стосується можливості інших посадових осіб виступати від імені держави (частина 1 статті 7), то її не можна автоматично перенести на односторонні акти держав. Хоча МС ООН неодноразово зазначав у своїх рішеннях щодо можливості інших посадових осіб брати односторонні зобов'язання від імені держави, однак загальних принципів, які б дозволили вивести «формулу» системи таких посадових осіб, поки сформулювати неможливо, що знову ж таки пов'язано з надзвичайною різноманітністю односторонніх актів. До відносин, які виникають у зв'язку з односторонніми актами держав, за аналогією можуть бути застосовані статті 8 (наступне підтвердження акта, вчиненого без повноважень), 46 (положення внутрішнього права стосовно компетенції укладати

⁶⁶⁷ Виступлення представителя Російської Федерації в Шестом Комітеті 59-ї сесії Генеральної Асамблеї ООН М.В.Заболоцкой по пункту 144 повестки дня «Доклад Комісії міжнародного права» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.int/russia/statemnt/ga/59th/6th_com/041109r6.pdf

⁶⁶⁸ Рішення у справі щодо застосування Конвенції про попередження та покарання злочину геноцид 1996 р., Справа щодо Східної Гренландії 1927 р., Справи щодо ядерних випробувань 1974 р. До речі, про це свідчать також відповіді на запитальники, роздані державам. Зокрема, це відповіді Аргентини, Фінляндії, Італії, Австрії, Швеції.

договори) та 47 (спеціальні обмеження повноважень на вираз згоди держави) Віденської конвенції 1969 р.

Об'єкт одностороннього акта, як і об'єкт міжнародного договору, має бути можливим, оскільки неможливо виразити волю стосовно об'єкта, який є неможливим або через матеріальні, або через правові причини⁶⁶⁹. Основоположним правилом є правило, закріплене в ст. 53 Віденської конвенції 1969 р. – односторонній акт не повинен суперечити нормам *jus cogens*, які перейшли в Керівні принципи стосовно односторонніх актів. Аналогічно односторонній акт не повинен бути направлений на застосування сили або містити загрози застосування сили (це суперечить ч. 4 ст. 2 Статуту ООН⁶⁷⁰)⁶⁷¹. Крім того, акти не повинні суперечити іншим міжнародним зобов'язанням, вже взятим на себе державами⁶⁷² – *facta contra jus non valere*. У цьому контексті абсолютно вірно зазначив доповідач від Польщі: «оскільки в кінцевому випадку і міжнародний договір, і односторонній акт є формою закріплення волі⁶⁷³». Не дивлячись на важливість перших двох елементів – суб'єкта та об'єкта, – найважливішим залишається намір взяти на себе зобов'язання, тобто суб'єктивний елемент.

Класичним підходом до розуміння правового акта є вираз волі, якому правовою нормою надаються правові наслідки. В основі такого розуміння лежить доктрина суверенітету. Як зазначив проф. Фітцморіс стосовно односторонніх актів, – вони є обов'язковими, якщо чітко виражають намір сторони бути зобов'язаною таким чином, аби інші могли покластися на ці зобов'язання⁶⁷⁴. Із цих позицій виходять і міжнародні судові органи, які вважа-

⁶⁶⁹ Anzilotti D. Cours de Droit International Paris: Recueil Sirey, 1929. – 501 p. – p. 340.

⁶⁷⁰ Charter of the United Nations [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf>

⁶⁷¹ Заборона застосування сили або погрози силою неодноразово було підтверджено і в інших документах, зокрема Манільській декларації про мирне вирішення спорів, прийнята 15.11.1982 Резолюцією 37/10 на 68-ому пленарному засіданні Генеральної Ассамблеї ООН // Действующее международное право. Т. 1. – М.: Московский независимый институт международного права, 1996. – С. 811 – 816. (Извлечения).

⁶⁷² Хоча дана сентенція є недосконалою з огляду на інший загальний принцип права – *lex posterior derogat priori*.

⁶⁷³ Statement represented by Poland UN Doc A/C.6/54/SR.25 (1999) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_508.pdf

⁶⁷⁴ Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Separate Opinion of Sir Gerald Fitzmaurice, 1962. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4884.pdf>

ють намір сторони бути зобов'язаною ключовою характеристикою односторонніх зобов'язань: за наявності наміру зробити заяву обов'язковою, тобто одностороннім актом держави, держави мають слідувати тому, що проголошено в такій заяві, навіть якщо така заява зроблена поза рамками переговорів⁶⁷⁵. Таким чином, односторонні акти є обов'язковими, якщо містять суб'єктивний намір бути зв'язаними певними міжнародними зобов'язаннями. Цим МС ООН відмежував два види односторонніх заяв держав – ті, що тягнуть за собою міжнародно-правові наслідки у формі зобов'язань, і такі, що мають винятково декларативний характер.

Разом із тим односторонні заяви повинні враховувати загальну структуру міжнародної безпеки, а також довіру та відповідальність, які є життєво важливими у відносинах держав. Виходячи із змісту заяв та обставин, за яких вони були зроблені, Суд вважає, що вони тягнуть за собою правові наслідки для суб'єкта, який таку заяву зробив⁶⁷⁶. Проте, окрім наявності суб'єктивного елементу в намірах сторін, існує ще об'єктивний чинник, який, не будучи основним, все ж дозволяє виявити наявність/відсутність суб'єктивного чинника.

Отже, наявність об'єктивних та суб'єктивних елементів свідчить не лише про наявність/відсутність наміру бути зобов'язаним, але й про відповідність наміру та змісту зобов'язання. Завдяки цьому створюється підґрунтя для подальшого тлумачення одностороннього акта. Основою для тлумачення може *mutatis mutandis* стати стаття 31 Віденської конвенції 1969 р.: договір повинен тлумачитися добросовісно відповідно до звичайного значення, яке слід надавати термінам договору в їх контексті, а також у світлі об'єкта і цілей договору⁶⁷⁷. Хоча тлумачити односторонній акт, порівняно з міжнародним договором, набагато складніше, адже неможливо застосувати ч. 2 та 3 ст. 31 Віденської конвенції: для цілей тлумачення договору контекст охоплює, крім тексту, включаючи преам-

⁶⁷⁵ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>

⁶⁷⁶ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>

⁶⁷⁷ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

булу й додатки: а) усяку угоду, яка стосується договору і якої було досягнуто між усіма учасниками у зв'язку з укладенням договору; б) усякий документ, складений одним або кількома учасниками у зв'язку з укладенням договору і прийнятий іншими учасниками як документ, що стосується договору. Поряд із контекстом враховуються: а) усяка наступна угода між учасниками щодо тлумачення договору або застосування його положень; б) наступна практика застосування договору, яка встановлює угоду учасників щодо його тлумачення; с) будь-які відповідні норми міжнародного права, які застосовуються у відносинах між учасниками.

При тлумаченні односторонніх актів слід враховувати тільки наміри одного суб'єкта, на зміст яких *de jure* не впливають інші суб'єкти. Інші держави, враховуючи зміст зобов'язання, можуть на нього покладатися. Разом із тим потрібно враховувати і можливість держави, яка взяла на себе зобов'язання відступити від них, хоча це буде суперечити принципу добросовісності⁶⁷⁸, адже в основі принципів, створення та виконання юридичних зобов'язань, незалежно від їх джерел, є принцип добросовісності [...]. Оскільки принцип *pacta sunt servanda* базується саме на принципі добросовісності⁶⁷⁹, він може бути застосований до будь-якої норми зобов'язального характеру, у тому числі і створеної односторонньою заявою⁶⁸⁰. Цей підхід, висловлений МС ООН, свідчить про суттєву різницю в правовій оцінці наміру та добросовісності. Адже, якщо намір є суттєвою умовою валідності одностороннього зобов'язання, то добросовісність є основним принципом, який стосується юридичних наслідків зобов'язання. З цього посилу логічним є висновок про наявність елемента субординації між наміром і добросовісністю

⁶⁷⁸ Однак питання відкличності чи безвідкличності односторонніх заяв буде розглянуто окремо.

⁶⁷⁹ Добросовісність, як принцип, було закріплено у статті 26 Віденської конвенції 1969 р. Теорія міжнародного права регулярно намагається знайти взаємозв'язок між двома поняттями *pacta sunt servanda* та добросовісністю. Однак віднайти ту ниточку, яка пов'язує між собою ці категорії, надзвичайно складно. Пов'язано це, у тому числі, з тим, що ці категорії розглядаються як ідентичні. Виходячи зі змісту статті 26 *pacta sunt servanda* складається з двох складових: 1) чинний договір є обов'язковим; 2) він має добросовісно виконуватися. Однак *pacta sunt servanda* не визначає змісту цих зобов'язань, надаючи лише команду – виконувати. Ці дві категорії дуже схожі на паралельні прями в геометрії Лобачевського.

⁶⁸⁰ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>

стю. Але саме добросовісність має перевагу, оскільки цей принцип, забезпечуючи послідовність у поведінці держав, передбачає зобов'язання нотифікації передбачуваних змін до міжнародної та внутрішньої позиції цієї держави за обставин, які безпосередньо зачіпають права й законні інтереси іншого члена світового співтовариства. Порухення принципу добросовісності в поведінці одного суб'єкта міжнародного права, як наслідок його непослідовності, що спричинило за собою нанесення шкоди законним правам іншого суб'єкта, який сумлінно довірився поведінці першого, дозволяє потерпільній стороні використовувати інструменти естоппель для захисту своїх інтересів, адже із принципу добросовісності випливає принцип послідовності у формі *allegans contraria non audiendus est*. Це передбачає, що в контексті тісної взаємозалежності суб'єктів світового співтовариства держави повинні дотримуватися певної міри передбачуваності в їх поведінці⁶⁸¹.

Добросовісність виконує функцію щодо подальшого перетворення міжнародного права на класичну нормативну систему. Саме на основі цього всеохоплюючого принципу і будується нормативна система міжнародного права, адже він став основою для інших принципів: *rebus sic stantibus*, *pacta sunt servanda*, естоппель. Також він є основою для застосування статті 18 Віденської конвенції 1969 р.⁶⁸² для вирішення питання: чи можна вважати поведінку сторони такою, що має намір позбавити договір його об'єкта або мети. Саме добросовісність може стати тим елементом, який вирішує колізійні питання між *rebus sic stantibus* та *pacta sunt servanda*. Зобов'язальний елемент міжнародних домовленостей вбачається й у формулюванні принципу *pacta sunt servanda* через добросовісність, яка має домінувати над усіма міжнародними

⁶⁸¹ Каламкарян Р.А. Эстоппель как отдельный принцип международного права и международно-правовое значение института эстоппель / Р.А. Каламкарян // Международное право и международные организации – 2010. – № 2.

⁶⁸² Стаття 18 Обов'язок не позбавляти договір його об'єкта й мети до набрання договором чинності: Держава зобов'язана утримуватися від дій, які позбавили б договір його об'єкта й мети, коли:

а) вона підписала договір або обмінялася документами, які становлять договір, з умовою ратифікації, прийняття або затвердження, доти, поки вона не виразить ясно свого наміру не стати учасником цього договору; або б) вона виразила згоду на обов'язковість для неї договору, – до набрання договором чинності і за умови, що таке набрання чинності не буде надмірно затримуватися.

Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

відносинами, у тому числі тими, що регулюються міжнародним правом, або навіть тими, що регулюються міжнародним правом.

У цьому контексті слід звернути увагу на думку ряду дослідників категорії добросовісності, які взагалі вважають, що *pacta sunt servanda* неможливо застосувати до жодних інших відносин, окрім договірних, адже визначальним для цієї формули є категорія *actum*⁶⁸³.

Хоча така позиція нагадує скоріше юридичну казуїстику, ніж дійсно відображення реальної практики міжнародних відносин (адже сам міжнародний договір можна розглядати як результат співпадіння двох і більше волей, тобто як об'єднання двох і більше односторонніх актів суб'єктів міжнародного права). При іншому підході, на глибоке переконання автора, досягти хоча б примарної стабільності міжнародних відносин буде неможливо. Таким чином, категорію *actum* у даному випадку слід розглядати як узагальнюючу, що може застосовуватись як для договірних, так і односторонніх форм виразу волі, не змінюючи при цьому ні природу самого поняття, ні його зміст. Отже, принцип добросовісності є всеохоплюючим принципом, а не тільки принципом міжнародних договорів. Однак постає питання: чи є зміст принципу добросовісності і, відповідно, *pacta sunt servanda* однаковим як для міжнародних договорів, так і для односторонніх актів. Але і до цього висновку слід ставитися з обережністю. Все ж таки сучасне міжнародне право не містить жодної безапеляційної норми, яка б зобов'язувала дотримуватись односторонніх зобов'язань. Тому і шукати їх винятково в принципі добросовісності недоцільно.

Загалом доктрина міжнародного права пропонує ввести в міжнародно-правовий обіг формулу *promissio est servanda*⁶⁸⁴, відображаючи тим самим специфіку застосування *pacta sunt servanda* до односторонніх актів. Окрім цієї формули були запропоновані й *acta sunt servanda* та *declaratio sunt servanda*.

Acta sunt servanda було запропоновано як найгнучкішу, що відображає специфіку односторонніх актів як прояв волі

⁶⁸³ Lach M. *Pacta Sunt Servanda* / M. Lach // *Encyclopedia of Public International Law*. – 2000. – P. 852.

⁶⁸⁴ Каламкарян Р.А. Роль доктрин наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в формировании современного международного права / Р.А. Каламкарян // *Государство и право*. – М.: Наука, 2006. – № 6. – С. 75 – 85.

держави, спеціальним доповідачем КМП ООН з теми односторонні акти. Істотним запереченням проти цього стала неможливість її застосування до всіх односторонніх актів (мова йшла, переважно, про протест), однак у відповідь спеціальний доповідач доволі резонно відзначив, що і Віденську конвенцію 1969 р. неможливо застосувати до всіх міжнародних договорів. Цю формулу було запропоновано розглядати як новий принцип міжнародних відносин, що забезпечує їх стабільність, яку так довго шукав МС ООН у справах про ядерні випробування.

У контексті добросовісності надзвичайно важливе значення для розуміння феномену односторонніх актів відіграє правовий принцип – естоппель. Про важливість естоппель у сучасному міжнародному праві свідчить і те, що саме він був центральним питанням у справі щодо делімітації морського кордону в затоці Мен 1984 р. Естоппель (естоппель – позбавлення права заперечення), як міжнародно-правовий інструмент, запозичений з англійського загального права, де він означає, що сторона зв'язана своїми діями і не може висувати вимоги на шкоду іншій стороні, яка поклалася на ці дії і поведилася відповідним чином. У міжнародному праві він зводиться, по суті, до того, що держави повинні бути стабільними (постійними) в оцінці подій або фактів. Таким чином, вже навіть неможливо провести аналогію між змістом естоппель у національному та міжнародному праві. У конвенційному праві естоппель вперше був формально закріплений у Віденській конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. (стаття 45). Держава, наприклад, втрачає право посилаючись на таку підставу припинення договору, як його порушення, якщо після того, як їй стало відомо про факт порушення, вона повинна з огляду на свою поведінку вважатися такою, що мовчазно погодилася із тим, що договір зберігає силу. Однак, якщо в подальшому знову виникає підстава для припинення дії договору в результаті його порушення, як це мало місце в минулому, порушення наче відновлює своє значення. Він достатньо часто використовується для аргументації виконання зобов'язання суб'єктом, що проголосив односторонню заяву. Естоппель є, на думку ряду вчених, тим «мінімальним ефектом»⁶⁸⁵, який є

⁶⁸⁵ Schwarzenberger G. *International Law, International Law as Applied by International Courts and Tribunals* / G. Schwarzenberger. – Vol. 1, 3d ed. – London, 1957. – P. 553.

результатом одностороннього акта⁶⁸⁶. Це дійсно той мінімум, який виникає внаслідок одностороннього акта, адже його не вистачає для врегулювання поведінки суб'єкта у зв'язку з односторонніми зобов'язанням, ця доктрина лише сприяє утриманню суб'єкта від різкої зміни своєї позиції.

Однак тут також проявляється «дивина» міжнародного права. З одного боку, цілком очевидно, що естоппель є тим принципом, який сприяє стабільності системи, однак з іншого – неможливо чітко встановити його зміст та його межі. Характерно, що це не вдається ні теорії, ні практиці міжнародного права: існують різні підходи в теорії та практиці, але існує істотна різниця між теорією та практикою.

Практика внутрішньодержавного застосування естоппель доводить, що цей принцип та принцип добросовісності між собою схожі, взаємопов'язані, але не ідентичні. Практика міжнародних судових органів свідчить не просто про наявність тісного взаємозв'язку між естоппель та добросовісністю, а про те, що саме принцип добросовісності лежить в основі принципу естоппель⁶⁸⁷.

Естоппель, особливо в загальному міжнародному праві, більше пов'язаний із категорією обіцянки, бо юридичні наслідки настають у зв'язку з обіцянкою, однак не за її наслідками. З одного боку, принцип естоппель має характер загального принципу права, з іншого – він не підпадає під загальний принцип права згідно пункту «с» частини 1 ст. 38 Статуту МС ООН. Щоб не бути голослівними у цьому твердженні, проілюструємо це прикладами з практики.

Класичною справою, в якій виникла необхідність дослідити принцип естоппель як міжнародно-правового інструменту, стала справа щодо Храму Пріах-Віхеар⁶⁸⁸, хоча в самому рішенні естоппель не згадується, власне, як і відмова від права. Цікавим видаються ідеї судді Альфаро, які, щоправда, поки що не знайшли в

⁶⁸⁶ Хоча, є дещо інші думки з приводу значення естоппель. Так, І. Лукашук у своєму підручнику з міжнародного права визначає, що естоппель є особливим випадком мовчазної відмови. Лукашук І.І. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 415 с.

⁶⁸⁷ Venturini G. La port de at les effect juridiques des attitudes et des actes unilat raux des Etat. – Rcuil des Cours de l'Acad?mie de la Haye. – 1994. – P. 367, 400.

⁶⁸⁸ Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 15 June 1962. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4871.pdf>

міжнародному праві належного розвитку. У своїй окремій думці⁶⁸⁹ він дослідив «анти-непоследовну норму» («anti-consistency rule»), яка базується переважно на добросовісності. Він відрізняє її від естоппель та подібних правових інструментів. Така позиція ґрунтується на справі про Арбітражне рішення короля Іспанії від 23 грудня 1906 р.⁶⁹⁰ Нікарагуа, яка висловила цілковите задоволення рішенням короля, не може і не повинна змінити свою позицію згідно принципу добросовісності⁶⁹¹. У справі щодо російських займів Туреччина визнала за Росією статус основного кредитора (стор. 3 Рішення), однак Росії відмовили в отриманні відсотків, адже в попередньому дипломатичному листуванні російська сторона однозначно висловлювалася щодо отримання винятково суми основного боргу, що, на думку Постійної Палати Третейського Суду (ППТС), було позицією Росії, висловленою в односторонньому порядку (стор. 15 – 16 Рішення)⁶⁹². Таке рішення в цілому підтверджує позицію про те, що будь-які дії держави, навіть ті, що спрямовані проти її інтересів, є діями у власних інтересах, навіть якщо такі дії майже нічого не змінюють у міжнародних відносинах. Будь-яка дія суб'єкта міжнародного права має свої наслідки як для самого суб'єкта, так і для інших суб'єктів.

На думку судді МС ООН Альфаро, естоппель є істотним принципом, який визначає багато в чому зміст поведінки суб'єкта⁶⁹³, однак він відрізняється від одностороннього акта суб'єкта, оскільки є його наслідком. Естоппель є тим правовим інструментом, який сприяє стабільності міжнародних відносин.

⁶⁸⁹ Separate Opinion of Judge Alfaro Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 15 June 1962. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4877.pdf>

⁶⁹⁰ Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua), Judgment of 18 November 1960. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/39/4823.pdf>

⁶⁹¹ Separate opinion of Judge Spender Temple of Preah Vihear [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4885.pdf>

⁶⁹² Permanent Court of Arbitration Russian Claim for Interest on Indemnities (Damages claimed by Russia for Delay in Payment of Compensation Owed to Russians Injured During the War of 1877-1878) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pca-cpa.org/upload/files/Russian%20Award%20edited%20_final_.pdf

⁶⁹³ Separate Opinion of Judge Alfaro Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 15 June 1962. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4877.pdf>

Стабільність міжнародних відносин забезпечується не тільки добросовісністю сторін, але й об'єктивністю оцінки дій суб'єктів. Справедливість такого підходу обов'язково включає в себе умову стосовно обставин, за яких було дано зобов'язання. Тут також можна провести аналогією із Віденською конвенцією 1969 р. і застосувати *mutatis mutandis* окремі положення частини 2 та 3 статті 31. Зокрема, слід враховувати наявні документи, які стосуються односторонньої заяви держави. Так, Заява щодо Суецького каналу супроводжувалася нотою Єгипту до Генерального Секретаря ООН від 24 квітня 1957 р. До доказів існування односторонніх актів із зобов'язальним елементом можна віднести все, що проливає так або інакше світло на наміри суб'єкта бути зобов'язаним і на можливість тлумачити як наміри, так і, власне, сам односторонній акт, у тому числі враховувати, чи відповідають ті обставини, за яких було взято на себе зобов'язання, змісту цих зобов'язань. У справі про військові та напіввійськові дії МС ООН стверджував, що намір хунти щодо проведення вільних виборів є частиною політичної програми уряду, та відмовився визнати за цими діями будь-який намір, що має юридичне значення⁶⁹⁴. Тобто, слід чітко відмежовувати політичний намір від одностороннього зобов'язання. Від того, наскільки чітко, однозначно та несуперечливо висловлено намір, багато в чому залежить і правильність тлумачення односторонньої заяви.

Будь-який вияв волі, який зроблено всупереч реальній волі суб'єкта, може бути визнано абсолютно недійсним таким самим чином, як це передбачено статтями 48⁶⁹⁵ та 52⁶⁹⁶ Віденської конвен-

⁶⁹⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 26 November 1984. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/doCKET/files/70/6485.pdf>

⁶⁹⁵ Стаття 48: Помилка. Держава має право посилатися на помилку в договорі як на підставу недійсності її згоди на обов'язковість для неї цього договору, коли помилка стосується факту або ситуації, які, за припущенням цієї держави, існували при укладенні договору і являли собою істотну основу для її згоди на обов'язковість для неї цього договору. Пункт 1 не застосовується, якщо названа держава своєю поведінкою сприяла виникненню цієї помилки або обставини були такими, що ця держава повинна була звернути увагу на можливу помилку. Помилка, яка стосується тільки формулювання тексту договору, не впливає на його дійсність; у цьому випадку застосовується стаття 79.

⁶⁹⁶ Стаття 52: Примус держави шляхом погрози силою або її застосування. Договір є неважним, якщо його укладення стало результатом погрози силою або її застосування на порушення принципів міжнародного права, втілених у Статуті Організації Об'єднаних Націй.

ції 1969 р. Односторонні акти, які стали результатом помилки, шахрайства, корупції або примусу, можуть бути визнані такими, що не мають юридичної сили *ab initio* відповідно до зазначених статей *mutatis mutandis*. Якщо держави роблять заяви, що обмежують їх права, до таких заяв слід застосовувати винятково вузьке тлумачення⁶⁹⁷.

Таким чином, тлумачення односторонніх актів у цілому базується на статтях 31 та 32 Віденської конвенції 1969 р., яка є результатом кодифікації загальних принципів права, і може застосовуватися для тлумачення будь-яких міжнародно-правових форм.

Можливість застосувати положення Віденської конвенції 1969 р. до односторонніх актів стосовно умов дійсності та тлумачення пояснюється тим, що вони (положення) походять переважно із загальних принципів права, які можна застосувати до будь-якої поведінки суб'єктів міжнародного права.

Крім того, доказ можливості застосування Віденської конвенції 1969 р. до односторонніх актів можна знайти в підготовчих документах до цієї Конвенції. Спеціальний доповідач КМП ООН з питань права міжнародних договорів проф. Дж. Фітцморісом у проекті конвенції взагалі пропонував ввести статтю 22, яка б регулювала односторонні заяви про права інших держав, такого змісту: Якщо держава робить заяву на користь іншої держави або бере на себе певні зобов'язання, одна, декілька або всі інші держави мають право пред'явити претензії до цієї держави щодо виконання нею заяви⁶⁹⁸. Оскільки ця стаття знаходилася у тому ж розділі, що і стаття 20, яка стосувалася обумовленого договором положення *onus autrui* (для інших), або прав та переваг для третіх сторін, встановлених договором, цілком очевидно, що проф. Дж. Фітцморіс проводив пряму паралель між одностороннім актом та договором у розрізі виникнення прав у інших суб'єктів права. У своєму коментарі він, зокрема, зазначив, що треті держави можуть отримати вигоду від односторонніх заяв,

⁶⁹⁷ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>

⁶⁹⁸ International Law Commission. – Fifth Report on the Law of Treaties. – 1960 (2). – Yearbook of the International Law Commission. – art. 22, 81.

зроблених іншою державою, якщо така заява дійсно створює правові наслідки⁶⁹⁹.

Пізніше з проекту Конвенції це положення було видалено, однак положення стосовно *pour autrui* залишилися й були перенесені до статті 36 Віденської конвенції 1969 р.⁷⁰⁰ Використання чи невикористання третьою стороною, згода чи незгода з наявністю прав, які випливають із договору, не можуть вплинути на зміст самого договору. Аналогічно права інших держав, їх бажання чи небажання ними скористатися не впливають на зміст одностороннього акта, більше того, не впливають на зобов'язальну природу одностороннього акта.

Застосування Віденської конвенції 1969 р. створює підстави визнання односторонніх актів такими, що закріплюють зобов'язання суб'єктів міжнародного права, і дозволяє запобігти плутанині, хаосу та паралічу міжнародних відносин так, якби підстави для виникнення зобов'язань у суб'єктів міжнародного права були б абсолютно нерегульованими⁷⁰¹.

Не дивлячись на те, що в цілому Віденську конвенцію 1969 р. можна й доцільно використовувати для регулювання односторонніх актів, все ж таки ряд її положень застосувати неможливо, адже це може призвести до виникнення так званої юридичної фікції – зобов'язання є, однак його тлумачення призводить до його зникнення *de facto*. Особливо це стосується питань відмови від одностороннього акта, призупинення дії. Ці питання є взагалі одними з найгостріших як у доктрині, так і в практиці міжнародного права. Зумовлено це тим, що односторонніми актами

⁶⁹⁹ International Law Commission. – Fifth Report on the Law of Treaties. – 1960 (2). – Yearbook of the International Law Commission. – P. 105.

⁷⁰⁰ Стаття 36 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. «Договори, які передбачають права для третіх держав»: 1. Право для третьої держави виникає з положення договору, якщо учасники цього договору мають намір за допомогою цього положення надати таке право або третій державі, або групі держав, до якої вона належить, або всім державам, і якщо третя держава погоджується з цим. Її згода припускається доти, поки не матимуть доказів протилежного, якщо договором не передбачається інше. 2. Держава, яка користується правом на підставі пункту 1, виконує умови користування цим правом, передбачені договором або встановлені відповідно до договору (Віденська конвенція про право міжнародних договорів // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст.343).

⁷⁰¹ Gigante A. Unilateral State Acts. – New York University journal of International Law and Politics. – 1969. – P. 341.

підтверджуються вже існуючі права, встановлюються зобов'язання суб'єкта, який заявляє односторонній акт або заявляє про нові права.

Постає питання: чим ще, окрім цієї конвенції, можна врегулювати односторонні акти. Жодного іншого документа, який можна було б застосувати за аналогією не існує. Тому можливо було б у даному випадку вести мову про регулювання за допомогою загальних принципів права – *promissio est servanda* або *acta sunt servanda*, що в даному випадку може розглядатися як один і той самий принцип, *rebus sic stantibus* тощо, однак вони вже так або інакше інкорпоровані до Віденської конвенції 1969 р.

Намагання ряду авторів, у тому числі представленої монографії, охопити вслід за Анцилотті всі різновиди односторонніх актів у єдиній системі, не зовсім їм вдається, власне, як і Анцилотті⁷⁰². Система Анцилотті включала в себе чотири різновиди: нотифікація, визнання, протест та заперечення (відмова). Особливо жваві дискусії викликала нотифікація як різновид одностороннього акта: заперечується як сам факт створення нотифікацією прав та обов'язків для суб'єкта нотифікації, так і взагалі можливість віднести нотифікацію до односторонніх актів, а не до форми їх існування. Надзвичайним противником кваліфікації нотифікації як одностороннього акта виступав Е. Суй⁷⁰³, вважаючи її винятково виразом волі держави у письмовій формі. Однак форма закріплення не може впливати на кваліфікацію, навіть якщо це усна форма мовчання. Хоча є певні особливості, які стосуються саме нотифікації – держава, яка отримала нотифікацію, не може в подальшому ігнорувати факти, викладені в ній.

Аналогічна ситуація складається із визнанням. Якщо через визнання претензії держава відмовляється від існуючих юридичних прав, це рівнозначно відмові від прав. У всьому іншому визнання, як і протест, є лише реакцією на претензії або дії інших суб'єктів. Таким чином, виходячи з логіки Анцилотті, все зводиться до відмови, яка є єдиним джерелом прав та обов'язків для суб'єкта серед усіх односторонніх актів.

⁷⁰² Чітко спрацьовує 104-й афоризм Козьми Прутковка: «Плюнь тому в глаза, кто скажет, что можно обнять необъятное!».

⁷⁰³ Suy E. Les actes juridiques unilateraux en droit international public / E. Suy. – Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1962. – P. 100 – 107.

Дослідженням односторонніх актів, окрім Анцилотті, займалися й інші науковці, які брали за основу його дослідження. Це стосується і вітчизняних юристів-міжнародників, які, щоправда, за основу беруть вже не самого Анцилотті, а його послідовників. Так, до перших кроків досліджень у цій сфері слід віднести роботи, які вийшли у 1936 та 1951 роках: дослідження швейцарського юриста Франца Пфлугера «Односторонні правові акти в міжнародному праві»⁷⁰⁴ та його італійського колеги Джузеппе Бісконтіні «Внесок в теорію односторонніх актів у міжнародному праві»⁷⁰⁵. Однак базовою роботою в західній доктрині міжнародного права ХХ століття стало дослідження, яке здійснив бельгійський професор Е. Суй⁷⁰⁶. Він зробив неоцінений внесок у розвиток нормативного розуміння феномену односторонніх актів, перебуваючи при цьому під значним впливом свого вчителя Пола Гуггенхайма та приватно-правових теорій односторонніх актів.

Професор Е. Суй був одним із перших дослідників, які почали говорити про те, що обіцянка є одностороннім актом держави із відповідними міжнародно-правовими наслідками. Крім того, він стверджував, що *pacta sunt servanda* стосується будь-якого акта держави, а не тільки міжнародних договорів. Окрему увагу Е. Суй приділив дослідженню ролі односторонніх актів у становленні міжнародних звичаїв. У цьому контексті цікавою видається монографія Р.А. Каламкаряна «Міжнародно-правове значення односторонніх юридичних актів держав»⁷⁰⁷, яка вийшла в Москві у 1984 р. Зокрема, він розглядає питання взаємодії односторонніх актів та міжнародно-правового звичаю, зазначаючи при цьому, що правові наслідки односторонніх актів наступають через дії звичаєво-правових норм. У главі п'ятій було проведено окреме дослідження ролі односторонніх актів визнання та протесту як конститутивних елементів звичаю та як доказ суб'єктивного елемента.

⁷⁰⁴ Pfluger F. Die Einseitigen Rechtsgeschäfte im Völkerrecht / F. Pfluger. – Zurich, 1936. – 347 s.

⁷⁰⁵ Biscontitni G. Contributo alla teria degli atti unilaterali nel diritti internazionale / Biscontitni G. – Milano, 1951. – 185 p.

⁷⁰⁶ Suy E. Les actes juridiques unilateraux en droit international public. / E. Suy. – Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1962. – 290 p.

⁷⁰⁷ Каламкарян Р.А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств / Р.А. Каламкарян. – М., 1984. – 135 с.

Однак повернімося до Е. Суя. Услід за Кельзенем він сприймає ідею, згідно з якою основним джерелом міжнародного права є міжнародний звичай, а міжнародний договір є вторинним і може бути розглянутий як юридичний факт, який має характер юридичного акта. Він є похідним джерелом стосовно спільної або односторонньої волі, яка може застосовуватися до одного або декількох суб'єктів міжнародного права. У такому випадку міжнародно-правова норма з'єднує між собою міжнародний правопорядок як систему норм і суб'єктів міжнародного права. Самостійно ж односторонній акт не може створити для третіх держав жодних наслідків, особливо тих, що стосуються обов'язків. Більше того, односторонніми актами держави не можуть створити обов'язків навіть для себе перед третіми державами. Е. Суй, власне, виходить із римської максими – *pacta tertiis nec nocent prosunt*.

Максима *pacta tertiis nec nocent prosunt* лягла в основу статті 34 Віденської конвенції 1969 р.⁷⁰⁸, що встановлює правило, згідно з яким міжнародний договір не може породити обов'язків для третьої сторони без її згоди. Ключовою фразою у цьому положенні є: без згоди останньої. Крім того, стаття 38 Конвенції встановлює норму, згідно з якою норми договору можуть стати обов'язковими для третіх держав у результаті виникнення міжнародного звичаю. Це положення підкреслюється сучасною практикою міжнародних відносин, яка передбачає можливість створення універсальними договорами режиму *erga omnes*, які також є винятком із римської максими.

Отже, поширення дії документа на третю сторону є результатом розвитку міжнародного права на сучасному етапі його еволюції. Своїм міжнародно-правовим виміром це правове явище завдячує багато в чому діяльності МС ООН, який реципував цей інститут із французького права та пристосував до міжнародно-правових потреб. Вперше це поняття було введено ще до Рішення МС ООН щодо притулку⁷⁰⁹. У рішенні МС ООН було визначено, що Колумбія в односторонньому порядку і в порядку, який має обов'язковий характер для Перу, кваліфікувала злочин як неполітичний. Відповідно,

⁷⁰⁸ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

⁷⁰⁹ Request for Interpretation of the Judgment in the Asylum Case (Colombia / Peru) Judgment of November 27th, 1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/13/1933.pdf>

уряд Перу не зобов'язаний надавати охоронне свідоцтво біженцю. Однак між французькою та англійською версією перекладу є певні розбіжності: у французькому вказано «не може в односторонньому порядку поширюватися на Перу», а в англійській версії було зроблено не переклад, а логічний переказ, тому сам термін «поширення акту стосовно третьої сторони» не застосовується, а було використано фразу «не застосовується до Перу». Такий підхід перекладача, на жаль, багато в чому змінив суть самого правового явища. Тим більше, треба врахувати, що з самого початку рішення було винесено французькою мовою, тому у ключових моментах слід орієнтуватися саме на французьку версію.

Поширення дії односторонніх актів на третіх сторін виражається, як правило, у їх явному чи конклюдентному визнанні акту або шляхом мовчання. З іншого боку, держава може попередити ситуацію, заперечивши проти акту або проти поведінки інших суб'єктів. І тут виникає ситуація естоппель, про яку вже неодноразово згадувалося та ще згадуватиметься, особливо в контексті дослідження звичаю як джерела міжнародного права. Так, у справі щодо риболовлі (Велика Британія проти Норвегії) Суд визнав односторонні акти Норвегії щодо визначення висхідних ліній для відмежування зони риболовлі такими, що відповідають нормам міжнародного права. Зокрема, Суд вважає, що односторонні акти Норвегії поширюються на Велику Британію, оскільки остання визнала (не заперечила) практику Норвегії у цій сфері. Однак, знову ж таки, в англійській версії перекладач нечітко передав суть цього правового явища.

Починаючи з 60-х років ХХ століття в англосовне міжнародне право поступово входить правова категорія поширення дії на третю сторону. Її вже можна зустріти у роботах Дж. Шварценбергера «Міжнародне право» (1957 р.)⁷¹⁰, Яна Броунлі «Принципи міжнародного права» (1966 р.)⁷¹¹ та в інших дослідженнях.

Саме доктрина допомогла увійти винятково французькому правовому явищу в міжнародно-правову дійсність. Його починають використовувати при представництві інтересів сторін у МС ООН. Так, у справі щодо розмежування континентального шельфу між

⁷¹⁰ Schwarzenberger G. *International Law, International Law as Applied by International Courts and Tribunals* / G. Schwarzenberger. – Vol. 1, 3d ed., – London, 1957. – P. 130, 326, 353 та ін.

⁷¹¹ Brownlie Ian *Principles of Public International Law* Oxford, 1966. – P. 513.

Лівією та Тунісом позиція Лівії обґрунтовувалася саме неможливістю поширення дії одностороннього акта на Лівію. При цьому в даному випадку рішення було винесено англійською мовою і належним чином перекладено французькою. Таким чином це правове явище зайняло своє місце в доктрині Міжнародного Суду. І вже у рішенні Палати МС ООН щодо протоки Мен (Канада проти США)⁷¹² було чітко вказано, що делімітація континентального шельфу в односторонньому порядку, без врахування точки зору іншої або інших держав, не поширюється на ці держави.

Всі наведені приклади не можна вважати вичерпними, вони лише відображають загальну тенденцію розвитку сучасного міжнародного права стосовно можливості поширення дії односторонніх актів на третіх суб'єктів.

Разом із тим необхідно чітко розрізнити два подібні міжнародно-правові явища – зобов'язання та поширення дії. Якщо ми підійдемо до цих двох правових явищ як до однакових, то зробимо доволі істотну логічну помилку, надавши поширенню те саме юридичне значення, що і зобов'язанню. Так, згідно зі статтями Віденської конвенції 1969 р.⁷¹³ договір не створює зобов'язань або прав для третьої держави без її на те згоди. Зобов'язання для третьої держави виникає з положення договору, якщо учасники цього договору мають намір зробити це положення засобом створення зобов'язання та якщо третя держава очевидно бере на себе у письмовій формі це зобов'язання. Право для третьої держави виникає з положення договору, якщо учасники цього договору мають намір надати таке право або третій державі, або групі держав, до якої вона належить, або всім державам, і якщо третя держава погоджується з цим. Її згода припускатиметься доти, поки не матимуть доказів протилежного, якщо договором не передбачається інше.

У Конвенції мова йде саме про зобов'язання, яке виникає за чітко встановлених умов, для третіх держав. При цьому базовою умовою є згода цієї держави у чітко встановленій формі. Водночас поширення не передбачає згоду держави з огляду на об'єктивні

⁷¹² Case Concerning Delimitation of The Maritime Boundary in The Gulf of Maine Area (Canada/United States Of America) Judgment Of 12 October 1984 Gnen in The Chamber Constituted by The Order made by The Court On 20 January 1982 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/67/6369.pdf>

⁷¹³ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

обставини. Можна провести паралель між таким поширенням та ефектом від рішення, наприклад, МС ООН для третіх держав. Тобто, мова йде про те, що таке поширення не може створити для держави зобов'язання вчиняти активні дії, однак створює для цієї держави пасивне зобов'язання поважати правові наслідки такого одностороннього акту. Звісно, все це можливо лише за умови правомірності акта. Яскравим прикладом є рішення МС ООН у справі Ноттебома, в якій МС ООН визначив, що міжнародне право залишає на розсуд держави визначення порядку отримання громадянства, проте інша держава не має жодного зобов'язання визнавати за особою набуття громадянства іншої держави за певних обставин⁷¹⁴.

Надзвичайно цікавою видається позиція французького вченого Жака Досі⁷¹⁵, який вважав, що до односторонніх актів можна віднести не тільки акти одного суб'єкта, а й акти (дії) однієї сторони, тобто однакова воля, виражена спільно, також буде одностороннім актом. Таким чином, резолюції міжнародних організацій він відносив до спільних односторонніх актів. Ж. Досі надзвичайно цікаво пояснює зміст визнання в міжнародному праві. На його думку, це виконання повноважень, належних державі, втручатися від імені міжнародної спільноти задля встановлення відповідності зміни існуючого правового статусу одним із суб'єктів об'єктивному праву⁷¹⁶. Із такого засновку було зроблено абсолютно логічний висновок про те, що суверенітет перестав бути абсолютним.

Власне, цю ж ситуацію ми зараз спостерігаємо в Європейському Союзі. Так, рішенням Суду Європейських Співтовариств Співтовариство було визнано новим правопорядком міжнародного права: «Співтовариство становить новий правовий порядок міжнародного права, на користь якого держави обмежили свої суверенні права, хоча і в окремих сферах, та до кола суб'єктів якого належать не лише держави-члени, але й їхні громадяни. Незалежно від законодавства держав-членів, право Співтовариства не лише покладає обов'язки на окремих осіб, а й також покликане надавати

⁷¹⁴ Nottebohm Case Second Phase Judgment of April 6th, 1955 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>

⁷¹⁵ Dehaussy Jacques Les actes juridiques unilateraux en droit international public: a propos d'une theorie restrictive // Journal de droit international Vol. 11. – 1965. – № 11. – P. 43.

⁷¹⁶ Dehaussy Jacques Les actes juridiques unilateraux en droit international public: a propos d'une theorie restrictive. // Journal de droit international – 1965. – P. 49.

їм права, які стають частиною їхнього правового спадку. Ці права виникають не лише тоді, коли вони чітко гарантовані Договором, а й на підставі обов'язків, які договір покладає у чітко визначений спосіб на окремих осіб, а також на держав-членів та на інституції Співтовариства»⁷¹⁷. Крім того, право ЄС розглядається як таке, що належить до нової категорії права, яке через його вплив на суверенітет описується як «понаднаціональне»⁷¹⁸.

Таким чином, Ж. Досі провів надзвичайно цікаву паралель, на відміну від інших, які проводять приватноправові аналогії. Він, по суті, порівняв одне міжнародно-правове публічне явище з іншим, визнавши при цьому важливість односторонніх актів для регулювання міжнародних відносин.

Викликає інтерес ще одна доктринальна позиція, на цей раз представника міжнародно-правової доктрини США Альфреда Рубіна. Основні свої ідеї він виклав у статті «Міжнародно-правовий ефект односторонніх заяв». Окрему увагу приділено рішенню МС ООН щодо ядерних випробувань. Це і не дивно, адже стаття вийшла майже відразу після винесення відповідних рішень. Окремо він зупинився на питаннях змісту заяв, зроблених у формі одностороннього акта⁷¹⁹. Це було пов'язано перш за все з рішенням Суду, відповідно до якого акти, що стосуються правової або фактичної ситуації, будуть мати наслідком створення правових зобов'язань, якщо існує відповідний намір держави. Такий висновок став результатом застосування Судом принципу добросовісності⁷²⁰. А. Рубін намагався довести невиправданість таких підходів МС ООН.

⁷¹⁷ NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration: Judgment of the Court of 5 February 1963. – Case 26/62 // English special edition. – Р. 1. (Цит. за: Мовчан Ю. В. Міжнародно-правове регулювання інтеграційних процесів в Європейському Союзі: дис... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Мовчан Юлія Віталіївна. – К., 2009. – С. 73).

⁷¹⁸ Barents R. The Autonomy of Community Law / Ren? Barents. – Kluwer Law International, 2004. – Р. 2. (Цит. за: Мовчан Ю. В. Міжнародно-правове регулювання інтеграційних процесів в Європейському Союзі: дис... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Мовчан Юлія Віталіївна. – К., 2009. – С. 73).

⁷¹⁹ Rubin A.P. The International Legal Affect of Unilateral Declarations / A.P. Rubin // American Journal of International Law. – Vol. 71. – № 1. – 1977. – Р. 1 – 30.

⁷²⁰ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>.

Однак його стаття справляє враження одностороннього аналізу. Провівши достатньо цікавий розгляд різних точок зору, він цілком очевидно надає перевагу винятково одній позиції – позиції заперечення. Окремий інтерес викликає авторська позиція стосовно заперечення як основи заяви Франції, яка обмежила її у правах на проведення ядерних досліджень. Він провів пряму аналогію з національним правом Франції, згідно з яким можна в односторонньому порядку здійснити відмову від права. Більше того, Франція ще перед Другою світовою війною у справі щодо Вільних зон⁷²¹ висловила позицію, згідно з якою відмова є одностороннім актом, який зобов'язує державу, що відмовляється. Однак основою для висновків А. Рубіна стало все ж таки англо-американське (!) право, в якому питання відмови від права однозначно не вирішене. Тому він не може навіть віднести відмову від права, яка зобов'язує суб'єкта, до загальних принципів права, визнаних «цивілізованими націями»⁷²². А. Рубін, зокрема, стверджує, що концепція добросовісності не може бути підставою для виникнення зобов'язань на односторонній основі, адже таким чином будь-яка заява суб'єкта буде вважатися юридично-обов'язковою. При цьому з його твердженням слід погодитися, однак це жодним чином не суперечить рішенню, яке прийняв Суд.

У своїй статті А. Рубін аналізує ще один підхід до розуміння суті зобов'язального характеру односторонніх зобов'язань, висловлений у свій час проф. Дж. Фітцморісом, який, аналізуючи можливість МС ООН тлумачити договори, серед іншого, зачепив тему односторонніх актів. При здійсненні цього аналізу А. Рубін чітко проводить червоною ниткою превалюючу думку англо-американської доктрини міжнародного права про неможливість встановлення однозначної правової природи та, відповідно, правового змісту односторонніх актів. Він, зокрема, зупинився на такій позиції проф. Дж. Фітцморіса: заява як може, так і не може створити правові зобов'язання для суб'єкта, який зробив таку заяву із врахуванням того, яким чином ця заява була сформульована, та

⁷²¹ Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex // Permanent Court of International Justice Series A. / B. Judgments, Orders and Advisory Opinions Fascicule № 46 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www3.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_46/01_Zones_franches_Arret.pdf.

⁷²² Rubin A.P. The International Legal Affect of Unilateral Declarations / A.P. Rubin // American Journal of International Law. – Vol. 71. – № 1. – 1977. – P. 14.

обставин, за яких її було зроблено; однак цілком зрозуміло, що зобов'язання виникне тоді, коли чітко було висловлено намір про те, що інші можуть покластися, і якщо така заява має на меті взяти зобов'язання. Особливо це стосується ситуації, коли інші держави змінюють у зв'язку із зробленою заявою свою позицію або ж вчиняють певні дії⁷²³. Остання думка є нічим іншим, як виразом принципу естоппель через поведінку або ж позбавлення сторони права заперечувати у зв'язку з її попередньою поведінкою⁷²⁴. Наведені проф. Дж. Фітцморісом аргументи, на думку А. Рубіна, не доводять наявності зобов'язального характеру заяви.

І ще один висновок А. Рубіна: на момент прийняття рішення Судом у справі щодо ядерних випробувань не існувало реальної доктринальної підтримки та обґрунтованості того, що односторонні заяви, зроблені не в ході переговорів, є підставою для виникнення зобов'язання, і що це може означати неможливість відмовитися від заяви⁷²⁵. З цим не можна не погодитися. Єдина ремарка щодо цієї думки: нічого не змінилося.

Постає логічне запитання: якщо односторонні акти існують як міжнародно-правова реальність вже давно, тоді чому стільки дискусійних питань виникає, адже їх набагато більше, ніж, наприклад, при дослідженні міжнародних договорів. Причин цьому, на нашу думку, декілька. По-перше, односторонні акти мало, порівняно з міжнародними договорами, досліджувалися, по-друге, значення актів поступово зростає і доктрина не встигає за практикою, по-третє, якщо стосовно міжнародних договорів ми маємо доволі чітку систему, то односторонні акти вкласти в аналогічну систему складно, тому теоретичні уявлення про них залишаються розмитими. Мова йде про класифікацію односторонніх актів, яка дозволить виявити, що є форма, а що – зміст односторонніх актів.

При здійсненні класифікації слід враховувати надзвичайно широку сферу застосування односторонніх актів та правову

⁷²³ Fitzmaurice G. The law and procedure of International Court of Justice 1951-54 // Treaty Interpretation and other Treaty Points / G. Fitzmaurice // British Yearbook of International Law. – 1958. – P. 230.

⁷²⁴ КМП ООН у керівних принципах визначила, що односторонні заяви, які мають наслідком юридичні зобов'язання для держави, яка робить такі заяви, не може бути довільно відкликано.

⁷²⁵ Rubin A.P. The International Legal Affect of Unilateral Declarations / A.P. Rubin // American Journal of International Law. – Vol. 71. – № 1. – 1977. – P. 23.

природну кожного з різновидів односторонніх заяв. Наприклад, оголошення війни та заява про нейтралітет, визнання держави або уряду, заява про поступки території, обіцянка діяти в той або інший спосіб тощо. Всі ці та інші односторонні акти, поза сумнівом, тягнуть за собою певні правові наслідки, однак такі наслідки є за своєю правовою природою доволі різними. Окремі односторонні акти, включаючи права, містять зобов'язальні елементи з огляду на звичай, що вже склався, тоді як інші достатньо складно взагалі класифікувати, а тим більше – виникає сумнів щодо наявності у них зобов'язальних елементів⁷²⁶.

До односторонніх актів, які визначають позицію держави щодо певної ситуації з юридичними наслідками, слід віднести: визнання, протест і відмову. Всі ці акти повинні мати ясно виражену форму, щоб забезпечити визначеність у міжнародних відносинах. Через визнання держава підтверджує або приймає факт, ситуацію, документ або претензію. В ідеальній ситуації, визнаючи той чи інший юридичний акт, ситуацію, держава вже не має права чинити всупереч цьому визнанню та не може його відкликати.

Протилежний визнанню акт – протест, через який держава виражає намір не визнавати законними певну претензію або ситуацію. За своїм значенням протест аналогічний визнанню. Та ж «монета», тільки з іншого боку. Однак протест не слід плутати з відмовою – актом, що виражає намір держави відмовитися від певного права або повноважень, від вимог чи претензій. На відміну від визнання, відмова може бути тільки ясно вираженою, на чому наголошував і Міжнародний Суд ООН, вирішуючи спір між Норвегією і Великою Британією про риболовлю⁷²⁷. Невикористання права або повноваження не означає відмови від них. Відмова є остаточною і безповоротною⁷²⁸, але відсутність протесту (заперечення) може призвести до аналогічних із відмовою наслідків. Так,

⁷²⁶ Fiedler W. *Unilateral Acts in International Law*. Encyclopedia of Public International Law. – 2000. – P. 1018.

⁷²⁷ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

⁷²⁸ Лукашук И.И. *Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов / И.И. Лукашук*. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 415 с.

МС ООН визнав, що тривала відсутність британського протесту проти дій Норвегії робить останні виправданими⁷²⁹.

Давайте подивимося на односторонні акти у взаємодії. Одним з основних односторонніх актів є акт визнання. Такий акт має багато чого спільного з іншими односторонніми актами: відмова від права, протест (заперечення) тощо. Якщо розібрати ситуацію, яка склалася із Східною Гренландією, то там одночасно можна знайти як обіцянку – не втручатися у діяльність Данії щодо даної території, так і відмову від права – жодного титулу щодо території. Проголошення урядом Колумбії визнання незалежності Венесуели над архіпелагом Лос Меньєс (Los Menjes) може бути одночасно розцінено як визнання, обіцянка та добровільна відмова/відмова від права⁷³⁰.

Заява про нейтралітет може бути також віднесена до відмови від права або навіть до обіцянки. Аналогічно можна кваліфікувати намір ядерних держав не застосовувати ядерну зброю проти без'ядерних держав⁷³¹. Протест, за допомогою якого одна держава контактує з іншим суб'єктом, висловлюючи своє ставлення, є ре-

⁷²⁹ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

⁷³⁰ Нотою від 22 листопада 1952 р., у якій уряд Колумбії заявив «... на архіпелаг не поширюється суверенітет Сполучених Штатів Венесуели, таким чином, держава не поширює на них жодних прав...» (див.: П'ятий звіт КМП ООН ООН щодо односторонніх актів держав на 54-й сесії КМП ООН ООН).

⁷³¹ Ще раз хотілося б підняти питання: чи можна кваліфікувати як одностороннє зобов'язання політичну обіцянку США, РФ, Великої Британії, закріплену в Будапештському меморандумі, щодо гарантування безпеки України у зв'язку із її відмовою від ядерного статусу [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G94/652/94/PDF/G9465294.pdf?OpenElement>

Взагалі найчастіше як яскравий приклад одностороннього акта називають гарантії, які дають ядерні держави неядерним щодо забезпечення їх безпеки або щодо утримання від застосування такої зброї. Важливою подією щодо надання гарантій безпеки неядерних держав стала Конференція 1995 р. по розгляду дії та продовження Договору про нерозповсюдження ядерної зброї. До цього часу до договору приєдналися дві ядерні держави – Франція і Китай. Обидві вони зробили односторонні заяви про негативні гарантії. Російська формула негативних гарантій, вперше проголошена у військовій доктрині від 2 листопада 1993 р. і підтвержена в заяві МЗС РФ від 5 квітня 1995 р., проголошує: «Російська Федерація не застосує ядерну зброю проти держав – учасників Договору про нерозповсюдження ядерної зброї, що не володіють ядерною зброєю, крім як у випадку вторгнення або будь-якого іншого нападу на Російську Федерацію, її територію, її збройні сили або інші війська, її союзників або на державу, з якою вона має зобов'язання щодо забезпечення безпеки, здійснюваних або підтримуваних такою державою, яка не володіє ядерною зброєю, спільно або за наявності союзницьких зобов'язань з державою, яка володіє

зультатом заперечення, у тому числі і заперечення факту. Саме на цьому було побудовано рішення у справі Пріах-Віхеар⁷³².

Заява, декларація⁷³³ та нота є лише формою закріплення односторонньої волі будь-якого характеру, однак це не означає автоматично, що закріплене у такий спосіб волевиявлення буде обов'язково мати міжнародно-зобов'язальні наслідки і навіть зміст, закладений у такі форми, не матиме вирішального значення, а на перший план виходить суб'єктивний елемент. Такий собі квазі *opinio juris* односторонніх актів, адже, якщо кожне діяння держави буде тягнути за собою правові наслідки, це приведе до істотного обмеження держав та, відповідно, паралічу всієї міжнародної системи⁷³⁴.

Односторонні акти складаються з трьох елементів: 1) правової декларації (заяви), тобто форми існування; 2) змісту зобов'язання;

ядерною зброєю». Подібні заяви були зроблені Сполученими Штатами Америки, Великою Британією і Францією. Китай ще раз підтвердив свою заяву, вперше зроблену в 1964 р., про незастосування першим ядерної зброї «ніколи і ні за яких обставин». В американській заяві про негативні гарантії від 5 квітня 1995 р. підтверджується позиція щодо таких гарантій: «Сполучені Штати Америки знову підтверджують, що вони не застосують ядерну зброю проти держав, які не володіють ядерною зброєю, держав – учасників Договору про нерозповсюдження ядерної зброї, крім як у випадку вторгнення або будь-якого іншого нападу на Сполучені Штати Америки, їх територію, їхні збройні сили або інші війська, їх союзників або на державу, з якою вона має зобов'язання щодо забезпечення безпеки, здійснюваних або підтримуваних такою державою, яка не володіє ядерною зброєю, спільно або за наявності союзницьких зобов'язань з державою, яка володіє ядерною зброєю». Цит. за: Тимербаев р. Проблема гарантій безпеки неядерних государств в преддверии обзорной конференции по ДНЯО [Електронний ресурс] Тимербаев р. – Режим доступу: http://www.pircenter.org/kosdata/page_doc/p1739_1.pdf

Знову ж таки, постає питання про юридичну силу цих заяв. Якщо їх розглядати внятковно як політичні позиції, висловлені в деклараціях, то юридичного значення вони не мають, лише політичне. Але якщо на них поширити режим односторонніх актів, вони перетворюються на реальний правовий інструмент. Хоча і це не виключає можливості порушення як політичних, так і юридичних односторонніх зобов'язань. У квітні 1986 р., після проведення США ядерних випробувань, уряд СРСР заявив, що віднині він вважає себе вільним від раніше взятого на себе одностороннього зобов'язання не проводити ядерні випробування, оскільки таке зобов'язання було зумовлено тим, що такі вибухи не буде проводити США.

⁷³² Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 15 June 1962. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4871.pdf>

⁷³³ Мельник С.О. також відносить заяву, декларацію та нотифікацію до форми закріплення. Див.: Мельник С. О. Односторонні акти держав у сучасному міжнародному праві: дис.... канд. юрид. наук / С. О. Мельник. – К., 2007. – С. 193.

⁷³⁴ Schwarzenberger G. International Law as Applied by International Courts and Tribunals / G. Schwarzenberger. – Vol. IV. – 1957. – 548 p.

3) *opinio juris*. При цьому всі три елементи необов'язково матимуть винятково односторонній характер. Односторонність може стосуватися як першої, так і другої складової, або двох одночасно, хоча третя обов'язково повинна мати односторонній характер. Так, якщо розглядати зміст статті 36 Статуту МС ООН⁷³⁵ щодо визнання юрисдикції Суду, то за формою заява є односторонньою, однак за змістом – дво- або навіть багатосторонньою.

У класифікації односторонніх актів проявляється вся «дивина» міжнародного права – з одного боку, така класифікація життєво необхідна, з іншого – вона неможлива і недоцільна, причому недоцільна саме в силу неможливості.

До односторонніх актів, як зазначив Броунлі, слід ставитися як до форми закріплення волі держави, яка знаходиться поза межами договорів та поза межами міжнародних звичаїв. Тому, вважає він, невірною є сама назва «односторонні акти держави», правильніше було б їх називати поведінкою держав⁷³⁶. Із цим погодитися надзвичайно складно, адже у такому випадку ми дивимося на односторонні акти як на окреме міжнародно-правове явище, а на них все ж слід дивитись як на елемент міжнародно-правової системи. Більш того, будь-яка поведінка держави так або інакше тягне за собою правові наслідки. Саме на такій позиції наголошували представники Норвегії, звертаючись до КМП ООН з приводу односторонніх актів: односторонні акти неможливо віднести до певних категорій, виходячи з предмету їх правового регулювання, зміст заяви є справою другорядною, головне – який правовий наслідок тягнуть за собою такі заяви.

735 2. Держави – учасниці цього Статуту можуть у будь-який час заявити, що вони визнають без особливої про те угоди, *ipso facto*, щодо будь-якої іншої держави, яка прийняла таке ж зобов'язання, юрисдикцію Суду обов'язковою з усіх правових спорів, що стосуються: а) тлумачення договору; б) будь-якого питання міжнародного права; с) наявності факту, який, якщо він буде встановлений, представить собою порушення міжнародного зобов'язання; д) характеру і розмірів відшкодування, яке належить за порушення міжнародного зобов'язання. 3. Вказані заяви можуть бути безумовними, або на умовах взаємності з боку тих чи інших держав, або ж на певний час.

736 В українській доктрині запропоновано ввести категорії «суто односторонній юридичний акт держави», однак, на нашу думку, попри те, що такий термін дійсно відображає суть явища, він не знайде свого ні доктринального, ні нормативного закріплення через традиції, які відіграють не останню роль у науці міжнародного права. Є ще ряд зауважень, які стосуються категорії «суто», однак їх вже частково розкрито в тексті: Мельник С. О. Односторонні акти держав у сучасному міжнародному праві: дис... канд. юрид. наук / С. О. Мельник. – К., 2007. – С. 192.

Таким чином, доцільніше класифікувати односторонні акти за їхніми правовими наслідками, що дозволить до того ж визначити їхнє місце в міжнародно-правовій системі. Однак і при такому підході ми будемо вимушені постійно відокремлювати односторонні акти від інших: дво- та багатосторонніх.

Зупинимось детальніше на окремих односторонніх актах, які, з нашої винятково суб'єктивної точки зору, відіграють найпомітнішу роль у міжнародному житті.

Але все ж, після прийняття рішення у справах про ядерні випробовування, більшість авторів починає виділяти обіцянку як односторонній акт та розглядає її однозначно як реальний спосіб закріплення обов'язків однієї держави перед іншою (або перед групою держав, або як взагалі зобов'язань *erga omnes*). Е. Суй відрізняв від власне обіцянки, обіцянку, яка підтверджувала вже наявне зобов'язання⁷³⁷.

Крім того, слід відрізнити обіцянку від пропозиції укласти договір, адже остання передбачає попередню фіксацію прав та обов'язків сторін, хоча обидві надходять від одного суб'єкта. І, більше того, пропозиція передбачає згоду іншого суб'єкта з її положеннями та, як правило, можливість її зміни або відкликання. І це є наріжним каменем у цьому питанні.

Основна проблема, яка пов'язана з односторонніми актами – це питання їх безвідкличності. Знову ж таки, звернімося до праці Альфреда Рубіна та його оцінки рішення МС ООН. Зокрема, він наголошував на тому, що цілком можливо у деяких випадках на законних підставах припинити виконання прямо передбачених міжнародним договором зобов'язань, при цьому не порушуючи принципу добросовісності. Тому не існує жодних підстав для того, щоб односторонні акти відмінялися процедурою, складнішою, ніж передбачена для міжнародних договорів. На його думку, достатньо складно зрозуміти, яким чином можна заперечити дію держави, яка не відповідає попередньо взятим нею на себе зобов'язанням у односторонньому порядку, навіть якщо чіткої відмови від зобов'язання не було⁷³⁸. Ані теорія, ані практика міжнародних відносин не дають чіткої відповіді,

⁷³⁷ Suy E. Les actes juridiques unilatéraux en droit international public. / E. Suy. – Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1962. – P. 127.

⁷³⁸ Rubin A.P. The International Legal Affect of Unilateral Declarations / A.P. Rubin // American Journal of International Law. – Vol. 71. – 1977. – № 1. – P. 10.

упродовж якого періоду діє одностороннє зобов'язання, водночас міжнародні договори досить часто укладаються на визначений термін. Цілком очевидно, що за відсутності норми, яка б чітко забороняла відмовитись або відкликати одностороннє зобов'язання, такі дії суб'єкта є правомірними, якщо інше прямо не було обумовлено. Це може стати очевидним для третьої сторони тільки в момент відмови/відкликання, що ставить останню в дуже не вигідне становище. Якщо ми однозначно стверджуємо про те, що односторонній акт є поза сумнівом джерелом міжнародного права, ми виходимо майже з ідеальної ситуації – суб'єкт має намір не відмовлятися від свого наміру і його дії чітко відповідають його намірам. У цьому контексті доречно відзначити, що рішення у справі щодо ядерних випробувань МС ООН залишає враження, що Суд стосовно Франції виходив саме з ідеальних обставин, тобто її обіцянка не проводити ядерні випробування є такою, що ніколи не може бути змінена.

Разом із тим, зміна або навіть відмова від таких зобов'язань не може суперечити принципу добросовісності. Відповідно, інші суб'єкти можуть покладатися на такі зобов'язання лише на той час, що визначений суб'єктом, який взяв на себе певне зобов'язання. Тут можна застосувати за аналогією п. b ч. 1 ст. 79 Віденської конвенції 1969 р.⁷³⁹: припинення одностороннього зобов'язання не впливає на права, зобов'язання або юридичне становище учасників, які виникли в результаті виконання такого зобов'язання і до його припинення. Таким чином, відкличність не є перепорою для існування правових наслідків односторонніх актів. Доцільно згадати і думку МС ООН, висловлену ним в іншій справі – щодо військової та напіввійськової діяльності в Нікарагуа (Нікарагуа проти США)⁷⁴⁰. Серед іншого, було зазначено, що односторонній

⁷³⁹ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

⁷⁴⁰ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 26 November 1984. Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>

характер акта не означає, що держава вільна, на власний розсуд, змінювати цей акт⁷⁴¹.

Проте це не може означати, що односторонній акт є безвідкличним або що в усіх випадках потрібна згода інших держав. Однак саме безвідкличний односторонній акт-обіцянка подібний за своїм змістом та наслідками до прав третіх держав, що виникають у зв'язку з укладеним міжнародним договором інших суб'єктів. Незважаючи на майже сорок років, які минули з моменту прийняття рішення, сумніви щодо обіцянки як одностороннього акта, який однозначно породжують міжнародно-правові зобов'язання, не зникли.

Це зумовлено тим, що така обіцянка набагато рідше зустрічається в міжнародній практиці, ніж міжнародний договір. Вона не часто зустрічається у практиці держав у, так би мовити, «чистому вигляді»⁷⁴². Суб'єкти міжнародного права, особливо держави, не готові, як правило, робити спонтанні заяви без надії на «взаємність», тобто стара максима *quid pro quo* залишається все ж таки основою як міжлюдських, так і міжнародних відносин. Однак це не означає, що односторонніх актів у формі обіцянки взагалі не існує або ж вони неможливі. Міжнародні відносини настільки різноманітні, що держава (або інші суб'єкти міжнародного права) потенційно може, за певних умов, скористатися тими перевагами, які дає саме обіцянка, щоб не затягувати прийняття рішення, як це відбувається, поза сумнівом, при договірному процесі.

І все ж ряд міжнародників однозначно негативно ставиться до обіцянки як до підстави виникнення зобов'язань, пояснюючи це в тому числі й тим, що обіцянка – не більше, ніж очікування майбутніх дій, які можуть або справдитися, або ж ні. Такий підхід засновано на вузькому розумінні принципу *pacta sunt servanda*, який не поширюється, на думку цих вчених, ні на що, окрім міжнародних договорів. Більше того, після прийняття рішення МС ООН щодо ядерних випробувань А. Рубін писав про те, що Суд не уповноважений відповідно до частини 1 статті 38 Статуту вирішувати будь-які суперечки, використовуючи інші джерела, ніж ті,

⁷⁴¹ Це підтверджено і в Керівних принципах, які застосовуються до односторонніх актів держав 2006 р. КМП ООН, де було наголошено на неможливості відкличання односторонньої заяви.

⁷⁴² Мельник С. О. Односторонні акти держав у сучасному міжнародному праві: дис. канд. юрид. наук / С. О. Мельник. – К., 2007. – С. 81.

що вже визначені цією статтею⁷⁴³. Висновок достатньо логічний, і полягає він у тому, що це джерело не прописано в означеній статті. Однак у такій ситуації, на нашу думку, можна виправдати рішення Суду через застосування частини 2 статті 36 Статуту.

Ті автори, які все ж визнають за обіцянкою статус одностороннього акта з міжнародно-правовими наслідками, розширено розуміють принцип *pacta sunt servanda*, вважаючи, що його можна застосувати до всіх міжнародно-правових зобов'язань, оскільки всі вони, навіть односторонні, виникають у рамках застосування процедури консенсусу⁷⁴⁴. Навіть елементи односторонніх актів ми можемо знайти також і в договірних відносинах. На підтвердження цієї думки наводиться ситуація з італійськими гарантіями 1871 р., коли суб'єкт, якому було обіцяно, не заперечував проти самого факту обіцянки, і Закон 1871 р. частково виконав свою роль як *modus vivendi* до тих пір, поки не був замінений Латтеранськими договорами 1929 р. Більше того, закон Австрії 1955 р. щодо її нейтралітету також можна розглядати як винятково пропозицію Австрії, направлену іншим державам. У свою чергу, албанську односторонню заяву щодо захисту меншин у 20-х роках ХХ століття можна розглядати як згоду із відповідною пропозицією Ліги Націй. Стосовно заяви Іхлена 1919 р., яка стала предметом розгляду у справі щодо правового статусу Східної Гренландії, цілком можна вважати, що вона певним чином корелюється із відповідною датською домовленістю на користь Норвегії у питаннях Шпіцбергену⁷⁴⁵.

Тут є чому заперечити. По-перше, це суперечить ідеї, висловленій МС ООН у все тих же ядерних випробуваннях, про що йшлося вище, а по-друге, якщо допустити наявність консенсусу, тоді мова

⁷⁴³ Rubin A.P. The International Legal Affect of Unilateral Declarations / A.P. Rubin // American Journal of International Law. – Vol. 71. – 1977. – № 1. – P. 29.

⁷⁴⁴ Shaw M. International Law / M. Shaw. – Cambridge, 2009. – 1543 p.

⁷⁴⁵ Більше того, навіть, якщо виходити з концепції двох взаємно направлених односторонніх обіцянок, все одно вони не можуть бути кваліфіковані як міжнародний договір. Слід враховувати, що одностороннім актом суб'єкт у більшості випадків не бере на себе зобов'язання, а лише прояснює свою позицію. У наведених прикладах цілком очевидна відсутність елементу консенсусу, хоча присутній елемент згоди. Зовсім інша ситуація виникає у зв'язку з одностороннім проголошенням незалежності. Це питання також було предметом розгляду МС ООН у формі Консультативного висновку, який стосувався, переважно, питань співвідношення незалежності та територіальної цілісності, не вдаючись до аналізу характеру такої заяви.

йде про односторонні акти, які виникають у зв'язку з укладенням міжнародних договорів. Деякі такі угоди покладають односторонні обов'язки тільки на одну сторону, наприклад, мирні договори, які, поза усяким сумнівом, нагадають односторонні договори в приватному праві. У зв'язку із цим суддя Джессап в окремії думці, висловленій у справі щодо Південно-західної Африки⁷⁴⁶, зазначив, що загальноновизнаними можуть бути односторонні договори, які виникають з односторонніх актів, в яких тільки одна сторона обіцяє і, відповідно, тільки вона є зобов'язаною. При цьому, посилаючись на відповідний прецедент із внутрішнього права США (!), він робить абсолютно міжнародно-правовий висновок про відсутність обов'язкової згоди іншого суб'єкта.

Розглянемо ситуацію детальніше. Після Другої світової війни Південна Африка зробила декілька заяв Лізі Націй, а потім ООН, підтверджуючи, що її мандат на Південно-західну Африку продовжує свою дію навіть після припинення діяльності Ліги Націй. Однак нова мандатна система, згідно з положеннями розділу XII Статуту ООН, не влаштовувала Намібію, відтак питання було передано на вивчення до МС ООН⁷⁴⁷. У висновках Суду щодо міжнародно-правового статусу Південно-західної Африки, у тому числі і в Консультативному висновку⁷⁴⁸, серед іншого, було зазначено, що одностороння заява об'єднаного уряду, яка була взята МС ООН до уваги, і заяви, зроблені спільним урядом, можуть слугувати підставою для продовження мандату, водночас навряд чи можуть бути показником майбутньої поведінки суб'єкта. Таким чином, це можна розцінити не як самостійний прояв волі, а лише як підтвердження існуючих правових зобов'язань. Згідно з думкою того ж критика односторонніх актів

⁷⁴⁶ Separate Opinion of Judge Jessup [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/47/4917.pdf>

⁷⁴⁷ South West Africa (Liberia v. South Africa) Proceedings joined with South West Africa (Ethiopia v. South Africa) on 20 May 1961 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/47/4955.pdf>

⁷⁴⁸ 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 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf>

як підстави виникнення зобов'язань Е. Суя, це створює естоппель, однак не створює нових зобов'язань⁷⁴⁹.

На це ж рішення Альфред Рубін реагує дещо по-іншому, вважаючи, що ці заяви взагалі не створюють жодних зобов'язань для суб'єкта⁷⁵⁰.

У свою чергу, в окремій думці суддя Джессап у цій же справі на стадії попередніх заперечень після доволі широкого аналізу позиції Південної Африки, викладеної на останній зустрічі, проведеної у рамках Ліги Націй, дійшов висновку про те, що заяви, зроблені Південною Африкою, мають правову природу одностороннього міжнародного договору і містять міжнародно-правові зобов'язання, посилаючись при цьому на рішення ППМП щодо правового статусу Вільних зон та Східної Гренландії⁷⁵¹.

Але, на наше глибоке переконання, міжнародному праву не може бути притаманний односторонній договір як такий, оскільки це суперечить самій природі міжнародного права. Разом із тим, якщо вже застосовувати аналогію з національним правом, то, якщо в національному праві такий договір має правові наслідки, то чому ж односторонні акти в міжнародному праві таких наслідків не матимуть. Проте ряд авторів не визнає правові наслідки обіцянки, якщо вони не визнані суб'єктом, якому адресовані⁷⁵², що максимально наближує односторонній акт до міжнародного договору і формули «оферта – акцепт». І це також цілком виправдано, якщо розглядати ситуацію, яка склалася у зв'язку з відмовою України від ядерної зброї, адже «президенти Єльцин та Клінтон інформували Президента Кравчука про те, що Росія та США готові надати Україні гарантії безпеки...»⁷⁵³.

⁷⁴⁹ Suy E. Les actes juridiques unilatéraux en droit international public. / E. Suy. – Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1962. – P. 135 – 141.

⁷⁵⁰ Rubin A.P. The International Legal Affect of Unilateral Declarations / A.P. Rubin // American Journal of International Law . – Vol. 71. – 1977. – № 1. – P. 4.

⁷⁵¹ South West Africa (Liberia v. South Africa) Proceedings joined with South West Africa (Ethiopia v. South Africa) on 20 May 1961 Separate Opinion of Judge Jessup [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/47/4917.pdf>

⁷⁵² Серед них слід відзначити, передусім, самого Гуго Гроція, Чарльза Вішера, Суя та інших.

⁷⁵³ Российско-украинские отношения. 1990 – 1997 гг. Сборник документов. – М., МИД РФ, 1998. – С. 203.

Хоча МС ООН і наголошував, що *quid pro quo* не характерно для одностороннього акта, оскільки наступне отримання згоди на заяву, реакція інших держав не є підставою для настання чи не настання правових наслідків односторонньої заяви, що випливає із винятково односторонньої природи юридичного акта⁷⁵⁴. Однак слід враховувати, що достатньо часто одностороння заява може розширити існуючі міжнародні зобов'язання у бік наділення іншого суб'єкта більшими правами.

Показовим у цьому випадку є положення статті 6 Статуту Нюрнберзького трибуналу, який є невід'ємною частиною Лондонської угоди від 8 серпня 1945 р. «Про судове переслідування і покарання головних військових злочинців європейських держав осі»: наступні дії або будь-які з них є злочинами, які підпадають під юрисдикцію Трибуналу і тягнуть за собою індивідуальну відповідальність: а) злочину проти миру, а саме: планування, підготовка, розв'язування чи ведення агресивної війни або війни шляхом порушення міжнародних договорів, угод або завірення⁷⁵⁵. При цьому в самому рішенні достатньо часто згадується порушення Адольфом Гітлером запевнень, які були ним надані дипломатичним представникам ряду європейських держав щодо недоторканості кордонів Австрії, Чехословаччини, Бельгії та Нідерландів. Таким чином, порушення одностороннього зобов'язання може бути розцінено як злочин проти миру⁷⁵⁶. Ці обіцянки найближче стоять до обіцянок Франції щодо припинення нею ядерних випробувань біля берегів Нової Зеландії.

І більш мирні приклади. Істотне розширення прав інших суб'єктів спостерігається у ситуації з проголошенням постійно нейтрального статусу. Класичний приклад, який розглядається в

⁷⁵⁴ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – І.С.І. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf> пар. 43.

⁷⁵⁵ Устав международного военного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси (принят в г. Лондоне 8 августа 1945 года) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nurnbergprozes.narod.ru/011/1.htm>

⁷⁵⁶ Див.: Приговор Международного Военного Трибунала // Нюрнбергский процесс. Сборник материалов, том II. – Москва: Государственное издательство юридической литературы, 1954. – С. 943 – 1108; Гарантии английские [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dic.academic.ru/dic.nsf/dic_diplomatic/363/%D0%93%D0%90%D0%A0%D0%90%D0%9D%D0%A2%D0%98%D0%98

літературі – це приклад Австрії, нейтралітет якої викликав жваву дискусію в міжнародно-правових колах.

Австрія проголосила свій статус постійного нейтралітету шляхом прийняття Федерального конституційного закону про нейтралітет, тобто через односторонній акт. Про цей факт було повідомлено всім державам, з якими вона на той час підтримувала дипломатичні зносини, із вимогою про визнання нового статусу Австрії⁷⁵⁷. Таке визнання їй було вкрай необхідним для того, що закон мав міжнародно-правове значення, оскільки в односторонньому порядку проголосити нейтралітет неможливо, адже такий односторонній акт має характер зобов'язань *erga omnes*⁷⁵⁸. Таким чином, саме реакція інших держав, у тому числі навіть мовчазна, сприяли тому, що закон набув статусу одностороннього акта в міжнародному праві, який створив для держави права та обов'язки. Австрія залишається постійно нейтральною державою, не вступаючи в жодні військові блоки⁷⁵⁹, і жодна держава по сьогодні не заперечила проти такого статусу Австрії, хоча це і стало певною перешкодою при її інтеграції до ЄС, яку мужньо подолав австрійський суд.

У контексті постійного нейтралітету слід згадати ще одну ситуацію, яка дещо відрізняється від попередньої. 12 грудня 1995 р. під час засідання ГА ООН було прийнято спеціальну декларацію щодо Туркменістану, якою визнано постійно нейтральний статус, проголошений його президентом ще на саміті НБСЄ у 1992 р.⁷⁶⁰ Наведені ситуації ще раз доводять те, що визнання одностороннього акта доцільне, а в деяких випадках – необхідне.

Однак найбільш цитованим одностороннім актом, який розширив права інших держав, стала заява Єгипту щодо Суецького каналу 1957 р. Достатньо уваги в доктрині міжнародного права

⁷⁵⁷ Ряд держав активно визнав новий статус Австрії, а ряд – тільки взяв до уваги, не роблячи зустрічних заяв.

⁷⁵⁸ Дмитрієв А.І. Інститут постійного нейтралітету в міжнародному праві: монографія / А.І. Дмитрієв. – К.: ТОВ «Юридична думка», 2005. – С. 135.

⁷⁵⁹ Так, Австрія не дала право на проліт через свою територію військових літаків НАТО під час операції НАТО проти Югославії, вважаючи, що ця операція не була санкціонована РВ ООН.

⁷⁶⁰ Нейтралітет Туркменістана: история, мировоззрение и государственная стратегия [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.turkmenistan.ru/?page_id=4&lang_id=ru&elem_id=817&type=event&sort=date_desc

було приділено причинам, які спонукали Єгипет оголосити прохід через Суецький канал вільним, та зобов'язанням Єгипту, які він дав світовій спільноті. Заява була зроблена після того, як Компанія Суецького каналу була націоналізована Єгипетським урядом у 1956 р. та після невдалої спроби Британії, Франції й Ізраїлю зайняти територію біля каналу.

Цією заявою Єгипет ще раз підтвердив всі свої зобов'язання у світлі Константинопольської конвенції 1888 р. щодо забезпечення вільного користування Суецьким каналом від 29 жовтня 1888 р.⁷⁶¹, взявши на себе зобов'язання поважати права та обов'язки, пов'язані із використанням каналу, та забезпечувати вільний прохід усіх суден у тих межах, в яких це дозволено Конвенцією. Серед іншого, Єгипет зазначив, що його заява містить зобов'язання міжнародного характеру, а сам документ було передано в ООН та зареєстровано в Секретаріаті цієї організації. На жаль, у міжнародному праві такі чіткі односторонні заяви зустрічаються надзвичайно рідко, і, мабуть, це єдина заява такої якості.

Однак і тут немає єдності у поглядах. Ряд вчених відносить її до одностороннього акту, інші – до міжнародного договору або навіть до політичного акту⁷⁶², хоча ніхто не висловив сумніву щодо зобов'язального характеру заяви. Е. Суй, Р. Каламкарян та Ч. Руссо віднесли цю заяву до підтвердження обіцянки, наголошуючи на тому, що вона підтверджує зобов'язання, яке вже було чинним і яке б існувало навіть без цього документа⁷⁶³. Як з ідеєю в цілому, із цією точкою зору можна погодитися, однак за результатами заяви Єгипет взяв на себе додаткові зобов'язання, що стосувалися підтримання Суецького каналу в належному стані, порядку його використання, а також стосовно податків і зборів та модернізації

⁷⁶¹ Конвенція 1888 р. щодо забезпечення вільного користування Суецьким каналом від 29 жовтня 1888 р. (витяги) // Текст документа звірено зв: «Международное публичное право», Москва, БЕК, 1996 год, том 1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_190

⁷⁶² Курс международного права. В шести томах. Главная редакция: Ф.И. Кожевников, В.М. Корецкий, Д.Б. Левин, Г.И. Тункин, Н.А. Ушаков, В.М. Чхиквадзе (руководитель), В.М. Шуршалов. – М.: Наука, 1967 – 1973. – Том 3: Основные институты и отрасли современного международного права. – С. 415 – 416.

⁷⁶³ Suy E. Les actes juridiques unilateraux en droit international public. / E. Suy. – Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1962. – P. 140 – 141; Каламкарян Р.А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств / Р.А. Каламкарян. – М., 1984. – С.70 – 71.

каналу. Крім того, він взяв на себе зобов'язання вирішувати всі спірні ситуації, які виникли у зв'язку з націоналізацією Компанії Суецького каналу. Більше того, Єгипет взяв на себе зобов'язання згідно з частиною 2 статті 36 Статуту МС ООН щодо визнання обов'язковості юрисдикції МС ООН у справах стосовно тлумачення та застосування Константинопольської конвенції. І саме останнє стало дійсно винятково новим зобов'язанням, яке виникло в Єгипту та не могло бути зафіксоване у Конвенції 1888 р., хоча б через відсутність наприкінці XIX століття постійного судового органу. Якщо ж застосувати аналогію, то в даному випадку можна вести мову про створення прав для третіх держав, як це передбачено статтею 36 Віденської конвенції 1969 р.

Звісно, що такі зобов'язання були зумовлені політичним інтересом Єгипту, це стосувалося і форми зобов'язання, Єгипет був надзвичайно зацікавлений у тому, щоб це було чітко викладено і могло бути адекватно протлумачено, відповідно, Єгипет обрав письмову форму.

Ситуація, яка склалася з Єгиптом, підтверджує те, наскільки міжнародне право є гнучким інструментом для вирішення проблем, що виникають, адже держава замість того, щоб вступити в довгі переговори, які ще невідомо чим могли закінчитися, закріпила свою волю в односторонньому порядку.

Ми розглянули випадок, коли держава бере на себе зобов'язання, однак є інший бік медалі: держави, як, власне, й інші суб'єкти міжнародного права, мають право не тільки створювати права і обов'язки, але і відмовлятися від них. Достатньо часто відмову від прав ділять на відмову від матеріальних прав та просто відмову від прав, яка може бути оформлена як односторонній акт. При цьому інколи відмова від прав не є добровільною і може виступати як форма міжнародно-правової відповідальності держави-правопорушниці.

Переважно відмова від наданих прав стає предметом міжнародного договору. Дві або більше держави можуть на взаємних підставах відмовитися від наданих прав *quid pro quo*, що регулюється нормами права міжнародних договорів. Однак не існує жодної норми в міжнародному праві, яка б забороняла державі в односторонньому порядку відмовитися від прав. Слід все ж відзначити, що це характерно для практики міжнародних відносин. Відмова завжди здійснюється на користь визначеної сторони.

Загальновизнано, що суб'єкти можуть відмовитися тільки від суб'єктивних прав. У зв'язку із цим доктрина поставила перед собою питання: чи може держава відмовитися від прав, що складають основу такої категорії, як суверенітет, і, власне, складають основу для її правосуб'єктності. Жодна держава не може змусити іншу державу силою або загрозою використання сили відмовитися від своїх фундаментальних або інших прав. Ця норма є нормою *jus cogens* і закріплена в частині 4 статті 2 Статуту ООН, згідно з якою жодна держава не може використати силу або погрозу силою проти територіальної цілісності або політичної незалежності будь-якої держави⁷⁶⁴. І вже у Керівних принципах КМП ООН щодо односторонніх актів встановлено, що суперечність із нормою *jus cogens* є підставою для визнання таких актів недійсними. Правда, ми не знаємо, які норми складають категорію *jus cogens*, але це вже деталі.

Однак реалізуючи одне фундаментальне право, суб'єкт міжнародного права може втратити інше. Так, право на самовизначення через вільне приєднання до незалежної держави або об'єднання з нею, або встановлення іншого політичного статусу, який вільно визначається народом⁷⁶⁵, спричиняє відмову від одного із фундаментальних прав – права на незалежність. Як свідчить практика, можливі цілком протилежні тенденції. Зокрема, після падіння комуністичного режиму в Центральній та Східній Європі колишня багатонаціональна федерація Югославія, СРСР та Чехословаччина розпалися внаслідок реалізації народом права на самовизначення через проголошення власної незалежності, що було, хоча і не прямо, підтверджено МС ООН у Консультативному висновку щодо відповідності міжнародному праву односторонньої заяви про незалежність⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ Устав Организации Объединенных Наций [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/documents/charter/chapter2.shtml>

⁷⁶⁵ Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/intlaw_principles.shtml

⁷⁶⁶ International Court Of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence by The Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo (Request for Advisory Opinion) Order of 17 October 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/14799.pdf>

З іншого боку, держава може шляхом укладення договору заздалегідь зазначити свою правову позицію щодо об'єднання або інтеграції з іншими державами. Яскравим прикладом такої позиції є положення Сен-Жерменського мирного договору з Австрією 1919 р.⁷⁶⁷ Так, відповідно до статті 88, Австрія зобов'язалася не вживати без згоди Ради Ліги Націй жодних дій, які можуть прямо або непрямо порушити її незалежність. Крім того, Женевським протоколом 1922 р. вона зобов'язалася утримуватися від будь-яких економічних або фінансових зобов'язань, які безпосередньо або опосередковано можуть позбавити її незалежності.

ППМП у Консультативному висновку від 5 вересня 1931 р. про митний режим між Німеччиною та Австрією⁷⁶⁸ зазначила, що незалежність Австрії, відповідно до статті 88 Сен-Жерменського договору, повинна розумітися у значенні постійного існування Австрії у рамках її нинішніх кордонів як окремої держави із виключним правом вирішувати всі економічні, політичні, фінансові або інші питання, що можуть призвести до порушення її незалежності. Аналогічні зобов'язання Австрія взяла на себе згідно зі ст. 4 державного договору 1955 р., про що вже йшлося вище.

Таким чином, будь-яка держава, яка проголошує свій нейтральний статус, відмовляється від певних фундаментальних прав, які мають інші держави. Це призводить до того, що їй заборонені будь-які об'єднання у сфері колективної безпеки з іншими державами. Однак це лише теоретично, але практично це нікому не перешкоджає, приміром, вступати до НАТО.

Слід наголосити, що такі обмеження суверенітету переважно походять не з односторонніх актів, а з міжнародних договорів. Зокрема, практика односторонньої відмови держави від прав знаходить відображення в мирних договорах, які стоять дещо осторонь від інших міжнародних договорів, оскільки вони не вкладаються в класичну схему двостороннього міжнародного договору, де кожна із сторін, виходячи з принципу суверенної рівності, має як права, так і обов'язки. Говорячи про такий договір, ми радше

⁷⁶⁷ Сен-Жерменский мирный договор 1919 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://warlost.ru/first_world_war/248.htm

⁷⁶⁸ Permanent Court of International Justice Series A./B.Judgments, Orders And Advisory Opinions Fascicule № 41 Customs Regime Between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931) [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_41/01_Regime_douanier_Avis_consultatif.pdf

застосовуємо приватноправову конструкцію односторонніх договорів, яку вже намагався ввести в міжнародний публічний оборот суддя Джессап, при якій наявні дві сторони, одна має лише права, а інша – лише обов'язки. Отже, такі договори «зависли» між, власне, міжнародним договором і одностороннім актом держави, адже вони є джерелом для виникнення зобов'язанням лише в одній зі сторін. Хоча для сторони, на користь якої було зроблено відмову, у більшості випадків не має значення, в якій формі це було зроблено, із врахуванням того, що *de jure* держава не може відмовитися від прав, які їй необхідні для виконання зобов'язань⁷⁶⁹.

Своєрідною формою відмови є призупинення судового процесу в рамках МС ООН (стаття 89 Регламенту Суду)⁷⁷⁰. Так, згідно з частиною 1, якщо в ході слухання у справі, порушеній за заявою, заявник (позивач) письмово повідомляє Суд, що відмовляється від продовження справи, і якщо на дату отримання повідомлення в Секретаріаті відповідач не вчинив жодних процесуальних дій, Суд виносить постанову, в якій офіційно фіксується припинення слухання у справі і приймається рішення про видалення справи з переліку. Копія постанови направляється Секретарем відповідачу.

Разом із тим, згідно з частиною 2 цієї ж статті, якщо на момент отримання заяви про припинення справи відповідач уже вчинив будь-яку процесуальну дію, Суд встановлює строк, упродовж якого відповідач може заявити, чи заперечує він проти припинення процесу. Якщо до закінчення цього строку ніяких заперечень не заявлено, презюмується згода, а Суд виносить постанову, в якій офіційно фіксує припинення процесу. Якщо ж відповідач заперечує проти припинення, то процес продовжується. Однак в останньому випадку мова йде не стільки про односторонні дії держави-позивача, скільки про наявність домовленості між сторонами спору.

Ще одним різновидом односторонньої відмови є припинення стану війни через односторонній акт однією з держав стосовно учасника конфлікту, який перед цим здався. Власне, так сталося після закінчення Другої світової війни, коли стало зрозуміло, що мирні договори з окремими державами не будуть укладені

⁷⁶⁹ Anzilotti D. Cours de droit international, premier volume / D. Anzilotti. – Paris, 1929. – P. 350.

⁷⁷⁰ Регламент Международного Суда ООН [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.org/ru/icj/rules_part3.shtml

найближчим часом. Так, США, Велика Британія, Франція та інші держави припинили війну з Німеччиною в 1951 р., аналогічно вчинив СРСР тільки у 1955 р.

Важливим питанням для кваліфікації залишається форма відмови, яка у ряді випадків може бути прирівняна до обіцянки. Держава, зв'язана зобов'язанням на підставі обіцянки, фактично може відмовитися від своїх прав або може бути обмежена у свободі вибору поведінки. Це не означає, що вимоги щодо форми обіцянки автоматично поширюються на форму відмови. Як було встановлено МС ООН у Рішенні щодо ядерних випробувань 1974 р., обіцянка може бути зроблена в будь-якій формі, але так, аби зацікавлена держава могла взяти до уваги цей факт.

Значна кількість арбітражних та судових рішень дозволила сформулювати загальне правило, згідно з яким відмова, у тому числі і від права, не презюмується. Одна з перших справ, предметом розгляду якої стала відмова, датується ще 1870 роком. Вона стосувалася закриття порту Буенос-Айреса (Аргентина проти Великої Британії). Вирішуючи питання про право Аргентини звертатися із позовом, Президент Чилі в арбітражному рішенні від 1 серпня 1870 р. зазначив: якщо держава окремо не застерігає про наявність свого права, це не означає, що держава не має цього права або держава не має права відмовитися від нього⁷⁷¹. Ця ж думка стала лейтмотивом справи щодо шведського теплоходу «Кронпринц Густав Адольф» (Швеція проти США) від 18 липня 1932 р.: арбітр Євген Борель зазначив, що відмова від права позиватися не може презюмуватися⁷⁷². Предметом спору стала відмова Швеції від подання позову щодо права власності на два судна.

У справі Лотус (Франція проти Туреччини) від 7 вересня 1927 р. ППМП зазначила, що не можуть бути презюмовані обмеження прав, які впливають із незалежності держав⁷⁷³. У справі Ноттебома (Ліхтенштейн проти Гватемали) від 6 квітня 1955 р. МС ООН зазначив, що як перешкоду для початку переговорів щодо мирного вирішення міжнародного спору або укладення спеціаль-

⁷⁷¹ Degan V.-D. Unilateral Act As Source of Particular international Law / V.-D. Degan // Finnish Yearbook of International Law. – Vol. V., 1994. – P. 227.

⁷⁷² Degan V.-D. Unilateral Act As Source of Particular international Law / V.-D. Degan // Finnish Yearbook of International Law. – Vol. V., 1994. – P. 228.

⁷⁷³ The Case of the S.S. Lotus France v. Turkey [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/.

ної арбітражної угоди слід розцінювати пропозицію відмовитися від таких переговорів, ненадання згоди брати фактичну участь у них [...], що позбавляє сторону її права на захист своїх інтересів та надає іншій стороні право не визнавати позов стосовно даного питання⁷⁷⁴.

У рішенні МС ООН щодо ядерних випробувань було зазначено, що коли одностороннє зобов'язання держави обмежує права держави, тоді застосовується винятково обмежене тлумачення⁷⁷⁵, а відмова повинна бути чітко вираженою, як це було зазначено у Рішенні щодо громадян США в Марокко⁷⁷⁶.

З цією думкою погоджується більшість авторів, які досліджують питання односторонніх актів у міжнародному праві. Головною вимогою, на переконання більшості авторів, так і залишається чітке вираження волі, а яким чином це вираження буде здійснено – не має жодного значення: усне, письмове чи навіть конклюдентне. Повторюючи стару латинську максиму, більшість міжнародників вважає, що у випадку сумнівів відмову слід не просто тлумачити обмежено, а й на користь суб'єкта, який відмовився від права⁷⁷⁷. Цілком очевидно, що мовчазна згода щодо відмови не допускається, особливо це стосується тих випадків, коли очікується чітка реакція⁷⁷⁸. Однак такий підхід не отримав однозначної оцінки фахівців.

Ряд авторів розглядає питання відмови від права у контексті територіальних спорів. Хоча, на наше глибоке переконання, питання відмови від території лежить поза межами проблем односторонньої відмови від права, все ж такий пласт досліджень

⁷⁷⁴ Nottebohm Case Second Phase Judgment of April 6th, 1955 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>

⁷⁷⁵ Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>

⁷⁷⁶ Bentz Jacques Le Silence comme manifestation de volont? en droit international public. A. Pedone, 1963. – 48 p.

⁷⁷⁷ Anzilotti D. Cours de Droit International Paris: Recueil Sirey, 1929. – P. 350; Suy E. Suy Eric Les actes juridiques unilat?raux en droit international public / Eric Suy. – Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1962. – P. 165.

⁷⁷⁸ Anzilotti D. Cours de Droit International Paris: Recueil Sirey, 1929. – P. 350; Suy E. Suy Eric Les actes juridiques unilat?raux en droit international public / Eric Suy. – Paris. – Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1962. – P. 164. У зв'язку із цим Е. Суй заявив, що це слід розглядати не більше, ніж пропозицію *de lege ferenda*.

не можна залишити поза увагою. Так, І. МакГіббон на основі аналізу справи щодо острову Пальмас⁷⁷⁹ стверджує, що доказом наміру відмовитися від титулу на територію може слугувати довготривала мовчазна згода держави, яка до цього поширювала на цю територію свій суверенітет. Як доказ свого розуміння співвідношення мовчазної відмови від титулу, він наводить рішення у справі щодо острову Пальмас⁷⁸⁰. Він розцінив позицію США у цій справі винятково як мовчазну відмову від права на територію, тобто пов'язує суверенні права, які не реалізуються, і відмову від території⁷⁸¹.

Дещо пізніше у справі щодо приналежності храму Пріах-Віхеар⁷⁸² МС ООН ще раз підтвердив висновки арбітра Грубера щодо необхідності здійснення ефективного контролю над територією. У цій справі Таїланд (Сіам) наполягав, що випущені у 1908 році Францією топографічні карти суперечили положенням статті 1 договору між Францією та Сіамом 1904 р. У Суді Сіам стверджував, що жодним чином не визнав лінію кордону, позначену на цих картах. Однак Суд виходив дещо з інших позицій, адже, на його думку, поведінка Сіаму суперечила його пізнішим заявам, а Таїланд мав достатньо часу для того, аби висловити свої заперечення стосовно володіння Камбоджею територією храму. Основною формулою, якою керувався Суд, стала *Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*, тобто мовчазну згоду можна визнати юридично значимою тільки тоді, коли очікується, що незгода повинна бути виражена не тільки як судова позиція сторони, але й взагалі як її позиція.

⁷⁷⁹ MacGibbon I.C. The Scope of Acquiescence in International Law / I.C. MacGibbon // The British Year Book of International Law. 1954. – P. 168.

⁷⁸⁰ Daniel-Erasmus Khan Max Huber as Arbitrator: The Palmas (Miangas) Case and Other Arbitrations // European Journal of International Law. – 2007. – 18(1). – P. 145 – 170.

⁷⁸¹ У міжнародному праві територіальна юрисдикція держави називається територіальним суверенітетом. Суверенітет дозволяє виконувати на своїй території всі функції державної влади, вносити законодавчі, адміністративні та судові акти. Але держава, яка не має повного контролю над частиною своєї території, не може повною мірою здійснювати суверенну владу на ній. У такому випадку концепції території та юрисдикції не є тотожними явищами (The Case of Pașcu and Others v. Moldova and Russia [GC], № 48787/99, ECHR 2004 – VII – (8.7.04).

⁷⁸² The Case of Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 15 June 1962. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4871.pdf>

Ситуація, яка склалася навколо храму, *mutatis mutandis*, нагадує ситуацію навколо Придністров'я, а відповідно – позиція Таїланду нагадує позицію Молдови, висловлену нею в Європейському суді з прав людини у справі «Ілашку та інші проти Молдови та Росії»⁷⁸³. Території лівого берега Дністра не підпадали під контроль конституційних органів Республіки Молдова, починаючи з кінця 1991 року. Придністровська Молдавська республіка (Придністров'я) була заснована на цій території і мала свої власні органи, включаючи збройні сили, міліцію і митницю. Ось чому, ратифікуючи Конвенцію, Молдова зробила заяву про виключення її відповідальності щодо Придністров'я, яке вона не контролювала. Молдавський уряд вказав, що відсутність контролю Молдови на цій території підтверджено свідками, яких було заслухано Судом. Однак Суд не визнав позицію Молдови, хоча і з чисто формальних підстав, більше того, Молдова ніколи не відмовлялася від титулу на територію Придністров'я. Отже, відмова Молдови від поширення свого суверенітету на Придністров'я не є підставою для відмови від території, яка здійснюється зовсім в іншій формі і на інших підставах.

Всі наведені вище приклади практики різних міжнародних судових органів свідчать про те, що кожний випадок відмови від права має свою специфіку із урахуванням обставин, які склалися у зв'язку з такою відмовою. Відповідно, ані теорія, ані практика міжнародно-правових відносин не виробили єдиного підходу до оцінки відмови, особливо це стосується мовчазної відмови. Однак і практика, і доктрина все ж схильні до того, що відмова від суб'єктивних прав має бути чітко висловлена та ясно сформульована.

І останнє у цьому контексті питання, однак не останнє за своєю значимістю, – чи можна відмовитися від односторонньої відмови. Однозначної відповіді і на це питання не існує, адже багато в чому вона буде залежати від тих обставин, за яких вчинена. Як наслідок, ці ж обставини будуть визначати і особливість вимог щодо форми відмови. Окремі автори стверджують, що відмова має бути виражена у такій формі, щоб інші держави могли вчасно врахувати таку позицію при прийнятті відповідних рішень та визначенні своєї подальшої поведінки. Особливо це стосується позицій тих

⁷⁸³ The Case of *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], № 48787/99, ECHR 2004 – VII – (8.7.04).

авторів, які ставлять дійсність відмови від її прийняття зацікавленими сторонами. Отже, на їхнє переконання, відмова має бути чіткою та безвідкличною. Так, проф. Е. Суй стверджує, що відкликати відмову можна до тих пір, поки треті держави не взяли до уваги цю відмову і відповідним чином не почали будувати свою міжнародну позицію. Такий підхід є виправданим, якщо тільки вважати, що юридична наявність відмови презюмується лише за умови, що про неї знають (або погодилися) зацікавлені держави. Більше того, у випадку наявності нечіткої ситуації із відмовою, ситуація має тлумачитися на користь суб'єкта, який відмовляється від своїх суб'єктивних прав⁷⁸⁴.

Тому цілком логічним видається підсумок, згідно з яким у всіх випадках відмови суб'єкта від прав, якщо така відмова здійснюється чітко і згідно з вимогами, які так або інакше існують для обіцянок (наміри держави повинні бути чіткими та визначеними). У такій ситуації достатньо складно буде застосувати обмежувальне тлумачення або відмовитися від відмови. Цілком очевидно, що навіть наявність наміру відмовитися від певного права, не висловленого чітко і зрозуміло, у будь-якій формі, навіть у конклюдентній, презюмує право інших суб'єктів не визнавати такої відмови.

У зв'язку з дослідженням феномену односторонніх актів держави слід окремо вивчити питання, пов'язані з територіальними правами держав, у тому числі і питанням окупації *terra nullius*, розуміючи, що це не основна проблема в сучасному міжнародному праві, хоча і важлива.

Зайняття території шляхом її окупації має відповідати двом базовим критеріям:

- територія повинна бути нічийною⁷⁸⁵;

⁷⁸⁴ Suy Eric. Les actes juridiques unilateraux en droit international public / Eric Suy. – Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1962. – P. 185.

⁷⁸⁵ У своєму рішенні щодо островів Мінк'є та Ейкріхос у 1953 р. МС ООН встановив: обидві сторони спору стверджували, що на ці острови постійно поширювалася їхня юрисдикція та їхній титул на цю землю постійно підтримувався і жодного разу не був втрачений. Така позиція сторін дозволила Суду зробити висновок про те, що в даному спорі аж ніяк не йде мова про *terra nullius*. Сам же термін *terra nullius* було пояснено у Консультативному висновку щодо Західної Сахари, в якому було зазначено, що термін «окупація *terra nullius*» означає допустимий правовий метод поширення суверенітету на територію у спосіб інший, ніж цесія та сецесія. Першочерговою (Суд вжив термін «кардинальною») умовою для застосування такого способу є те, що територія є *terra nullius*.

– територія має бути окупована таким чином, щоб це було очевидно, тобто, через володіння цією територією та здійснення над нею адміністративної юрисдикції держави, яка здійснює окупацію. Ця друга умова включає в себе два складові елементи: *animus et corpus*. Саме таке розуміння було виведено ППМП у справі щодо правового статусу Східної Гренландії: намір і бажання діяти як суверен і прояви такого наміру та бажань⁷⁸⁶.

М. Губер у справі щодо острова Пальмас⁷⁸⁷ у зв'язку із цим запропонував термін, який не зовсім прижився в сучасному міжнародному праві, – «ефективне захоплення». Він, зокрема зазначив, що практика, як і доктрина, визнає, застосовуючи при цьому різні юридичні формули та конструкції, які мало чим відрізняються одна від одної стосовно умов, що тривале та мирне (стосовно інших держав) поширення територіального суверенітету є достатнім для визнання титулу на цю територію. Разом із тим, у цьому самому рішенні він зазначає, що безперервність має враховувати особливості територій: чи є вони заселеними, чи ні, наскільки поширення юрисдикції певної держави є беззаперечним, а також географічне становище території, наприклад, вихід до відкритого моря.

Таким чином, якщо дотримано двох базових критеріїв, навіть заперечення з боку інших держав не можуть стати підставою для визнання такої окупації неправомірною. Титул на територію не залежить у даному випадку від визнання або невизнання іншими державами (навіть якщо інші держави також претендують на цю територію). Однак якщо після заяви про окупацію не вжито активних дій, які б свідчили про володіння територією, тоді мова йде про так звану фіктивну окупацію. Таким чином, титул першовідкривача не є достатнім. Це лише початкове, а не остаточне право. У тому ж рішенні щодо острова Пальмас⁷⁸⁸ було зазначено, що початкове право відкриття має бути доповнено ефективною

⁷⁸⁶ Legal Status of Eastern Greenland, Judgment of 5 April 1933 // P.C.I.J. – Series A/B. – №53 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf

⁷⁸⁷ II Reports of international Arbitral Awards, P. 839 – 840 (Цит. за: Elias T.O. The International Court of Justice and Some Contemporary Problems / T.O. Elias. – Mertinas Nijhoff Publishers, 1983. – 374 p.).

⁷⁸⁸ II Reports of International Arbitral Awards. – P. 869. (Цит. за: Elias T.O. The International Court of Justice and Some Contemporary Problems / T.O. Elias. – Mertinas Nijhoff Publishers, 1983. – 374 p.).

окупацією упродовж певного періоду часу. Окремо в рішенні було зазначено про те, що суміжність територій не може бути підставою для отримання територіальних переваг. У цьому ж рішенні є посилання на міжнародну конференцію, яка була скликана в 1884 році під головуванням канцлера Бісмарка в Берліні для обговорення поділу Африки між європейськими державами. Підсумковий документ (генеральний акт) визнав законність колоніальних захоплень, а також проголосив принцип ефективної окупації, суть якого зводилася до того, що будь-яка держава зобов'язана ефективно добувати сировину на підконтрольних їй територіях. Підписання цього підсумкового документа мало стати правовою передумовою для зайняття європейськими державами територій в Африці та критерієм для виникнення права на зайняття території. Однак цей підхід не перетворився на норму загального міжнародного права, передусім через географічний критерій⁷⁸⁹, про що, власне, і зазначив М. Губер у вказаному рішенні. Однак вважати, що конференція пройшла повз міжнародне право, було б надзвичайно самовпевнено і не відповідало істині. Дещо пізніше розглянемо цей вплив на перспективний розвиток правового статусу Арктики.

Не дивлячись на те, що період колонізації, і навіть деколонізації, вже став історією, проте міжнародна спільнота так і не встановила чіткий юридичний зміст поняття *terra nullius*. Так, МС ООН у Консультативному рішенні щодо Західної Сахари⁷⁹⁰, яке *ex post facto*, зазначив, що практика держав у сучасний період свідчить, що території, населені племенами або народами, які мають соціальну та політичну організацію, не можуть бути визнані *terra nullius*. Це свідчить про те, що не можна зайняти територію на основі виразу односторонньої волі, а лише на основі договору з представниками місцевого населення.

Такий підхід не зовсім адекватно відображав реалії європейської колонізації, особливо XIX століття, адже навіть держави на кшталт Алжиру та Мадагаскару, які вже багато віків були колонізовані, *de facto* оголошені *terra nullius* і відкриті для завоювання та анексії.

⁷⁸⁹ Shaw M. N. Title to Territory in Africa: International Legal Issues / M. N. Shaw. – Oxford University Press, 1986. – P. 74.

⁷⁹⁰ Shaw M. N. Title to Territory in Africa: International Legal Issues / M. N. Shaw. – Oxford University Press, 1986. – P. 76.

Наступна проблема, яка може виникнути у цьому контексті, – це строк окупації, адже існує думка про те, що навіть уявна окупація може стати підставою для отримання титулу на територію. Однак найчастіше виникають ситуації, коли предметом спору між державами стає здійснення ефективного суверенітету над однією й тією самою територією. У зв'язку із цим арбітр М. Губер запропонував певні критерії: якщо спір пов'язаний із тим фактом, що інша сторона вже поширила суверенітет, буде недостатньо встановити титул, необхідно також довести, що територіальний суверенітет існував і продовжує існувати на момент прийняття рішення. Саме це повинно стати ключовим моментом при прийнятті рішення про приналежність території. Особливу увагу слід приділити діяльності держави, яка може проявлятися тільки за умови реалізації нею територіального суверенітету⁷⁹¹. Пізніше зміст такої діяльності було уточнено в рішеннях ППМП щодо Східної Гренландії та МС ООН щодо островів Менк'є та ЕйкріхоС. Однак, на жаль, це предмет іншого дослідження.

І. МакГіббон стверджує, що у таких випадках слід застосувати доктрину поглинання, яка дозволить визначити реальний правовий статус території на момент виникнення спору. Більше того, він стверджує, що відсутність заперечення з боку інших держав на момент зайняття території може свідчити на користь того, що окуповану територію можна вважати *terra nullius*⁷⁹².

Однак сьогодні, на Землі майже відсутні незаселені території, або території з невизначеним правовим статусом – за винятком Арктики. Ця територія надзвичайно цікавить людство, адже не має ніяких сумнівів у тому, що в найближчій історичній перспективі саме Арктика стане одним із вузлових транспортних та промислових районів нашої планети. Тільки у межах материкової частини Арктики є унікальні запаси і прогностичні ресурси мідно-нікелевих руд, олова, платиноїдів, агрохімічних руд, рідких металів та рідкоземельних елементів, величезні запаси золота, алмазів,

⁷⁹¹ II Reports of International Arbitral Awards, P. 839 – 840. (Цит. за: Elias T.O. The International Court of Justice and some contemporary problems / T.O. Elias. – Mertinas Nijhoff Publishers, 1983. – 374 p.).

⁷⁹² MacGibbon I.C. The Scope of Acquiescence in International Law / I.C. MacGibbon // The British Year Book of International Law. 1954. – P. 167 – 168.

вольфраму, чорних металів тощо⁷⁹³. Світова боротьба за багатства Арктики вже розпочалася. Тому цілком логічним є питання, поставлене професором Л.Д. Тимченком – *Quo vardis, Arcticum?*⁷⁹⁴ І не останнє місце у відповіді на це запитання буде відведено саме тому, як розцінюватимуться односторонні акти приарктичних держав.

Розглядаючи питання зайняття нових територій у контексті вчинення державами односторонніх актів, не можна оминати увагою питання історичних титулів та набувальної давності.

Держава може набути нові права навіть без правомірного титулу, тобто всупереч нормам загального міжнародного права або суб'єктивним правам інших держав. Це можливо, наприклад, при поширенні юрисдикції держави на територію або частину території, на яку поширювати свою юрисдикцію заборонено міжнародним правом. Зокрема, мова йде про міжнародне море. При цьому таке поширення не повинно порушити принцип незастосування сили або погрози силою, а також такі дії держави не повинні викликати заперечення інших держав. У таких випадках норма *ex facit jus oritur prevail* перебиває протилежну норму *ex injuria jus non oritur*. Таким чином, історичний титул виникає у зв'язку з наявністю права, яке впливає з набувальної давності. Остання, у свою чергу, буває двох видів: 1) набувальна давність, яка стосується набуття права володіння; 2) присікальна (прикляузивна) давність, яка стосується втрати права або відмови від права.

У доктрині міжнародного права існують протилежні точки зору стосовно інституту набувальної давності. Пол Ройтер (Paul Reuter) переконаний у тому, що поняття набувальна давність (у тому числі і присікальна), з точки зору юридичної техніки, у міжнародно-правових відносинах неможлива. Хоча він робить доволі суперечливий висновок, що, не дивлячись на наявну практику, інститут все ж таки не є міжнародно-публічноправовим, а має приватноправовий характер, і його застосування не має міжнародно-правових наслідків, які виникають відразу⁷⁹⁵. Дійсно, набу-

⁷⁹³ Полезные ископаемые Арктики [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.arktika-antarktida.ru/arktikapolisk.shtml>

⁷⁹⁴ Timchenko Leonid. *Quo vardis, Arcticum?* The International Law Regime of the Arctic and Trends in its Development / Leonid Timchenko. – Kharkiv, 1996. – 361 p.

⁷⁹⁵ Reuter Paul. *Droit International Public* / Paul Reuter // 7e edition Presses universitaires de France, 1993. – P. 207 – 209.

вальна давність сягає корінням у приватне право, що не завадило їй зайняти, як і багато інших приватноправових інструментів, важливе місце у мирному врегулюванні міжнародно-правових спорів. Найскладнішою проблемою у цьому контексті є відсутність норми, яка б чітко визначала час, достатній для встановлення титулу. Із цього приводу класики міжнародного права Оппенгейм та Лаутерпахт зазначали, що набувальна давність у міжнародному праві може бути визначена як поширення суверенітету, безперервного упродовж такого періоду, який є необхідним для виникнення загального переконання, що такий стан речей відповідає міжнародному правопорядку. При цьому окремо автори виділяють той факт, що давність у міжнародному праві має таку ж основу, як і давність у національному праві, та виконують вони аналогічні функції – підтримання стабільності й правопорядку⁷⁹⁶.

Остання ідея відображає латинську максиму *quieta non movere*. Використане формулювання «загальне переконання», замість встановлення фіксованого проміжку часу, дозволяє також врахувати позицію інших держав з цього приводу. Отже, існують наступні базові умови для набуття титулу на територію: мирне зайняття території і тривале поширення на неї свого суверенітету, а також відсутність заперечень з боку інших держав. Титул не може виникнути за наявності активного заперечення з боку інших держав.

У ряді справ, що були розглянуті різними судовими інстанціями, держави на підтримку своєю позиції, яка в ряді випадків суперечила нормам загального міжнародного права та чинних для держави міжнародних договорів, наводили як основний аргумент саме історичний титул.

Взагалі докази у таких справах доволі складна річ, адже потрібно довести, що з боку інших держав не було заперечень, цією територією не володіли інші держави упродовж тривалого часу⁷⁹⁷. Розглянемо базове рішення МС ООН з цього питання – справу про риболовлю (Велика Британія проти Норвегії). Велика Британія стверджувала, що прямі висхідні лінії, проведені Норвегією вздовж північного узбережжя, суперечили нормам чинного на

⁷⁹⁶ International Law. Collected Papers of Hersch Lauterpacht. – Volume 5. – Cambridge, 2004. – P. 576.

⁷⁹⁷ У 1954 р. І. МакГіббон написав одну з основоположних робіт з цього питання – «Мовчазна згода у міжнародному праві» (Див.: MacGibbon I.C. The Scope of Acquiescence in International Law / I.C. MacGibbon. – The British Year Book of International Law. – 1954. – P. 143 – 186.

той час міжнародного права. Суд же дійшов висновку, що метод, використаний Норвегією для делімітації риболовних зон та встановлення базових ліній, не суперечив чинному міжнародному праву, посилаючись при цьому на окремі норми загального характеру, які стосуються проведення висхідних ліній. Такий підхід поступово перетворився на норму міжнародного права і майже без змін увійшов до Женевської конвенції щодо територіального моря та прилеглої території (стаття 4). Дещо пізніше такі норми було перенесено до статті 7 Конвенції ООН про морське право. І зараз вони визнаються як норми загального міжнародного права. Однак, повертаючись до самого рішення, МС ООН аргументував свою позицію саме через історичний титул: під історичними водами в більшості випадків розуміють води, які у визначеному сторонами порядку визнаються як внутрішні, однак вони не мають такого характеру, якщо тільки упродовж тривалого часу не належали одній і тій самій державі. Велика Британія посилалася на історичний титул як стосовно територіальних, так і внутрішніх вод, вважаючи, що таке право, в обох випадках, суперечить нормам міжнародного права. Із цього приводу Норвегія заперечувала позицію іншої сторони тим, що, на її думку, такі води є територіальними та внутрішніми, оскільки вона здійснювала над ними свою юрисдикцію без заперечень з боку інших держав, тобто *possessio longi temporis*, хоча і визнавала, що такий підхід дещо не відповідав нормам чинного міжнародного права. Відтак МС ООН робить доволі цікавий та неочікуваний висновок, згідно з яким, не дивлячись на порушення Норвегією норм міжнародного права, порушення її історичного титулу є ще більшим порушенням.

Норвегія цілком логічно стверджувала, що упродовж тривалого часу, починаючи з її Декретів щодо делімітації 1869 та 1889 років, положення внутрішнього законодавства та його застосування не викликали жодних заперечень іноземних держав. І толерантність інших держав, у тому числі Великої Британії, стосовно практики Норвегії є беззаперечним фактом⁷⁹⁸.

Вивчаючи односторонні акти, вчені намагаються обійти увагою визнання, хоча в цілому цей інститут викликає жвавий інтерес, адже складовою визнання є визнання факта утворення

⁷⁹⁸ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

нової держави, а це вже політичне питання. Звернімо увагу на Консультативний висновок МС ООН щодо Косово. Основне питання, яке розглядалося, – це відповідність одностороннього проголошення незалежності міжнародному праву. І Суд постійно повертається до питання про коректність формулювання категорії «відповідність міжнародному праву», наголошуючи, що визнання в даному випадку інститут політичний, а не правовий⁷⁹⁹.

Однак слід мати на увазі, що навіть наявність значної політичної складової не позбавляє визнання правових наслідків. Відповідно, можна говорити про те, що визнання є чимось набагато більшим, ніж винятково політичним актом, адже навіть держави, які не визнають одна одну, не можуть ігнорувати хоча б територіальний суверенітет невизнаної держави. Мова йде і про польоти літаків, і про прохід суден, і, врешті-решт, таку територію не можна визнати незаселеною.

Концепція та поняття визнання від самого початку набули широкого вжитку в дипломатії, а також у філософських працях Платона, Гегеля. Використання терміну «визнання» припускало появу політичного об'єднання, що може призвести до виникнення цивільних правовідносин. Деякі з теоретиків у сфері юриспруденції пристосували поняття «боротьби за визнання» на користь поваги прав людини в сучасних міжнародних відносинах.

Визнання, на думку Лорімера, є основою всього міжнародного права. Повне розуміння терміну та самого поняття «визнання» у сфері міжнародного права можна зрозуміти глибше, вивчивши його етимологію та застосування. Так, термін «визнання» походить від французького *reconnaitre* – визнавати, латинського *cognition, cognoscere, cognitium* – вчитися, грецької *gnoscere* – осягати. Вся різноманітність значень належить до галузі пізнання, усвідомлення, перенавчання, пізнання всього з початку, сприйняття. Визнання підтверджує наявність правового статусу та прав, обов'язків для виконання зобов'язань, а також достовірність та законність існування чогось. З точки зору дипломатії визнання надається, утримується або відкликається

⁷⁹⁹ International Court Of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence by The Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo (Request for Advisory Opinion) Order of 17 October 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/14799.pdf>

як прояв політичних уподобань або як рутинна формальність⁸⁰⁰. Такий політичний акт тісно пов'язаний зі змінами політичного вектору держав, тому не дивно, що значна кількість спроб Комісії міжнародного права ООН кодифікувати норми інституту визнання так і не стала успішною. Проте акт визнання є суверенною прерогативою кожної окремої держави, який вона може здійснити, а може відмовити в такому.

Практика міжнародних відносин є свідченням того, що при прийнятті рішень стосовно надання визнання певному утворенню держави керуються власними політичними переконаннями, а юридичні фактори можуть стати на другорядне місце. Загалом акт визнання є застосуванням таких юридичних факторів, які вже наявні при виникненні конкретної ситуації. Іноді держави умисно можуть не визнавати утворення саме для уникнення юридичних наслідків, які тягне за собою визнання нового суб'єкта міжнародного права. Так, Сполучені Штати Америки тривалий час відмовлялися визнавати Китайську Народну Республіку та Північну Корею. Причинами такого невизнання слугувало небажання настання юридичних наслідків, а не прийняття США очевидного факту того, що влада зазначених держав здійснює ефективний контроль над відповідними територіями⁸⁰¹.

На сьогодні визнання в міжнародних відносинах може отожнюватися із заявою суб'єкта міжнародного права стосовно статусу в міжнародному праві іншого реального утворення, уявного утворення, судження щодо юридичної сили певної фактичної ситуації. Як тільки визнання було надане, новостворена ситуація буде розцінена як така, що тягне за собою відповідні юридичні наслідки. Таким чином, визнання буде означати прийняття участі в міжнародних відносинах, а також встановлення двосторонніх зв'язків та зв'язків на національному рівні.

Заперечення – це зворотній бік визнання. Основною його функцією є недопущення поширення дії односторонніх актів на третіх суб'єктів. Як наслідок, заперечення може позбавити односторонній акт юридичної сили. Заперечення також має негативні наслідки для формування історичного титулу. Зокрема,

⁸⁰⁰ Corcoran Paul. Political Recognition and Esthetic Judgment / Paul Corcoran. – Theoria, 2008. – Volume: 55. – Issue: 115. – P. 64 – 90.

⁸⁰¹ Shaw M. International Law / M. Shaw. – Cambridge, 2009. – P. 368.

це стосується набувальної давності, тобто заперечення (протест) стає таким, що перериває власне часову пряму. Аналогічні наслідки заперечення має і для анулювання права заперечувати проти неправомірного акту (погашувальна давність). Якщо мова йде про неправомірний акт, що має продовжуваний характер, доцільним залишається постійний протест, адже і в цьому випадку, і в деяких інших простого протесту недостатньо, щоб відстояти свої права.

Однак, як було вже неодноразово вказано, слід враховувати, що міжнародне право не містить жодної норми щодо того, скільки часу має пройти для того, щоб можна вести мову про встановлення набувальної давності. Ще раз хотілося б наголосити, що давність у міжнародному праві відіграє таку ж роль, як і в національному, є основою для стабільності та правопорядку (*non quita movere*). Після закінчення строку давності, який визначається в кожному конкретному випадку залежно від конкретних обставин, неправомірний факт або ситуація стає правомірною.

Заперечення набуває небувалого значення у звичаєвому процесі. Протест або інша форма незгоди, яка може бути прирівняна до заперечення, проти практики, що проходить етап становлення, висловлена до того ж значною кількістю держав, може призвести до неможливості формування звичаю як частини загального звичаєвого права. Якщо ж мова йде лише про одну державу, яка постійно виступає проти, то на таку державу нова звичаєва норма не буде поширюватися, навіть якщо вона має універсальний характер, за винятком норм, які не допускають заперечення – *jus cogens*. Разом із тим, заперечення декількох держав проти вже існуючої та давно визнаної норми, як правило, не має ніякого юридичного значення.

Хоча держави можуть заявити протест щодо нових прав, як це і зробив представник Державного департаменту США Том

Кейсі, коментуючи дії РФ⁸⁰² у зв'язку з проведенням експедиції «Арктика-2007»: «Той факт, що російські вчені розмітили російський прапор під водою на Північному полюсі, не має ніякого юридичного сенсу. Я не впевнений, що саме вони там розмістили, – металевий прапор, резиновий прапор або простирadlo на дні океану. Це не має ніякого легального значення і не може слугувати обґрунтуванням претензій Росії на територію морського шельфу»⁸⁰³. Цей приклад додатково свідчить про невизначеність категорії односторонній акт, у тому числі і його (акта) правових наслідків. Існує ще ряд цікавих прикладів нечіткості односторонніх актів. Візьмемо, як приклад, США. Так, 7 липня 2011 р. Палата представників Конгресу США прийняла законопроект на підтримання зусиль, спрямованих на демократичні зміни і посилення захисту прав людини в Білорусі⁸⁰⁴. Поки що це не закон, і начебто правових наслідків не повинно бути, однак реакція держави вже є і стає зрозумілим, що якщо реальних наслідків поки немає, то вони не забаряться з'явитися.

Ще одним надзвичайно цікавим прикладом є заява представника Палестинської автономії в ООН щодо проголошення незалежності Палестини у вересні 2011 р. Під час заяви представник, прокоментувавши ситуацію, яка склалася між Палестиною та Ізраїлем, серед іншого, зазначив, що проголошення незалежності не є одностороннім актом Палестини, хоча і дозволу вони

⁸⁰² Такі дії не можна вважати першим кроком до заяви про право на поширення юрисдикції. Екстра інтерес викликає заява міністра закордонних справ РФ: «Мета цієї експедиції не «застовпити» право Росії, а довести, що наш шельф простягається до Північного Полюсу». Див. детальніше: МИД России об «Арктике-2007»: Цель этой экспедиции не «застолбить» права России [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.regnum.ru/news/865834.html#ixzz1RuBbc1A8>

Не менш цікавою ситуацією, з точки зору можливості оцінки заяви президента як одностороннього акту держави, є заява румунського президента, яка виправдовує напад фашистів на СРСР у 1941 р. Вона є особистою думкою глави держави. Саме про це заявив в інтерв'ю румунському виданню «Gandul» міністр закордонних справ Румунії Теодор Баконскі, а офіційне ставлення, затверджене урядом та державою щодо цього, повинно бути виражене офіційними каналами. Див. детальніше: МИД Румынии: Бэеску имеет право на «личное мнение», оправдывающее нападение фашистов на СССР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.regnum.ru/news/polit/1424678.html#ixzz1RuJ0TeKu>

⁸⁰³ Сергеев В. Очень холодная война [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.atc.az/forum/archive/index.php/t-7235.html>

⁸⁰⁴ Конгресс США одобрил законопроект по Белоруссии [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://glavred.info/archive/2011/07/07/135602-4.html>

ні в кого не питатимуть, а одностороннім незаконним актом є єврейські поселення в Секторі Газа⁸⁰⁵.

Основною функцією заперечення є захист держави, яка заявляє такий протест. Висловити протест можуть компетентні органи держави у письмовій або усній формі. Незгода держав може міститися не тільки у прямих заявах, але й у формі, наприклад, ініціювання спору у відповідних органах ООН, у тому числі в МС ООН, у формі відкликання дипломатичного представника, навіть розірвання дипломатичних відносин тощо.

У контексті протесту слід ще раз згадати рішення у справі щодо притулку, в якому МС ООН встановив, що регіональний звичай міжнародного права не поширюється на Перу, адже остання не підписала відповідні регіональні конвенції⁸⁰⁶. А в англо-норвезькому спорі щодо риболовлі, який Суд розглядав буквально через рік, він дотримується аналогічної позиції, що в будь-якому випадку десятимильна норма не може бути застосована стосовно Норвегії з огляду на те, що остання постійно виступала проти будь-якої спроби поширити на неї таку норму⁸⁰⁷.

Однією з істотних переваг, які має заперечення, є те, що саме воно дозволяє, якщо не припинити неправомірні акти інших держав, то хоча б не призвести до ситуації, коли такі акти стають правомірними шляхом мовчазної згоди або відсутності заперечень з боку інших суб'єктів. Саме остання проблема є, мабуть, одним із найскладніших та найделікатніших питань міжнародного права, яке, до того ж, має неабияке практичне значення.

Перш за все, слід було б прояснити загальні правові наслідки мовчання у міжнародному праві. Згідно з волюнтаристською теорією права⁸⁰⁸ зобов'язальна сила норми та будь-якого обов'яз-

⁸⁰⁵ Палестинці об'являють незалежність в будь-якому випадку [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.mignews.com/news/politic/world/240611_95200_53782.html

⁸⁰⁶ Request for Interpretation of the Judgment in the Asylum Case (Colombia / Peru) Judgment of November 27th, 1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/13/1933.pdf>

⁸⁰⁷ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>

⁸⁰⁸ The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law / Cambridge University Press, 2010. – P. 24.

ку, який з неї випливає, залежить виключно від волі держави, однак відкритим залишається питання, як така воля висловлена і чи висловлена вона взагалі.

Латинська максима *qui tacit consentire videntur, ubi tractor de ejus commodo* не може бути автоматично застосована до міжнародно-правових відносин, як до будь-яких інших сучасних правових відносин. Практика міжнародного права свідчить, що мовчання може бути згодою, запереченням, а інколи мовчання не тягне за собою правових наслідків тільки тому, що це мовчання. Анцилотті у своєму курсі міжнародного права стосовно останньої ситуації взагалі наголошував на тому, що мовчання не тягне за собою правових наслідків через те, що це лише відмова від висловлення власної волі⁸⁰⁹, хоча мовчання може вплинути на розвиток міжнародної звичаєвої норми. Однак у всіх інших випадках мовчазна згода є лише фіктивною або навіть такою, що не існує⁸¹⁰. Відповідно, цілком логічним є запитання: якщо наслідки мовчазного визнання не певні або навіть відсутні, то чи не забагато уваги міжнародне право приділяє цьому питанню. Разом із тим, слід наголосити, що мова йде про використання квазіправових інструментів для вирішення питання захисту правових інтересів держави, тобто дивимосся на ситуацію з того боку, що мовчання в будь-якому випадку йде не на користь державі. У свою чергу, практика ряду міжнародних організацій (Міжнародна організація охорони здоров'я, Всесвітня метеорологічна організація, Міжнародна організація цивільної авіації) виходить із того, що мовчання держав-членів означає їхню згоду, оскільки це передбачено їхніми статутними документами. Однак, якщо вже бути до кінця казуїстичними, то свою позицію щодо визнання мовчання як згоди держави вже висловили цілком очевидно – ставши учасниками цих міжнародних організацій, тобто підписавши їх статути як міжнародні договори.

У цьому контексті варто згадати статтю 65 Віденської конвенції 1969 р.⁸¹¹. Учасник, який, відповідно до положень цієї Конвенції, посилається на ваду у своїй згоді на обов'язковість для нього дого-

⁸⁰⁹ Anzilotti D. Cours de Droit International / D. Anzilotti. – Paris: Recueil Sirey, 1929. – P. 344.

⁸¹⁰ Miaja de la Muela, Adolfo. Los actos Unilaterales en las relaciones internacionales Revista Espanola de derecho internacional / Adolfo Maija de la Muela. – 1967. – P. 440.

⁸¹¹ Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

вору або на підставу для оспорування дійсності договору для припинення договору, виходу з нього або зупинення його дії, повинен повідомити про свою вимогу інших учасників. У повідомленні має бути зазначено заходи, яких передбачається вжити щодо договору, а також надано їх обґрунтування.

Якщо по закінченні певного періоду, який, за винятком випадків особливої терміновості, повинен становити не менше трьох місяців із часу одержання повідомлення, жоден учасник не висловить заперечення, то учасник, який надіслав таке повідомлення, має право у порядку, встановленому статтею 67, вжити передбачені ним заходи.

Наведені положення свідчать про важливість формальної нотифікації у письмовій формі. Будь-який адресат такої нотифікації може заявити заперечення, водночас його мовчання слід розцінювати однозначно як згоду. І все ж це положення більш теоретичне, ніж практичне, і стосується переважно двосторонніх договорів. Для багатосторонніх договорів таку функцію виконує застереження, яке до двосторонніх договорів застосовувати не прийнято.

Цікавим у цьому контексті є стаття 252 Конвенції ООН про морське право⁸¹² «Згода, яка мається на увазі»: держава або компетентна міжнародна організація можуть здійснювати морський науково-дослідний проект після шести місяців з часу надання прибережній державі інформації, яка вимагається, якщо упродовж чотирьох місяців з дня отримання повідомлення з такою інформацією прибережна держава не доводить до відома держави або організації, що проводить дослідження, про відмову з огляду на причини, визначені у цій самій статті. Чітко прослідковується, що мовчання в даному випадку рівнозначне згоді. При цьому таке мовчання навряд чи вдасться оскаржити на підставі невідповідності внутрішньої волі та волевиявлення суб'єкта.

Однак доволі чіткі договірні положення все ж, на наше переконання, не можуть виробити загального підходу до розуміння того, що саме відсутність заперечення має тлумачитися всупереч реальній волі суб'єкта.

У зв'язку із цим І. МакГіббон зазначав, що мовчазна згода діє у сфері, до якої максимум *ex injuria non oritur* застосувати майже

⁸¹² Конвенція ООН по морському праву [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/lawsea.shtml

неможливо⁸¹³. Мова може йти навіть про докази у справі або про визначення лінії поведінки тощо. Презумпція того, що мовчання є згодою, стає все сильнішою з плином часу, упродовж якого зберігається мовчання. Саме час є основним елементом, який визначає право давності та історичні права.

У даному випадку є зв'язок між односторонніми актами та міжнародними звичаями, причому це стосується звичаїв як загального міжнародного права, так і партикулярного, а зв'язує їх елемент часу. У цьому ж дослідженні І. МакГіббон вказує, що, не дивлячись на істотність елементу часу в обох випадках, при визначенні наявності мовчазної згоди фактор часу може бути визнано вирішальним, а при формуванні міжнародного звичаю час є вже не може вважатися вирішальним фактором.

Таким чином, у більшості випадків мовчання держави завдає шкоди її інтересам не відразу, а лише з плином часу і лише з урахуванням усіх обставин. Завдяки мовчазній згоді світового співтовариства у держави може виникнути історичний титул. Мовчазна згода значної кількості держав може призвести до виникнення нового міжнародно-правового звичаю.

Разом із тим, мовчазне визнання односторонніх актів інших суб'єктів, навіть якщо в окремих випадках вони не створюють нових прав на їх користь, має значення для держави, яка їх визнає. Однак на цю позицію практика міжнародного права містить доволі авторитетну думку судді М. Губера у справі щодо острова Пальмас⁸¹⁴, на яку ми вже неодноразово посилалися. Так, у 1899 р. США повідомили Нідерланди про Паризький договір, за яким Іспанія поступилася островом Пальмас Філіппінам. Нідерланди не відреагували на таку нотифікацію США. Однак цей факт не вплинув на думку судді, який зазначив, що конвенційна делімітація в належний час була повідомлена третім сторонам і залишена ними без заперечення. Тому вона може вплинути на не до кінця завершений титул, що може бути підтверджено неефективним поширенням юрисдикції. Крім того, це буде повністю суперечити принципам, які лежать в основі територіального

⁸¹³ MacGibbon I.C. The Scope of Acquiescence in International Law / I.C. MacGibbon // The British Year Book of International Law. – 1954. – P. 143 – 144.

⁸¹⁴ Khan Daniel-Erasmus. Max Huber as Arbitrator: The Palmas (Miangas) Case and Other Arbitrations / Daniel-Erasmus Khan. – European Journal of International Law. – 2007. – 18(1). – P. 145 – 170.

суверенітету, особливо якщо припустити, що такий суверенітет може бути поширено винятково через мовчання територіального суверена, оскільки положення договору були лише доведені до нього. Знову ж таки, ситуація навколо острова Пальмас є доволі специфічною і розглядати її слід скоріше не з точки зору мовчазного визнання чи невизнання, а з позиції становлення принципів суверенної рівності та невтручання у справи суверенної держави. Фактично мова йде про неможливість визнання держави як об'єкта регулювання, а виключно як суб'єкта.

Проте вже в дещо іншій ситуації, у справі щодо англо-норвезького спору з приводу риболовлі, МС ООН вирішив, що саме мовчання Великої Британії стало тією умовою, яка дозволила Норвегії встановити систему умовних висхідних ліній, які абсолютно не відповідали інтересам Великої Британії. Ця справа ще раз підтверджує, що висловлена думка надзвичайно важлива в будь-якому випадку, однак великого значення вона набуває під час становлення міжнародно-правового звичаю.

Доктрина мовчазної згоди має певні обмеження. Перш за все, сторона, якій приписують мовчазну згоду, має бути обізнана з фактами, які є предметом згоди. Разом із тим, формальна нотифікація не є обов'язковою, якщо тільки вона прямо не передбачена. Поза сумнівом лише те, що мовчання з приводу нотифікації може бути розцінено як мовчазна згода.

Окремою проблемою є загальновідомі факти, які, проте, не були нотифіковані. Так, ряд вчених підтримує думку про те, що будь-яке опубліковане законодавство може вважатися таким, що є загальновідомим.

Відповідно, мовчазне визнання є питанням складним, і вже майже двісті років доктрина та практика міжнародного права вирішують це питання абсолютно по-різному. Ключовою проблемою все ще залишаються обставини, за яких приймається рішення про можливість настання правових наслідків мовчазної згоди.

Як вже було зазначено, у спробі полеміки з Яном Броунлі, односторонній акт може існувати як, власне, односторонній, так і як наслідок договірних або звичаєвих норм. Особливим випадком останнього є факультативне застереження до частини 2 статті 36 Статуту МС ООН.

Згода на обов'язкову юрисдикцію МС ООН є різновидом одностороннього зобов'язання, по суті, односторонньої обіцянки, яка має, порівняно з іншими обіцянками, певні особливості:

1) відсутність безумовності (її юридична сила безпосередньо пов'язана із зустрічною обіцянкою інших держав – сторін Статуту, вона є предметом взаємності⁸¹⁵); 2) подання заяви до Суду є останньою й найважливішою умовою для того, щоб така обіцянка мала правові наслідки.

Система факультативного застереження щодо обов'язкової юрисдикції⁸¹⁶, яка передбачена ч. 2 ст. 36 Статуту, є результатом політичного компромісу між двома протилежними поглядами і, власне, між двома протилежними цілями. Спір почався ще під час функціонування ППМП у 1920 р. Комісія юристів від самого

⁸¹⁵ І знову ж таки, про консенсус, який є невідривним від елементу взаємності. Він як туман – то виникає, то зникає в односторонніх актах, заводячи подорожнього не туди, куди він прямував.

⁸¹⁶ Надзвичайно цікавим у цьому контексті є питання, що є юрисдикцією МС ООН, особливо з урахуванням термінологічної плутанини у зв'язку зі вживанням одночасно кількох термінів, які в ряді випадків позначають одне й те саме (мова йде про терміни «юрисдикція» та «компетенція»), або ж навпаки – одним і тим самим терміном позначаються абсолютно різні речі. На цьому зупинимося дуже коротко для підкреслення особливостей міжнародно-правового сприйняття юридичної реальності.

У доктрині міжнародного права існує безліч різних підходів до трактування понять «юрисдикція» і «компетенція» та їх взаємозв'язку. Основними причинами існування такого різноманіття є, по-перше, відсутність послідовного й уніфікованого вживання даних понять у цілому ряді міжнародно-правових документів, по-друге, вживання різних за змістом термінів в офіційних перекладах таких документів різними мовами. Більше того, іноді однакові терміни в державах із різними правовими системами та традиціями розуміються по-різному.

Якщо проаналізувати текст Статуту ООН і Статуту Міжнародного Суду, побачимо, що в англійському варіанті один раз використано слово «competence» (назва глави II Статуту), а в інших випадках вживається термін «jurisdiction». У російській версії глава II називається «Компетенция», але в інших випадках слову «jurisdiction» відповідають різні терміни. Так, у частині 1 статті 36 читаємо: «К ведению Суда относятся.. дела», в пункті 6 тієї ж статті: «вопрос о подсудности дела Суда», у статті 53: «Суд обязан... удостовериться... в подсудности ему дела». І нарешті, у пункті 2 статті 36 вжито термін «юрисдикция»: «Государства... могут в любое время заявить, что они признают... юрисдикцию Суда обязательной...». (Величковский А. Проблемные аспекты понятия «юрисдикция» Международного Суда ООН [Электронный ресурс] / А. Величковский // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 2000 – № 4. – Режим доступа: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=378&Itemid=51). Очевидно, укладачі російського тексту вважали неможливим або скоріше недоцільним (це лише припущення) використовувати у всіх випадках один і той самий термін, хоча правила перекладу цього не допускають.

Таким чином, вживання термінів у російській версії тексту Статуту також далеке від досконалості. У першу чергу, заслуговують на критику формулювання пунктів 1 та 6 статті 6 та статті 53, оскільки вони не дають точних визначень юрисдикції та компетенції, а лише заганяють їх зміст. Слово «ведение» не має жодного юридичного навантаження, а дворазове вживання терміну «підсудність» замість англійського «jurisdiction», на нашу думку, взагалі недоречне.

початку пропонувала взагалі обов'язкову юрисдикцію для всіх держав – учасниць Статуту. Це дозволило б виносити на розгляд МС ООН будь-які спори між сторонами і тоді ППМП перетворилася б, власне, на судову інстанцію, яка за своїми характеристиками була більше подібна до національних судів, аніж до того, що ми маємо зараз із МС ООН⁸¹⁷. Однак така пропозиція не була підтримана постійними членами Ради Ліги Націй, які були більше схильні до створення судового органу, подібного за своїми характеристиками до арбітражу, ніж до національного суду. Тобто, юрисдикція такого суду мала б поширюватися тільки на випадки, коли існує згода сторін щодо вирішення спору даним судом.

Частина 2 ст. 36 Статуту дещо змінила такий підхід, однак не повністю, адже обов'язкова юрисдикція є факультативною і виходить лише з наявності між сторонами спору згоди на таку юрисдикцію.

Юрисдикція Суду щодо вирішення певного спору може бути застосована у випадку підписання компромісу *ad hoc* щодо конкретного спору⁸¹⁸. Інше може бути погоджено сторонами у дво- або

Однак у світі не існує якоїсь єдиної судової системи, в якій Міжнародний Суд мав би певну сферу підсудності. У зазначеному випадку доречніше було б говорити про підвідомчість спору, адже Суд є частиною системи ООН, у якій суперечки політичного характеру входять до компетенції Ради Безпеки, а на спори з правовим елементом поширюється юрисдикція Міжнародного Суду. КритиКУ викликає й англійський текст. Так, Ш. Розен вважає, що «різниця, яка проводиться іноді в національному праві між юрисдикцією і компетенцією як окремими категоріями, не впливає на діяльність Міжнародного Суду, а, отже, главу II Статуту слід було б назвати «Юрисдикція» (*jurisdiction*)» (Rosenne Sh. *The Law and Practice of the International Court of Justice*. / Sh. Rosenne. – Martinus Nijhoff Publishers, 1965. – P. 249 – 252.).

Відтак, відсутність чіткого визначення понять «юрисдикція» і «компетенція» в міжнародно-правових актах та рішеннях Міжнародного Суду, а також непослідовне вживання цих термінів в одних і тих самих документах підштовхнуло багатьох дослідників до розробки різноманітних теорій про зміст і співвідношення цих понять. Такі теорії, з одного боку значно збагативши міжнародно-правову науку, з іншого – остаточно заплутали міжнародне право.

⁸¹⁷ Така ситуація притаманна більшості міжнародних судів, адже чітко прослідковується необхідність врівноважити два моменти: 1) застосування обов'язкової юрисдикції Суду; 2) застосування для суверенних суб'єктів. Єдиним винятком є зараз Суд ЄС.

⁸¹⁸ У Додатку до Договору про відносини добросусідства і співробітництва між Україною та Румунією у формі листа міністра закордонних справ України до міністра закордонних справ Румунії (Договір про відносини добросусідства і співробітництва між Україною та Румунією 1997 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/642_003) зазначено рішення Уряду України і Уряду Румунії передати справу про делімітацію континентального шельфу та виключних економічних зон для вирішення Міжнародним Судом ООН на прохання будь-якої з Договірних Сторін, за умови набуття

багатосторонніх договорах, згідно з якими всі майбутні спори або майбутні спори з конкретних питань вирішуватимуться Судом, однак мова йде лише про учасників даного договору. У такому випадку для того, щоб розпочати процедуру, достатньо лише односторонньої заяви.

Разом із тим, ч. 2 ст. 36 Статуту має певні особливості у порівнянні з іншими підставами для застосування юрисдикції Суду. Звернімо увагу на сам текст статті, в якій, зокрема, визначено: Держави – учасниці цього Статуту можуть у будь-який час заявити, що вони визнають без особливої про те угоди, *ipso facto*, щодо будь-якої іншої держави, яка прийняла таке саме зобов'язання, юрисдикцію Суду обов'язковою з усіх правових спорів, що стосуються: а) тлумачення договору; б) будь-якого питання міжнародного права; с) наявності факту, який, якщо він буде встановлений, являтиме собою порушення міжнародного зобов'язання; д) характеру і розмірів відшкодування за порушення міжнародного зобов'язання.

Окремі уточнення щодо цього містять частини 3, 4 та 6 цієї ж статті, у яких визначено, що: вказані заяви можуть бути безумовними, або на умовах взаємності з боку тих чи інших держав, або ж на певний час. Такі заяви здаються на зберігання Генеральному Секретарю, який надсилає їх копії учасникам цього Статуту та Секретарю Суду. У разі спору про підсудність справи Суду питання вирішується ухвалою суду.

Перед тим, як безпосередньо почати аналіз системи застосування факультативного застереження, доцільно було б зупинитися на практиці Суду щодо окремих формальних моментів, пов'язаних із такою системою. Показовою у цьому контексті є справа щодо Храму Пріах-Віхеар⁸¹⁹, у якій, серед іншого, Суд зазначив, що «єдиною формальною вимогою є надання згоди, передане

чинності Договором про режим державного кордону між Україною та Румунією. При цьому Міжнародний Суд ООН зможе розглянути прохання стосовно делімітації континентального шельфу та виключних економічних зон до набуття чинності Договором щодо режиму державного кордону, якщо встановить, що затримка з набуттям ним чинності відбулася з вини іншої Договірної Сторони. Звісно, що це не класичний випадок клаузули згідно з ч. 2 ст. 36, однак цього було достатньо для ініціації розгляду. Відтак Договір став предметом окремого аналізу МС ООН у справі щодо континентального шельфу Чорного моря.

⁸¹⁹ The Case of Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 15 June 1962. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4871.pdf>

Генеральному Секретарю ООН згідно з ч. 4 ст. 36 Статуту. [...] В усіх інших випадках Статут передбачає, що держави-учасниці можуть у будь-який час визнати обов'язкову юрисдикцію Суду [...] Обов'язкової форми або мови, як це має бути зроблено, не визначено та залишено це питання на розсуд сторін. Навіть не передбачено те, що заява може бути визнана недійсною у зв'язку з її формою. Звісно, відповідно до звичаїв або традицій, нормальним слід вважати використання визначеної термінології та вимог, виконаних державами, які визнали обов'язкову юрисдикцію Суду.

Згідно з частинами 2 та 3 ст. 36 не передбачено обов'язковість вказівки на такі питання, як строк, форма та мова застережень. Єдине істотне питання – наскільки мова, яка використана стороною, відображає її реальний намір.

Ця позиція Суду стосовно чіткості намірів абсолютно не змінилася, а лише була підтверджена у найвідомішому рішенні стосовно односторонніх актів – справі щодо ядерних випробувань. Разом із тим, на відміну від усіх інших односторонніх зобов'язань, які можуть бути висловлені, у тому числі й усно, заява про визнання обов'язкової юрисдикції має бути передана на зберігання Генеральному Секретарю ООН у письмовій формі. Згідно з ч. 4 ст. 36 він зобов'язаний передати таку заяву всім сторонам Статуту та Секретарю Суду.

Однак основним питанням, яке слід було б розглянути, все ж залишається питання не стільки форми, скільки змісту заяв, тобто чи є такі заяви, вчинені згідно з ч. 2 ст. 36, формою закріплення міжнародного зобов'язання, яке вчинено державою у відповідь на аналогічну дію інших держав. Якщо відповідь буде позитивною, це ще раз підтверджує максиму, висловлену Гуго Гроцієм – *promissorum implendorum obligatio*. Інша держава, ініціюючи початок процедури розгляду Судом справи, по суті, є бенефіціаром такої односторонньої заяви. Це стосується всіх аспектів такої заяви – застережень, умов, які визначені першою державою, це саме стосується і відкликання та тлумачення заяви.

Така логіка, притаманна практиці міжнародного права, викликає заперечення доктрини, в якій найпоширенішою залишається точка зору противників такого підходу. Згідно з нею така заява є лише офертою (пропозицією). Вона стає обов'язковою у випадку її акценту іншою стороною спору, яка робить аналогічну заяву, розпочинаючи, власне, цим процес. Це означає, що така

оферта може бути відхилена або змінена, і це триватиме до тих пір, поки держава не акцептує оферту. Схожою є точка зору, згідно з якою така заява є нічим іншим, як приєднанням до обов'язкової юрисдикції МС ООН, як це передбачено конвенційно (ч. 2 ст. 36 Статуту).

Обидві позиції, пояснюючи суть процесу дещо відмінно одна від одної, тим не менше виходять з одного принципу – *pacta sunt servanda*. Відносини між державами мають бути максимально врегульовані нормами права міжнародних договорів. Тлумачити односторонні заяви набагато простіше, якщо вони є частиною договору, і таким чином буде вирішено й питання анулювання одностороннього зобов'язання. Власне, на одностороннє зобов'язання можна буде подивитися дещо по-іншому.

Достатньо виважену позицію у зв'язку із цим зайняв проф. Дж. Фітцморіс, який у своїй статті, опублікованій у 1957 р., серед іншого, зазначив, що заява за формою є односторонньою, однак її суть – договірна, оскільки вона пов'язана з дією іншої держави, якщо остання у формі *quid pro quo*. Такий підхід дає підстави говорити про надання переваги договірному розумінню заяви, згідно з яким текст або тексти заяв повинні були б тлумачитися згідно з нормами права міжнародних договорів⁸²⁰.

Практика МС ООН щодо розгляду односторонніх актів не внесла ясності й однозначності у вирішення питання визначення правових наслідків заяв. У деяких випадках Суд тлумачить ці заяви як односторонній акт держави із відповідними правовими наслідками, а в інших – наголошує на договірній природі заяви та розглядає її виключно як частину саме договірного механізму. При цьому такий підхід назвати об'єктивним доволі складно, адже точка зору змінювалася залежно від того, що хотів довести Суд. Розглянемо конкретні приклади.

У справі щодо фосфатів у Марокко, яка розглядалася ще ППМП у 1938 р. (попередні заперечення), у Суді відбувалася достатньо жвава дискусія з приводу того, якою є правова природа

⁸²⁰ Fitzmaurice G. The Law of The International Court of Justice 1951-1954: Treaty Interpretation and other Treaty points. / G. Fitzmaurice. – British Yearbook of Internatopnal Law. – 1958. – P. 230 – 231.

такої заяви: декларація-договір або ж односторонній акт, яким уряд визнає обов'язкову юрисдикцію Суду⁸²¹.

З іншого боку – та ж ППМП у справі щодо електричної компанії Софії та Болгарії (попередні заперечення)⁸²² доволі жваво обговорювала заяву щодо приєднання до Факультативних положень Статуту Суду, зокрема щодо приєднання до договірних положень, встановлених ч. 2 ст. 36. Предметом спору стали два основні питання, пов'язані з юрисдикцією Суду у позиціях Бельгії та Болгарії. Перше питання було пов'язано з двостороннім договором між Болгарією та Бельгією щодо примирення, арбітражу та судового вирішення спорів 1931 р, а інше стосувалося односторонніх заяв щодо визнання юрисдикції Суду Болгарією в 1921 р. та Бельгією в 1925 р. Договір наклав подвійні зобов'язання щодо дипломатичних переговорів та попереднього використання всіх інших засобів вирішення спорів і визнав, що такі заяви мають договірну природу.

У Рішенні щодо англо-іранської нафтової компанії 1952 р. у попередніх запереченнях уже МС ООН висловив своє застереження стосовно способу тлумачення односторонніх заяв Ірану. Він наголосив на тому, що така заява не повинна тлумачитися як договір. Серед іншого, було зазначено, що текст іранської заяви не можна вважати таким, який за своєю природою є договірним, тобто став результатом переговорів між двома і більше державами. Проект заяви було підготовлено в односторонньому порядку урядом Ірану, який певним чином убезпечив себе, складаючи текст цієї заяви⁸²³. Суд також зацікавили, *ex abundanti cautela*, слова, які, строго кажучи, можуть бути розцінені як такі, що виходять за зміст самої заяви (та, власне, є непотрібними). Такий підхід іранської сторони, на думку Суду, можна пояснити наявністю особливої ситуації, яка на той момент виникла в Ірану.

⁸²¹ Permanent Court of International Justice Judgments, Orders and Advisory Opinions Fascicule № 74 Phosphates in Morocco (Preliminary Objections) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf

⁸²² Permanent Court of International Justice Series A.IB. Judgments, Orders and Advisory Opinions Fascicule № 77 The Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Preliminary Objection) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_77/01_Compagnie_d_electricite_de_Sofia_Arret.pdf

⁸²³ Anglo-Iranian Oil co. Case (United Kingdom v. Iran) Preliminary Objection Judgment Of July 22nd, 1952 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>. – P. 105

Однак буквально за п'ять років думка Суду докорінно змінюється, і у *Справі щодо права проходу*⁸²⁴ Суд вважає, що за умови наявності заяви про визнання юрисдикції Суду це означає, що держава стає учасницею системи факультативних застережень у відносинах з іншими державами, які зробили аналогічні заяви, і, відповідно, має усі права та обов'язки, які випливають зі статті 36 Статуту Міжнародного Суду. Тому договірні відносини між сторонами в контексті застосування факультативної клаузули про обов'язкову юрисдикцію можна вважати такими, що були встановлені *ipso facto* та без спеціальних угод вже самим фактом подання заяви. Відповідно, будь-яка держава, яка робить заяву щодо визнання додаткової юрисдикції Суду, повинна брати до уваги можливість, що згідно зі Статутом у неї можуть виникнути зобов'язання з новими учасниками Статуту і для цього буде достатньо прийняття заяви. Таким чином, Суд ще раз наголосив на договірних елементах таких односторонніх заяв.

А вже у Рішенні Барселона Трекшн⁸²⁵ Суд наполягав на тому, що слід розрізняти договірну й односторонню форми взяття на себе зобов'язань. Найповніше пояснення правової природи заяви про визнання юрисдикції було зроблене у справі щодо військових та напіввійськових дій у Нікарагуа⁸²⁶.

США визнали юрисдикцію Суду, зробивши відповідну заяву на 5-річний строк. Більше того, було заявлено, що про припинення дії такої заяви має бути повідомлено за півроку до закінчення строку дії заяви. За три дні до того, як було подано позов Нікарагуа, США поставили до відома, що їх заява не може бути застосована для вирішення спорів із будь-якою центральноамериканською державою і це положення вступає в силу відразу й діє упродовж двох років. Однак Суд не взяв це до уваги, застосувавши до нього правило,

⁸²⁴ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) Preliminary Objections 'Judgment of November 26th, 1957 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/32/2231.pdf>

⁸²⁵ International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Ai'lication: 1962) (Belgium v. Spain) Preliminary Objections Judgment of 24 July 1964 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5341.pdf>

⁸²⁶ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>.

встановлене самими США у заяві, яка була направлена на адресу Генерального Секретаря ООН, – відмова вступає в силу через шість місяців після повідомлення про це депозитарію. Враховуючи, що застереження США щодо держав Центральної Америки і звернення Нікарагуа до Суду розділяло лише три дні, Суд визнав, що він має юрисдикцію щодо цієї справи. Хоча шлях до прийняття цього рішення був тернистим і зайняв у Суду аж півроку.

При розгляді питання про юрисдикцію суду США, *inter alia*, заявляли, що заяви, зроблені згідно статті 36 Статуту МС ООН, мають характер *sui generis* і не можуть вважатися міжнародними договорами, тобто, не можуть регулюватися правом міжнародних договорів⁸²⁷.

Суд же, у цілому не заперечуючи одностороннього характеру означених заяв, по-перше, пояснив зміст заяв у світлі частини 2 статті 36. Зокрема, він зазначив, що заяви про визнання додаткової юрисдикції є факультативними односторонніми зобов'язаннями, які держави можуть брати або не брати до уваги. Роблячи таку заяву, держави мають право робити її із застереженнями (з умовою) або без них (безумовно), строково або безстроково. Окремо Суд наголосив на тому, що такі заяви можуть містити дату, після якої вони вступають в силу, скільки така заява буде діяти і яким чином держава може відкликати таку заяву. Однак Суд наполягав на тому, що односторонній характер заяви не означає, що держава, яка її робить, може постійно змінювати її зміст на власний розсуд. Ця ідея згодом знайшла своє відображення у Керівних принципах КМП ООН стосовно односторонніх актів 2006 р., про які вже йшлося вище. Як доказ цієї думки Суд навів положення зі свого рішення 1974 р. стосовно того, що саме намір бути зв'язаними на строк, встановлений одностороннім зобов'язанням, складає юридичний зміст самого зобов'язання. Такий підхід Суду означає, що він надав усім одностороннім актам характеру обіцянки.

Разом із тим, Суд уточнив окремі положення стосовно особливостей заяв згідно з частиною 2 статті 36, заявивши, що, не дивлячись на односторонній характер заяв, вони стають основою для виникнення двосторонніх зобов'язань, адже Суд вважає, що в даному випадку зобов'язання щодо визнання юрисдикції однією

⁸²⁷ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>.

державою відповідають зустрічному зобов'язанню іншої та складають систему факультативних застережень, де принцип добросовісності відіграє надзвичайно важливу роль. Окремо Суд наголосив на необхідності у будь-якому випадку використовувати однозначні терміни, що дозволить дотримуватися у міжнародних відносинах принципу добросовісності⁸²⁸.

Визнаючи зобов'язальний характер односторонніх актів та порівнявши заяву про визнання його юрисдикції до обіцянки, Суд все ж у більшості випадків схиляється до відсутності договірної елементу. Однак такого роду заяви, не будучи елементом договірної форми, мають достатньо цікаву природу – вони є двосторонніми зобов'язаннями позадоговірного характеру. У доктрині міжнародного права навіть існує думка, що «павутиння всіх таких двосторонніх зобов'язань складає систему факультативних застережень»⁸²⁹.

Найточніше доктринальний підхід до системи факультативних застережень (клаузул) сформулював проф. Ш. Розенн. Відповідно до нього регулююче право стосовно питання юрисдикції між сторонами складається з трьох базових елементів, які мають однакове юридичне значення: дві заяви та, власне, Статут МС ООН. Метою кожної заяви як одностороннього акту є визначення меж юрисдикції суду, визнаної стороною, від імені якої була зроблена заява. Таким чином, юрисдикція Суду буде існувати тільки для тієї держави, яка її визнає і тільки в тих межах, в яких вона це визнає. Частина 2 статті 36 Статуту стосується також можливості держав встановити винятки з юрисдикції Суду (суб'єктні або об'єктні), як це було, наприклад, зроблено США у справі про військові та напіввійськові дії на території Нікарагуа. Отже, основною вимогою для початку судової процедури виступає сама заява⁸³⁰. Із цього складного й заплутаного засновку професор робить надзвичайно цікавий і неоднозначний висновок. У зв'язку з тим, що така заява однозначно є одностороннім актом, вона не дає права

⁸²⁸ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>. (пар. 60)

⁸²⁹ Degan V.-D. Unilateral Act As Source of Particular international Law. – Finnish Yearbook of International Law. – Vol. V., 1994. – P. 218.

⁸³⁰ Rosenne Sh. The Law and Practice of the International Court of Justice / Sh. Rosenne. – Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1965. – P. 411 – 412.

іншій державі схвалювати або не схвалювати тлумачення такої заяви, яка не може заперечувати або визнавати застереження та умови такої заяви. Відповідно, ця заява не має нічого спільного з договором і не може ґрунтуватися на принципі *pacta sunt servanda*. Це означає, що основним джерелом для регулювання таких відносин стають загальні принципи права, які є спільними як для договорів, так і для односторонніх заяв, будучи джерелом міжнародного права. Такому висновку все ж хочеться заперечити, оскільки *pacta sunt servanda* можна абсолютно аргументовано віднести саме до категорії загальних принципів права, які просто пізніше було кодифіковано Віденською конвенцією про право міжнародних договорів 1969 р., однак про це в іншому пошуку.

Підбиваючи підсумки, слід зазначити, що міжнародне право не містить жодних вимог щодо форми таких заяв, за винятком того, що вони мають бути вчинені у письмовій формі та передані на зберігання Генеральному Секретарю ООН, і така заява повинна містити визнання обов'язкової юрисдикції МС ООН.

Однак умови визнання такої юрисдикції ґрунтуються виключно на добровільній згоді держав-заявників, оскільки вони мають право не зобов'язувати себе таким чином. МС ООН компетентний вирішувати питання щодо змісту та інших питань, які, у тому числі, стосуються питань взаємності в контексті надання згоди на обов'язкову юрисдикцію МС ООН. Однак у Суду з'являються такі повноваження лише у випадку, якщо держава вже зробила заяву про визнання обов'язкової юрисдикції Суду.

Крім того, на відміну від інших односторонніх заяв, які не містять строків, така заява може діяти у чітко визначений період. Суд наголошує на доцільності застосування до категорії «строковість заяви» відповідних положень права міжнародних договорів. Інколи в ній вказуються умови її відкликання, але це також залежить виключно від бажання держави. Практика МС ООН знає і приклади односторонніх заяв про визнання юрисдикції Суду, які зроблені без застережень. Зокрема, це стосується заяви Нікарагуа 1924 р., якою було визнано юрисдикцію Суду безумовно. Ця заява не була обмежена строком дії, і це дало підставу США стверджувати, що така заява може бути відкликана в будь-який час. Відповідно, Нікарагуа не повинна брати до уваги умову США про шестимісячну відстрочку щодо вступу заяви або змін до неї в дію. Суд не підтримав таку позицію США, виходячи саме

з одностороннього характеру зобов'язання, адже у такій ситуації повністю відсутня категорія взаємності змісту зобов'язань.

Однак ряд моментів так і залишаються на суб'єктивний розсуд Суду, що ускладнює розуміння такого міжнародно-правового феномену, як односторонні заяви у контексті частини 2 статті 36 Статуту МС ООН.

Стаття 38 Статуту МС ООН взагалі не згадує таке джерело виникнення та закріплення міжнародних зобов'язань, як односторонні акти суб'єктів міжнародного права, хоча такими зобов'язаннями можуть створюватися нові права та обов'язки суб'єктів міжнародного права, адже держави зобов'язані співробітничати, незважаючи на соціальні, політичні, економічні, ідеологічні розбіжності. Односторонні акти стають містком між ними, оскільки провести повноцінні переговори та досягти реального компромісу деякі держави неспроможні. У даному випадку односторонній акт держави, будучи не стільки механізмом досягнення компромісу, скільки способом означити свою позицію, допомагає не порушити базовий принцип міжнародного права – співробітництва між державами. Так, привалювання економічних інтересів та політичної доцільності над міжнародним правом не дозволило віднайти компромісне рішення за столом переговорів стосовно ситуації, яка склалася в Лівії. Однак держави Західного світу в односторонньому порядку висловили своє неприйняття рішення М. Каддафі. Власне, їхня позиція вплинула в подальшому на прийняття відповідних санкцій РБ ООН⁸³¹.

Односторонні акти стали відігравати істотну роль саме в сучасній системі міжнародних відносин, яка характеризується двома, на перший погляд взаємовиключними, тенденціями – децентралізацією та глобалізацією, зумовленими технічним прогресом. Сучасні способи телекомунікації багато в чому підвищили роль

⁸³¹ Лівійські повстанці 23 травня 2011 р. отримали офіційну пропозицію США щодо відкриття свого представництва у Вашингтоні. Така заява заступника держсекретаря США у справах Близького Сходу Джеффри Фельтмана свідчить про односторонній акт США – визнання уряду, який прийшов до влади в Лівії неконституційним шляхом. Зокрема, він заявив: «Я передав перехідній Національній раді Лівії офіційне запрошення від імені президента Б. Обами відкрити представництво у Вашингтоні». Таку заяву Дж. Фельтман зробив на прес-конференції під час візиту до Бенгази. Згідно з комюніке Держаного департаменту США візит Фельтмана в Бенгазі є «ще одним знаком підтримки, яку США надають Національній раді – законному та надійному представнику лівійського народу». – Детально з цією інформацією можна ознайомитися за ел. адресою http://www.rian.ru/arab_ly/20110524/379096598.html

односторонніх актів у міжнародному спілкуванні; вони сплітають сучасне павутиння міжнародних відносин⁸³². Такі акти залишаються часто непоміченими й такими, що не викликають особливих емоцій у сучасному плінні міжнародних відносин. Визнання держав, урядів або фактів, надання добровільної фінансової допомоги іншим державам або міжнародним організаціям, списання боргів тощо – це все класичні зразки односторонніх актів, які постійно зустрічаються в міжнародних відносинах.

Суттєвими для міжнародного права є правові наслідки односторонніх актів. Не дивлячись на значний внесок у це питання доктрини, вони були окреслені практикою їх застосування, однак правовий зміст та межі таких актів чітко не визначені навіть практикою. У цьому контексті необхідно зазначити, що наявність зобов'язальних елементів в односторонніх актах визначається, виходячи з абсолютно прагматичних міркувань. У зв'язку з цим виникає необхідність детальніше розглянути суб'єктний склад односторонніх актів, тобто, визначити, які саме суб'єкти можуть видавати такі акти. По суті, аналогічні питання виникають і при створенні звичаєвої норми міжнародного права. Питання схоже на старе російське: хто винен? Але в нашому випадку звучить трохи інакше: хто має право? Відповідь, з одного боку, проста, з іншого – схожа на питання без однозначної відповіді, поставлене Герценом у відомому за шкільною програмою творі.

І так, проста відповідь. Односторонні акти можуть приймати або видавати всі суб'єкти міжнародного права, які, відповідно до цього права, мають можливість створювати для себе права та обов'язки. Вони мають право вступати у відносини з іншими суб'єктами міжнародного права, включаючи захист своїх прав через звернення до компетентних міжнародних органів та інституцій.

Однак є й складна і неоднозначна відповідь, яка полягає в тому, що досі не визначено перелік суб'єктів міжнародного права. І все частіше, навіть у пострадянській доктрині, вчені схиляються до наявності хоча й обмеженої, але правосуб'єктності в юридичних та фізичних осіб, адже звужувати суб'єктний склад міжнародного права є сьогодні одностороннім, примітивним і навіть небезпечним⁸³³.

⁸³² Zemanek K. *Unilateral Legal Acts Revisited*. – *International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy*. – 1998. – P. 209 – 210.

⁸³³ Білорус І.О. Трансформація правосуб'єктності міжнародних НУО / І.О. Білорус. – К., 2005. – С. 13. До речі, зазначена монографія є однією з перших спроб у вітчизняній

У даному контексті доцільно звернутися до цілком аргументованої точки зору І. О. Білорус, викладеної нею у 2005 р. у монографічному дослідженні «Трансформація правосуб'єктності міжнародних НУО», в якому, серед іншого, досліджувалися загальні питання правосуб'єктності. Окремі її пропозиції можна використовувати і в розрізі розуміння феномену односторонніх актів. У монографії викладено цілком логічну точку зору, яка дозволяє співставити реальні процеси в міжнародно-правових відносинах та доктрину міжнародного права.

Зокрема, на думку І. Білорус, доцільно і в міжнародному, як і в теорії національного права, розрізнити дві категорії суб'єктів права як потенційного учасника міжнародно-правових відносин і творця міжнародно-правових норм та поняття учасника правовідносин, тобто особи, яка реально бере участь у даних міжнародно-правових відносинах, а не в процесі створення норм міжнародного права⁸³⁴. Тому для односторонніх актів, власне як і для всіх інших джерел права, все ж мова йтиме про класичні суб'єкти міжнародного права, без юридичних, включаючи ТНК та міжнародні неурядові організації, а також фізичних осіб.

Навіть у такому, дещо обрізаному варіанті, не слід очікувати на просту і цілком однозначну відповідь. Це зумовлено й думкою ряду авторів, які досліджують односторонні акти, про те, що в даному випадку мова може йти виключно про держави. Однак, аналізуючи події, особливо останніх 20 років (розпад держав соціалістичного табору та революційні події в державах Африки), все ж необхідно віднести до суб'єктів міжнародного права воюючу та повсталу сторону, адже саме їх заяви значно впливають на ситуацію, у тому числі і на можливість її вирішення мирним шляхом. Цілком очевидно, що такі суб'єкти мають, порівняно з державою, тимчасовий характер. Як наприклад, у ситуації з Лівією в 2011 р., у якій її представником у відносинах з окремими державами є революційний уряд, який було визнано рядом політичних ваговиків,

науці міжнародного права довести наявність правосуб'єктності не тільки у класичних суб'єктів, але і у фізичних осіб, ТНК, НУО. Надзвичайно сміливою, з нашої точки зору, є позиція автора щодо того, що НУО «стали реальною альтернативою урядам країн у вирішенні складних соціально-економічних і гуманітарних проблем». Стверджується, що вони, будучи за своєю суттю приватними, є водночас публічними за своїми цілями. При цьому, на думку автора монографії, взаємини між урядами та НУО характеризуються суперництвом, співробітництвом або паралельною діяльністю.

⁸³⁴ Білорус І.О. Трансформація правосуб'єктності міжнародних НУО / І.О. Білорус. – К., 2005. – С. 8.

стосовно інших держав це питання є *res inter alios acta*. Як правило, на акти невизнаних рухів неможливо посилатися в національних судах до тих пір, поки рух не буде визнано як легітимний уряд або ж поки він не створить нової держави. У такому випадку всі відносини переходять на рівень класичних міждержавних відносин.

Складніша проблема виникає у зв'язку з односторонніми актами міжнародних організацій. Правосуб'єктність міжнародних організацій є питанням, яке почали фактично обговорювати в 50-і роки минулого століття. Ця дискусія не припиняється, набуваючи гострих форм у зв'язку із видозміною окремих міжнародних організацій, утворенням інтеграційних об'єднань. Але в одному більшість, якщо не всі дослідники, сходиться – міжнародна організація⁸³⁵ має свою правоздатність як похідний суб'єкт міжнародного права, такий, що створений суверенними державами, які і стають членами цієї міжнародної організації⁸³⁶. Відповідність рішень встановленому міжнародному правопорядку ніким не контролюється⁸³⁷. Тому рішення міжнародних організацій часто нагадають політичну доцільність, досягнуту через політичний компроміс, а не дійсно рішення, яке враховує існуючі міжнародно-правові норми, у тому числі, до речі, і власний статут.

Міжнародна організація, не маючи території, населення та суверенної влади, не є суверенним утворенням, подібним до держави. Незважаючи на те, що такий посил є відомим вже студенту третього курсу відповідного факультету, він зумовлює особливості використання такого правового інструменту, як односторонні акти у відносинах за участю міжнародних організацій. Саме відсутність суверенітету відіграє надзвичайно важливу роль у контексті аналізу односторонніх актів міжнародних організацій.

⁸³⁵ Мова йде саме про організацію, а не міжнародний орган, який створюється або самою організацією через прийняття відповідної резолюції, або іншим шляхом.

⁸³⁶ Цікавий виняток становить СНД. Так, Україна, будучи державою-засновницею, не є її членом, пояснюючи свою позицію надзвичайно дипломатично, аж до незрозумілості з точки зору Віденської конвенції 1969 р. У 1994 році Економічний суд СНД розглянув запит Виконавчого секретаріату Співдружності щодо статусу держав, які входять до СНД. У рішенні Суду №01/94 від 31.03.1994 р. зазначається, що 11 із них, які підписали та ратифікували Угоду про створення СНД, мають статус держав-учасниць, у тому числі й Україна, однак ті, що не ратифікували статут, не є її членами.

⁸³⁷ Виняток становлять, як правило, інтеграційні об'єднання. Так, юридичний контроль у ЄС здійснює Суд ЄС, у тому числі і через прийняття преюдиційних рішень, які за своїми правовими наслідками можна порівняти до рішень КСУ.

Цілков очевидно, що односторонні акти міжнародних організацій надзвичайно схожі на односторонні акти держав. Від імені організації діє певна посадова особа, як правило, глава організації. Найпростіший приклад – Генеральний секретар ООН, який у будь-якому випадку діє від імені міжнародної організації як суб'єкта міжнародного права в рамках її компетенції. Однак слід враховувати, що односторонні акти, незалежно від суб'єкта, який їх видає, використовуються переважно у відносинах за участю держав. Для держав – членів конкретної міжнародної організації односторонній акт цієї організації аж ніяк не може бути розцінений як аналогічний акт іншої держави. А priori держава-член погоджується на таку заяву, зроблену хоча і не від її імені, але від імені міжнародної організації, членом якої вона є.

Викликає певне заперечення проведення аналогій між, наприклад, рішеннями ГА ООН та нормативно-правовими актами, які приймаються державами, особливо стосовно правових наслідків для держав-членів (недоцільно просто проводити аналогії з правовими наслідками прийняття нормативно-правових актів для фізичних та юридичних осіб в національній юрисдикції). ГА ООН не має повноважень законодавчого органу, навіть із великою натяжкою її можна назвати квазізаконодавчим органом і то лише, виходячи з того значення, що відіграють її резолюції у розвитку міжнародного права, у тому числі й у становленні міжнародно-правових звичаїв. Більше на цю роль підходить РБ ООН, яка має право приймати обов'язкові рішення, як це, власне, і прописано в Статуті ООН, зокрема в розділі VII «Дії стосовно загрози миру, порушення миру та актів агресії». Всі держави-члени згідно зі статтею 25 домовилися про те, що вони будуть виконувати ці рішення згідно зі Статутом ООН. Тому в даному випадку мова йде не про односторонні зобов'язання, а про виконання договірних положень.

Цілков очевидно, що всі рішення міжнародних організацій, незалежно від їх форми, які направлені до держав-членів, слід виключити з односторонніх актів. Таким чином, дійсно односторонній акт міжнародної організації в міжнародно-правовому значенні є актом компетентних органів цієї організації у її відносинах із державою-нечленом міжнародної організації, тобто у неї не має договірних (статутних) відносин з цією організацією. Одностороннім актом, згідно з такою концепцією, стане рішення РБ ООН, винесене на основі ч. 6 ст. 2 Статуту з метою забезпечення

того, що б держави, які не є її членами, діяли згідно з принципами ООН, оскільки це може бути необхідним для підтримання міжнародного миру та безпеки. Таке рішення дійсно буде мати всі ознаки, притаманні одностороннім актам. Однак можна стверджувати, що майже всі сучасні держави є членами ООН, тому практична цінність цього положення дещо зменшується. Саме тому одностороннім актам держав, як найбільш чисельним, було приділено основну увагу в дослідженні.

Величезна кількість односторонніх актів свідчить, по-перше, про надзвичайну різноманітність таких актів, по-друге, яке випливає, власне, із першого, такі акти не завжди можна аналізувати узагальнено. Деякі з них створюють абсолютно різні правові наслідки. У контексті дослідження односторонніх актів, однозначно можна заявити тільки одне – вони породжують такі самі правові наслідки, як і міжнародний звичай або міжнародний договір. Особливо, якщо припустити, що головним джерелом права виступає не сам міжнародний договір, а ті домовленості, які «стоять» за договором⁸³⁸: вираження волі суб'єктів міжнародного права, які між собою збігаються, а односторонній акт і є вираженням волі суб'єкта, яким, як було підтверджено ще ППМП у справі Уїмблдон⁸³⁹, суб'єкт має право взяти на себе міжнародні зобов'язання. При цьому цілком очевидно, що не має значення, чи є ці зобов'язання одно- чи багатосторонніми⁸⁴⁰.

Постійна децентралізація міжнародного права, збільшення кількості прав, зобов'язань, міжнародних акторів, зменшення формальних вимог до здійснення міжнародно значущих дій виводять добросовісність не тільки на перше місце серед інших принципів міжнародних відносин, але і роблять її обов'язковим елементом будь-яких міжнародних відносин. Це пов'язано, у тому числі, і з технічним прогресом, який багато в чому нівелює значення

⁸³⁸ Lachs M. Some Thoughts on the Role of Good Faith in International Law // *Declarations on principles: A Quest for Universal Peace.* – 1977. – P. 48

⁸³⁹ Case S.S. Wimbledon [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf

⁸⁴⁰ У цьому контексті існує достатньо цікава позиція, яка зводиться до того, що, беручи на себе зобов'язання, одно-, дво- чи багатостороннє, суб'єкт міжнародного права обмежує себе у свободі вибору (зокрема, див. зб.: *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essay in Honour of Krzysztof Skubiszewski.* – 2006. – P. 375). Однак такі обмеження видаються скоріше проявом принципу добросовісності, ніж реальним обмеженням правоздатності суб'єкта.

формалізованих міжнародних форм та конференцій, адже останні замінюються електронним спілкуванням.

Звісно, односторонні акти легше створюються. Для цього не потрібно ані взаємних поступок, ані, у більшості випадків, згоди інших суб'єктів. Їх важче змінити або відмовитися від них, що в ідеалі міжнародних відносин створює основу для добросовісного співробітництва і функціонування міжнародної системи. Проте таке твердження є спірним, адже міжнародний договір є більш стабільною формою, яка сприяє чіткішому закріпленню зобов'язань. Однак інколи домовитися в такій формі або неможливо, або займає багато часу.

У цьому контексті постає ще одне питання: чи існують односторонні акти, які відповідають критеріям для того, щоб справді бути реальним джерелом міжнародного права, на рівні міжнародного договору, звичаю або загальних принципів права. Відповідь на це питання залежить від точки зору, що є джерелом міжнародного права. Якщо відштовхуватися від розуміння джерела міжнародного права як сукупності абстрактних норм, тобто норм без конкретного адресата, тоді односторонні акти однозначно неможливо віднести до джерел міжнародного права. Однак такий підхід в цілому б змінив усю систему міжнародного права, адже тоді до джерел не можна було б віднести ані двосторонні міжнародні договори, ані ряд резолюцій міжнародних організацій, ані партикулярні міжнародні звичаї тощо. Тим більше, доволі часто у рамках міжнародних інституцій приймаються рішення, що стосуються винятково конкретних суб'єктів, і такі акти відіграють істотну роль у розвитку міжнародного права.

За останні роки дискусія не тільки не вщухла, а навпаки – розгорілася, перебуваючи у стані перманентного «військового протистояння», яке пов'язане, перш за все, з конфліктом між суб'єктивним розумінням та об'єктивною реальністю. Це, з одного боку, сприяло розвитку дискусії, а з іншого – заводило її у глухий кут юридичної казуїстики. Разом із тим, саме теорія, яка як не вірила практиці міжнародного права, так і не вірить, рухає колос міжнародного права вперед.

Міжнародні інституції⁸⁴¹ стали повноцінними суб'єктами міжнародного права і їх діяльність суттєво впливає на сучасну архітектуру міжнародного права. Роберт Шуман назвав міждержавні союзи новим етапом людського розвитку, порівняно з деструктивним націоналізмом дев'ятнадцятого та двадцятого сторіч, які завершувалися війною⁸⁴². Тому заперечувати значення таких документів для розвитку та становлення сучасного міжнародного права неможливо, адже саме до таких документів відноситься Декларація про принципи міжнародного права, які стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН, Заключний акт НБСЄ 1975 р.⁸⁴³, які складають основу функціонування сучасної міжнародної спільноти.

З поступовим розвитком міжнародних інституцій вони стають все більш схожі на державу, де законодавчий орган приймає закон, а виконавчі органи докладають зусиль, щоб цей закон працював, приймаючи у том числі і підзаконні рішення. Звісно, що рішення міжнародних організацій не можна поділити на закони та підзаконні акти, хоча цілком очевидно, що можна виділити основні та супровідні рішення, основним завданням останніх є якнайкраща імплементація перших.

Це призводить до поступового зміщення акцентів вивчення їх діяльності. І якщо ще до середини ХХ століття основний акцент у дослідження робилося на дипломатичній природі міжнародних організацій, на їх відмінностях від основних суб'єктів – держав, структури, порядку прийняття рішень тощо, то вже починаючи

⁸⁴¹ Термін «інституція» для даного дослідження є узагальненням таких понять як «міжнародна організація» та «міжнародний орган».

⁸⁴² Schuman Robert. Pour l'Europe / Robert Schuman. – Paris: Nagel, 1963. (Цитата за: Мовчан Ю.В. Міжнародно-правове регулювання інтеграційних процесів в Європейському Союзі / Ю.В. Мовчан // Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – Спеціальність: 12.00.11 – міжнародне право. – Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2010. – С. 75.)

⁸⁴³ Характерним для цих джерел є виконання подвійної функції – вони виступають власне як норма м'якого права і в той же час можуть слугувати доказом існування звичаю в міжнародному праві. Ця позиція підтверджується і практикою МС ООН, зокрема, у хресноматійних справах щодо військових та напіввійськових дій в Нікарагуа (Нікарагуа проти США) та щодо Східного Тимору (Португалія проти Австралії).

із 70-80-х років, акценти суттєво зміщуються⁸⁴⁴. Для міжнародників стає цікавим феномен рішення міжнародної організації, все частіше у дослідження звучить категорії «м'якого права» та його впливу на розвиток міжнародного права в цілому, міжнародна організація перестає бути «другим» суб'єктом міжнародного права, і, якщо ще не зайняла першого місця, то це тільки питання часу⁸⁴⁵.

Ще наприкінці 50-х років на резолюції міжнародних організацій дивилися винятково як на квазінормативний документ, який має значення тільки для даної конкретної організації. Так, у дослідження щодо рішень міжнародних організацій А. Таммеса⁸⁴⁶ проводиться цікава паралель між правовим ефектом рішень міжнародних організацій та участю у міжнародних договорах із обмеженим складом. Рішення міжнародних організацій через п'ятдесят років після того звісно виходить за межі міжнародної організації, яка його прийняла, а між самими міжнародними організаціями встановилися такі тісні зв'язки, що інколи рішення однієї організації має правове значення для іншої, особливо це стосується організацій системи ООН, Ради Європи та ЄС, ОЕСР, ФАТФ тощо. Але чіткого розуміння правової природи та правових наслідків рішень не було сформульовано. Таким чином встановився міжнародно-правовий хаос, а відповідно у вченнях про міжнародно-правовий ефект міжнародних резолюцій спостерігається інтелектуальний хаос⁸⁴⁷. І це при тому, що сьогодні міжнародні організації все більше

⁸⁴⁴ Цікавими є невеликі дослідження, наприклад: Riches C.A. Majority Rule in International organization (1940) та Wellington Koo. Voting Procedures in International Public organizations (1947), які зберігаються у бібліотеці Інституту ім. Ассера, і хоча вони не стали настільки ж відомими, як дослідження Оппенгейма або Лаутерпахта, тим не менш, цілком відображають думки міжнародної наукової спільноти того часу щодо функціонування міжнародних організацій.

⁸⁴⁵ Характерним є розвиток ЄС від об'єднання держав з метою захисту від радянської експансії до створення, по суті, як це не намагаються заперечити, конфедерації. Проте події Греції, а також антиЄСівські виступи в Угорщині в 2011 році засвідчили, наскільки конфедерація нестабільна сама по собі, і в результаті матиме два виходи – створення федерації або розпад.

⁸⁴⁶ Tammes A. J. P. Decisions of International Organs as a Source of International Law / A. J. P. Tammes. – International Relations. – 1958. – Volume: II. – Issue: 151. – P. 261-364.

⁸⁴⁷ Сам термін «інтелектуальний хаос» було використано проф. Т. Нешатаєвою. Див.: Нешатаева Т. Н. Международные организации и право / Т.Н. Нешатаева. – М., 2000. – С. 36 – 37.

починають відгравати роль «першої скрипки» на міжнародній арені, а кількість рішень, прийнятих ними, взагалі не піддається підрахунку, що, власне, пов'язано з двома кількісними категоріями – кількістю самих міжнародних організацій та кількістю документів, які ними приймаються. Так, вже станом на 5 листопада 1956 року ООН прийняла Резолюцію під номером 1000, яка стосувалася питань врегулювання близькосхідного конфлікту. З того часу тільки резолюцій, які стосуються близькосхідного конфлікту вже було прийнято 669 резолюцій⁸⁴⁸.

Поза сумнівом, у міжнародному праві спостерігається стійка тенденція до збільшення кількості м'яких норм, адже навіть принципи міжнародного права закріплені нормою невизначеної правової природи: Заключний акт 1975 р. можна віднести як до винятково політичної декларації до закріплення норми звичаєвого міжнародного права (як це і було зроблено МС ООН у справі щодо військових та напіввійськових дій на території Нікарагуа). Такі норми є основою сучасної правотворчості міжнародних організацій і за своєю природою, функціями, які виконують та місцем у системі є правовими нормами, які містять права та обов'язки держав, сформульовані дещо в інший спосіб, ніж у твердих нормах міжнародного права⁸⁴⁹. М'яка норма виконує основну функцію, притаманну будь-якій правовій нормі – регулюючу. Однак слід розуміти, що ця функція дещо «змазана», адже такі норми відносяться за класифікацією до заохочувальних, які в ідеалі виступають орієнтиром для вдосконалення всієї системи. І разом з регулюючою функцією така норма здійснює і функцію орієнтації переважно на активну поведінку.

При чому достатньо часто рішення міжнародних організацій є *ultra vires*, що до речі, стає підставою для виникнення спорів. Основу для такої ситуації заклав, як не дивно, МС ООН у 1949 р., коли виніс Консультативний висновок щодо відшкодування ушкоджень, зазнаних на службі в ООН, який і досі називають

⁸⁴⁸ Дані наведено за результатами пошуку документів за 1957-2011 роки за документальною базою даних ООН ЮНІСНЕТ, проте вони можуть бути неповними, оскільки впорядкування бази даних триває [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unbisnet.un.org>

⁸⁴⁹ Англіїці кажуть: якщо щось виглядає як качка, плаває як качка, то, скоріше за все, це качка.

«найавторитетнішим рішенням щодо міжнародної правосуб'єктності міжнародних організацій»⁸⁵⁰.

У цьому висновку Суд мав дати відповідь на питання, чи має ООН правоздатність для подання міжнародно-правового позову, враховуючи, що Статут ООН не містить відповідних положень. У підсумку МС ООН продемонстрував глибинний підхід, давши стислу і вичерпну відповідь не лише на поставлене питання, а й на інші численні питання міжнародної правосуб'єктності міжнародних організацій, вийшовши за межі поставленого перед ним питань.

Паралельно Суд зіткнувся із необхідністю визначення підстав існування об'єктивної міжнародної правосуб'єктності міжнародних організацій, тобто такої, що не вимагає визнання з боку третьої держави. З цього приводу Суд заявив: «... Суд вважає, що п'ятдесят держав, що представляють переважну більшість членів міжнародного співтовариства, мали усі необхідні повноваження, відповідно до міжнародного права, для створення [...] особи, що володіє об'єктивною міжнародною правосуб'єктністю, а не правосуб'єктністю, визнаною лише ними»⁸⁵¹.

Крім того, МС ООН визначив, що «[с]уб'єкти права в будь-якій правовій системі не є обов'язково ідентичними за своєю природою чи за обсягом своїх прав, а їх природа залежить від потреб громади [...] збільшення проявів колективної діяльності держав вже створило низку прецедентів, коли на міжнародному рівні діяли особи, що не були державами»⁸⁵². Такий висновок дає підстави говорити про наявність правосуб'єктності неурядових організацій.

Далі Суд встановив, що «...права та обов'язки суб'єкта...залежать від його цілей та функцій як це визначено або як це впливає з його установчих документів та наявної практики...Згідно міжнародного права...[ООН] має ті повноваження, які, хоч і не знайшли свого відображення у Статуті, покладені на неї як такі, що мають

⁸⁵⁰ Amerasinghe C. F. *Principles of the Institutional Law of International Organizations* / C. F. Amerasinghe. – Second revised edition. – Cambridge University Press, 2005. – 535 p.

⁸⁵¹ *Reparations for Injuries Case*, ICJ Reports, 1949 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=41&case=4&code=isun&p3=5>

⁸⁵² *Reparations for Injuries Case*, ICJ Reports, 1949 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=41&case=4&code=isun&p3=5>

на увазі і є необхідними для виконання її обов'язків»⁸⁵³. Таким чином, Суд врахував те, який саме об'єм правоздатності мали «намір» надати ООН держави-засновниці. Суд постановив, що: «Дослідження характеру функцій, які ввірено Організації, та природи місії її агентів явно свідчить, що правоздатність Організації певною мірою здійснювати функціональний захист своїх агентів випливає зі Статуту як прямий намір [держав-засновниць]»⁸⁵⁴.

Саме на підставі виявлення певної розумної волі, що стоїть за Статутом, Суд дійшов висновку, що «Держави-засновниці мали намір ввірити та надати Організації функції і права, які вона реально виконує та здійснює на практиці, що неможливо без володіння значним обсягом міжнародної правосуб'єктності та здатністю вступати у відносини на міжнародному рівні. [...] Організація [...] не могла б втілювати в життя наміри своїх засновників, не володіючи міжнародною правосуб'єктністю. Має стати загальноновизнаним, що її Члени, ввіривши їй певні функції із супутніми обов'язками та відповідальністю, наділили її повноваженнями, достатніми для ефективного виконання цих функцій... Відповідно, Суд доходить висновку, що Організація володіє міжнародною правосуб'єктністю»⁸⁵⁵. Посилаючись на «намір» засновників, Суд, очевидно, мав на увазі не суб'єктивні наміри держав, а певну мету, яка проглядалася в історичному контексті заснування організації, містилася у статуті і *travaux preparatoires* конференції.

Таким чином, Суд, вивчивши, по-перше, обставини заснування ООН, по-друге, положення її Статуту, по-третє, практику діяльності Організації⁸⁵⁶, двічі обґрунтував наявність у неї міжнародної правосуб'єктності: на підставі аналізу наміру засновників та виходячи

⁸⁵³ Цей самий принцип застосувала Постійна палата міжнародного правосуддя у Консультативному висновку у справі Міжнародної організації праці від 23 липня 1926. (PCIJ Reports, Series B, № 13. С. 19) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm.

⁸⁵⁴ Reparations for Injuries Case, ICJ Reports, 1949 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=41&case=4&code=isun&p3=5>

⁸⁵⁵ Reparations for Injuries Case, ICJ Reports, 1949 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=41&case=4&code=isun&p3=5>

⁸⁵⁶ Отже, практику функціонування міжнародної організації, на нашу думку, варто розглядати скоріше як свідчення, доказ наявності міжнародної правосуб'єктності, а не як першоджерело її виникнення.

з їх кількості⁸⁵⁷. Суд також визначив, що, на відміну від держав, які володіють «усією повнотою міжнародних прав та обов'язків»⁸⁵⁸, правосуб'єктність міжнародних організацій залежить від їхніх цілей та функцій. Останні повинні бути прямо зафіксовані або випливати зі змісту установчих договорів і практики.

Отже, в Консультативному висновку МС ООН про відшкодування знаходить свій виток теорія «домислюваних» або, як їх ще називають, «тих, що маються на увазі» правоздатностей міжнародних організацій, і, як наслідок, теорія їхньої «домислюваної» міжнародної правосуб'єктності⁸⁵⁹.

Саме це пустило міжнародне право по непевному шляху розвитку *ultra vires* і зневаги до суверенітету та маніпулювання суверенною волею держав, зміщуючи акценти зі змісту норми на зміст поведінки, яка стає надзвичайно важливим елементом. Особливого значення у цьому контексті набуває додержання суб'єктами чітко визначеної позиції, з врахуванням того, що в даному випадку мовчання може бути розцінено саме як незаперечення, а між незапереченням та згодою дуже розмита межа.

Хотілося б проілюструвати вищезначені роздуми практичною ситуацією, що склалася у зв'язку із розширення повноважень міжнародного органу – Конференції сторін Рамкової конвенції із

⁸⁵⁷ На даному етапі ані в доктрині, ані у практиці міжнародного права немає свідчень взаємозв'язку кількості учасників організації та обсягу її міжнародної правосуб'єктності. Так само обсяг останньої не пов'язаний із членством та визнанням – відомі прецеденти, коли організація без будь-яких проблем вступала у правовідносини з державою-не членом, яка прямо не визнала організацію, і аргумент щодо неправомірності таких відносин навіть не був озвучений. (Див. рішення національних судів у справах: *International Tin Council v. Amalgamet Inc.* (524 NYS 2d [1988] C. 971); *Arab Monetary Fund v. Hashim and Others* [1990] 1 All ER. C. 690).

⁸⁵⁸ *Reparations for Injuries Case*, ICJ Reports, 1949 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=41&case=4&code=isun&p3=5>

⁸⁵⁹ Практика Міжнародного Суду ООН щодо міжнародної правосуб'єктності міжнародних організацій не дає чіткої відповіді на питання співвідношення іманентних та домислюваних повноважень. Суд не підтримав думки про те, що певні правоздатності міжнародних організацій – договірні, позовні, або представницькі – є невід'ємними незалежно від її цілей та функцій, якщо тільки вони прямо не заборонені статутом організації. Водночас, у Висновку про Відшкодування Суд явно не підтвердив, що існують деякі іманентні правоздатності і повноваження, які є першочергово необхідними, обсяг та зміст яких або підлягають домисленню, або мають бути чітко прописані в статуті міжнародної організації. Очевидно, що Суд вважав домислення правоздатностей юридично доцільним та необхідним заходом. Отже, існування іманентних правоздатностей не виключає потреби у домисленні змісту цих правоздатностей з урахуванням практики здійснення останніх, реалізації функцій та виконання обов'язків.

боротьби проти тютюну. Проблема полягає в тому, що Конференція розробила керівні принципи імплементації Конвенції, що охоплювали ст. 6 Конвенції, хоча остання передбачала застосування такої процедури для інших статей, список яких мав виключний характер. У зв'язку із цим виникає питання правових підстав підготовки і прийняття Конференцією сторін Рамкової конвенції із боротьби проти тютюну керівних принципів імплементації Конвенції питань, що охоплюються положеннями її статті 6.

Рамкова конвенція із боротьби проти тютюну 2003 р. (далі – РКБТ або Конвенція) є єдиним міжнародним договором, розробленим у рамках Всесвітньої організації охорони здоров'я (ВООЗ). Рамковий характер документа зумовив те, що переважна більшість змістовних положень Конвенції викладена у загальних формулюваннях, які, у свою чергу, впливають на особливості тлумачення та реалізації її положень на національному рівні.

Водночас цей міжнародний договір передбачає інституційний механізм для подальшого розвитку й уточнення таких загально сформульованих положень. Цей механізм складається з двох конвенційних органів: Конференції Сторін і Секретаріату (статті 23 та 24 Конвенції). До повноважень Конференції Сторін відноситься регулярний розгляд стану виконання цієї Конвенції та прийняття рішень, необхідних для сприяння її ефективному виконанню (частина 5 стаття 23), а також прийняття керівних принципів з окремих питань, що регулюються статтями 8 – 13 (стаття 7).

Четвертою сесією Конференції Сторін (15–20 листопада 2010 року) прийнято рішення FCTC/COP4(13) «Робоча група за статтею 6 (Цінові та податкові заходи зі скорочення попиту на тютюн)», яким передбачено:

(1) утворити робочу групу в складі експертів з питань фінансів й охорони здоров'я для розробки керівних принципів здійснення статті 6 (Цінові й податкові заходи зі скорочення попиту на тютюн) РКБТ ВООЗ, що надасть доповідь про хід роботи та, за змогою, проект керівних принципів для розгляду Конференцією Сторін;

(2) взяти до уваги доповідь, підготовлену Ініціативою ВООЗ зі звільнення від тютюнової залежності (мається на увазі технічна доповідь Ініціативи ВООЗ зі звільнення від тютюнової залежності

«Цінова та податкова політика (у зв'язку зі статтею 6 Конвенції)»⁸⁶⁰ й надану Секретаріату Конвенції на розгляд Конференцією Сторін на її четвертій сесії, а також зауваження, представлені за цією доповіддю на цій сесії»⁸⁶¹.

Безпосередньою юридичною підставою для створення такої групи виступає пункт «f» частини п'ятої статті 23 РКБТ, що уповноважує Конференцію Сторін «заснову[вати] такі допоміжні органи, які необхідні для досягнення мети цієї Конвенції». Виходячи з цього, Конференція сторін може створити будь-яку робочу групу з метою розробки відповідних рамок для підготовки заходів боротьби проти тютюну (стаття 3), у тому числі цінових і податкових, які визнані сторонами ефективним та важливим засобом скорочення споживання тютюну (частина 1 статті 6).

Разом із тим, пропозиція вдатися до розробки керівних принципів для імплементації статей, інших, ніж статті 8 – 13, як це встановлено у статті 7 Конвенції, явно розширює компетенцію Конференції Сторін.

Однак практика розробки керівних принципів (!) для імплементації РКБТ, яка згідно з частиною 3 статті 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. повинна враховуватися при тлумаченні положень РКБТ, свідчить про тенденцію до розширення повноважень Конференції Сторін. Зокрема поряд з керівними принципами, розробленими для імплементації статей 8–13, були також ухвалені керівні принципи для імплементації статей 5.3 та 14⁸⁶².

Отже, Конференція має право створити Робочу групу за статтею 6, оскільки її діяльність відповідатиме меті конвенції, разом з тим Конвенція прямо не вповноважує Конференцію розробляти та приймати керівні принципи щодо цінових і податкових заходів. А завдяки практиці, що вже склалася, *ultra vires* стала *intra vires*, і

⁸⁶⁰ Ценовая и налоговая политика (в связи со статьей 6 Конвенции): Технический доклад инициативы ВОЗ по освобождению от табачной зависимости. FCTC/COP/4/11, 15 августа 2010 г. [Електронний ресурс]. – 14 с. – Режим доступу: http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/FCTC_COP4_11-ru.pdf

⁸⁶¹ Див.: Конференция Сторон Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака. Четвертая сессия Пунта-дель-Эсте, Уругвай, 15–20 ноября 2010 г. (FCTC/COP/4/DIV/6, 6 декабря 2010 г.) [Електронний ресурс]. – С. 81. – Режим доступу: http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/FCTC_COP4_DIV6-ru.pdf

⁸⁶² WHO Framework Convention on Tobacco Control – Adopted Guidelines [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.who.int/fctc/protocol/guidelines/adopted/en/>

цю тенденцію обов'язково слід враховувати при подальшому захисті наших інтересів у міжнародних інституціях.

Аналіз рішень міжнародних організацій свідчить, що поза сумнівом вони є окремим джерелом закріплення прав та обов'язків суб'єктів міжнародного права. Перша суттєва різниця полягає в тому, що дане джерело не перераховано у статті 38 Статуту МС ООН.

Рішення міжнародних організацій подібне до міжнародного договору, адже іде формальне погодження воль держав (суб'єктів міжнародного права), врегульоване нормами міжнародного права, закріплена у письмовій формі і може мати різні назви (рішення, резолюція, стандарт, рекомендація) і складатися з одного або декількох документів, пов'язаних між собою. Власне ті ж ознаки, які виведені у ст. 2 Віденської конвенції 1969 р. для означення міжнародного договору. Єдине, що їх суттєво відрізняє між собою – це порядок вступу в дію та юридична сила, хоча останнє все частіше співпадає.

Складність рішень міжнародних організацій як міжнародно-правового регулюючого інструмента в тому, що доволі часто саме через їх використання намагаються врегулювати нові суспільні відносини, які, як правило, до того взагалі не були відомі міжнародному праву. Класичною ілюстрацією цього твердження є історія становлення космічного права. Вперше про необхідність міжнародно-правового регулювання використання космічного простору заговорили відразу після запуску СРСР штучного супутника Землі у 1957 р., а вже 13 грудня 1958 р. ГА ООН заснувала Спеціальний комітет з використання космічного простору у мирних цілях, який, щоправда, виявився на той час неефективним⁸⁶³. За рік ГА ООН прийняла Резолюцію 1472 (XIV) «Міжнародне співробітництво у сфері використання космічного простору»⁸⁶⁴. 1961 р. Ознаменувався прийняттям ще однієї Резолюції 1721 (XVI) «Міжнародне співробітництво щодо використання космічного

⁸⁶³ Из истории международно-правового регулирования космической деятельности [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.sovkos.ru/cosmos/information/607.html>

⁸⁶⁴ Resolution adopted by the General Assembly 1472 (XIV) – International co-operation in the peaceful uses of outer space [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.oosa.unvienna.org/oosa/SpaceLaw/gares/html/gares_14_1472.html

простору в мирних цілях»⁸⁶⁵. Основу всієї галузі заклала все ж таки перша резолюція, прийнята з цього питання, де було визначено, що дослідження і використання комічного простору здійснюється на благо всього людства, а на космос та небесні тіла розповсюджується міжнародне право, у тому числі і Статут ООН, і вони не можуть бути привласненні жодною державою. Саме на цих же принципах було розроблено Договір про правові принципи діяльності держав щодо дослідження та використання космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла (Резолюція 2222 (XXI))⁸⁶⁶. Історія міжнародного права не знає випадку такого швидкого розвитку та становлення міжнародно-правової галузі. І, на нашу думку, сааме простота прийняття рішень міжнародною організацією порівняно із міжнародним договором, а тим більше міжнародним звичаєм, дозволила цій галузі розвиватися надзвичайно швидкими темпами.

Постає питання, з якого ж моменту резолюції міжнародних організацій почали відгравати суттєву роль у формуванні сучасного міжнародного правопорядку. Звісно, що чітко дати назвати неможливо, однак, на наше переконання, пов'язати цей момент доцільно із виникненням Ліги Націй⁸⁶⁷.

Сама історія Ліги Націй починається із резолюції. Американський президент В. Вільсона наполіг на підготовці проекту договору про Лігу Націй у спеціальній комісії, яку мав намір сам очолити⁸⁶⁸. У рамках Паризької мирної конференції була утворена Комісія з підготовки проекту Статуту Ліги Націй. У резолюції про це, прийнятій 25 січня 1919 р. уже на другому пленарному засіданні мирної конференції, зокрема зазначалося,

⁸⁶⁵ Resolution adopted by the General Assembly 1721 (XVI) – International co-operation in the peaceful uses of outer space [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.unoosa.org/oosa/SpaceLaw/gares/html/gares_16_1721.html

⁸⁶⁶ Resolution adopted by the General Assembly 2222 (XXI) – Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.unoosa.org/oosa/SpaceLaw/gares/html/gares_21_2222.html

⁸⁶⁷ Це не означає, що саме із створенням Ліги Націй слід пов'язувати виникнення такої категорії, як резолюції міжнародних організацій. Так, на зорі міжнародних організацій праобразу резолюцій можна знайти в діяльності Віденського конгресу, і, відповідно, Центральної комісії судноплавства по Рейну, Всесвітнього поштового союзу тощо.

⁸⁶⁸ Уткин А. И. Дипломатия Вудро Вильсона / А. И. Уткин. – М. : Международные отношения, 1989. – С. 253.

що:

«1. Для досягнення мирного врегулювання ... необхідне створення Ліги Націй з метою укріплення міжнародного співробітництва для забезпечення виконання прийнятих міжнародних зобов'язань і забезпечення запобіжних заходів проти розв'язання війни.

2. Ліга повинна бути створена як невід'ємна частина загально-го Договору про мир і повинна бути відкритою для кожної цивілізованої нації, якій можна довіряти в досягненні її цілей.

3. Члени Ліги повинні періодично зустрічатися на міжнародній конференції і повинні мати постійну організацію і секретаріат для ведення роботи в інтервалах між конференціями»⁸⁶⁹.

Особливий історичний і правовий інтерес у цьому контексті викликає Статут ППМП, який і було використано як основа для подальшого прийняття Статуту МС ООН, у тому числі це стосується статті 38. Власне про це йшлося вище, і, відповідно, помилки та недоліки Статуту ППМП було закладено і Статут МС ООН. Проведення невеликого історичного екскурсу в історію створення ППМП дозволить пролити певне світло на питання, що є зараз предметом пошуку, і дозволить виявити системні помилки побудови сучасної системи джерел міжнародного права, яка базується на ст. 38 Статуту МС ООН.

Провідні юристи того часу, які розробляли Статут ППМП не зупинилися взагалі на феномені рішень міжнародних організацій, їх більше цікавили питання дії рішень майбутнього Суду як першого універсального міжнародного судового органу. При чому, це ще більш дивно, адже сама Консультативна комісія юристів (Advisory Committee of Jurists) була утворена в результаті прийняття резолюції Радою Ліги Націй. Тим не менш, як спосіб закриття прогалин у міжнародному праві Комісія вирішила використати загальні принципи права цивілізованих націй, і навіть принципи справедливості. В основу всього, ж на думку, експертів доцільно було б покласти міжнародні договори. Слід віддати належне експертам робота була проведена надзвичайна. Позиції експертів та пропозиції щодо функціонування ППМП були

⁸⁶⁹ Колісніченко К. С. Ліга Націй у розвитку міжнародного права / К.С. Колісніченко // Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – Спеціальність 12.00.11. – міжнародне право. – Український державний університет фінансів та міжнародної торгівлі. – К., 2011. – 214 с.

викладені у систематизованому документі «Документи, представлені Консультативній комісії юристів, які стосуються існуючих планів»⁸⁷⁰. І хоча в документах прямо про це не згадується, одна з основних дискусій точилася навколо наділення майбутнього Суду нормотворчою функцією. Серед значного розмаїття позицій виділялося два діаметрально різні підходи. Так, проф. Альберт де Лапрадель вважав, що Суд має приймати рішення згідно з правом та справедливістю⁸⁷¹, взагалі не визначаючи перелік джерел, якими керується суд. Діаметрально протилежну позицію зайняли представники США та Великої Британії Еліху Рут та лорд Філімор.

Однак питання ролі та місця резолюцій міжнародних організацій взагалі експертами не підіймався, хоча вже на момент створення Ліги Націй та ППМП вже був досвід функціонування спеціалізованих міжнародних організацій. Зокрема, Центральна комісія навігації по Рейну, створення якої хоч і супроводжувалась значними непорозуміннями між прибережними державами, особливо з Нідерландами, вже тоді свідчило про зародження тенденції до інтернаціоналізації всіх сторін суспільного життя. Саме з цього моменту міжнародні організації стали наділятися власною компетенцією та повноваженнями. Цікавим у цьому контексті є діяльність Поштового Союзу (зараз має назву Всесвітній поштовий союз і статус і спеціалізованої установи ООН), рішення в рамках якого приймалися міжнародними конгресами. При чому такі рішення були чимось середнім між міжнародним договором і власне рішенням міжнародної організації, адже за способом прийняття – це однозначно рішення міжнародної організації, однак за способом вступу в дію – через ратифікацію – міжнародний договір.

Однак саме зі створенням Ліги Націй змінилося і міжнародне право, і одним із досягнень якого стало виникнення нового регулюючого інструменту – рішення міжнародної організації, прийняття яких стали звичайною практикою для постійно діючих міжнародних органів. Однак це не означає, що рішення міжнародних організацій відразу зайняли нішу «квазізаконодавчих актів». При

⁸⁷⁰ Documents presented to the Committee relating to existing plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice (1920) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_to_comm_existing_plans.pdf

⁸⁷¹ Proces-Verbaux of the Proceedings of Advisory Committee of Jurists [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf

чому це стосується, як періоду Ліги Націй, так і сучасного періоду розвитку міжнародних відносин. Так, у офіційному коментарі Великої Британії до Статуту Ліги Націй було зазначено, що суверенні держави не будуть згодні на розповсюдження на них норм, за які проголосувала більшість, навіть якщо переважна більшість з цієї більшості, є соратниками⁸⁷². Таким чином, прийняття будь-яких рішень має виходити, із двох базових принципів – принципу територіальної цілісності та незалежності держав-членів (стаття 10 Статуту Ліги Націй⁸⁷³). При голосуванні за рішення Рада Ліги Націй виходила не тільки із положень Статуту, але й і з практика, яка склалася. Зокрема, це стосувалася порядку голосування держав, які виступали були зацікавленими сторонами у питанні, що розглядалося Радою, навіть, якщо таке відсторонення і не було прямо передбачено Статутом. Навіть, вирішуючи питання, які були прямо віднесені Статутом до відання Ради, у тому числі територіальні питання, Рада ніколи не виносила обов'язкові для сторін рішення.

Обмеження, встановлені за часів Ліги Націй, так або інакше враховувалися і враховуються іншими міжнародними організаціями в подальшому. Однак, тлумачення таких обмежень суттєво змістилося на користь можливості прийняття міжнародними організаціями обов'язкових рішень. Це ще більше навело інтелектуального хаосу в праві міжнародних організацій, що не додає стрункості і в розуміння джерел закріплення міжнародних зобов'язань.

При цьому слід розрізняти два види рішень міжнародних організацій – ті, що обслуговують функціонування самої організації, тобто регулюють питання внутрішньорганізаційного характеру. Такі рішення є обов'язковому для організації та держав-членів⁸⁷⁴.

⁸⁷² Kluuyver C.A. Documents on the League of Nations / C.A. Kluuyver. – CopyRight Materials, 2009. – P. 102 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ia600304.us.archive.org/23/items/documentsonleagu00kluuyoft/documentsonleagu00kluuyoft.pdf>

⁸⁷³ Статут Ліги Націй [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.hist.msu.ru/Departments/ModernEuUS/INTREL/SOURCES/Legnataust.htm>

⁸⁷⁴ Шibaева Е.А. Право международных организаций: Вопросы теории. / Шibaева Е.А. – М., 1986. – С. 139

Так, згідно статті 16 Статуту Ради Європи⁸⁷⁵ Комітет міністрів приймає рішення, які мають обов'язків характер, якщо вони стосуються внутрішньої організації та порядку роботи самої організації, для чого комітет може приймати фінансові та адміністративні рішення. Зовсім по іншому вирішується питання щодо юридичного статусу рішень органів, які безпосередньо виконують функції організації. Узагальнення позицій радянської та пострадянської школи міжнародного права з цього питання наведені у статті І. Барковського «Правотворча діяльність міжнародних організацій: теоретичні аспекти та сучасні тенденції»⁸⁷⁶.

Ці позиції можна об'єднати у дві великі групи: автори, що заперечують можливість приймати міжнародною організацією обов'язкові рішення, які прямо не передбачені статутом⁸⁷⁷ та ті, що визнають за рішеннями міжнародних організацій, направлених на виконання її функцій, є обов'язковими для виконання⁸⁷⁸. Вважаємо, що відповідь на це питання вже дав МС ООН у Консультативному висновку щодо Відшкодування ушкоджень, заваних на службі в ООН.

Розглядаючи питання про надання міжнародній організації можливості приймати обов'язкові акти по суті, держави йдуть на це з великою обережністю. Тому навіть логічно неможливо допустити, на думку ряду дослідників, аби держави мали намір надати організації право на прийняття обов'язкових актів. При цьому, як наголошує Т.Н. Нешатаєва не слід забувати про те, що саме угода [згода] між суб'єктами міжнародного права є єдиним способом створення юридичних норм⁸⁷⁹. Хоча із цією думкою, виходячи із

⁸⁷⁵ Statute of the Council of Europe CETS №: 001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=001&CM=8&DF=23/01/05&CL=ENG>

⁸⁷⁶ Барковский И. А. Правотворческая деятельность международных организаций: теоретические аспекты и современные тенденции / И.А. Барковский // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 2003. – № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=622&Itemid=54

⁸⁷⁷ Крылов Н.Б. Правотворческая деятельность международных организаций / Н.Б. Крылов – М., 1988. – С. 24.

⁸⁷⁸ Моравецкий В. Функции международной организации / В. Моравецкий – М.: Прогресс, 1976. – С. 91.

⁸⁷⁹ Нешатаева Т. Н. Международные организации и право: Новые тенденции в международно-правовом регулировании. / Т. Н. Нешатаева – М., 1998. – С. 107 – 108.

практики сучасних міжнародних організацій, складно погодитись. І це стосується не тільки ЄС як об'єднання *suī generis* вже квазідержавного типу, яке і юридично і фактично має наддержавні повноваження. У той же час, слід звернути увагу на резолюції ряду міжнародних організацій (Ради Європи, ФАТФ та інших), які, будучи за своєю природою нормами м'якого права, тягнуть за собою цілком очевидні міжнародно-правові наслідки абсолютно «жорсткого характеру». Тому доцільно детальніше зупинитися на самій концепції «м'якого права», яка завжди викликала непевну реакцію юристів-міжнародників.

Якщо слідувати за нормативістами, строго кажучи, м'яка норма – це взагалі не норма права. Крайній погляд було висловлено проф. Проспером Вейлем, який стверджує, що це ані м'яка, ні тверда норма, це взагалі не право⁸⁸⁰. З іншого боку, тоді постає питання, що це таке, оскільки вважати її політичною нормою також неможливо, хоча такі оцінки також зустрічаються в міжнародно-правовій доктрині, особливо це стосується Загальної декларації прав людини, Заключного акта НБСЄ, рішення Ради ООН з прав людини (до 2006 р. – Комісія) тощо. Цілком очевидно, що в усіх цих документах чітко прослідковується вплив держав та їх намір так або інакше ефективно врегулювати певні відносини. Тобто, такі норми, виходячи із функції, які вони виконують, мають, якщо не правовий, то, як мінімум, квазіправовий характер. Тоді виникає питання про відмежування цієї категорії від неправових норм, з одного боку, та правових норм, з іншого, тим більше, що неправові норми можуть також містити зобов'язання, хоча і неправового характеру, однак не менш важливі для розвитку міжнародного права.

Саме це створює відчуття ментального дискомфорту у юристів, які починають аналізувати це правове явище. Тому цілком логічним є підхід більшості дослідників цієї сфери, які намагаються піти не прямим, а окружним шляхом, досліджуючи категорію через її протиставлення визначеним та усталеним категоріям міжнародного права, зазначаючи, що норми м'якого права не включають в себе юридично обов'язкові норми, а лише рекомендаційні

⁸⁸⁰ Weil Prosper. *Towards Relative Normativity in International Law?* / Prosper Weil. – *The American Journal of International Law*. – 1983. – Vol. 77. – P. 413–442.

настанови. Розглянемо класичне непорозуміння кваліфікації діяння держави.

Так, як розцінити промову представника держави, як політичне зобов'язання, як правове зобов'язання або як просто виступ публічного діяча. Цікавим є приклад наведений К. Бредлі у його роботі «Нератифіковані договори, внутрішня політика та Конституція США»⁸⁸¹, яка стосується Договору про обмеження стратегічних (Ш) озброєнь 1979 р., підписаного США та СРСР. Однак у зв'язку вторгненням СРСР до Афганістану Президент Картер приймає рішення не подавати до Сенату Договір на ратифікацію. Таку ж позицію зайняв і Президент Рейган, про що і було повідомлено СРСР, при чому обидва президенти, тим не менш, неодноразово наголошували на тому, що США будуть добровільно виконувати положення цього Договору до тих пір, поки це робить СРСР. У зв'язку із цим Бредлі робить висновок про те, що стосовно США даний Договір діє як норма м'якого права.

Обґрунтованість такого підходу доволі сумнівна. Перша анти-теза стосується можливості та доцільності розцінити зобов'язання США саме як договірні, хоча вона доволі примарна. Давайте подивимось на аргументацію. Існує намір сторін вступити в юридично обов'язкові відносини, більш того, договір підписано і, власне, Віденська конвенція 1969 р. допускає застосування договору до його вступу в дію, хоча стаття 25 Конвенції і не може бути застосована у повній мірі до цього випадку, ніхто не виключає можливості застосування статті 18 цієї ж Конвенції і більш того, виходячи із положень статті 31 Конвенції тлумаченню підлягає, перш за все, намір сторони. І все ж таки застосування Конвенції 1969 р. для врегулювання цієї ситуації видається доволі спірним, однак поза сумнівом, залишається той факт, що США взяло на себе саме зобов'язання, пов'язане із міжнародним договором, однак не як учасник цього договору, відповідно можна вести мову про одностороннє зобов'язання політико-правового характеру.

Отже, дискусія триває і приймає інколи викривлені форми аж до заперечення наявності м'якої норми. Складається стандартна ситуація для міжнародного права – практика міжнародних відносин пішла далі, а теоретики все ще продовжують дискутувати

⁸⁸¹ Bradley Curtis. Unratified Treaties, Domestic Politics, and the U.S. Constitution / Curtis Bradley. – 48 Harvard Journal of International Law. – 2007. – P. 311.

про наявність або відсутність такого феномену як м'яке право, виражаючи навіть своє ставлення до нього через вживання терміну в лапках або без. При чому це притаманно, як західній, так і вітчизняній науці міжнародного права. З'являються нові тенденції у доктрині розуміння феномену, аж до висунення нових концептуально-непрозорих ідей. Так, проф. Гузман вважає м'яке право когерентною аналітичною категорією⁸⁸², що м'яко переносить нас до глибинної філософії міжнародного права, яка втрачає зв'язок з міжнародно-правовою реальністю.

Здається все ж таки, що основне питання, яке стоїть зараз у контексті дослідження м'якого права як феномену міжнародної правотворчості, перш за все, міжнародних організацій, полягає не у його відсутності або наявності, а саме у контексті правових наслідків прийняття таких норм. У зв'язку із цим виникає основне питання – а навіщо держави приймають такого роду норми, тобто чому вони з'явилися і посіли вагоме місце серед ефективних міжнародно-правових регуляторів, адже м'які норми в окремих випадках набагато ефективніші, ніж тверді. Такі норми, перш за все, виконують функції того, хто дивиться вперед⁸⁸³, тобто ефективного координатора дій.

⁸⁸² Guzman Andrew, Meyer Timothy. *International Soft Law* / A. Guzman, T. Meyer. – Journal of Legal Analysis. – Spring, 2010. – Volume 2, Number 1. – p. 171.

⁸⁸³ Як тут не згадати Лесю Українку та її «Лісову пісню», драму-феєрію у трьох актах з міжнародно-правим підтекстом. ([Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://myslenedrevo.com.ua/studies/lesja/works/dramas/lp0.html>). Звернімо увагу на опис «Того, що греблі рве» – «молодий [...] з буйними і разом плавкими рухами; одяга на йому міниться барвами, від каламутно-жовтої до ясно-блакитної, і побликує гострими злотистими іскрами». Тепер це ж саме у міжнародно-правовому контексті: м'яка норма – порівняно нове міжнародно-правове явище, не завжди чітке та зрозуміле з точки зору правової природи та правових наслідків, яке, врываючись у міжнародно-правове життя, суттєво змінює його, однак робить це плавно, достатньо часто вносячи до міжнародного права ясність (Див. Пісню: «Кинувшись з потоку в озеро, він починає кружляти по плесі, хвилюючи його сонну воду; туман розбігається, вода синішає)....» «Той, що греблі рве» сам визначає свої завдання та функції: «З гір на долину біжу, стрибаю, рину! / Місточки збиваю, всі гребельки зриваю, / всі гатки, всі запруды, / що загатили люди, – / бо весняна вода, як воля молодя! / (Хвилює воду ще більше, поринає і виринає, мов шукаючи щось у воді). «Той, що греблі рве» непомітно ховається у воду ... ». Власне, як і норма м'якого права, яка поступово утверджується як норма твердого права; так, як це сталося із Гельсінським заключним актом 1975 р.

Цікавою є теорія, висловлена все тим же проф. А. Гузманом та Т. Мейером у статті «Міжнародне м'яке право»⁸⁸⁴ стосовно теорії «намагання уникнення», тобто м'яка норма, на їх думку, зайняла зараз одне з провідних місць в системі правового регулювання міжнародних відносин в силу намагання держав уникнути більш суворої відповідальності за невиконання. Із цього умовиводу цілком логічним є висновок про те, що у випадку зміни обставин, від згоди на тверду норму міжнародного права складніше відмовитися, ніж від згоди на норму м'якого права, та переглянути зміст м'якої норми набагато простіше, ніж норму твердого.

У цьому ж дослідженні було запропоновано концепцію спільного міжнародного права (International Common Law), вочевидь як протиставлення загальному міжнародному праву (General International Law), яке можна визначити як необов'язкові тлумачення обов'язкових норм, які здійснюються міжнародними інституціями, такими як міжнародні судові та квазісудові органи. Такі норми дозволяють державам безболісно поглиблювати співробітництво у сфері, що є предметом спільного інтересу. Але не дивлячись на такі доволі революційні підходи до формування сучасного міжнародного права, автори дослідження так і не дали відповіді на питання, а що ж таке м'яке право, звівши його переважно до тлумачення.

Практика окремих міжнародних організацій свідчить про виникнення іншого феномену в царині джерел міжнародного права. Так ряд міжнародних організацій, зокрема, Всесвітня організація охорони здоров'я (ВООЗ), Всесвітня метеорологічна організація (ВМО), Міжнародна організація цивільної авіації (ІКАО) та інші в межах своєї компетенції приймають «стандарти поведінки». Формально такі стандарти не містять зобов'язального елементу навіть для держав-членів цих організацій. Однак держави-члени не мають змоги (повноважень) запропонувати альтернативні правила, і оскільки їх відмова виконувати такі стандарти може негативно вплинути на їх інтереси, тому держави вважають за доцільне поводитися відповідно до «необов'язкових норм», норм «м'якого права». Тенденція розвитку таких норм свідчить про виникнення в недалекому майбутньому нового основного джерела

⁸⁸⁴ Guzman Andrew, Meyer Timothy. International Soft Law / A. Guzman, T. Meyer. – Journal of Legal Analysis. – Spring, 2010. – Volume 2, Number 1. – P. 171 – 225.

міжнародного права – стандарту. Проф. Г. Даниленко абсолютно аргументовано вважає, що цю тенденцію підкріплює і положення Конвенції ООН Про міжнародне морське право 1982 р., яка відсилає до загальноновизнаних міжнародних норм та стандартів щодо захисту навколишнього середовища⁸⁸⁵. Компетентною міжнародною організацією в цій сфері визнано Міжнародну морську організацію (ІМО). Правова природа цих правил та стандартів до кінця не визначена. Виключно практики держав щодо застосування стандартів недостатньо для того, щоб вони перетворилися на звичай загального міжнародного права. Ще менше підстав вважати такі норми близькими за своєю природою до договірних зобов'язань держави, хоча в окремих сферах держави вже готові наділити ІМО повноваженнями щодо створення норм зобов'язуючого характеру, особливо щодо вирішення питань, пов'язаних з аваріями в морі та їх наслідками.

Розглянемо детальніше категорію стандарт як елемент правотворчості міжнародних організацій.

Тлумачний словник визначає «стандарт» як зразок, еталон, модель, що приймається за висхідну точку для співставлення з ним інших подібних явищ. Але цей термін має дещо іншу конотацію, якщо його розглядати з точки зору права, оскільки у цьому випадку необхідно дати відповідь на питання, чи можна вважати стандарт окремою правовою категорією, що створює права та обов'язки. З іншого боку, можливим є розуміння стандарту як правової категорії, що визначає висхідну точку для розвитку норм, але не породжує при цьому чітких прав та обов'язків⁸⁸⁶.

Європейська практика, на основі якої впроваджуються правові стандарти, цікаві для нашої держави, свідчить про наявність як рекомендаційних стандартів, так і стандартів, що мають обов'язковий характер. Однак обидві категорії стандартів знаходять своє вираження у правових нормах, що примушують до належної поведінки. Саме цей аспект стандартів багато в чому визначає загальний напрямок розвитку правової системи, оскільки за своєю правовою природою такі норми переважно належать до норм-принципів, а, отже, мають установчий характер. Такі стандарти є породженням

⁸⁸⁵ Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве / Г.М. Даниленко. – М.: «Наука», 1988. – 191 с.

⁸⁸⁶ Patterson D. M. Philosophy of Law and Legal Theory: an Anthology / D. M. Patterson. – Oxford: Wiley-Blackwell, 2003. – P. 266.

міжнародного права ХХ століття, коли «швидкість» їх розвитку не збігалася з можливостями та бажаннями окремих держав.

Виникнення правового стандарту в деяких випадках подібне до виникнення міжнародного звичаю: спочатку зароджується практика, яка повторюється протягом певного періоду часу, а згодом за цією практикою визнається сила юридичної норми⁸⁸⁷. Відкритим залишається питання, в який момент норма вже існує і може бути застосована, а в який момент це ще розумна практика. Ні теорія, ні практика відповіді на це запитання не дали. Це залежить від того, якої сфери стосуються стандарти і яка інституція прийняла (розробила, визначила) такі стандарти. Проте переважна більшість сучасних стандартів у праві стала наслідком прагнення створити певний правопорядок *sui generis*. У зв'язку з цим правовий стандарт інколи виникає як *consensus omnium*, тобто загальноприйнятна база для функціонування певного правопорядку, як це стало з Загальною декларацією прав людини 1948 р. Зрештою, правовий стандарт може стати наслідком реалізації певної правової доктрини на нормативному рівні.

Семіотичний аспект категорії «правовий стандарт» полягає в тому, що остання може розглядатися не тільки як окрема норма, але і як документ, який встановлює комплекс норм, правил, вимог щодо об'єкту стандартизації, в якому з метою добровільного багаторазового використання встановлюються характеристики об'єкту.

Теоретично будь-який стандарт повинен стосуватися всіх суб'єктів, за винятком тих, які виключені зі сфери його дії окремою нормою, однак такі винятки мають стосуватися всіх суб'єктів у конкретній ситуації, що чітко передбачена відповідною нормою. Отже, основною умовою легітимності будь-якого стандарту є його чітка фіксація і доступність для ознайомлення всіма, що не виходить за межі легітимності правової норми.

Слід також розрізняти рівні генези правових стандартів, як власне, і рівні стандартів. Стандарти можуть формуватися як всередині держави (національні стандарти), так і на рівні міждержавного спілкування – регіональному, або навіть універсальному (міжнародні стандарти). При цьому існують різні вектори руху правових стандартів. Так, деякі стандарти, що формуються на

⁸⁸⁷ Kokot J. Soft Law Standards under Public International Law / J. Kokot. – International Standards and the Law. – P. 15–42.

рівні національної правової системи, іноді стають міжнародними, і навпаки. В ідеалі, внутрішньодержавні правові стандарти повинні відповідати регіональним, які, у свою чергу, мають кореспондуватися з універсальним. Таким чином, може скластися достатньо чітка система норм-стандартів, на які слід орієнтуватися і які слід враховувати при регулюванні певної сфери суспільних відносин. Така система стандартів склалася, зокрема, у сфері прав людини: Загальна декларація прав людини 1948 р., Європейська конвенція про права людини та основоположні свободи 1950 р. як базовий документ регіонального характеру та Пакти про громадянські, політичні, економічні, соціальні, культурні права 1966 р. як базові документи, що містять універсальні стандарти прав людини⁸⁸⁸.

Міжнародні стандарти виникають або в певному регіоні, або за участі всіх чи більшості держав світу. Як правило, вони належать до категорії так званого «м'якого права» і мають, переважно, рекомендаційний характер. У такому випадку стандарт є орієнтиром, зразком, який доцільно застосовувати в силу його розумності та практичної цінності. Таким чином, забезпечується гармонізація норм національних правових систем у суспільно-важливих сферах. Особливо це стосується сфери прав людини, податкової та митної політик, правоохоронних та судових систем, енергетичної безпеки тощо. Однак, у будь-якому випадку, міжнародні стандарти мають універсальний характер стосовно суб'єктів і тому можуть застосовуватися у будь-якій демократичній державі шляхом їх рецепції. Саме на цих засадах сьогодні будується єдиний європейський правовий простір, активним учасником якого є і наша держава.

Проте одного лише прийняття міжнародного стандарту недостатньо, оскільки для того, аби він ефективно застосовувався державами, необхідно створити належні механізми його застосування та реалізації на національному рівні. Одним з основних механізмів впровадження міжнародних стандартів у внутрішнє право є імплементація. Імплементація – це комплекс конкретних заходів, які сприяють втіленню стандартів у життя. У контексті міжнародного права цей термін переважно означає прийняття державами внутрішнього законодавства: законів, підзаконних актів, процедурних норм, що спрямовані на виконання міжнародних

⁸⁸⁸ Addo M. K. Human rights standards and the responsibility of transnational corporations / M. K. Addo. – London: Martinus Nijhoff Publishers, 1999. – P. 84.

зобов'язань. Конкретні заходи залежать від природи стандарту (наприклад, природоохоронний або трудовий), галузі промисловості, для якої він призначений тощо.

У контексті проблем імплементації правових стандартів слід розрізняти два схожих між собою процеси – гармонізацію та уніфікацію. У випадку з гармонізацією ми маємо справу із створенням правового режиму за допомогою подібних правових норм, заснованих на стандарті. Як правило, правові стандарти саме для цього і існують. Уніфікація означає прийняття однакової норми у різних правових системах. Наприклад, правові системи країн Скандинавії характеризуються значною кількістю уніфікованих норм. Проте наслідком обох механізмів є одне і те ж – бажаний правовий режим.

Міжнародні стандарти присутні у будь-якій сфері правового регулювання, проте вони здебільшого ототожнюються із стандартами, що регулюють технічну сферу, оскільки останні є найпоширенішими. Однак важко уявити будь-яку сферу, у якій би не існувало загальноновизнаних міжнародних стандартів. Важливість та загальне поширення міжнародних стандартів залежить від наукового розвитку цього феномену. Хоча в юридичній сфері термін «стандарт» вживається досить часто, проте не існує єдиного уніфікованого визначення терміну «міжнародний стандарт». Саме тому міжнародні стандарти здебільшого пояснюються та визначаються на прикладах. Ще складніше дати визначення міжнародного регіонального стандарту. Так, не існує уніфікованого розуміння європейського правового стандарту, оскільки ця категорія додатково ускладнюється існуванням різних підходів до формування правових стандартів у рамках двох найбільших регіональних міжнародних об'єднань Європи – Ради Європи та Європейського Союзу⁸⁸⁹.

В ЄС такий феномен знайшов своє відображення в моделі інтеграції, що отримала назву «Європа різних швидкостей». Даний тип стандарту, за своєю природою, є рекомендацією та має необов'язковий характер, проте за умови його імплементації суспільні відносини набувають якісно нових рис, бажаних для даної правової системи. Таким чином, поділ європейських правових стандартів

⁸⁸⁹ Nobel P. Globalization and International Standards with an Emphasis on Finance Law / P. Nobel. – International Standards and the Law. – P. 44–66.

на зазначені різновиди обумовив функціонування права у звичайному розумінні, тобто такого, що має обов'язковий характер, і так званого «м'якого» права⁸⁹⁰.

Рада Європи встановлює, передусім, стандарти у гуманітарній сфері: щодо захисту прав людини, охорони навколишнього середовища, конституційного права, що зумовлено цілями та метою її функціонування. Європейський Союз через директиви, регламенти та інші нормативно-правові акти встановлює стандарти щодо більшості сфер життєдіяльності населення ЄС.

Основним джерелом стандартів ЄС є Установчі договори. Так, Договір про функціонування ЄС містить стандарти у таких пріоритетних сферах суспільних відносин, як: права людини, транспорт, сільське господарство та рибальство, економічна та монетарна політика, зайнятість, соціальна політика, довілля тощо. Важливу роль у формуванні стандартів ЄС відіграє така правова категорія, як компетенція Союзу. Вона (компетенція) впливає на обсяг повноважень, що надаються ЄС, у співвідношенні з повноваженнями, що зберігаються за державами-членами. Навіть, можна говорити про необмежені повноваження ЄС щодо формування стандартів у сферах, що належать до виключної компетенції Союзу: митна сфера, сфера конкуренції, торговельна та монетарна політика, а також рибальство (згідно зі ст. 3 Договору про функціонування ЄС)⁸⁹¹.

Своєрідною протилежністю виключної компетенції Союзу є його компетенція здійснювати діяльність, спрямовану на підтримку, координацію або доповнення діяльності держав-членів. У рамках такої доповнювальної компетенції Союз формує стандарти у таких сферах, як: охорона здоров'я, промисловість, культура, туризм, освіта, молодь та спорт, цивільна оборона та адміністративна співпраця. Однак на більшість сфер правового регулювання поширюється спільна компетенція Союзу та держав-членів. До таких сфер належать: внутрішній ринок, соціальна політика, економічна, соціальна та територіальна згуртованість, сільське

⁸⁹⁰ Abbott K. W. Hard and Soft Law in International Governance / K. W. Abbott. – International Organization. – № 54 (3). – 2000. – P. 421–456.

⁸⁹¹ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:en:PDF>

господарство, охорона довкілля, захист прав споживачів, транспорт, енергетика тощо.

Слід зазначити, що саме в ході розвитку «стандартизації» в європейському праві відбувається своєрідне відпрацювання методів регулювання суспільних відносин у ЄС. Це зумовлено тим, що право Європейського Союзу перебуває у площині між міжнародним і національним правом, і тому йому притаманні своєрідні методи регулювання. Слід зазначити, що в міжнародному праві найбільш прийнятним є метод координації та узгодження, а в національному, особливо в публічній сфері, переважає імперативний метод. Відповідно, у праві Європейського Союзу ці методи поєднуються: учасники цього об'єднання спочатку домовляються та координують свої позиції, а потім у своїй діяльності строго слідують досягнутим домовленостям. Результатом цього є формування норм, що за своєю правовою природою є нормами-стандартами. Зокрема, регулятивні стандарти, що видаються органами Європейського Союзу, обмежують негативні наслідки економічної поведінки суб'єктів.

Визначаючи європейський правовий стандарт як окрему категорію норм європейського права, необхідно зазначити, що цей термін слід вживати як у широкому, так і у вузькому розумінні. Широке розуміння в цілому збігається з поняттям категорії «правовий стандарт», тоді як вузьке розуміння може мати специфічний зміст та не збігатися з поняттям «правовий стандарт». Наприклад, одне з вузьких розумінь європейських стандартів – це стандарти у технічній сфері, що ухвалюються Європейським комітетом стандартизації (далі – CEN), тобто, за своїм змістом – технічною публікацією, що використовується як норма, правило, настанова чи визначення. Зрештою, вони є усталеною практикою та способом досягнення консенсусу у певній сфері правового регулювання. Ці стандарти створюються шляхом згоди між усіма зацікавленими сторонами, включаючи виробників, споживачів товарів та послуг⁸⁹². Кожен отримує вигоду від стандартизації завдяки підвищенню рівня безпеки та якості товарів, а також зменшення витрат на виробництво та зменшення собівартості товару.

⁸⁹² Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:204:0037:0048:EN:PDF>

У праві Європейського Союзу визначення технічного стандарту надається у частині 2 Внутрішніх регламентів CEN/CENELEC (CENELEC – Європейський комітет з стандартизації в електротехніці)⁸⁹³. Згідно з цим документом європейський стандарт – це стандарт, прийнятий CEN/CENELEC, що передбачає обов'язок прийняття аналогічного внутрішньодержавного стандарту і скасування національних стандартів, що можуть йому суперечити. Поняття «гармонізований стандарт» використовується в контексті директив «Нового підходу». Таким чином, у праві ЄС під європейськими стандартами здебільшого розуміють технічні стандарти, які представляють собою документи, що приймаються однією з трьох організацій: CEN, CENELEC або ETSI (Європейський інститут телекомунікаційних стандартів). Європейські стандарти є відкритими для доступу на трьох мовах CEN (англійська, французька або німецька). Ці технічні документи мають вирішальне значення для сприяння розвитку торгівлі і, отже, мають високу значимість для виробників всередині і за межами Європи.

Таким чином, стандарт у вузькому значенні являє собою модель специфікації, технічне рішення, яке може користуватися попитом на ринку. Він закріплює кращу практику і, як правило, є результатом розвитку науки і техніки. Отже, по суті, у вузькому значенні стандарти відносяться до продукції, послуг або систем. Сьогодні технічні стандарти вже більше не створюються виключно з технічних причин, вони вже стали основою для соціальної інтеграції в Європі, а також зближення та взаємодії у рамках зростаючого ринку в різних галузях промисловості. Технічні стандарти існують тоді, коли члени співтовариства мають спільну мету, наприклад, безпеку або гармонізацію ринку, і якщо між ними немає значних розбіжностей. Отже, європейські стандарти є ключовим компонентом єдиного європейського ринку. Попри те, що вони мають здебільшого технічний характер, оскільки є наслідком європейської економічної інтеграції в рамках ЄС, вони є одним з найбільш важливих питань для функціонування бізнес-структур⁸⁹⁴.

⁸⁹³ Internal Regulations / Part 2: Common Rules for Standardization Work. – 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cenelec.eu/nr/rdonlyres/ff7f5a47-f0e6-46b2-9a02-2d0a4c2b7cab/0/irpart2english.pdf>

⁸⁹⁴ Moens G. Commercial Law of the European Union / G. Moens, J. Trone. – London: Springer, 2010. – P. 67.

Іншим видом стандартів є стандарти, прийняті з метою встановлення принципів. Однак тут мова йде про правила, сформульовані більш загальним чином. Вони стосуються, зокрема, прав людини, навколишнього середовища, економічних питань тощо. У тій мірі, в якій технічні стандарти повинні бути якомога більш точними і таким чином забезпечувати сумісність та відповідність, стандарти, що встановлюють принципи, наприклад, у сфері захисту прав людини, повинні бути більш широкими⁸⁹⁵. Для того, щоб бути дієвими, такі стандарти повинні бути публічними, принаймні для відповідних груп населення. Класичним прикладом закріплення таких стандартів є Європейська конвенція з прав людини 1950 р., що встановлює такі стандарти, сформульовані у формі принципів⁸⁹⁶. Зміст цих принципів багато в чому визначається Європейським Судом, який, не будучи правотворцем, суттєво впливає на їхнє змістовне наповнення.

Ще однією сферою, в якій стандарти набули значного поширення, є фінансова сфера. Однією з організацій, що зробила спробу запровадити визначення стандарту, є Форум фінансової стабільності, який визначив стандарти таким чином: «стандарти закріплюють те, що є загально визнаним як належні принципи, практика чи настанови у відповідній сфері»⁸⁹⁷. Тобто Форум розуміє стандарти як загальний термін, поділяючи їх залежно від їх специфічних рис на принципи, звичаї та настанови. У цьому контексті принципи є фундаментальними нормами, що належать до основних сфер життєдіяльності. Принципи, зазвичай, викладені загальним чином і тому надають можливість для гнучкого формулювання, залежно від обставин. Звичаям притаманна більша специфічність, вони переважно застосовуються в доволі вузьких сферах суспільних відносин. Нарешті, настанови передбачають найбільш детальні інструкції щодо застосування норм.

Таке трактування дає змогу виділити окремий вимір європейських правових стандартів, що існують поза технічною та фінансовою сферою. Так, європейський правовий стандарт у широкому

⁸⁹⁵ Brems E. Human Rights: Universality and Diversity / E. Brems. – The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001. – P. 309.

⁸⁹⁶ Francioni F. Environment, human rights and international trade / F. Francioni. – Hart Publishing, 2001. – P. 6.

⁸⁹⁷ Financial Stability Forum: What Are Standards? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.fsforum.org/compendium/what_are_standards.html

значенні включає принципи, настанови, рекомендації, кодекси поведінки, кодекси найкращої практики. Як і у випадку зі стандартом, навряд чи існує чітке визначення, яке можна застосувати до кожного з цих термінів.

При створенні стандартів відбувається проходження трьох стадій: вибір стандарту, імплементація та моніторинг. Вибір стандарту є стадією, при якій найбільше значення набуває метод координації. Якщо мова йде про регулятивні стандарти, то суб'єкти підприємницької діяльності та держава прагнуть до різних результатів, навіть, якщо вони намагаються знайти спільне рішення. Це робить процес вибору стандарту процесом з високим ступенем політизації і часто ускладнює досягнення компромісу та відкладає момент створення єдиного стандарту.

Існують також три інших поширених фактори, що характерні для процесу вибору стандарту. По-перше, суб'єкти часто стикаються зі значною непевністю щодо природи проблеми, можливих шляхів вирішення, витрат, пов'язаних із альтернативними рішеннями, потенційних негативних наслідків тощо. Для прийняття стандарту може бути необхідне попереднє вивчення сфери суспільних відносин та довготривалі переговори. По-друге, витрати, пов'язані із переговорним процесом, можуть бути занадто високими. Часто до процесу переговорів на міжнародному рівні залучаються значна кількість учасників як з кола прихильників, так і противників, у набагато більшій кількості, ніж при внутрішньодержавних переговорах. По-третє, приватні підприємства є дуже різноплановими – великими та малими, з різних територій, фінансовими, промисловими чи сільськогосподарськими тощо. Немає єдиних стандартів, які б були прийнятними для всіх з урахуванням всіх цих обставин. У результаті більшість стандартів стосуються дуже вузьких сфер, оскільки це полегшує процес прийняття та застосування стандарту.

Все вищевикладене однозначно свідчить про специфіку міжнародної правотворчості міжнародних організацій, однак аж ніяк не свідчить про однозначність самих актів. Ще раз хотілося б наголосити на тому, що такі акти, особливо прийняті як стандарт, дозволяють маніпулювати волею держав. Отже, незалежно від характеру документів, які приймаються міжнародною організацією, вони мають нормативний характер, хоча не слід ототожнювати нормативність із обов'язковою юридичною силою норм.

М'яке право зараз знаходиться у невизначеному континуумі – між політичними юридично необов'язковими категоріями та юридично обов'язковими нормами. Але це не означає, що ми маємо справу з чимось ефемерним, це лише ще раз доводить, що до сучасних міжнародно-правих категорій не можна і недоцільно в ряді випадків застосовувати формальний підхід, адже норма одночасно виступає і результатом, і джерелом, що охоплює і статику, і динаміку процесів, тому формальні підходи і не здатні пояснити суть речей.

На превеликий жаль, формат та предмет дослідження не дозволяють детальніше зупинитися на феномені правотворчості міжнародних інституцій, це має стати предметом окремого аналізу, причому, як мінімум докторської дисертації. Адже досліджуючи правову природу рішень міжнародних інституцій, ми свідомо оминули увагою питання порядку прийняття міжнародними організаціями актів. Цей порядок аж ніяк не впливає на ефективність самої норми, хоча за певних обставин результати обговорення та голосування можуть стати основою для прийняття рішення щодо наявності *opinio juris* у діях держав, однак про це – в іншому Пошуку.

РЕЗУЛЬТАТИ ПОШУКУ

Переосмислення категорії «джерело міжнародного права» за допомогою двох базових підходів – формального та філософсько-правового – дозволило виявити сильні та слабкі сторони сучасних доктринальних підходів до правової природи джерела міжнародного права та здійснити їх критичний аналіз.

Так, формальний підхід, застосований у Статуті МС ООН та Гаазькій конвенції про Міжнародний призовий суд, є результатом, переважно, позитивістської традиції праворозуміння, та його основним недоліком є відсутність динаміки та гнучкості, що є необхідними для ефективності та еволюції системи міжнародного права.

Філософсько-правовий підхід базується, переважно, на природно-правовому розумінні джерела міжнародного права і дозволяє проаналізувати не лише форму існування джерела, але і його аксіологічний зміст, який знаходиться поза формою закріплення джерела.

Виходячи із об'єктивної реальності регулювання сучасних міжнародних відносин, яка характеризується поступовим відходом від класичних джерел міжнародного права як об'єктивної міжнародно-правової категорії до справедливості – як суб'єктивної, застосування філософсько-правового підходу до розуміння джерел права є більш виправданим. Воно сприяє прогресивному розвитку міжнародного права, але водночас негативно впливає на стабільність міжнародного правопорядку і підвищує вплив національного права на розуміння винятково міжнародно-правових категорій. Починає домінувати прецедентне праворозуміння, яке походить з англосаксонської системи права, а міжнародне право набуває характеру прецедентного, що додатково підтверджує неправильність змістовного наповнення статті 38 Статуту МС ООН. Така ситуація зумовлює нівелювання суверенітету як базової категорії міжнародного права кінця XIX – початку XX століття.

Крім того, філософський підхід до визначення джерела міжнародного права дозволяє визначити місце і роль категорії

«справедливість» як базової категорії сучасного міжнародного права, яка відіграє важливу роль у формуванні уявлення про джерела міжнародного права як явища системного характеру і дозволяє констатувати наявність джерел та квазіджерел міжнародного права. До останніх відносимо: справедливість, доктрини та рішення міжнародних судових органів, які впливають на формування або є складовими джерела міжнародного права, і, по суті, є *джерелами джерел міжнародного права*.

Практика доводить важливість застосування методу аналогії для визначення змісту окремих джерел міжнародного права. Зокрема, це стосується загальних принципів права, односторонніх актів та справедливості. Однак аналогію слід використовувати обмежено, особливо це стосується аналогії джерел міжнародного та національного права, оскільки міжнародне право, використовуючи інструментарій національного права, вкладає абсолютно інший зміст у правові категорії. Метод аналогії нерозривно пов'язаний із методом юридичної фікції, яку доволі часто застосовує МС ООН при аналізі односторонніх актів та загальних принципів права. Застосування таких методів одночасно призводить до необґрунтованого використання національних нормативно-правових актів та внутрішньодержавної практики для прийняття рішень у міжнародних судових інстанціях, що робить такі рішення необ'єктивними. На окрему увагу заслуговують рішення МС ООН, які побудовані на основі внутрішньодержавного права та практики (Консультативні висновки щодо Південно-західної Африки та Косова).

Окремо було використано метод «теорії ігор» для з'ясування особливостей формування міжнародного звичаю. В результаті дослідження було доведено, що класичні методи дедукції й індукції не дозволяють системно розглянути правові та позаправові чинники, що впливають на формування і ефективність міжнародного звичаю. У контексті дослідження було застосовано дві дилеми: дилема «ув'язненого» та дилема «яструба і голубки». Перша дозволила виявити особливості поведінки держав при створенні звичаєвої норми та проаналізувати *opinio juris* у цьому розрізі. Друга дала можливість встановити реальне співвідношення ролі великих та малих держав при формуванні звичаю. Це, у свою чергу, дозволило довести, що практика та *opinio juris* великих держав відіграють суттєвішу роль у формуванні загального міжнародного звичаю,

тоді як практика та *opinio juris* малих держав можуть взагалі не враховуватися. У цій ситуації саме великі держави забезпечують непорушення звичаєвої норми малими державами, що сприяє стабільності міжнародної системи у цілому.

Системний аналіз ст. 38 Статуту МС ООН дозволив виділити ряд змістовних недоліків її положень, що не дозволяють розглядати її як універсальну норму, яка вичерпно закріплює всі джерела міжнародного права.

По-перше, ст. 38 Статуту МС ООН закріплює джерела, застосування яких є зручним, передусім, для судових органів.

По-друге, перелік джерел, закріплений у ст. 38 Статуту МС ООН, сформувався як система майже сто років тому, і, відповідно, містить міжнародно-правові архаїзми та потребує нового доктринального переосмислення у контексті сучасної практики міжнародних відносин.

По-третє, з еволюцією практики міжнародних судових інституцій спостерігаються розбіжності міжнародної правозастосовної практики зі змістом ст. 38 Статуту МС ООН. Так, у ряді справ рішення були винесені на основі односторонніх актів держав, порушення яких державою-автором стали підставою для настання міжнародної відповідальності.

Для усунення зазначених недоліків найпростішим рішенням вбачається зміна ст. 38 МС ООН, однак це не вирішить ключових проблем правозастосування. Відтак більш ефективним видається включення до порядку денного роботи Комісії міжнародного права ООН питань визначення системи джерел міжнародного права та їх системної взаємодії.

Будь-яке джерело міжнародного права, незалежно від форми його закріплення, складається з двох елементів – конститутивного та суб'єктивного. До конститутивних елементів відносимо: текст міжнародного договору, практику держав, заявлення одностороннього акту. До суб'єктивних елементів відносимо: намір сторони бути зобов'язаною або у випадку норми *jus cogens* – зобов'язання суб'єкта, яке виникає поза його волею.

Встановлено, що третім елементом виступає зміст джерела міжнародного права, який складають права та/або обов'язки учасників правовідносин, що регулюються цим джерелом. Ці три елементи у системі і являють собою категорію «джерело міжнародного права».

Оцінка ефективності джерел міжнародного права залежить від їх реалізації, при чому ключову роль відіграє принцип добросовісності. Останній походить з приватного права, в якому його зміст набагато ширший, ніж у публічному праві. Однак, якщо закріплення широкого змісту для принципу добросовісності у приватному праві можливо і доцільно, то розширення змісту принципу добросовісності в публічному праві неможливе, адже існує вірогідність його недобросовісного використання, в тому числі і для зриву переговорів.

Встановлено також, що добросовісність виконує функцію подальшого перетворення міжнародного права на класичну нормативну систему. Саме на основі цього всеохоплюючого принципу і будується нормативна система міжнародного права, адже цей принцип став основою для інших принципів типу *rebus sic stantibus*, *pacta sunt servanda*, естопель тощо. Причому саме добросовісність стає тим елементом, що вирішує колізійні питання між *rebus sic stantibus* та *pacta sunt servanda*, які є перешкодою для ефективності права міжнародних договорів та створюють проблеми у правозастосуванні.

Принцип добросовісності в міжнародному праві, не будучи імперативним, тим не менш, відіграє ключову роль у формуванні сучасного міжнародного правопорядку; по суті, без цього принципу міжнародне право взагалі перестане існувати.

Разом з тим, принцип добросовісності, який є іманентною рисою позитивного міжнародного права, слід відокремити від принципу справедливості. Добросовісність не є джерелом міжнародного права, однак це принцип, який лежить в його основі, на відміну від справедливості, яка є джерелом, однак не виступає його принципом.

Розвиток міжнародного права завдячує використанню загальних принципів права, які виконують функцію усунення прогалин у міжнародно-правовій системі. Аналіз рішень МС ООН свідчить, що кількість випадків застосування загальних принципів постійно збільшується, саме це джерело лежить в основі формування всіх без винятку джерел міжнародного права, а також є основою для формування нової наднаціональної галузі – міжнародного адміністративного права. Такі тенденції можуть мати різні наслідки. По-перше, розвиток міжнародного адміністративного права, рано чи пізно, призведе до появи «міжнародного законодавства» як нормативної міжнародно-правової категорії, що, своєю чергою,

підвищить ефективність міжнародного права, однак зменшить роль держави у міжнародно-правових відносинах. Таким чином, міжнародне право, яке зародилося з Вестфальської мирної системи, зникне і йому на зміну прийде наднаціональне міжнародне право, яке зведе нанівець суверенітет.

Загальні принципи права є ієрархічно неоднорідною системою, хоча мають одну і ту саму правову природу, сягаючи корінням у приватне право національно-правових систем. Системний аналіз загальних принципів права дозволив поділити їх на:

- принципи процесуального характеру, наближені за своїм значенням до правових максим;
- принципи, що мають матеріально-правовий характер та є класичними міжнародно-правовими нормами.

Порушення правових максим не тягне за собою міжнародно-правової відповідальності, тоді як порушення матеріальних норм є підставою для її настання.

Загальні принципи права притаманні для всіх галузей міжнародного права. Особливо важливу роль вони виконують у галузях, що проходять етап становлення та розвитку. У міжнародному кримінальному судочинстві загальні принципи *a priori* виконують функцію правового інструмента тлумачення інших джерел права. Міжнародний кримінальний суд звертається для встановлення наявності або відсутності загального принципу права до інших судових рішень та доктрин. Таким чином відбувається формування його власної системи джерел та їх розуміння, що дозволяє МКС створювати власну систему загальних принципів права, використовуючи їх у нерозривному зв'язку з власними рішеннями. Цілком очевидно, що з часом Міжнародний кримінальний суд перестане звертатися до зовнішнього запозичення, як це відбулося із Трибуналом по Югославії.

Отже, простежується формування партикулярних систем міжнародного права, що розвиватимуться паралельно із загальним міжнародним правом, поступово відходячи від нього змістовно. Міжнародний кримінальний суд буде поетапно формувати принципи міжнародного кримінального судочинства, які доцільно буде враховувати при розробці нових підходів до національного кримінального та кримінально-процесуального законодавств. Тому з метою виявлення та уникнення невідповідностей і прогалин у національному законодавстві, які виникнуть у майбутньому у зв'язку з ратифікацією Статуту Міжнародного кримінального суду,

ці тенденції мають відстежуватися та враховуватися у процесі розвитку та моніторингу ефективності національного кримінального і кримінально-процесуального законодавства, що на регулярній основі проводиться Інститутом законодавства Верховної Ради України.

Односторонні акти є формою закріплення волі держави, реалізація якої не потребує міжнародно-правового консенсусу, незалежно від того, чи існує такий односторонній акт самостійно або є частиною міжнародного звичаєвого чи договірною процесів.

Певною мірою односторонні акти виконують функції самообмеження суб'єкта міжнародного права. Їх основна мета полягає у створенні міжнародно-правових наслідків, а функція – у забезпеченні прогресивного розвитку міжнародного права, що дозволяє удосконалювати існуючі норми не згідно з чинними нормами міжнародного права, а на їх підставі, що, своєю чергою, свідчить про першочергову роль практики у формуванні окремих інститутів міжнародного права.

Крім односторонніх актів держав, слід констатувати появу односторонніх актів міжнародних організацій, які за своєю природою мають як спільні, так і відмінні риси по відношенню до односторонніх актів держав. Спільною є мета – створення міжнародно-правових наслідків, однак такі наслідки настають переважно для суб'єктів, на яких такий односторонній акт спрямовано, тобто, створюючи міжнародно-правові наслідки одностороннім актом, міжнародна організація не створює для себе зобов'язань, подібних до зобов'язань держави.

За функціональним призначенням односторонні акти міжнародних організацій спрямовані, переважно, на підтримання партикулярного правопорядку і мають здебільшого оціночний характер. До таких актів слід віднести, у тому числі висновки Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеціанської Комісії), які, маючи квазіправовий характер, впливають на уніфікацію законодавств держав – членів Ради Європи. Аналіз висновків Венеціанської Комісії дозволив виокремити партикулярні загальні принципи права, притаманні державам – членам Ради Європи: демократія, захист прав людини та верховенство права, які на рівні ЄС були оформлені у вигляді принципу правової держави.

Деякі галузі міжнародного права розвиваються саме завдяки одностороннім актам, зокрема це стосується такої сфери міжнародного права, як територія, особливо у розрізі міжнародного

морського права, у якому завдяки саме одностороннім актам сформувалися норми щодо континентального шельфу, виключної економічної зони та територіального моря. Виникненню ряду інститутів міжнародного права сприяла також доктрина, зокрема появі таких інститутів міжнародного права, як поширення дії норми на третього суб'єкта, *opinio juris*, зміст інституту тлумачення в міжнародному праві, доктрини *erga omnes* та *jus cogens* тощо.

Не будь-який односторонній акт є таким, що тягне за собою міжнародно-правові наслідки зобов'язального характеру, однак навіть односторонній акт політичного характеру завжди буде мати наслідки для розвитку міжнародних відносин, адже у такому випадку на перший план виходить суб'єктивний елемент односторонніх актів, який стосується як держави – автора одностороннього акту, так і інших держав.

Окремі односторонні акти є односторонніми за формою, однак дво- або багатосторонніми – за змістом, зокрема це стосується ст. 36 Статуту МС ООН. Так, заява, зроблена відповідно до цієї статті, є за своєю природою багатосторонньою і має характер *sui generis* серед інших односторонніх актів, адже включає у себе елемент консенсусу, не притаманний іншим одностороннім актам.

Встановлено, що суб'єктивний елемент одностороннього акту, який полягає у намірі бути зобов'язаним, має бути чітко висловлений або прямо впливати з поведінки держави, що пов'язано із категорією добросовісної поведінки, адже інші держави мають право очікувати на відповідну поведінку.

Аналіз практики міжнародних відносин дозволив встановити, що функцію односторонніх актів держави можуть відігравати внутрішньодержавні закони, що закріплюють позицію держави у зовнішньополітичній сфері. Зокрема, це стосується так званих «екстратериторіальних законів», характерних для ряду держав світу, у тому числі для США та Російської Федерації. Такі закони можуть свідчити про початок формування звичаю, і на цьому етапі ще можна застосувати доктрину перманентного заперечення. Слід враховувати, що за відсутності заперечення, формування такої практики може призвести до негативних наслідків, що проявляються у порушенні принципів невтручання у внутрішні справи, рівності держав та обов'язку співпрацювати, однак не можна оминати увагою такі міжнародно-правові реалії, та їх обов'язково слід враховувати при формуванні зовнішньополітичної стратегії України.

В ході дослідження було виділено зміст та форму одностороннього акту. За змістом виділяють такі односторонні акти: згода, відмова (заперечення) та обіцянка. За формою: заява, протест, нотифікація, застереження. Практика МС ООН свідчить, що одностороння воля держави може бути висловлена: усно, письмово та конклюдентно. Доведено також, що мовчання може розглядатися як згода лише з урахуванням контексту відносин, відтак недоцільним є формулювання єдиного правила щодо мовчазної згоди.

Інститут мовчання в міжнародному праві пов'язаний з інститутом давності, яка у міжнародному праві має два види – набувальна та пресікальна. При цьому обидва інститути виконують функцію забезпечення стабільності міжнародного правопорядку та безпосередньо пов'язані з принципом естоппель, який, своєю чергою, багато в чому визначає зміст поведінки суб'єкта, однак відрізняється від одностороннього акта, оскільки є його наслідком. Встановлено, що естоппель є тим правовим інструментом, що супроводжує односторонній акт.

Дослідження питання відмови від права як різновиду одностороннього акту та аналіз практики міжнародних судових органів з цього питання дозволив встановити існування заборони презумпції відмови від права.

Право міжнародних договорів зародилося і функціонує в основному як процесуальне, що в цілому відображає особливості міжнародного права як галузі переважно процесуального характеру. Домінування процесуальних норм дає підстави стверджувати, що міжнародне право за своєю природою має переважно диспозитивний характер, на чому наголошує волюнтаристська теорія, яка є основною в міжнародному праві. Введення такої ієрархічної категорії, як *jus cogens* та, відповідно, імперативного методу регулювання, зводить нанівець виваженість побудови всієї системи міжнародного права. У цьому контексті було проведено дослідження категорій *jus cogens* та *erga omnes* і з'ясовано, що будь-яка норма *jus cogens* є одночасно нормою *erga omnes*, однак не всі норми *erga omnes* є нормами *jus cogens*. Емпіричний аналіз цих категорій дозволив стверджувати, що норми *jus cogens* є винятково матеріальними нормами, тоді як норми *erga omnes*, що не мають характеру *jus cogens*, мають винятково процесуальний характер.

У розрізі цієї проблеми пропонується оптимізувати корелятивний зв'язок між ст. 53 Віденської конвенції 1969 р. та ст. 103 Статуту ООН. Так, зі сфери застосування ст. 103 доцільно

виключити норми процесуального характеру, одночасно прописавши у цій статті відсилочну норму на категорію *jus cogens*, як таку, що закріплена у Розділі I Статуту ООН, як на норми *jus cogens*. Це дозволить також вирішити і проблему правозастосування ст. 53 Віденської конвенції 1969 р., оскільки її побудова у чинній редакції не дозволяє застосувати її на практиці. Це пояснюється тим, що, по-перше, вона побудована не за предметом регулювання, а за її правовими наслідками; по-друге, її застосування унеможливується через відсутність правової визначеності щодо її предмета; по-третє, формування таких норм, виходячи з положень цієї статті, відбувається переважно звичаєвим шляхом. Однак така пропозиція ґрунтується винятково на позитивістському підході до проблеми, водночас розглядаючи проблему з природно-правових позицій, що може позбавити систему балансу. Відтак доцільним видається порушити це питання у МС ООН для винесення Консультативного висновку щодо вироблення базових критеріїв для виокремлення категорії *jus cogens*.

У контексті дослідження міжнародних договорів було розглянуто також принцип *pacta sunt servanda* щодо можливості віднесення його до категорії *jus cogens* і зроблено висновок про те, що *pacta sunt servanda*, виходячи зі змісту ст. 30 Віденської конвенції 1969 р., не є принципом *jus cogens*. Крім того, було з'ясовано, що *pacta sunt servanda* стосується також міжнародних договорів, які не вступили в дію, однак були підписані стороною. Було доведено, що *pacta sunt servanda* в міжнародному публічному праві є вужчим за змістом, ніж *pacta sunt servanda* в міжнародному приватному праві, адже у приватному праві *pacta sunt servanda* починає діяти з моменту вступу сторони у переговори, результатом чого є можливість настання переддоговірної відповідальності, яка нехарактерна для публічного права.

Щодо вступу договору в силу було виявлено три базові моменти:

– незавершення формальних процедур щодо надання згоди на міжнародний договір не обмежує сторону щодо його виконання, а таке виконання можна вважати опосередкованою формою надання державою згоди на договір;

– практика міжнародних відносин виробила умовну ратифікацію, яка і *de jure*, і *de facto* порушує існуючий порядок вступу договору в силу, однак на практиці умовна ратифікація є надзвичайно поширеною, що свідчить про необхідність введення цього

інституту у Віденську конвенцію 1969 р. для визнання за ним правомірності або ж констатації його неправомірного характеру.

Відмова від ратифікації підписаного договору не може вважатися міжнародним правопорушенням, однак суттєво впливає на стабільність міжнародного правопорядку, особливо в двосторонніх договорах, що регулюють вузький предмет. Що стосується універсальних міжнародних договорів, то проблема нератифікації або ненадання згоди іншим чином, ніж підписання, не може вважатися проблемою для його застосування у силу ст. 38 Віденської конвенції 1969 р.

Аналіз категорії «недійсність міжнародного договору» у контексті його суперечності нормі *jus cogens* дозволив виділити дві проблеми: 1) заявляти про недійсність міжнародного договору можна лише з моменту його укладання та коли про це стало відомо третім державам; 2) застосування контрзаходів у зв'язку з порушенням *jus cogens* можливе лише з моменту початку застосування міжнародного договору. Окремо було доведено, що договір, визнаний недійсним у зв'язку з його невідповідністю нормі *jus cogens*, є неподільним.

Аналіз доктрин міжнародного звичаю дозволив узагальнити його недоліки та дійти висновку про те, що традиційні теорії міжнародного звичаю застаріли і не відображають реального розвитку звичаєвого процесу, адже сучасне розуміння звичаю базується на двох діаметрально протилежних підходах: природно-правовому розумінні суті міжнародного звичаю та нормативно-правовому підході до обов'язковості узгодження воль.

При цьому новітні доктрини розуміння звичаєвого процесу мають два основні напрями розвитку:

– скептичний, згідно з яким звичай перестав взагалі бути джерелом міжнародного права; однак, аналіз праць представників цієї течії свідчить, що на підтвердження своєї позиції вони не мають жодних емпіричних доказів;

– раціональний, що базується на переважно політико-правовому розумінні міжнародного звичаю та враховує історико-правовий досвід розвитку міжнародного звичаєвого права, заперечуючи при цьому роль практики у формуванні сучасного міжнародного звичаю, яка, згідно з цим підходом, є частиною *opinio juris*. Це дозволяє пояснити феномен «миттєвих» міжнародних звичаїв.

Останній напрям найбільш повно відображає особливості міжнародного звичаю, оскільки враховує тенденції розвитку

міжнародних відносин та наріжним каменем останніх вважає інтереси держави, враховуючи при цьому практичний досвід становлення міжнародного звичаю.

Попри те, що ми не ставили перед собою завдання сформувати нову доктрину міжнародного звичаю, вважаємо, що новим витком розвитку розуміння міжнародного звичаю у доктринальній площині має стати доктрина ефективності, базовими критеріями якої виступатимуть:

1) взаємовідносини між правовою нормою і діяльністю держави з точки зору ефективності, оскільки зв'язок між нормою та суб'єктом є реальним відображенням ефективності міжнародного права;

2) переваги звичаєвої норми, що отримує держава в ході реалізації такої норми.

На основі дослідження практики міжнародних та національних судів і їх ролі у розумінні звичаю було встановлено, що вони відіграють подвійну роль.

По-перше, суд виступає основним суб'єктом тлумачення, встановлюючи наявність або відсутність практики та *opinio juris*. Однак тут слід відзначити неякісність аналізу судами як практики, так і *opinio juris* держав, оскільки в більшості випадків суди не аргументовано вживають терміни на кшталт «загальновизнано» або «практика держав свідчить», хоча реального порівняльно-правового аналізу не проводиться. Одним із небагатьох рішень, в якому реально було проведено аналіз законодавства як елементу становлення *opinio juris*, є рішення Верховного суду США щодо британського судна «*The Scotia*», в якому суд проаналізував практику держав за майже 400 років.

У цьому контексті слід окремо наголосити на суб'єктивній ролі судді, особливо в міжнародних судах, який, вивчаючи матеріали справи, виходить винятково зі свого розуміння та користується тими матеріалами, що є доступними відомими йому мовами. Така ситуація призводить до безсистемності судової практики та її суперечності, що є наслідком зниження ефективності та авторитетності навіть МС ООН.

По-друге, суди інколи виконують не правозастосовчу, а правотворчу функцію. Зокрема, при встановленні наявності чи відсутності звичаю або загального принципу права суди мають тенденцію до надмірно широкого розуміння своєї правозастосовної функції, що характерно як для МС ООН, так і для Суду ЄС.

Дослідження міжнародного звичаю дозволило виявити появу нового виду відповідальності – репутаційної, застосування якої відбувається на позаправовій основі і має політико-правових характер. Більше того, її застосування при порушенні державою загального звичаю не потребує використання формальних механізмів міжнародного співробітництва. Основна функція такої відповідальності – вирівнювання міжнародно-правових відносин, що підвищує ефективність міжнародного звичаю через введення до нього неправових елементів.

Застосування такого підходу дозволяє проаналізувати *opinio juris* як основний елемент міжнародного звичаю, що призводить до двох основних наслідків:

1) звичай застосовується незалежно від бажання держави, адже *opinio juris* визначається не самою державою, а іншими державами – за її участі або без такої;

2) міжнародна звичаєва норма поступово може набути статусу класичної міжнародно-правової норми.

За таких умов роль згоди нівелюється, оскільки вона не створює стимулу дотримуватися звичаю, хоча слід враховувати, що такий підхід може суттєво загрожувати державному суверенітету.

Із підвищенням ролі міжнародних організацій у регулюванні міжнародних відносин спостерігається підвищення їх ролі у міжнародній правотворчості, що пов'язано зі зручністю правового інструментарію, який використовується міжнародними організаціями для регулювання міждержавних відносин. Практика свідчить, що акти міжнародних організацій, порівняно з міжнародними договорами, є більш гнучкими та ефективнішими інструментами регулювання міжнародних відносин, оскільки процес їх прийняття дозволяє швидше реагувати на об'єктивні зміни.

Аналіз актів міжнародних організацій через призму оцінки їх ефективності дозволив виявити гнучкість як основну перевагу, яка одночасно виступає недоліком, оскільки часто призводить до правового оформлення політичної доцільності радше через політичний компроміс, ніж через прийняття рішення, що відповідає чинним нормам міжнародного права, у тому числі статутним. Мова йде, передусім, про рішення, які мають характер *ultra vires*, прийняття яких, з одного боку, порушує статутні норми міжнародної організації, а з іншого – може бути визнане правомірним у силу визнання такої практики державами-членами. Основу такої ситуації заклав *Консультативний висновок МС ООН щодо*

відшкодування шкоди, який визнав концепцію «повноважень, що мають на увазі» як таку, що не суперечить принципам міжнародного права, що і стало в подальшому основою для зародження ідеї правомірності актів *ultra vires*.

Разом з тим, акти класичних міжнародних організацій містять переважно норми м'якого права, що доволі часто виконують функції, притаманні міжнародним договорам, адже вони спрямовані більше на регулювання міжнародних правовідносин, ніж на їх заохочення. Однак, будучи за своєю природою нормами-рекомендаціями, за міжнародно-правовими наслідками у ряді випадків вони є класичними імперативними нормами міжнародного права. Зокрема, це стосується актів Ради Європи, ФАТФ, ІКАО тощо, адже їх невиконання призводить до настання не тільки політичної, а й міжнародно-правової відповідальності. Таким чином, правова природа норми не є визначальною для її характеристики, тоді як визначальними є саме її міжнародно-правові наслідки.

Ще однією характеристикою актів міжнародних організацій є те, що вони закріплюють практику та/або *opinio juris* міжнародної звичаєвої норми, що призводить до виникнення феномену «подвійної невизначеності» в міжнародному праві стосовно актів міжнародних організацій: природа акта та збіг практики й *opinio juris*.

У сучасному міжнародному праві спостерігається зміна характеру джерел, дедалі частіше для регулювання міжнародних відносин застосовуються м'які норми, які починають виконувати функцію твердих норм. Це пов'язано з відносною легкістю прийняття м'якої норми та відсутністю усталеної системи міжнародно-правової відповідальності за її порушення. Таким чином, міжнародне право змінює характер міжнародної відповідальності; вона перетворюється на політичну відповідальність, а міжнародне право перетворюється із права «потенційно рівних» на право «потенційно сильних», що зумовлює перетворення теоретичної диспозитивності міжнародного права на його практичну імперативність.

Однією з основних проблем ефективності норм міжнародного права є проблема перекладу, що виникає як лінгвістична, однак має правові наслідки. Це зумовлено двома проблемами: об'єктивною – відсутністю відповідного термінологічного апарату у мові перекладу, та суб'єктивною – неякісним перекладом. Причому друга проблема превалує, про що свідчить аналіз ряду рішень МС ООН французькою та англійською мовами. Так, у *Справі щодо*

притулку у французькому варіанті використовується термін «поширення акта стосовно третьої сторони», тоді як англійський варіант містить формулювання «не застосовується до третьої сторони».

Проблеми лінгвістичного характеру має також Статут МС ООН, зокрема це стосується термінів «юрисдикція» та «компетенція». В англійській редакції Статут ООН використовує один раз термін «*competence*», тоді як в усіх інших випадках використано термін «*jurisdiction*». У російськомовному Статуті термін «компетенція» також використано один раз, однак терміну «юрисдикція» відповідають терміни: «к ведению суда», «подсудность» і «юрисдикция».

Сьогодні взагалі відсутній офіційний переклад українською мовою Статуту МС ООН, відповідно, у більшості випадків ми послуговуємося російськомовним варіантом перекладу, що створює ряд проблем змістовного характеру. У зв'язку із цим пропонується здійснити переклад Статуту МС ООН українською мовою, використовуючи як базовий франкомовний текст, з огляду на недоліки текстів англійською та російською мовами.

Окреме занепокоєння викликає офіційний переклад українською мовою Віденської конвенції 1969 р. У ряді статей зустрічаються обороти, не притаманні українській мові. Так, положення статті 2 українською мовою містить словосполучення «регульоване міжнародним правом», що є прямим перекладом російського «регулируемое международным правом», тоді як цей дієприкметниковий зворот непритаманний українській мові і має перекладатися як «що регулюється міжнародним правом». Однак найбільша проблема, яка існує зараз в українському перекладі, – термін «звичайний». Його використано у чотирьох статтях документа (преамбула, статті 31, 38 та 46). Причому, у преамбулі та статті 38 мова йде про звичай і, відповідно, має бути використано прикметник «звичаєвий» замість «звичайний», тоді як у статтях 31 та 46 дійсно мова йде про звичність, і, відповідно, термін вжито правильно («звичайний»).

Встановлено взаємозв'язок та взаємозалежність між джерелами міжнародного права. Так, односторонні акти відіграють суттєву роль у формуванні міжнародних звичаїв, відображаючи два його елементи: практику та *opinio juris*. Окремого значення набуває заперечення проти практики, яка проходить етап становлення, адже заперечення у результаті може призвести до неможливості формування міжнародного звичаю.

Крім того, реалізація окремих міжнародних договорів можлива лише за наявності одностороннього акта. Доведено, що односторонній акт слід розглядати у дихотомії з міжнародними договорами, особливо це стосується тлумачення односторонніх актів та, зокрема, можливості застосування до такого акта *mutatis mutandis* Віденської конвенції 1969 р. Ця дихотомія зумовлена у тому числі і тим, що загальні принципи права лежать в основі як односторонніх актів, так і міжнародних договорів. При цьому односторонній акт, який суперечить міжнародним договірним зобов'язанням, є недійсним, оскільки порушує базовий принцип – *pacta sunt servanda*. Це дозволяє говорити про наявність ієрархічних взаємовідносин між міжнародним договором (міжнародним звичаєм) та одностороннім актом.

Особливу взаємодією характеризуються міжнародний договір та міжнародний звичай. Ряд міжнародних універсальних договорів є результатом кодифікації міжнародних звичаїв, що у такому разі слугують інструментом тлумачення міжнародного звичаю, а сам договір може бути кваліфіковано як міжнародний звичай.

Встановлено, що в основі всіх джерел міжнародного права лежить принцип справедливості, який стає відправною точкою для формування будь-якого джерела. Функціональну роль відіграють рішення міжнародних судів та доктрина, які визначають існуючі прогалини у джерелах міжнародного права та виступають важливим елементом розвитку міжнародного права у цілому.

СКАРБНИЦЯ ПОШУКУ

1. XII Гаазька конвенція щодо створення Міжнародного призового суду 1907 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldcourts.com/ipc/eng/documents/1907.10.18_convention.htm
2. Алямкін Р. В. Мирне вирішення міжнародних територіальних спорів: практика міжнародних судових органів: дис. ... канд. юрид. наук / Р. В. Алямкін. – Київ, 2011. – 196 с.
3. Аристотель. Никомахова етика. Философы Греции ЗАО «Издательство «ЭКСМО-Пресс» Москва, 1997.
4. Асмус В.Ф. Античная философия [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.sno.pro1.ru/lib/asmus/9.htm>
5. Барковский И. А. Правотворческая деятельность международных организаций: теоретические аспекты и современные тенденции / И.А. Барковский // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 2003. – № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=622&Itemid=54
6. Баскин Ю.Я. В. М. Корецкий. Избранные труды: В 2 т. / Гл. ред. В. Н. Денисов. – К.: Наук. думка, 1989: [Рецензия] / Ю.Я. Баскин // Правоведение. – 1990. – № 5. – С. 113 – 115.
7. Білорус І.О. Трансформація правосуб'єктності міжнародних НУО / І.О. Білорус. – К., 2005. – 81 с.
8. Блищенко И. П. Международное и внутригосударственное право / И. П. Блищенко. – М., 1960. – 237 с.
9. Боргош Ю. Фома Аквинский / Ю. Боргош [пер. с польск; изд. 2-е]. – М.: Мысль, 1975. – 184 с.
10. Будапештський меморандум щодо гарантування безпеки України у зв'язку із її відмовою від ядерного статусу [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://>

daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G94/652/94/PDF/G9465294.pdf?OpenElement

11. Буткевич В. Г. Соотношение внутригосударственного и международного права / В.Г. Буткевич. – К., 1981. – 311 с.
12. Буткевич О.В. Теоретичні аспекти походження і становлення міжнародного права / О.В. Буткевич. – К., 2003. – 800 с.
13. Буткевич О.В. У истоков международного права / О.В. Буткевич – С-Пб., 2008. – 881 с.
14. Ваттель Э. Право народов / Э. Ваттель. – М., 1960. – С. 238.
15. Величковский А. Проблемные аспекты понятия «юрисдикция Международного Суда ООН [Электронный ресурс] / А. Величковский // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 2000 – № 4. – Режим доступа: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=378&Itemid=51).
16. Виступ Голови ВРУ В.Литвина на загальних зборах Національної академії правових наук «Конституційний процес в Україні: реальний стан і потреби дня» // Голос України. – 2011. – № 42 (5042). – С. 2.
17. Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст.343.
18. Віденська Конвенція про право міжнародних договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями 1986 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступа: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_a04
19. Віденська конвенція про правонаступництво щодо міжнародних договорів 1978 р. // Офіційний вісник України. – 2008. – № 20. – Ст. 584.
20. Віденська конвенція щодо правонаступництва державної власності, архівів та боргів [Електронний ресурс]. – Режим доступа: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_072
21. Воробьёва Е. К вопросу о кодификации права международной ответственности // Журнал международного права и международных отношений. – 2006. – № 3 [Електронний

- ресурс]. – Режим доступу: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=1037&Itemid=179
22. Выступление представителя Российской Федерации в Шестом Комитете 59-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН М.В.Заболоцкой по пункту 144 повестки дня «Доклад Комиссии международного права» [Электронный ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.int/russia/statemnt/ga/59th/6th_com/041109r6.pdf
 23. Гай. Институции [Электронный ресурс]. – Режим доступу: <http://ancientrome.ru/ius/source/gaius/kn01f.htm>
 24. Гарантии английские [Электронный ресурс]. – Режим доступу: http://dic.academic.ru/dic.nsf/dic_diplomatic/363/%D0%93%D0%90%D0%A0%D0%90%D0%9D%D0%A2%D0%98%D0%98
 25. Генеральна Асамблея ООН А/CN.4/L.682 13 April 2006// [Электронный ресурс]. – Режим доступу: <http://daccess-ods.un.org/TMP/9568689.html>
 26. Гервагенъ Л.Л. Имъют ли международныя соглашенія свойство права? – Петроградъ, Типография М.А. Александрова, 1915. – 70 с.
 27. Гертых В. Свобода и моральный закон у Фомы Аквинского / В. Гертых // Вопросы философии. – 1994. – № 1.
 28. Гландин С.В. Новое в вопросе о международно-правовых критериях определения внешней границы континентального шельфа прибрежного государства [Электронный ресурс]. – Режим доступу: http://rpi.msaf.ru/prints/200801intern_law1.html.
 29. Горшкова С.А. Проблемы соблюдения Россией Европейской конвенции по предупреждению пыток / С.А. Горшкова // Международное право. – 2001. – № 6.
 30. Громыко А.А. Речь на XXXIII съезде КПСС / А.А. Громыко // Правда. – 1966. – 3 апр.
 31. Гроций Г. О праве войны и мира / Г. Гроций. – М., 1956. – Кн. 2.
 32. Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве / Г.М. Даниленко. – М.: Наука, 1988. – 192 с.

33. Даниленко Г.М. Применение международного права во внутренней правовой системе России: практика Конституционного суда / Г.М. Даниленко // Государство и право. – М.; Наука. – 1995. – №11. – С.115-125.
34. Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/intlaw_principles.shtml
35. Декларация принципов, регулирующих режим дна морей и океанов и его недр за пределами действия национальной юрисдикции (17 декабря 1970 года) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_558
36. Декларація про принципи міжнародного права, які стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН 1970 р [Електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/351/54/IMG/NR035154.pdf?OpenElement>
37. Дмитрієв А.І. Інститут постійного нейтралітету в міжнародному праві: монографія / А.І. Дмитрієв. – К.: ТОВ «Юридична думка», 2005. – 312 с.
38. Договір про відносини добросусідства і співробітництва між Україною та Румунією 1997 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступа: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/642_003
39. Договор об отказе от войны в качестве орудия национальной политики (Париж, 27 августа 1928 года) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://arhiv.inpravo.ru/data/base260/text260v717i488.htm>
40. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми // Офіційний вісник України. – 2010. – № 55; 2009. – № 88. – Ст. 2964.
41. Доклады Комиссии международного права. – 1966. – С. 90 – 92.
42. Дополнительный Протокол I к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв

- международных вооруженных конфликтов [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.icrc.org/Web/rus/siterus0.nsf/iwpList133/4A1B0FBA8B5AE3CEC3257107002A11CC>
43. Дурденевский В.Н. Источники международного права. – рукописный фонд Института права АН СССР. – М., 1948 г. – С. 8.
 44. Евинтов В.И. Многоязычные договоры в современном международном праве / В.И. Евинтов. – К., 1981. – 133 с.
 45. Женевська конвенція про покращення долі поранених та хворих в діючих арміях [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icrc.org/Web/rus/siterus0.nsf/iwpList133/42849F9156A62CE7C325710700291228>
 46. Жуков Г. Международное космическое право / Г. Жуков. – М., 1999. – 360 с.
 47. Из истории международно-правового регулирования космической деятельности [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.sovkos.ru/cosmos/information/607.html>
 48. Ильин Ю.Д. Международное публичное право. Лекции / Ю.Д. Ильин. – М., 2004. – С. 34.
 49. Каламкарян Р.А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств / Р.А. Каламкарян. – М., 1984. – 135 с.
 50. Каламкарян Р.А. Роль доктрин наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в формировании современного международного права / Р.А. Каламкарян // Государство и право. – М.: Наука, 2006. – № 6. – С. 75 – 85.
 51. Каламкарян Р.А. Этопшель как отдельный принцип международного права и международно-правовое значение института этопшель / Р.А. Каламкарян // Международное право и международные организации – 2010. – № 2.
 52. Кант И. Сочинения в шести томах / И.Кант – М.: «Мысль». – 1965. (Философ. наследие). – Т. 4. – Ч. 2. – 478 с.
 53. Касьян Н.Ф. Консенсус в современных международных отношениях / Н.Ф. Касьян. – М., 1983 – 120 с.

54. Київець О.В. Договірне право України / О.В. Київець. – К. : КНЕУ, 2008. – 456 с.
55. Київець О.В. Закріплення загальних принципів права в Гаазьких конвенціях 1899 та 1907 років / О.В. Київець // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2011. – № 2 (5). – С. 121 – 125.
56. Київець О.В. *Opinio juris* як кваліфікуюча ознака міжнародного звичаю: практика Міжнародного Суду / О.В. Київець // Юридична Україна. – 2010. – № 6. – С. 115 – 122.
57. Київець О.В. Вплив греко-римських вчень на формування доктрини міжнародного права XVII-XVIII століть / О.В. Київець // Підприємництво, господарство і право. 2011. – № 2 (182). – С. 123 – 127.
58. Київець О.В. Вплив імперативних зобов'язань та зобов'язань «перед усіма» на формування сучасного міжнародного правопорядку / О.В. Київець // Європейські перспективи. – 2011. – № 1. – С. 177 – 179.
59. Київець О.В. Вплив практики постійних міжнародних судових органів на формування джерел міжнародного права / О.В. Київець // Підприємництво, господарство і право. 2010. – № 6. – С. 135 – 138.
60. Київець О.В. Джерело міжнародного права як природно-правова категорія / О.В. Київець // Публічне право. – № 1/2011. – С. 76-81.
61. Київець О.В. Джерело міжнародного права як філософсько-правова категорія / О.В. Київець // Південноукраїнський правничий часопис. – 2011. – № 1. – С. 86 – 88.
62. Київець О.В. Еволюція загальних принципів права в міжнародному праві: доктринальні підходи / О.В. Київець // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – Серія право. – 2010. – Вип. 13. – Ч. 1. – С. 22 – 28.
63. Київець О.В. Ефективність системи міжнародного права через призму джерел міжнародного права / О.В. Київець // Міжнародні читання, присвячені пам'яті професора імператорського новоросійського університету П.Є. Казанського (м. Одеса, 22-23 жовтня 2010 р.). – С. 5 – 8.

64. Київець О.В. Європейські правові стандарти як міжнародно-правова категорія / О.В. Київець // Європейські студії і право (Інтернет-видання). – 2011. – № 5. – Режим доступу: <http://eurolaw.org.ua/vropeisk-stud-pravo-3-5-2011-r/vropeisk-pravov-standarti-ia-k-m-zhnarodno-pravova-kategor-ia>
65. Київець О.В. Загальні принципи права у практиці Міжнародного кримінального суду та міжнародних трибуналів / О.В. Київець // Право і безпека: науковий журнал. – 2011. – № 2 (39). – С. 11 – 15.
66. Київець О.В. Ієрархія договірних і звичаєвих норм міжнародного права / О.В. Київець // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2010. – № 3. – С. 108 – 113.
67. Київець О.В. Інституційні основи кодифікації норм міжнародного права / О.В. Київець // Актуальні питання кодифікації законодавства України. – Вип. 1. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2009. – С. 64 – 68.
68. Київець О.В. Міжнародне торгове право: навч. посібник / О.В. Київець, В.О. Голубєва. – К : КНЕУ, 2010. – 450 с.
69. Київець О.В. Міжнародний договір як частина національного законодавства / О.В. Київець // Теоретико-методологічні проблеми сучасного конституціоналізму та державного управління в Україні. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького, 2009. – С. 81 – 82.
70. Київець О.В. Міжнародний правопорядок, норми *jus cogens*, зобов'язання *erga omnes* та права людини / О.В. Київець // Міжнародна науково-практична конференція «Стратегія забезпечення сталого розвитку правової системи України» (м. Одеса, 21-22 грудня 2010). – С. 75 – 77.
71. Київець О.В. Норми *jus cogens* та зобов'язання *erga omnes* як основа сучасного міжнародного правопорядку / О.В. Київець // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – Серія право. – 2010. – Вип. 14. – С. 31 – 34.
72. Київець О.В. Норми міжнародного права: анархія чи ієрархія? / О.В. Київець // Наука і правоохорона. – 2010. – № 1. – С. 190 – 194.

73. Київцев О.В. Поняття джерело міжнародного права: доктрина та практика / О.В. Київцев // Університетські наукові записки. – 2009. – № 3 (31). – С. 212 – 217.
74. Київцев О.В. Право міжнародних договорів: історія та сучасність / О.В. Київцев // Правове регулювання економіки. – 2008. – № 8. – С. 51 – 58.
75. Київцев О.В. Правова невизначеність міжнародного звичаю: проблеми теорії та практики / О.В. Київцев // Наше право. – 2011. – № 1. – Ч. 1. – С. 173 – 179.
76. Київцев О.В. Принципи тлумачення міжнародних договорів / О.В. Київцев // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2011. – № 1 (4). – С. 149 – 153.
77. Київцев О.В. Природа джерел міжнародного та загального права: спільне та відмінне / О.В. Київцев // Право та управління [Електронне наукове видання]. – 2011. – № 1. – С. 197 – 203.
78. Київцев О.В. Прогресивний розвиток та кодифікація міжнародного права / О.В. Київцев // Актуальні питання кодифікації законодавства України. – Вип. 2. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2010. – С. 56 – 58.
79. Київцев О.В. Співвідношення категорії «джерело права» в міжнародному та конституційному праві / О.В. Київцев // Новітні державотворчі процеси в Україні: виклики і перспективи. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2011. – С. 187 – 190.
80. Київцев О.В. Стаття 38 Статуту Міжнародного Суду ООН крізь призму природно-правових вчень / О.В. Київцев // Матеріали Всеукраїнських науково-практичних читань «Проблеми сучасної правової системи України» (м. Львів 25-26 лютого 2011). – Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2011. – Т.І. – С. 100 – 102.
81. Київцев О.В. Сучасне міжнародне право: проблеми ефективності системи через призму джерел міжнародного права / О.В. Київцев // Право і безпека: науковий журнал. – 2010. – № 2 (34). – С. 15 – 19.
82. Київцев О.В. Теоретико-правові проблеми виконання Україною міжнародних зобов'язань / О.В. Київцев //

- Соціально-правові реформи в незалежній Україні: досягнення, проблеми, перспективи. – К.: Інститут законодавства, 2009. – С. 184 – 189.
83. Київець О.В. Тимчасове застосування міжнародних договорів / О.В. Київець // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – Серія юридична. – 2010. – Вип. 2. – С. 387 – 395.
84. Київець О.В. Тлумачення міжнародних договорів / О.В. Київець // Часопис Київського університету права. – 2011/2. – С. 286 – 289.
85. Київець О.В. Феноменологія норм міжнародного права через призму їх ієрархії / О.В. Київець // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України – 2011. – № 3 (6). – С. 143 – 148.
86. Київець О.В. Ще раз до питання діяльності Міжнародного кримінального суду та розвитку міжнародного процесуального права / О.В. Київець // Правове регулювання економіки. – 2007. – № 7. – С. 47 – 55.
87. Колісніченко К. С. Ліга Націй у розвитку міжнародного права / К.С. Колісніченко // Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – Спеціальність 12.00.11. – міжнародне право. – Український державний університет фінансів та міжнародної торгівлі. – К., 2011. – 214 с.
88. Конвенція ООН по морському праву [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/lawsea.
89. Конвенція 1888 р. щодо забезпечення вільного користування Суецьким каналом від 29 жовтня 1888 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_190
90. Конвенція про континентальний шельф // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1964. – № 28.
91. Конвенція про міжнародну цивільну авіацію 1944 р. // Офіційний вісник України. – 2004. – № 40. – Ст. 2667.
92. Конвенція про режим Чорноморських проток // Офіційний вісник України. – 2004. – № 40. – С. 184.

93. Конвенція про територіальне море та прилеглу зону // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1964. – № 43.
94. Конгресс США одобрил законопроект по Белоруссии [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://glavred.info/archive/2011/07/07/135602-4.html>
95. Конституция (Основной закон) Союза Советских Социалистических Республик (принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета СССР девятого созыва 7 октября 1977 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1977/red_1977/1549448/chapter/9/
96. Конференция Сторон Рамочной конвенции ВОЗ по борьбе против табака. Четвертая сессия, Пунта-дель-Эсте, Уругвай, 15 – 20 ноября 2010 г. (FCTC/COP4/DIV/6, 6 декабря 2010 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/FCTC_COP4_DIV6-ru.pdf
97. Корецкий В.М. Избранные труды: В 2 т. / Гл. ред. В. Н. Денисов. – К.: Наук. думка, 1989. – Т. 2. – С. 166 – 181.
98. Корецкий В.М. Декларации прав и обязанностей государств / В.М. Корецкий. — К.: Изд-во АН Украинской ССР, 1962. – С. 153.
99. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією // Відомости Верховної Ради України. – 2007. – № 47 – 48.
100. Крылов Н.Б. Правотворческая деятельность международных организаций / Н.Б. Крылов – М., 1988. – 170 с.
101. Курс международного права. В шести томах. Главная редакция: Ф.И. Кожевников, В.М. Корецкий, Д.Б. Левин, Г.И. Тункин, Н.А. Ушаков, В.М. Чхиквадзе (руководитель), В.М. Шуршалов. – М.: Наука, 1967 – 1973. – Том 3: Основные институты и отрасли современного международного права. – С. 415 – 416.
102. Лекции по общей теории права. Н.М. Коркунова. Книга 1. Понятие права. По изданию 1914 года. – Редактирование и комментарии [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.allpravo.ru/library/doc108p0/instrum109/print254.html>

103. Лермонтов М. Ю. Безумец я! вы правы, правы! // Лермонтов М. Ю. Сочинения: В 6 т. – М.; Л.: Изд-во АН СССР, 1954. – Т. 2. Стихотворения, 1832 – 1841. – С. 55.
104. Леся Українка. Лісова пісня [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://myslenedrevo.com.ua/studies/lesja/works/dramas/lp0.html>.
105. Лисовский В.И. Международное право / В.И. Лисовский. – К., 1955. – С. 28 – 29.
106. Лукашук И.И. Источники международного права / И.И. Лукашук. – К., 1966. – 126 с.
107. Лукашук И.И. Международное право в судах государств / И.И. Лукашук. – М., 1993. – С. 168.
108. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов / И.И. Лукашук. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 415 с.
109. Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе / И.И. Лукашук. – М., 1997. – С. 266.
110. Лукашук И.И. Опыт классификации потенциальных участников международного договора / И.И. Лукашук // Саратовский юридический институт. Научная конференция. Саратов, 1958.
111. Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М., 2004 – 658 с.
112. Лукин П.И. Источники международного права / П.И. Лукин. – М., 1960. – 144 с.
113. Мальцев Г.В. Эллинек Георг / Г.В. Мальцев // Большая Советская энциклопедия [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://slovari.yandex.ru/~книги/БСЭ/Еллинек%20Георг/>
114. Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. В 2-х томах / Под редакцией и с биографическим очерком доктора юридических наук, профессора В. А. Томсинова. – М.: «Зерцало», 2008. – 432 с.

115. Мельник С. О. Односторонні акти держав у сучасному міжнародному праві: дис. ... канд. юрид. наук / С. О. Мельник. – К., 2007. – 248 с.
116. Меморандум про наміри між Кабінетом Міністрів України та Урядом Турецької Республіки щодо співробітництва у сфері технічних регламентів, стандартизації, метрології, оцінки відповідності і захисту прав споживачів: Постанова КМУ від 01.08.2006 № 1064 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 31. – Ст. 2224.
117. Мережко О.О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики: Монографія / О.О. Мережко. – К.: Таксон, 2002. – 334 с.
118. МИД России об «Арктике-2007»: Цель этой экспедиции не «застолбить» права России [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.regnum.ru/news/865834.html#ixzz1RuBbc1A8>
119. МИД Румынии: Бэеску имеет право на «личное мнение», оправдывающее нападение фашистов на СССР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.regnum.ru/news/polit/1424678.html#ixzz1RuJ0TeKu>
120. Мирный договор с Италией – М.: Госполитиздат, 1947. – 240 с.
121. Міжнародна конвенція про пошук і рятування на морі від 27 квітня 1979 року // Офіційний вісник України. – 2005. – № 23. – Ст. 1335.
122. Міжнародне право Стародавнього Світу. – К., 2004. – 864 с.
123. Міжнародний Пакт про громадянські та політичні права 1966 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_043
124. Мовчан А.П. Международный правопорядок. – М., 1996. – 103 с.
125. Мовчан Ю. В. Міжнародно-правове регулювання інтеграційних процесів в Європейському Союзі: дис... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Мовчан Юлія Віталіївна. – К., 2009. – 203 с.
126. Молодцов С.В. Международно-правовой режим открытого моря и континентального шельфа / С.В. Молодцов. – М., 1960. – С. 245 – 256.

127. Моніторинг ефективності законодавства: мета, критерії, реальність / Заг. ред. В.О. Зайчука. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2009. – 386 с.
128. Моравецкий В. Функции международной организации / В. Моравецкий. – М.: Прогресс, 1976. – 384 с.
129. Мюллерсон Р.А. Соотношение международного и национального права / Р.А. Мюллерсон. – М., 1981. – 135 с.
130. Нейтралитет Туркменистана: история, мировоззрение и государственная стратегия [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.turkmenistan.ru/?page_id=4&lang_id=ru&elem_id=817&type=event&sort=date_desc
131. Нешатаева Т. Н. Международные организации и право: Новые тенденции в международно-правовом регулировании. / Т. Н. Нешатаева. – М., 1998. – 345 с.
132. Нешатаева Т. Н. Международные организации и право / Т.Н. Нешатаева. – М., 2000. – С. 36 – 37.
133. Носиков А. Н. Современные тенденции развития правового режима Международного района морского дна: дисс. ... канд. юрид. наук / А.Н. Носиков. – М., 2010. – 199 с.
134. Перетерский И.С. Толкование международных договоров / И.С. Перетерский. – М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1959. – 172 с.
135. Плеханов Г.В. Избр. философ. произведения / Г.В. Плеханов. – Т. 2. – М., 1956. – С. 635.
136. Покровский И.А. История римского права / И.А. Покровский. – Минск: Харвест, 2002. – 528 с.
137. Полезные ископаемые Арктики [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.arktika-antarktida.ru/arktikapolisk.shtml>
138. Положення про Міністерство закордонних справ України // Офіційний вісник України. – 2011. – № 9. – С. 3.
139. Постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации О Федеральном законе «О ратификации Договора о дружбе, сотрудничестве и партнерстве между Российской Федерацией и Украиной» и о Заявлении Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации «В связи с ратификацией Договора о дружбе, сотрудничестве и партнерстве между Российской

Федерацией и Украиной» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.mid.ru/bdcomp/dip_vest.nsf/99b2ddc4f717c733c32567370042ee43/551b02dbd01887acc32568870044375410penDocument

140. Потемкин В.П. Дипломатия новейшего времени (1919 – 1945) / В.П. Потемкин. – Том 1. – М., 1945.
141. Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов / Эмер де Ваттель; пер. с фр. В.Н. Дурденевского, Ф.А. Кублицкого, Э.М. Фабрикова. – М.: Госюриздат, 1960. – 719 с.
142. Приговор Международного Военного Трибунала // Нюрнбергский процесс. Сборник материалов, том II. – Москва: Государственное издательство юридической литературы, 1954. – 1153 с.
143. Принципы международного права, признанные статутом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении этого Трибунала [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/principles.shtml
144. Про затвердження переліку спеціальностей, за якими здійснюється підготовка фахівців у вищих навчальних закладах за освітньо-кваліфікаційними рівнями спеціаліста і магістра: Постанова КМУ від 27 серпня 2010 р. № 787 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 20. – Ст. 844.
145. Про міжнародні договори України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – Ст. 540.
146. Пустогаров В.В. Оговорка Мартенса – история и юридическое содержание / В.В. Пустогаров // Право и политика. – 2000. – № 3 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.krotov.info/lib_sec/13_m/mar/tens.htm
147. Рамкова конвенція про захист національних меншин [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_055
148. Рачков И.В. Односторонние акты государств: некоторые правовые вопросы / И.В. Рачков // Государство и право. – 2001. – № 8 (август). – С. 75 – 88.

149. Регламент Международного Суда ООН [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/icj/rules_part3.shtml
150. Резолюция 1973 (2011), принятая Советом Безопасности на его 6498-м заседании 17 марта 2011 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/268/39/PDF/N1126839.pdf?OpenElement>
151. Резолюция 56/83, принятая Генеральной Ассамблеей [по докладу Шестого комитета (A/56/589 и Corr.1)] Ответственность государств за международно-противоправные деяния [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/658/83/PDF/N0165883.pdf?OpenElement>
152. Резолюція 37/10, прийнята на 68-ому пленарному засіданні Генеральної Ассамблеї ООН // Действующее международное право. Т. 1. – М.: Московский независимый институт международного права, 1996. – С. 811 – 816.
153. Римский статут Международного уголовного суда [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.un.org/russian/law/icc/rome_statute\(r\).pdf](http://www.un.org/russian/law/icc/rome_statute(r).pdf)
154. Рияка В.А. Ратификация международных договоров: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / В.А. Рияка. – К., 1983. – С. 10.
155. Российско-украинские отношения. 1990 – 1997 гг. Сборник документов. – М., МИД РФ, 1998. – С. 203.
156. Россия единственный правопреемник СССР. Украина не может требовать часть активов и советской недвижимости за границей [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.vduma.ru/article.php?id=5>
157. Руководство по международным договорам [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/treaty_handbook.pdf
158. Саккетти А.Л. Гуго Гроций и его трактат «О праве войны и мира» / Саккетти А.Л., Желудков А.А. // Гроций Г. О праве войны и мира. – М.: Ладомир, 1994. – С. 6 – 38.

159. Сен-Жерменский мирный договор 1919 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://warlost.ru/first_world_war/248.htm
160. Сергеев В. Очень холодная война [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.atc.az/forum/archive/index.php/t-7235.html>
161. Соглашение об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года. Принято резолюцией 48/263 Генеральной Ассамблеи от 28 июля 1994 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/agreement_impl_lawsea.shtml
162. Статут Лиги Наций [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.hist.msu.ru/Departments/ModernEuUS/INTREL/SOURCES/Legnatus.htm>
163. Статут Международного Суда ООН [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.un.org/russian/documen/basicdoc/statut.htm#chap2>
164. Статут ООН [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.un.org/ru/documents/charter>
165. Талалаев А.Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий / А.Н. Талалаев. – М., 1997. – 334 с.
166. Талалаев А.Н. Право международных договоров. Общие вопросы / А.Н. Талалаев. – М., 1980. – 312 с.
167. Таубе М.А. История зарождения современного международного права / М.А. Таубе. – Том I, СПб., 1894; Том II, Харьков, 1899.
168. Тимербаев Р. Проблема гарантий безопасности неядерных государств в преддверии обзорной конференции по ДНЯО [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.pircenter.org/kosdata/page_doc/p1739_1.pdf
169. Тиунов О.И. Принципы соблюдения международных обязательств / О.И. Тиунов. – М.: «Международные отношения», 1979. – 184 с.
170. Тункин Г.И. Теория международного права / Г.И. Тункин. – М., 1970. – С. 171 – 231.

171. Угода про співробітництво між Службою безпеки України та Національним меморіалом катастрофи й героїзму «Яд Вашем» Держави Ізраїль [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/376_044
172. Успенський В. А. Апологія математики [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://elementy.ru/lib/430915#b3>
173. Устав міжнародного военного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси (принят в г. Лондоне 8 августа 1945 года) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nurnbergprozes.narod.ru/011/1.htm>
174. Устав Организации Объединенных Наций [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/documents/charter>
175. Уткин А. И. Дипломатия Вудро Вильсона / А. И. Уткин. – М. : Международные отношения, 1989. – 320 с.
176. Фельдман Д. И. О системном подходе в науке международного права /Д. И. Фельдман, Г. И. Курдюков, В. Н. Лихачев // Правоведение. – 1980. – № 6. – С. 40 – 47.
177. Философская энциклопедия. Т. 1. – М., 1962. – С. 296.
178. Ценовая и налоговая политика (в связи со статьей 6 Конвенции): Технический доклад инициативы ВОЗ по освобождению от табачной зависимости. FCTC/COP4/11, 15 августа 2010 г. [Електронний ресурс]. — 14 с. – Режим доступу: http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/FCTC_COP4_11-ru.pdf
179. Черданцев А.Ф. Толкование права и договора / А.Ф. Черданцев. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. – 381 с.
180. Шибаева Е.А. Право международных организаций: Вопросы теории / Шибаева Е.А. – М., 1986. – 158 с.
181. Шуршалов В. М. Международные правоотношения / В.М. Шуршалов. – М.: Междунар. отношения, 1971. – 238 с.
182. Энтин М.Л. Международные судебные учреждения / М.Л. Энтин. – М., 1982. – С. 79 – 80.
183. Abbott K. W. Hard and Soft Law in International Governance / K. W. Abbott. – International Organization. – № 54 (3). – 2000. – P. 421 – 456.

184. Addo M. K. Human rights standards and the responsibility of transnational corporations / M. K. Addo. – London: Martinus Nijhoff Publishers, 1999. – P. 84.
185. Agreement between the Portuguese and British Authorities Regarding Through Civil Traffic [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?_r=1&res=9901E0DA1530E733A25750C1A9649C946397D6CF
186. Akehurst M. Custom as a Source of International Law / M. Akehurst // The British Yearbook of International Law. – 1977. – 47. – P. 1 – 51.
187. Akehurst M. The Hierarchy of the Sources of International Law / M. Akehurst // The British Yearbook of International Law, 1974 – 1975. – P. 275.
188. Amerasinghe C.F. Principles of the Institutional Law of International Organizations / C. F. Amerasinghe. – Second revised edition. – Cambridge University Press, 2005. – 535 p.
189. Analytical Guide to the Work of the International Law Commission [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://untreaty.un.org/ilc/publications/analyticalguide/analyticalguide_1949-1997.htm
190. Anglo-Iranian Oil co. Case (United Kingdom v. Iran) Preliminary Objection Judgment Of July 22nd, 1952 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>. – P. 105
191. Annexed to UNGA Resolution 56/83 of 12 December 2002; див. James Crawford. The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction. Text and Commentaries. – Cambridge, 2002.
192. Anzilotti D. Cours de Droit International / D. Anzilotti. – Paris: Recueil Sirey, 1929. – 501 p.
193. Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/docket/files/71/6533.pdf>

194. Arab Monetary Fund v. Hashim and Others / All ER. – 1. – 1990. – P. 690.
195. Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua), Judgment of 18 November 1960. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/39/4823.pdf>
196. Arbitration Agreement Between Guyana and Venezuela [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.guyana.org/features/guyanastory/chapter85.html>
197. Asylum (Colom. v. Peru), 1950 I.C.J. 266, 277 – 78 (Nov. 20).
198. Aust Anthony. Modern Treaty Law and Practice / Anthony Aust. (2nd edition). – 2007. – 610 p.
199. Barberis Julio A.. Le concept de «traite international et ses limites / Julio A. Barberis. – 30 AFDI (1984) – P. 263 – 264.
200. Barclay Th. Problems of International Practice and Diplomacy / Th. Barclay. – Hague, 1907. – 383 p.
201. Barents R. The Autonomy of Community Law / Ren? Barents. – Kluwer Law International, 2004. – P. 2.
202. Baslid Suzanne. Les traites dam le vie internationale / Suzanne Baslid. – Paris, 1986. – P. 103 – 104.
203. Baxter R.R. Multilateral treaties as evidence of customary international law / R.R. Baxter // The British Yearbook of International Law. – 1965 – 1966. – P. 275 – 300.
204. Bentz Jacques. Le Silence comme manifestation de volont? / Jacques Bentz // En droit international public. – A. Pedone, 1963. – 48 p.
205. Biscontitni G. Contributo alla teria degli atti unilaterali nel diritti internazionale / Biscontitni G. – Milano, 1951. – 185 p.
206. Born G. Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, § 111 (1987) / G. Born // International Civil Litigation in United States Courts: Commentary & Materials. – Kluwer Law International, 1996. – 1145 p. – P. 50 – 51.
207. Bradley Curtis. Unratified Treaties, Domestic Politics, and the U.S. Constitution / Curtis Bradley. – Harvard Journal of International Law. – 2007. – № 48. – P. 307 – 336.

208. Brems E. Human Rights: Universality and Diversity / E. Brems. – The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001. – P. 309.
209. Briarly J. L. Law of Treaties / J. L. Briarly // Yearbook of the International Law Commission. – 1950 (2). – P. 222.
210. Briarly J. L. The Law of Nations An Introduction to the International Law of Peace / J. L. Briarly. – Sixth Edition Edited by Humphrey. – Waldock, 1978. – 460 p.
211. Briggs Herbert. The Law of Nations / Herbert Briggs // Second Edition, New York, 1952. – 984 p.
212. Brownlie I. Principles of International Public law / I. Brownlie. – Fourth ed. – Oxford, 1990. – P. 4 – 11.
213. Brownlie I. Principles of Public International Law / I. Brownlie. – Oxford, 1966. – P. 8 – 513.
214. Burroughs John. US Opposition to the International Criminal Court / June 2003. – [Електронний ресурс] Режим доступу: http://www.lcnp.org/global/ICC_USOPP.htm
215. Byers M. Custom, Power and the Power of Rules / Michael Byers. – Cambridge University Press, 1999. – P. 77 – 146.
216. Carbone S. Promice in International Law: A Confirmation of its Binding force / S. Carbone // Italian Book of International Law. – 1975. – № 2.
217. Carlos Fernandez de Casadevante Romane. Sovereignty and Interpretation of International Norms / Carlos Fernandez de Casadevante Romane. – Springer, 2007. – 324 p.
218. Case Concerning certain German Interests in Polish Upper Silesia // Collection Of Judgments Publications Of The Permanent Court Of International Justice №7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www3.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf
219. Case Concerning Delimitation of The Maritime Boundary in The Gulf of Maine Area (Canada/United States Of America). – Judgment of 12 October 1984 Gnen by the Chamber Constituted by The Order made by The Court On 20 January 1982

- [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/67/6369.pdf>
220. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>.
221. Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/ Malta) – Judgment of 21 March 1984 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/68/6393.pdf>
222. Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex // Permanent Court of International Justice Series A. /B. Judgments, Orders and Advisory Opinions Fascicule № 46 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www3.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_46/01_Zones_franches_Arret.pdf
223. Case S.S. Lotus France v. Turkey [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/.
224. Case S.S. Wimbledon [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf
225. Cassese Antonio. Change and Stability in International Law-Making / Antonio Cassese. – Berlin, 1988. – P. 100.
226. Cavare L. Le droit international public positif / L. Cavare. – Paris, 1967. – P. 217 – 218.
227. Charles M. Great Britain's Foreign Policy: The Trent Affair and the Alabama Case [Електронний ресурс]. – М. Charles. – Режим доступу: <http://britain.library4history.org/Andrews-Stuarts-Expansion/ERA-OF-REFORM/The-Trent-Affair-and-the-Alabama-Case.html>
228. Charney J. The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law / Jonathan I. Charney // Brit. Yearbook of International Law. – 1985. – № 56-1. – P. 9 – 16.
229. Charter of the United Nations [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf>

230. Cheng Bin. Custom: The Future of General State Practice in a Divided World, in *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* / Bin Cheng. – R. St. J. MacDonald & Douglas M. Johnston eds., 1983. – 532 p.
231. Cheng Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* / Bin Cheng. – University College London, 2006. – 544 p.
232. Cheng Bin. United Nations Resolutions on Outer Space: «Instant» International Customary Law? / Bin Cheng // *The Indian Journal of International Law*. – 1965. – P. 23, 35 – 36.
233. Chinen M. Game Theory and Customary International Law: A Response to Professors Goldsmith and Posner / Mark A. Chinen // *Michigan Journal of International Law*. – 2001. – № 23. – P. 143, 178.
234. Chinkin C. The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law / C. Chinkin // *International and Comparative Law Quarterly*. – 1989. – Vol. 38. – P. 850, 866.
235. Cogan J. International Decision, Prosecutor v. Milutinovic et al., Decisions on Requests of the United States of America and the North Atlantic Treaty Organisation for Review (2007) // *American Journal of International Law*. – 2007. – Vol. 101. – P. 163.
236. Collection of Advisory Opinions Publications of The Permanent Court of International Justice [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_06/Colons_allemands_en_Pologne_Avis_consultatif.pdf
237. Combacau J. *Droit International Public* / Combacau J., Sur S. – 3d edition, 2005. – P. 26.
238. Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:en:PDF>
239. Convention (XII) relative to the Creation of an International Prize Court. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.worldcourts.com/ipc/eng/documents/1907.10.18_convention.htm

240. Convention on the Continental Shelf Done at Geneva on 29 April 1958 // United Nations. – Treaty Series. – Vol. 499. – P. 311.
241. Corbett P. Casts and Opinions on International Law / P. Corbett. – London, 1909. – P. 5 – 6.
242. Corbett P. The Consent of States and the Sources of the Law of Nations / P. Corbett // The British Year Book of International Law. – 1925. – P. 29-30.
243. Corcoran Paul. Political Recognition and Esthetic Judgment / Paul Corcoran. – Theoria, 2008. – Volume: 55. – Issue: 115. – P. 64 – 90.
244. Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania). – Merits (including the text of the declaration of Judges Basdevant and Zoričić) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>
245. Coussirat-Coustere Vincent. Israel el le Golan. Problemes juridiques resultant de la loi du 14 decembre 1981. – AFDI28 (1982). – P. 185.
246. D'Amato A. The Concept of Custom in International Law / Antonio D'Amato. – NY.: Cornell University Press, 1971. – 328 p.
247. D'Amato A. Collected Papers. – Sources of International Law. – Vol. 3. – Leiden, 2004. – 386 p.
248. d'Aspremont J. Participants in the International Legal System – Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law / J. d'Aspremont. – London, Routledge, 2011.
249. d'Aspremont J. Softness in International Law: A Rejoinder to Tony D'Amato / J. d'Aspremont // European Journal of International Law, 2009. – № 20. – P. 911 – 917.
250. Damrosch Lori Fisler. Enforcing International Law through Non-Forcible Measures / Fisler Lori Damrosch // Hague Academy of International Law, 1997. – P. 9-22.
251. Danilenko G.M. Law-Making in the International Community / G.M. Danilenko // Martinus Nijhoff Publishers, 1993. – 343 p.
252. Darwin Ch. On the Origin of Species [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://embryology.med.unsw.edu.au/pdf/Origin_of_Species.pdf

253. Declaration of President Bedjaoui Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7499.pdf?PHPSESSID=729f32f93a04b1f86a67813c013f5989>
254. Deep Seabed Hard Mineral Resources [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uscode.house.gov/download/pls/30C26.txt>
255. Degan V.-D. General Principles of Law (A Source of General International Law) / V.-D. Degan // The Finnish Yearbook of International Law. – 1992. – P. 13 – 17.
256. Degan V.-D. Some objective Features in Positive International Law. Theory of International Law at the Threshold of 21-st Century / V.-D. Degan. – Kluwer Lar International. – 1996. – P. 133 – 140.
257. Degan V.-D. Sources of International Law / V.-D. Degan. – Martinus Nijhoff Publishers, 1997. – 564 p.
258. Degan V.-D. Unilateral Act As Source of Particular international Law/ V.-D. Degan. – Finnish Yearbook of International Law. – Vol. V., 1994. – P. 149 – 265.
259. Dehaussy Jacques. Les actes juridiques unilateraux en droit international public: a propos d'une theorie restrictive / Jacques Dehaussy // Journal de droit international. – Vol. 11. – 1965. – № 11. – P. 43.
260. Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:204:0037:0048:EN:PDF>
261. Dissenting Opinion of M. Anzilotti [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/02_Groenland_Oriental_Opinion_Anzilotti.pdf. – P. 91.
262. Dissenting Opinion of Vice-President Koretsky [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5577.pdf>
263. Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International

- Justice [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_to_comm_existing_plans.pdf
264. Downs George W., Jones Michael A. Reputation, Compliance and International Law / George W. Downs, Michael A. Jones [Електронний ресурс] // Journal of Legal Studies. – 2002. – Vol. 31. – № 1. – Part 2. – Режим доступу: <http://ssrn.com/abstract=302031>.
265. Duez P. L'interpretation des traites internationaux / P. Duez // Revue generale de droit international public. – 1925. – P. 429, 434.
266. Dunk F.G. Challenges and Opportunities: The European Communities and the Conference on Security and Cooperation in Europe. / F.G. Dunk // Leiden Journal of International Law. – № 3. – P. 247 – 257.
267. Dupuy P.-M. Droit international public / P.-M. Dupuy. – 3d edition, 2005. – P. 14 – 15.
268. Dupuy R.-J. Coutume sage et coutume sauvage. – Мйlanges offerts a Charles Rousseau / R.-J. Dupuy. – Pedone, Paris, 1974. – P. 77 – 83.
269. Electricity Company of Sofia and Bulgaria. Order of 5 December 1939 (Request for the Indication of Interim Measures of Protection) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_79/Compagnie_d_electricite_de_Sofia_ordonnance_19391205.pdf
270. Elias T.O. The International Court of Justice and Some Contemporary Problems / T.O. Elias. – Mertinas Nijhoff Publishers, 1983. – 374 p.
271. Fidler D. Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law / David P. Fidler // German Yearbook of International Law. – 1996. – №39/198. – P. 202.
272. Fiedler W. Unilateral Acts in International Law. Encyclopedia of Public International Law. – 2000. – P. 1018.
273. Final Act of the United Nations Conference on the Law of Treaties Extract from the Official Records of the United Nations

- Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions (Documents of the Conference) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/docs/english/confdocs/a_conf_39_26.pdf
274. Financial Stability Forum: What Are Standards? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.fsforum.org/compendium/what_are_standards.html
275. Fiore Pasquale. International Law Codified / Borchard translation, 1918 // Hambro Ed. The Case Law of the International Court. Oxford, 1952. – P. 100.
276. Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th, 1951 (United Kingdom v. Norway) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www3.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>
277. Fitzmaurice G. Report of 1958; Lauterpacht H. Report of 1953; Waldock 2nd Report of 1963 // Yearbook of the International Law Commission (1958) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1958_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1958_v2_e.pdf)
278. Fitzmaurice G. The Law of The International Court of Justice 1951 – 1954: Treaty Interpretation and other Treaty points. / G. Fitzmaurice. – British Yearbook of Internatopnal Law. – 1958. – P. 230 – 231.
279. Fitzmaurice Malgosia, Olufemi Elias. Contemporary Issues in the Law of Treaties / Malgosia Fitzmaurice, Elias Olufemi. – Den Haag, 2005. – 414 p.
280. Francioni F. Environment, human rights and international trade / F. Francioni. – Hart Publishing, 2001. – P. 6.
281. Franck T. World Made Law: The Decision of the ICJ in the Nuclear Test Cases. – Vol. 63. – № 3. – July 1975. – American Journal of International Law. – P. 612 – 620.
282. Franck Thomas M. Fairness in International Law and Institutions / Thomas M. Franck. – Clarendon Press, 1995. – 500 p.

283. Franck Thomas M. Legitimacy in the International System / Thomas M. Franck // American Journal of International Law. – 1988. – №82. – P. 705.
284. Franck T. World Politics: Verbal Strategy Among the Superpowers / T. Franck, E. Weisband. – New York, Oxford University Press, 1971. – 176 p.
285. Friedman W. The Changing Structure of International Law / W. Friedman. – Columbia University Press, 1966. – P. 88 – 95.
286. Gaja G. Jus cogens Beyond the Vienna Convention / G. Gaja // Recueil des Cours, 1981-III, tome 172. – P. 292 – 293.
287. Gardiner R. Treaty Interpretation / Richard K. Gardiner. – Oxford University Press, 2008 – 407 p.
288. General Assembly Resolutions 1761, UN Doc. A/RES/1761 (XVII) (6 November 1962). The Policies of Apartheid of the Government of the Republic of South Africa [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/192/69/IMG/NR019269.pdf?OpenElement>
289. Gigante A. Unilateral State Acts / A. Gigante // New York University Journal of International Law and Politics. – 1969. – P. 341 – 342.
290. Ginsburg T., McAdams R. H. Adjudicating in Anarchy: An Expressive Theory of International Dispute Resolution / Tom Ginsburg, Richard H. McAdams // Wm. & Mary L. Rev. – Vol. 45. – Issue 4. – P.1229-1339.
291. Goldmann M. Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority / M. Goldmann // German Law Journal. – 2008. – № 9. – P. 1865.
292. Goldsmith J. The Limits of International Law / Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner. – Oxford University Press, USA, 2005. – 272 p.
293. Goldsmith J. Theory of Customary International Law / Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner // The University of Chicago Law Review. – 1989. – № 66/4 – P. 1114 – 1143.
294. Goldsmith J. Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law / Jack

- L. Goldsmith, Eric A. Posner // *Virginia Journal of International Law*. – 2000. – № 40. – P. 639 – 1177.
295. Goldsmith Jack L., Posner Eric A. *A Theory of Customary International Law* / Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner // *German Yearbook of International Law*. – 1996. – №39/198 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/63.Goldsmith-Posner.pdf>
296. Goodman C. *A Regime for Regulationg the Unilateral Acts of States at International Law* / C. Goodman. – *Australian Year Book of International Law*. – Vol. 25. – 2004. – P. 44.
297. Gros Hector. *Espiell La Doctrine Du Droit International En Amerique Latine Avant La Premiere Conference Panamericaine* / Hector Gros // *Journal of the History of International Law / Revue d'histoire du droit international*. – 2001. – № 3. – P. 1 – 17.
298. Guzman A. *Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties* / Andrew T. Guzman // *Virginia Journal of International Law*. – 1998. – № 38. – P. 639.
299. Guzman Andrew T. *A Compliance-Based Theory of International Law* / Andrew T. Guzman // *California Law Review*. – 2002. – Vol. 90. – № 6. – P. 1844 – 1887.
300. Guzman Andrew T. *The Design of International Agreements* / Andrew T. Guzman // *European Journal of International Law*. – № 4. – 2005. – P. 579 – 612.
301. Guzman Andrew T. *The Promise of International Law* / Andrew T. Guzman // *Virginia Law Review*. – 2006. – Vol. 92. – № 3. – P. 533 – 564.
302. Guzman Andrew, Meyer Timothy. *International Soft Law* / A. Guzman, T. Meyer. – *Journal of Legal Analysis*. – Spring, 2010. – Volume 2. – № 1. – P. 171 – 225.
303. Hannikainen Lauri. *Peremptory Norms (ius cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status* / Lauri Hannikainen. – Helsinki, 1988. – P. 179.
304. Hart H.L.A. *The Concept of Law* / H.L.A. Hart. – Oxford: Clarendon Press, 1994. – 328 p.

305. Harvard Research on International Law / Law of Treaties // American Journal of International Law. – Supp.1935. – P. 843.
306. Henkin L. International Law: Politics, Values and Functions / L. Henkin. – Dordrecht; Boston: M. Nijhoff, R.C.A.D.I., 1989. – 376 p.
307. Henkin Louis. How Nations Behave: Law and Foreign Policy / Louis Henkin. – Columbia University Press 1979. – 400 p.
308. Herczegh Geza. General Principles of Law and the International Order / Geza Herczegh. – Budapest, 1999. – P. 78 – 100.
309. Higgins R. Problems and Process: International Law and How We Use It / R. Higgins. – Oxford University Press, 1995. – P. 8 – 10.
310. Hoof G. J. H. Van. Rethinking the Sources of International Law / G. J. H. van Hoof. – Deventer: Kluwer Publishing, 1983. – 322 p.
311. Internal Regulations / Part 2: Common Rules for Standardization Work. – 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cenelec.eu/nr/rdonlyres/ff7f5a47-f0e6-46b2-9a02-2d0a4c2b7cab/0/irpart2english.pdf>
312. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions And Orders Application For Revision And Interpretation Of The Judgment of 24 February 1982 in the Case Concerning The Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya). – Judgment of 10 December 1985 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/71/6527.pdf>
313. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders – Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in The Gulf of Maine Area (Canada/United States of America). – Judgment of 12 October 1984 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=346&code=cigm&p1=3&p2=3&case=67&k=6f&p3=5>
314. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Judgment of The Administrative Tribunal of the International Labour Organisation Upon Complaints Made Against The United Nations Educational, Scientific and

- Cultural Organization Advisory Opinion of October 23rd, 1956 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/30/2187.pdf>
315. International Court of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory (Portugal v. India). – Merits Judgment of 12 April 1960 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/32/4521.pdf>
316. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark). – Judgment Of 20 February 1969 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>
317. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Application for Review of Judgment №. 158 (3F The United Nations Administrative Tribunal Advisory Opinion of 12 July 1973 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/57/6027.pdf>
318. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey). – Judgment of 19 December 1978 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/62/6245.pdf>
319. International Court of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions and Orders Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran). – Preliminary Objection Judgment of July 22nd, 1952 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>
320. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning The Land, Island and Maritime Frontier Dispute Judgment of 13 September 1990 (El Salvador v. Honduras) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/75/6657.pdf>
321. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Lagrand Case (Germany v. United States of America). – Judgment of 27 June 2001 [Електронний

- ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>
322. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Application of The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia). – Preliminary Objections Judgment of 11 July 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>
323. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v Chad). – Judgment of 3 February 1994 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/83/6897.pdf>
324. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Appeal Relating to the Jurisdiction of The ICAO Council (India v. Pakistan). – Judgment of 18 august 1972 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/54/5665.pdf>
325. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain). – Preliminary Objections Judgment of 24 July 1964 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5341.pdf>.
326. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence by The Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo (Request for Advisory Opinion). – Order of 17 October 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/14799.pdf>
327. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India). – Preliminary Objections Judgment of November 26th, 1957 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/32/2231.pdf>

328. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America). – Judgment of August 27th, 1952 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/11/1927.pdf>
329. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia) Judgment of 30 June 1995 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:<http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6949.pdf>
330. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion of 8 July 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>
331. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark). – Judgment of 20 February 1969 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>
332. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. – Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta). – Judgment of 3 June 1985 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/68/6415.pdf>
333. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in The Gulf of Maine Area (Canada/ United States of America). – Judgment of 12 October 1984 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/67/6369.pdf>
334. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory (Portugal v. India). – Preliminary Objections Judgment of November 26th, 1957 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/32/2231.pdf>

335. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran). – Request for the Indication of Provisional Measures Order of 15 December 1979 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6283.pdf>
336. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion of 8 July 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>
337. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Western Sahara Advisory Opinion of 16 October 1975 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf>
338. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (United States of America v. Italy). – Judgment of 20 July 1989 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>
339. International Court of Justice. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. Interhandel case (Switzerland v. United states of America) (Preliminary Objections). – Judgment of March 21st, 1959. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/34/2297.pdf>
340. International Law Association Commentary on Formation of Customary (General) International Law, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, 2000. – P. 29 – 30.
341. International Law Commission Commentaries to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. – ILC Yearbook, 2001. – Vol. II. – Part Two. – P. 282.
342. International Law Commission. – Fifth Report on the Law of Treaties. – 1960 (2). – Yearbook of the International Law Commission. – P. 105.
343. International Law Commission. Report on the work of its fifty-third session (23 April – 1 June and 2 July – 10 August

- 2001). General Assembly. Official Records. Fifty-Sixth Session. Supplement No. 10 (A/56/10). – P. 43.
344. International Law. Collected Papers of Hersch Lauterpacht. – Volume 5. – Cambridge, 2004. – 810 p.
345. International Tin Council v. Amalgamet Inc. / 524 NYS. – 2d. – 1988. – P. 971.
346. Interntional Legal Materials. – 1992. – № 5. – P. 1172.
347. Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Turkey and Iraq), Advisory Opinion, 1925 P.C.I.J. (ser. B) No. 12 (Nov. 21).
348. Iran-US Claims Tribunal – Amoco International Finance Corp. v. Iran, 15 IRAN-U.S. C.T.R. – P. 189. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.trans-lex.org/231900>
349. Jay's Treaty Treaty of Amity, Commerce and Navigation, between His Britannic Majesty and the United States of America, by their President, Ratified June 24, 1795. Published by Neale and Kammerer, Philadelphia, 1795 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.earlyamerica.com/earlyamerica/milestones/jaytreaty/
350. Jenks C. W. The Proper Law of International Organizations / C. W. Jenks. – Stevens, 1962. – 282 p.
351. Jonathan I. Charney. Universal International Law / 87 Am. J. Int'l. – 1993. – P. 529 – 533.
352. Kammerhofer Jorg. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems / Jorg Kammerhofer // EJIL. – 2004. – Vol. 15. – № 3 – P. 523-553.
353. Kelly J. Patrick. The Twilight of Customary International Law / J. Patrick Kelly // Virginia Journal of International Law. – 2000. – № 40. – P. 116 – 539.
354. Kelsen H. Principles of International Law / H. Kelsen. – New York, 1952. – P. 307.
355. Kelsen H. The Pure Theory of Law and Analitical Jurisprudence / H. Kelsen. – Harward Law Review, November, 1941.

356. Keohane Robert O. International Relations and International Law: Two Optics / Robert O. Keohane // *Harv. Int'l L. J.* – 1997. – P. 487 – 99.
357. Khan Daniel-Erasmus. Max Huber as Arbitrator: The Palmas (Miangas) Case and Other Arbitrations / Daniel-Erasmus Khan. – *European Journal of International Law.* – 2007. – 18(1). – P. 145 – 170.
358. Kingsbury B. From Bilateralism to Publicness in International Law, From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma / B. Kingsbury, M. Donaldson. – Oxford University Press, 2011. – P. 79, 89.
359. Kingsbury B. The Concept of Law in Global Administrative Law / B. Kingsbury // *European Journal of International Law*, 2009. – № 20. – P. 23 – 57.
360. Kirgis F. L., Maier H. G. Appraisals of the ICJ's Decisions: Nicaragua v. United States (Merits) / Harold G. Maier, Anthony d'Amato, Richard Falk, Frederic L. Kirgis, W. Michael Reisman, Fernando R. Tesyn // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.mendeley.com/research/appraisals-icjs-decision-nicaragua-v-united-states-merits/>
361. Klabbers J. Essays on the Law of Treaties / J. Klabbers // *A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag.* – 1997. – 216 p.
362. Klabbers Jan. The concept of Treaty in International Law / Jan Klabbers. – 1998. – 313 p.
363. Kluyver C.A. Documents on the League of Nations / C.A. Kluyver. – CopyRight Materials, 2009 – 378 p.
364. Koh H. Transnational Public Law Litigation / Harold H. Koh // *Yale Law Journal.* – 1991. – 100. – P. 2347.
365. Kokot J. Soft Law Standards under Public International Law / J. Kokot // *International Standards and the Law.* – P. 15 – 42.
366. Kolb R. Principles as a Source of International Law (With Special Reference to Good Faith). – *Netherlands International Law Review.* – Vol. LIII. – № 1. – 2006. – P. 1 – 36.
367. Koskenniemi M. Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument / M. Koskenniemi. – Cambridge University Press. – 2005. – P. 393.

368. Koskenniemi M. International Legal Theory and Doctrine / M. Koskenniemi, M. Planck // Encyclopedia of Public International Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.mpepil.com>
369. Koskenniemi M. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics / M. Koskenniemi // Modern Law Review. – 2007. – № 70. – P. 1 – 30.
370. Krisch N. Beyond Constitutionalism – The Pluralist Structure of Postnational Law / N. Krisch. – Oxford University Press, 2010. – P. 6 – 11.
371. Lach M. Pacta Sunt Servanda / M. Lach // Encyclopedia of Public International Law. – 2000. – P. 852.
372. Lachs M. Some Thoughts on the Role of Good Faith in International Law // Declarations on principles: A Quest for Universal Peace. – 1977. – P. 48.
373. Lauterpacht H. Decision of Municipal Courts as a Source of International Law / H. Lauterpacht // The British Yearbook of International Law. – 1929. – P. 81.
374. Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court / H. Lauterpacht. – Cambridge University Press, 1982 – 427 p.
375. Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court / H. Lauterpacht. – London, 1958. – 408 p.
376. Lauterpacht Hersch. Private Law and Sources and Analogies in International Law / Hersch Lauterpacht. – Longmans, Green and Co. Ltd., 1927. – 325 p.
377. 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 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf>
378. Legal Status of Eastern Greenland, Judgment of 5 April 1933 // P.C.I.J. – Series A/B. – №53 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf

379. Les Actes Unilateraux dans la Pratique du Droit International. – Revue Generale de Droit International. – 1961 (65). – P. 317 – 321.
380. Lisbon Summit Declaration Issued by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Lisbon – 20 Nov. 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_68828.htm?selectedLocale=en
381. Lloyd L. The League of Nations and the Settlement of Disputes / Lorna Lloyd // World Affairs. – Vol. 157. – 1995. – № 4. – P. 160 – 174.
382. Lord McNair. The Law of Treaties / Lord McNair. – Oxford, 1961. – P. 493.
383. Lord Templeman. Treaty-Making and the British Parliament / Lord Templeman. – Dordrecht, 1990. – P. 153.
384. Lowe Vaughan. Do General Rules of International Law Exist? / Vaughan Lowe // International Law Studies. – 1983. – 9. – P. 207 – 210.
385. MacGibbon I.C. The Scope of Acquiescence in International Law / I.C. MacGibbon // The British Year Book of International Law. – 1954. – P. 143 – 186.
386. Marek K. Thoughts on Codification / Krystyna Marek // Zeitschrift fur Auslandsches und Offentliches Rechts und Volktrrecht. – 1971. – P. 497 – 498.
387. Maurice M. The Formation of Customary International Law / Mendelson Maurice. – Recueil des Cours, 1998. – № 272. – P. 295 – 301.
388. McDougal M. The Hydrogen Bomb Tests and the International Law / M. McDougal // American Journal of International Law. – 1955. – № 2. – P. 357.
389. Mendelson M. The Formation of Customary International Law / M. Mendelson. – Martinus Nijhoff, 1999. – Т. 272. – P. 248.
390. Mendelson Maurice. The subjective element in customary international law / Maurice Mendelson // The British Yearbook of International Law. – 1995. – P. 194 – 208.
391. Meron Theodor. Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law. – Oxford, 1989. – P. 41 – 136.

392. Miaja de la Muela, Adolfo. Los actos Unilaterales en las relaciones internacionales Revista Espanola de derecho internacional / Adolfo Maija de la Muela. – 1967. – P. 440.
393. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) [Электронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=66&case=70&code=nus&p3=4>
394. Moens G. Commercial Law of the European Union / G. Moens, J. Trone. – London: Springer, 2010. – P. 67.
395. Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco // Advisory Opinion of 7 February 1923 [Электронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_04/Decrets_de_nationalite_promulgues_en_Tunisie_et_au_Maroc_Avis_consultatif_1.pdf
396. Nobel P. Globalization and International Standards with an Emphasis on Finance Law / P. Nobel. – International Standards and the Law. – P. 44 – 66.
397. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands). – Judgment of 20 February 1969. – I.C.J. [Электронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>
398. Nottebohm Case Second Phase Judgment of April 6th, 1955 [Электронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>
399. Nuclear Tests (New Zealand v. France; Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. – I.C.J. [Электронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6159.pdf>
400. NV Algemene Transport – En Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration: Judgment of the Court of 5 February 1963. – Case 26/62 // English special edition. – P. 1.
401. O’Connell M. E. O’Connell’s International Law and the Use of Force, 2d, Documentary Supplement. – Vol. I. – London, 1970. – P. 16-17.
402. Onuf N. G. International Legal Order as an Idea. — American Journal of International Law. – 1979. – Vol. 73. – №. 2 – P. 250.

403. Oppenheim L. International Law / L. Oppenheim, H. Lauterpacht. – London. – 1957. – P. 18 – 30.
404. Patterson D. M. Philosophy of Law and Legal Theory: an Anthology / D. M. Patterson. – Oxford: Wiley-Blackwell, 2003. – P. 266.
405. Paulsson Jan. Denial of Justice in International Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://assets.cambridge.org/97805218/51183/frontmatter/9780521851183_frontmatter.pdf
406. PCIJ Reports / Series B. – № 13. – P. 19. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm.
407. Perkins A. The Changing Foundations of International Law: From State Consent to State Responsibility / A. Perkins // Boston University International Law Journal. – 1997. – Vol.15. – P. 433–463.
408. Permanent Court of Arbitration Russian Claim for Interest on Indemnities (Damages claimed by Russia for Delay in Payment of Compensation Owed to Russians Injured During the War of 1877-1878) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pca-cpa.org/upload/files/Russian%20Award%20edited%20_final_.pdf
409. Permanent Court of International Justice Judgments, Orders and Advisory Opinions Fascicule № 74 Phosphates in Morocco (Preliminary Objections) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf
410. Permanent Court of International Justice Series A. / B. Judgments, Orders and Advisory Opinions Minority Schools In Albania [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_64/01_Ecoles_minoritaires_Avis_consultatif.pdf. – P. 7.
411. Permanent Court of International Justice Series A. / B. Judgments, Orders And Advisory Opinions Fascicule № 46 Case of The Free Zones of Upper Savoy and The District of Gex [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_46/01_Zones_franches_Arret.pdf

412. Permanent Court of International Justice Series A./B. Judgments, Orders And Advisory Opinions Fascicule № 41 Customs Regime Between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931) [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_41/01_Regime_douanier_Avis_consultatif.pdf
413. Permanent Court of International Justice Series A.IB. Judgments, Orders and Advisory Opinions Fascicule № 77 the Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Preliminary Objection) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_77/01_Compagnie_d_electricite_de_Sofia_Arret.pdf
414. Pfluger F. Die Einseitigen Rechtsgeschäfte im Volkerrecht / F. Pfluger. – Zurich, 1936. – 347 s.
415. Proces-Verbaux of the Proceedings of Advisory Committee of Jurists [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf
416. Prosecutor v. Anto Furundzija. – ICTY. Judgment of 10 December 1998. – Case № IT-95-17/1. – Trial Chamber II.
417. Prosecutor v. Blaskic [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>
418. Prosecutor v. Delalic et al. (справа № IT-96-21-A, абз. 583-590) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>
419. Prosecutor v. Furundzija Case № IT-95-17/1-Т [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf> – P. 61.
420. Prosecutor v. Kordic (справа № IT-95-14/2-Т, абз. 448-451) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=41483e9be>
421. Prosecutor v. Norman Case № SCSL-04-14-PT [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icty.org/x/cases/Norman/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>. – P. 30.
422. Publications of The Permanent Court of International Justice. Series B, №. 8. December 6th, 1923 Collection of Advisory

- Opinions Question of Jaworzina (Polish-Czechoslovakian Frontier) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_08/Jaworzina_Avis_consultatif.pdf
423. Publications of the Permanent Court of International Justice. Series A – No. 6 August 25th, 6925 Collection of Judgments Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_06/16_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Compotence_Arret.pdf
424. Publications of The Permanent Court of International Justice. Series B.-№ 76 August 28th, 1928 Collection of Advisory Opinions Interpretation of The Greco-Turkish Agreement of December 1st, 1926. (Final protocol, article IV) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_16/01_Interpretation_de_l_Accord_greco-turc_Avis_consultatif.pdf
425. Publications of the Permanent Court of International Justice. Series A. – № 70 September 7th, 1927. – Collection of Judgments the Case of the S.S. «Lotus» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf
426. Publications of The Permanent Court of International Justice. Series A. – № 9 July 26th, 1927 Collection of Judgments Case Concerning The Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) (Jurisdiction) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Compotence_Arret.pdf
427. Rauschning Dieter. Budapest ist an das Volkerrecht gebunden // Frankfurter Allgemeine Zeitung. – 1989. – 31 August.
428. Raustiala K. Form and Substance in International Agreements / Kal Raustiala // Am. J. Int'l L. – 2005. – P. 581.
429. Reisman M. Soft Law and Law Jobs / M. Reisman // Journal of International Dispute Settlement. – 2011. – № 2. – P. 25, 26.
430. Reisman W. M. The Cult of Custom in the Late 20th Century / W. Michael Reisman // Cal. W. Int'l L.J. – 1987. – P. 133.
431. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.>

icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=41&case=4&code=i
sun&p3=5

432. Report of the International Law Commission on its Second Session, 5 June to 29 July 1950. – Official Records of the General Assembly, Fifth session, Supplement No.12 (A/1316). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_34.pdf
433. Reports of International Arbitral Awards Recueil Des Sentences Arbitrales Antoine Fabiani Case 31 July 1905. – Volume X. – P. 83-139 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_X/83-139.pdf
434. Reports of International Arbitral Awards Recueil des Sentences Arbitrales The Walfish Bay Boundary Case (Germany, Great Britain) 23 May 1911. – Volume X. – PP. 263-308 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XI/263-308.pdf
435. Reports of International Arbitral Awards. – Vol. XVIII. – 1977. – P. 13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://untreaty.un.org/cod/riaa/dtSearch/Search_Forms/dtSearch.html
436. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Advisory Opinion of May 28th, 1951 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>
437. Request for Interpretation of the Judgment in the Asylum Case (Colombia / Peru) Judgment of November 27th, 1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/13/1933.pdf>
438. Request for Interpretation of the Judgment in the Asylum Case (Colombia / Peru) Judgment of November 27th, 1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/13/1933.pdf>
439. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>

440. Resolution adopted at the Santiago de Compostela Session on 13 September 1989. – The Protection of Human Rights and the Principle of non Intervention in Internal affairs of the State. – Paris, 1992. – P. 209.
441. Resolution adopted by the General Assembly 1472 (XIV) – International co-operation in the peaceful uses of outer space [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.oosa.unvienna.org/oosa/SpaceLaw/gares/html/gares_14_1472.html
442. Resolution adopted by the General Assembly 1721 (XVI) – International co-operation in the peaceful uses of outer space [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.unoosa.org/oosa/SpaceLaw/gares/html/gares_16_1721.html
443. Resolution adopted by the General Assembly 2222 (XXI) – Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.unoosa.org/oosa/SpaceLaw/gares/html/gares_21_2222.html
444. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.
445. Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, § 102 cmt. D, 1987 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.page&node_id=33
446. Reuter P. Introduction to the Law of Treaties / P. Reuter. – Geneva, 1995. – P. 3.
447. Reuter Paul. Droit International Public / Paul Reuter // 7 edition Presses universitaires de France, 1993. – 595 p.
448. Reuter Paul. Introduction au droit des traites / Paul Reuter. – Paris, 1972. – P. 138 – 141.
449. Rhodes D. Benjamin United States Foreign Policy in the Interwar period, 1918 – 1941 / Benjamin D. Rhodes. – Westport, Connecticut, London. – 2001. – P. 61.

450. Roberts A. E. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation / Anthea Elizabeth Roberts // *Am. J. Int'l L.* – 2001. – P. 757 – 791.
451. Ronzitti Nalalino. Trallati contrari a norme imperative del diritto internazionale in : *Studi in onoredi. Sperduti*, 1984. – P. 209.
452. Rosenne Sh. The Law and Practice of the International Court of Justice / Sh. Rosenne. – Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1965. – P. 249 – 412.
453. Rosenne Shabtai. The Perplexities of Modern International Law / Shabtai Rosenne. – Martinus Nijhoff., 2003 – 472 p.
454. Rousseau Charles. Droit international public / Charles Rousseau // Tome I. – Paris, 1970. – 464 p.
455. Rovine A. Digest of United States Practice in International Law / A. Rovine. – Government Printing Office, Washington, 1974.
456. Rubin A.P. The International Legal Affect of Unilateral Declarations / A.P. Rubin // *American Journal of International Law.* – Vol. 71. – № 1. – 1977. – P. 1 – 30.
457. Rudolf Walter. Technological Development and Codification of International Law / Walter Rudolf. – Etudes en L'honneur de Roberto Ago. – Milano, 1987. – Vol. 1. – P. 433 – 453.
458. Salcedo J. A. C. Reflection on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law / J. A. C. Salcedo // *EJIL.* – 1997. – № 8. – P. 583 – 595.
459. Sandorski Jan. Niewaznosc Umow mizhnarodowych. – Poznan, 1978. – P. 192.
460. Schachter Oscar. New Custom: Power, opinio juris, and Contrary Practice / Oscar Schachter // *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honor of Krzysztof Skubiszewski.* – 1996. – P. 531, 536.
461. Schlesinger R.B. Research on the General Principles of Law Recognised by Civilised Nations / R.B. Schlesinger // *American Journal of International Law.* – 1957. – P. 734 – 753.
462. Schwarzenberger G. International Law, International Law as Applied by International Courts and Tribunals /

- G. Schwarzenberger. – Vol. 1, 3d ed., – London, 1957. – P. 130, 326, 353.
463. Scott James Brown. The Liquor Treaty between the United States and Great Britain / James Brown Scott // The American Journal of International Law. – Vol. 18. – № 2. – 1924. – P. 301 – 306.
464. Seiderman Ian D. Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension Antwerpen. – Intersentia, 2001. – P. 123.
465. Separate Opinion by Sir Arnold McNair [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/10/1895.pdf>
466. Separate Opinion of Judge Alfaro Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 15 June 1962. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4877.pdf>
467. Separate Opinion of Judge Jessup [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/47/4917.pdf>
468. Separate opinion of Judge Spender Temple of Preah Vihear [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4885.pdf>
469. Shahabuddeen M. Precedent in the world court / Mohamed Shahabuddeen. – Cambridge; New York : Cambridge University Press, 1996. – 245 p.
470. Shaw M. International Law / M. Shaw. – Cambridge, 2009. – 1543 p.
471. Shaw M. N. Title to Territory in Africa: International Legal Issues / M. N. Shaw. – Oxford University Press, 1986. – 320 p.
472. Shelton D. International Law and Relative Normativity in Malcolm D. Evans (ed) International Law / D. Shelton. – Oxford University Press, 2006. – P. 159 – 185.
473. Simpson J.L., Hazel Fox. International Arbitration, Law and Practice. / J.L. Simpson, Fox Hazel. – London, 1959. – P. 1 – 4.
474. Sinclair I. The Vienna Convention on the Law of Treaties / I. Sinclair. – Manchester, 1973. – P. 32.

475. Skubiszewski Krzysztof. Elements of Customs and Hague Court / Krzysztof Skubiszewski // Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerecht. – 1971. – P. 810 – 854.
476. Soerensen M. Principes de Droit International Public / Max Soerensen. – R.C.A.D.I. – 1960. – Т 101. – P. 37 – 51.
477. Soeresen M. The Sources of International Law. Manual of Public International Law / Max Soeresen. – London, 1968. – P. 146.
478. Sorensen Max. Reviews International Law // Manual of Public International Law, 1968. – NewYork, N.Y., Macmillan, 1968. – 930 p.
479. South West Africa (Liberia v. South Africa) Proceedings joined with South West Africa (Ethiopia v. South Africa) on 20 May 1961 Separate Opinion of Judge Jessup [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/docket/files/47/4917.pdf>
480. Spiermann Ole. International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice 2004 493 p. – P. 139.
481. Starke J. G. The Concept of Opposability in International Law / J. G. Starke // Australian Year Book of International Law. – International Law. – 1968.
482. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law 29-30. – 2000. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ila-hq.org/pdf/customarylaw.pdf>
483. Statement represented by Poland UN Doc A/C.6/54/SR.25 (1999) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_508.pdf
484. Statute of the Council of Europe CETS №: 001 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=001&CM=8&DF=23/01/05&CL=ENG>
485. Statute of The Permanent Court of International Justice – 16 December 1920 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/documents/1920.12.16_statute.htm
486. Stein T.L. The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law / T.L. Stein //

- Harvard International Law Journal. – 1985. – № 26-2. – P. 457, 458.
487. Suy Eric. Les actes juridiques unilateraux en droit international public / Eric Suy. – Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1962. – 290 p.
488. Sztucki Jerzy. Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties / Jerzy Sztucki. – Wien, New York, 1971.
489. Tammes A. J. P. Decisions of International Organs as a Source of International Law / A. J. P. Tammes. – International Relations. – 1958. – Volume: II. – Issue: 151. – P. 261 – 364.
490. Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment of 15 June 1962. – I.C.J. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4871.pdf>
491. Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, Ad Hoc Award of January 19, 1977 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.translex.org/261700>
492. The Case of Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia [GC], № 48787/99, ECHR 2004 – VII – (8.7.04).
493. The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF
494. The M/V «Saiga» Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea). Prompt Release; The m/v «Saiga» (№ 2) Case (Saint Vincent and Grenadines v. Guinea). Provisional Measures [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.itlos.org
495. The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law / Cambridge University Press, 2010. – 324 p.
496. The Scotia – 81 U.S. 170 (1871) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/81/170/case.html>
497. The Vienna Convention on the Law of Treaties / Manchester, 1984. – P. 202 – 226.
498. Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essay in Honour of Krzysztof Skubiszewski. – 2006. – P. 375.

499. Timchenko Leonid. Quo vardis, Arcticum? The International Law Regime of the Arctic and Trends in its Development / Leonid Timchenko. – Kharkiv, 1996. – 361 p.
500. Trimble Ph. A Revisionist View of Customary International Law / Ph. Trimble. – University of California, Los Angeles, 1986. – Vol. 33. – P. 665 – 710.
501. United Nation Conference on the Law of Treaties – First Session Official records. – N.Y., 1969. – P. 58 – 68.
502. United States Department of State / Foreign relations for the United States 1902. Whaling and sealing claims against Russia. (1902) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://digicoll.library.wisc.edu/cgi-bin/FRUS/FRUS-idx?type=div&did=FRUS.FRUS1902AP1.I0005&isize=M>
503. Venturini G. La portee at les effect juridiques des attitudes et des actes unilateraux des Etat. – Rcueil des Cours de l'Academie de la Haye. – 1994. – P. 367 – 400.
504. Verdier Pierre-Hugues Cooperative States: International Relations, State Responsibility and the Problem of Custom / Pierre-Hugues Verdier // Virginia Journal of International Law. – 2002. – Vol. 42. – №1. – P. 863.
505. Verdross Alfred. Die Quellen des universalen Voelkerrechts: eine Einfuehrung // Alfred von Verdross. – Rombach, 1973. – 148 s.
506. Verdross Alfred. Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on «The Law of Treaties» / Alfred von Verdross // The American Journal of International Law. – 1937. – Vol. 31. – № 4. – P. 571 – 577.
507. Villiger M. Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations, with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties / Villiger Mark. – BRILL, Boston, 1985. – № 432. – P. 18 – 22.
508. Villiger Mark. Customary International Law and Treaties / Mark Villiger. – Martinus Nijhoff Publishers, 1985. – P. 4 – 25.
509. Visscher Ch. Reflection on the present prospects of international adjudication / Charles Visscher // American Journal of International Law. – 1956. – P. 473.

510. Visscher Charles. Problemes d'Interpretation Judiciaire en Droit International Public / Ch.Visscher. – Paris, 1963. – 269 p.
511. Visscher Charles. Theory and Reality in Public International Law / Charles Visser // Revised edition, Princeton, N.J. – 1968. – 540 p.
512. Visser Charles. Cours General de Droit International Public / Charles Visser. – R.C.A.D.I. – 1972. – Т. 136. – P. 74 – 75.
513. Waldoch H. General Course of Public International Law / H. Waldoch. – R.C.A.D.I. – 1960. – Т. 106. – P. 44 – 75.
514. Weil Prosper. Towards Relative Normativity in International Law / Prosper Weil // American Journal of International Law. – 1983. – P. 413 – 442.
515. Weil Prosper. Towards Relative Normativity in International Law? / Prosper Weil. – The American Journal of International Law. – 1983. – Vol. 77. – P. 413 – 442.
516. Weisburd Arthur A. Customary International Law: The Problem of Treaties / Arthur A. Weisburd // Vand. J. Transnat'l L. – 1988. – P. 1.
517. WHO Framework Convention on Tobacco Control – Adopted Guidelines [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.who.int/fctc/protocol/guidelines/adopted/en/>
518. Williams J. Aspects of Modern International Law / J. F. Williams. – Oxford University Press, London, 1939. – P. 44.
519. Williams J. F. Some Thoughts on the Doctrine of Recognition in International Law. / Fischer Williams John // 47 Harward Law Review, 1933 – 1934. – 776 p.
520. Wolfke K. Custom in Present International Law / K. Wolfke. –Nijhoff Publishers, 1993. – P. 42 – 192.
521. WTO Appellate Body Report, European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products [Електронний ресурс]. – Official Web-site of the World Trade Organization. – Dispute Settlement: Dispute DS26. – Режим доступу: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds26_e.htm
522. Year Book of International Law Commmission. – 1963. – Vol. II. – P. 198.

523. Year Book of International Law Commission. – 1966. – Vol. II – P. 189.
524. Yearbook of International Law Commission. – 1950. – Vol. 2. – P. 26. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1950.htm>
525. Yearbook of International Law Commission. – Vol. II. – Part 2. – 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\) / ILC_1996_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1996_v2_p2_e.pdf)
526. Zemanek K. Unilateral Legal Acts Revisited. – International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy. – 1998. – 811 p.
527. Zemanek Karl. State Responsibility and Liability / Karl Zemanek // Environmental Protection and International Law. – London: Graham & Trotman, 1991. – P. 187 – 188.

Наукове видання

КИЇВЕЦЬ Олена Валеріївна

**У ПОШУКАХ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА:
ПЕРЕОСМИСЛЮЮЧИ ДЖЕРЕЛА**

Монографія

Комп'ютерне верстання Вадима Фенцура.

Підписано до друку 24.11.2011.
Формат 60x84/16. Ум. друк. арк. 27,9,
Обл. вид. арк. 30,64.
Наклад 300 прим. Замовлення № 158.

Видавець:

ПП «Видавництво «Оіюм»,
(свід. серія ХЦ №009 від 12.10.2000 р.)
32300, Хмельницька обл., м.Кам'янець-Подільський,
пров. Михайлівський, 8/4, тел. (03849) 9-08-14

Виготовлювач:

ТОВ «Друкарня «Рута»,
(свід. серія ДК №4060 від 29.04.2011 р.)
м. Кам'янець-Подільський, вул. Пархоменка, 1
тел. +380 38 49 4 22 50, e-mail: drukruta@ukr.net