

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ЗВИЧАЮ ЯК ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Однією з особливостей міжнародного права як самостійної системи правових норм є те, що воно в більшій мірі складається із звичаєвих

¹ Студентка 4 курсу Інституту прокуратури та кримінальної юстиції України Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

норм. У той час як в інших галузях права роль звичаю постійно знижувалась, в міжнародному праві протягом всього часу його існування це джерело відіграло і продовжує відігравати суттєву роль в регулюванні міжнародно-правових відносин. Більша частина договірних міжнародно-правових норм або має звичаєво-правові аналоги або ж походять від відповідного міжнародно-правового звичаю [1, с.3].

Однак, виходячи з практики міжнародно-правових відносин, можна побачити, що для регулювання деяких міжнародних відносин застосування звичаю є надзвичайно складним, що в свою чергу пов'язано із правовою невизначеністю основного джерела міжнародного права – міжнародного звичаю.

Метою даної статті є дослідження окремих проблем звичаю як джерела міжнародного права та аналіз думок науковців з даного питання.

Дослідженням проблем звичаю як джерела міжнародного права займалися такі вчені: М. Байєрс, К. Беземер, Я. Броунлі, Д. Вагтс, Л. Вайлдхабер, Дж. Вілсон, А. Гарвуд-Говерс, Б. Картер, А. Кассезе, Г. Кельзен, Р. Х. Кук, Р. Лезаффер та інші. У рамках вітчизняної науки дане питання досліджувалось у працях М. О. Баймуратова, В. А. Василенка, Г. П. Жукова, І. П. Лукіна, М. В. Миронова, С. П. Погребняка, А. Подакова, Ю. В. Щокіна та ін.

Під міжнародно-правовим звичаєм слід розуміти поведінку суб'єктів міжнародного права, яка встановлюється шляхом її тривалого та одноманітного застосування на міжнародному рівні. Міжнародний звичай у ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН визначений як «доказ загальної практики, визнаної в якості правової норми» [2]. Сьогодні значну кількість як теоретичних, так і практичних питань викликає процес утворення міжнародних звичаїв. У порівнянні з процесом укладання та виконання міжнародного договору, який є більш-менш врегульованим, утворення та застосування міжнародного звичаю чіткої нормативної регламентації не мають. В даний час досі залишаються чітко не вирішеними питання щодо необхідного часу для утворення звичаю, щодо форм вираження так званого *opinio juris*, щодо суб'єктів такої правотворчості тощо.

У класичному розумінні (дуалістична теорія) норми міжнародних звичаїв, як і норми міжнародних договорів, мають проходити два етапи свого формування, щоб отримати силу юридично обов'язкового правила поведінки в міжнародних відносинах:

а) об'єктивний елемент (*diuturnitas* чи *usus*, практика) – для формування звичаю необхідна постійна та однакова поведінка суб'єктів міжнародного права протягом певного часу. У широкому розумінні «практика», як зазначає Ю. В. Щокін: «це будь-яка діяльність держави на міжнародній арені, до якої належать як її фактичні дії, так і акти політичного і правового характеру, що містять оцінку цих дій (державні заяви, протести, договори, прес-релізи, рішення внутрішніх судів тощо)». Як далі зазначає вчений, що широке тлумачення практики призводить до зникнення смислової різниці між міжнародно-правовим звичаєм і міжнародним узвичаєнням. Але останній, як відомо, не є юридично обов'язковим [1, с. 15].

Тому Ю. В. Щокін наголошує, що «практику – слід розглядати як юридичні факти, як конкретні події матеріального світу, окремо визначені в часі і просторі соціальні факти, з якими пов'язані виникнення, припинення або зміна міжнародних правовідносин. На відміну від традиційного розуміння юридичного факту, коли норма права передує соціальному факту і, таким чином, він має правозастосовний характер, пропонується розглядати його в зворотному – правостворюючому сенсі, що відповідає логіці формування міжнародно-правових звичаїв» [1, с. 16].

Щодо характеристики «практики», то її можна знайти у Звіті Комітету АМП: «Загальне звичаєве міжнародне право створюється однамітною, численною та репрезентативною (*uniform, extensive and representative*) за своєю природою практикою. ... ніякої чіткої кількості часу для формування міжнародного звичаю не потрібно» [3, с. 20].

б) суб'єктивний елемент (*opinio juris sive necessitates*) – вказує на необхідність наявності впевненості у суб'єктів міжнародного права у відповідності поведінки, яка складає *usus*, певним юридичним обов'язкам.

Ментальне ставлення суб'єктів міжнародного права до певного діяння, яке впливає на регулювання міжнародних відносин, характеризується саме *opinio juris*. *Opinio juris* – реакція з боку суб'єктів міжнародного права на події, які відбуваються. Однак хоча формування переконання має внутрішній характер, *opinio juris* обов'язково виражається в певній зовнішній формі. Якщо не дотримуватись даного положення, то для інших ставлення суб'єкта до будь-чого залишиться невідомим. [4, с. 142].

Opinio juris може міститися у висловлюваннях глав держав, дипломатичній кореспонденції, коментарях уряду до тексту проекту міжнарод-

ного договору, рішеннях міжнародних трибуналів, резолюціях Генеральної Асамблеї ООН і т. д [5]. Особливої уваги потребують суб'єкти висловлення *opinio juris*. У традиційному аспекті прерогатива висловлення *opinio juris* надається державам, однак сьогодні можливість визнання певної звичаєвої норми поведінки в міжнародних відносинах правовою нормою надається ще й іншим суб'єкти міжнародного права.

Ю. В. Щокін зазначає, що поряд з суверенними державами брати участь у звичаєвому нормотворенні можуть фізичні особи, міжнародні та національні (локальні) неурядові організації, підприємницькі компанії, тобто всі ті, чия міжнародна правосуб'єктність у вітчизняній доктрині тільки знаходить своє визнання [6, с. 190]. Неурядові організації не впливають на формулювання міжнародного звичаю, якщо їх дії безпосередньо не пов'язані з державами. Проте в рамках співробітництва держав і міжнародних неурядових організацій виникає можливість впливу на створення звичаю [7]. Також можна відзначити зростання авторитету міжнародних судових органів, позиція яких часто стає визначальною в питанні встановлення факту наявності певних звичаїв.

Сьогодні значно скоротився час формування міжнародних звичаїв, що породило дискусію до так званих «миттєвих» звичаїв. Один з елементів, який вважається особливо важливим для практики, полягає в тому, що така практика повинна бути одноманітною, повторюваною. Для встановлення практики застосування нової звичаєвої норми немає потреби, щоб пройшли роки або навіть століття. Прикладом «миттєвого» звичаю є створення норм, пов'язаних з польотом першого штучного супутника Землі; норм, що стосуються вчинення злочинів у внутрішніх конфліктах [7]. Достатньо того, щоб держави не виразили свого заперечення щодо формування нового міжнародного звичаю протягом певного розумного періоду часу. Обґрунтованим є підхід І. І. Лукашука, за яким він розділяє звичаєві норми на два види: традиційні («неписане правило, за яким суб'єкти визнають юридичну силу») та нові (які створюється «не в результаті тривалої практики, а шляхом визнання декількох чи навіть одного попереднього акту») [8, с. 105].

У даному випадку можна говорити про значне зниження ролі практики внаслідок скорочення проміжку часу, який для неї відводиться, зменшення важливості повторів конкретних відносин (прецедентів), які формують практику і зростання ролі *opinio juris*. Йдеться, як правило, про визнання поведінки одного чи декількох суб'єктів міжнарод-

ного права в одиничній фактичній ситуації на міжнародній арені [1, с.18].

Разом з тим серед науковців склалася і інша точка зору, щодо процесу формування звичаїв. Одні необхідною ознакою звичаю вважають *usus*, а *opinio juris* для них залишається на другому плані, адже по суті воно становить собою внутрішнє переконання суб'єкта. Інші стверджують, що в ситуації, коли існує надлишок «практики», наявність *opinio juris* не є обов'язковою для створення звичаю. І навпаки, у ситуаціях, коли існує нестача «практики», *opinio juris* було б достатньо [9]. Тому досі серед науковців з цього питання точиться дискусія, яка потребує вирішення.

Міжнародні договори і міжнародні звичаї часто переплітаються. Договори можуть відображати вже існуючі норми міжнародного звичаю. При цьому необхідно пам'ятати, що, незважаючи на тісний зв'язок між двома вищезгаданими джерелами, міжнародне звичаєве право «існує саме по собі». Іноді можна почути думку, що міжнародні договори є більш важливим джерелом, ніж міжнародний звичай. Однак погодитись з даною тезою важко. По-перше, як показує практика, міжнародні суди і трибунали регулярно звертаються до міжнародного звичаю. По-друге, звичай, будучи більш гнучким джерелом права, здатний швидше реагувати на зміни в суспільстві, в нього не треба вносити поправки, він еволюціонує сам по собі. По-третє, на відміну від договору, обов'язкового тільки для учасників, міжнародний звичай поширюється на всі держави [5]. Як зазначає Ю. В. Щокін: «Сучасна міжнародно-правова доктрина й практика «мовчання» держав (тобто відсутність їх відповідної реакції у зв'язку з будь-якими подіями на міжнародній арені) розглядають як невизначеність, неясність, відсутність їх позиції, а не як згоду, що мається на увазі, з якимись повторюваними міжнародними відносинами. При встановленні звичаїв загального міжнародного права враховується загальносвітова практика, в якій позиція будь-якої конкретної держави, особливо не виражена чітко, може взагалі не братися до уваги. Але при цьому у держав зберігається право на «активну незгоду» із практикою за допомогою офіційних заяв і протестів, що може виключити їх з дії широко визнаних звичаєвих норм» [10, с. 171].

У зв'язку з неписаною формою звичаю виникає питання його відмінності від усних міжнародних договорів, адже вони мають певну подібність у методі створення й у формі вираження. Проте в міжнародній

практиці усні договори виконують допоміжні функції, тобто не вирішують принципові питання міжнародної політики, і кількість учасників таких договорів обмежена [10, с. 164].

Отже, можна зробити висновок, що звичай – це особливе джерело міжнародного права, є різновидом правового звичаю і характеризується специфікою суб'єктного складу, сфери застосування, а також порядку формування. Звичай – є джерелом, яке не втрачає своєї значущості для врегулювання міжнародних відносин. В сучасному міжнародному праві звичаєві норми є основою багатьох галузей та інститутів, також вони починають виникати у тих сферах, де неможливе договірне регулювання, а тому неможливо уявити сучасну міжнародно-правову систему без звичаю.

Література:

1. Щокін, Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: сучасні проблеми, теорія і практика: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.11 – Міжнародне право. – Харків : [б. в.], 2016. – 39 с.

2. Статут ООН [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org>

3. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law: Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, International Law Association, Report of the 69th Conference, London, 2000. – 66 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>

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

5. Гигинейшвили М. Т. Международный обычай как источник международного уголовного права 2017 год [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://cyberleninka.ru/article/n/mezhdunarodnyy-obyчай-kak-istochnik-mezhdunarodnogo-ugolovnogo-prava>

6. Щокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії та практики : [монографія] / Ю. В. Щокін. – Х. : Право, 2012. – 456 с. – С. 190.

7. Sources of International Law From: Oxford Public International Law The Arctic University of Norway; date: 21 April 2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2016/04/EPIL_Sources_of_International_Law.pdf

8. Лукашук И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. фак. и вузов. Изд. 3-е, перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 432 с. – С. 105.

9. Roozbeh (Rudy) B. Baker, Customary International Law: A Reconceptualization, 41 Brook. J. Int'l L. (2016). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1421&context=bjil>

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

Науковий керівник: *Асірян С. Р.*, к.ю.н., асистент кафедри міжнародного права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого