

Ю. Щокін, доцент НЮА України

Роль міжнародно-правових звичаїв у формуванні імперативних норм міжнародного права

Позиція будь-якого вченого у спорі про те, яке з основних джерел міжнародного права — міжнародний договір чи міжнародно-правовий звичай — є провідним у закріпленні імперативних норм міжнародного права (норм *jus cogens*), завжди залежить від того, якої філософсько-правової концепції він додержується, який світогляд йому ближче. Переважна частина радянської доктрини була сповнена ідеями юридичного позитивізму, тому й лідерство у спорі віддавалося міжнародному договору. Цю позицію підтримували Л. Алексідзе, Г. Даніленко, І. Лукашук, Г. Тункін, Н. Ульянова, Л. Шестаков та ін.

Українській міжнародно-правовій доктрині «у спадщину» дісталася радянська, переважно позитивістська, система уявлень про міжнародне право. В. Буткевич відкрито заявляє, що саме «позитивістської концепції додержуються вчені України і близького зарубіжжя»¹. Тому міжнародний договір, як і раніше, сприймається як головний юридичний інструмент формування та вираження норм *jus cogens*.

Однак, як видається, думка В. Буткевича далека від істини. Ідеї природного права вже глибоко проникли у вітчизняну доктрину міжнародного права і знайшли чимало прихильників.

У зв'язку з цим мета даної статті полягає в тому, аби поглянути на проблему імперативних норм міжнародного права з природно-правових позицій, що, виходячи із зазначеного, вже саме по собі є досить новим для вітчизняної науки міжнародного права.

Думка про те, що вагому, а іноді навіть вирішальну роль у формуванні імперативних норм відіграють міжнародні договори, не була властива не лише радянській доктрині. У 1960–1970-х роках про це говорили також багато авторитетних зарубіжних учених, що із задоволенням

¹ Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. – К., 2002. – С. 40.

було відзначено у радянській науці¹. У деяких випадках на особливу роль міжнародних договорів вказувала й Комісія міжнародного права ООН, яка у ті роки активно займалася кодифікацією міжнародного права на основі загальних міжнародно-правових звичаїв. Зокрема, коментуючи статтю, яка стосувалася взаємодії норм міжнародних договорів і норм *jus cogens*, Комісія погодилася з тим, що «багато модифікацій норм *jus cogens* сьогодні найбільш імовірно могли б набути чинності за допомогою укладення загального багатостороннього договору»². Слід зазначити, що це твердження зовсім не демонструвало повну переконаність Комісії в абсолютній перевазі договорів над звичаями у створенні імперативних норм, як це намагалися подати, наприклад, Л. Алексідзе³ та Н. Ульянова⁴. Аж ніяк. Згодом члени Комісії підкреслювали, що «немає процедури, яка була встановлена для визначення норми *jus cogens*»⁵; «договір може містити норму, що просто була запозичена з уже існуючої звичаєвої норми, як це було вірно вказано на декількох ... прикладах у зв'язку з *jus cogens*, і дуже складно встановити, норма в договорі передує чи слідує звичаєвій нормі»⁶.

Разом з тим саме в радянській доктрині договірний шлях формування норм *jus cogens* як найбільш ефективний одержав найширшу підтримку і відповідно детальне опрацювання. Зупинимося на головних аргументах на його користь.

По-перше, багатосторонній міжнародний договір на відміну від міжнародно-правового звичаю є явним вираженням волі сторін.

По-друге, багатосторонній міжнародний договір більш ефективний у кодифікації й прогресивному розвитку міжнародного права. Л. Шестаков, зокрема, зазначав: «Останнім часом робота з кодифікації міжнародного права помітно збільшила число договірних норм. Триваюча робота з кодифікації зведе кількість звичаєвих норм до мінімуму»⁷. Г. Тункін

¹ Див., напр.: Ульянова Н. Н. Понятие общего многостороннего договора // Сов. ежегодник международного права. 1974. – М., 1976. – С. 93.

² Document A/5509: Report of the International Law Commission covering the work of its 15th session, 6 May – 12 July 1963 // Yearbook of the International Law Commission 1963, Vol. II. – United Nations, New York, 1964. – P. 199.

³ Див.: Алексидзе Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens*. – Тбилиси, 1982. – С. 235, 236.

⁴ Див.: Ульянова Н. Н. Вказ. праця. – С. 97.

⁵ International Law Commission. Summary Records of the 18th session, 4 May – 19 July 1966 // Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. I, Part II. – United Nations, New York, 1967. – P. 4.

⁶ Там само. – P. 91.

⁷ Шестаков Л. Н. Императивные нормы в системе современного международного права. – М., 1981. – С. 62.

пов'язував з кодифікацією, що здійснювалася внаслідок роботи Комісії міжнародного права ООН, членом якої він тривалий час був, формування на основі деяких багатосторонніх міжнародних договорів «квазіміжнародного законодавства»¹.

По-третє, багатосторонній міжнародний договір — найзручніший спосіб зміни існуючих норм *jus cogens*. Як Н. Ульянова відмічала: «Оскільки імперативна норма може бути встановлена або змінена за згодою всіх або майже всіх держав, то в сучасних умовах це може і ... найімовірніше буде здійснюватися шляхом загального багатостороннього договору»².

Перше, що привертає увагу, це те, що наведена аргументація у своїй основі будується на видимих відмінностях між способами матеріального вираження двох основних джерел міжнародного права. Звичайно, міжнародно-правові зобов'язання, закріплені в міжнародному договорі, явно і недвозначно присвоюються державам-учасникам. І таких проблем, властивих міжнародному звичаєвому праву, що стосуються визнання тією або іншою державою міжнародно-правової норми, у переважній більшості випадків не виникає. Також важко сперечатися з тим, що міжнародний договір на відміну від міжнародно-правового звичаю здатний об'єднати багато норм, і пізніший договір цілком вірогідно може змінити дію всього попереднього договору або тільки деяких його положень. У цьому сенсі договір, безперечно, зручніше за звичай.

Однак чи є це основними критеріями ефективності правових норм? Видається, що ні.

Сучасна українська загальна теорія права, побудована на природно-правових цінностях, пріоритетне місце у визначенні ефективності будь-якої норми права віддає її соціальній зумовленості. Так, В. Ткаченко та І. Яковюк, пропонуючи визначення поняття норми права, називають цю ознаку у першу чергу³. Причину цього вони пояснюють так: «... нормі права властива *соціальна, економічна і культурна обумовленість*. Зміст норми права повинен містити нормативні елементи суспільних відносин — тільки за цієї умови вона буде ефективним регулятором»⁴.

¹ *Tunkin G. Is General International Law Customary Law Only? // European Journal of International Law. – 1993. – No. 4. – P. 536.*

² *Ульянова Н. Н. Вказ. праця. – С. 97.*

³ Див.: *Загальна теорія держави і права: Підручник / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х., 2002. – С. 279.*

⁴ Там само. – С. 280.

Як впливає із цитати, під соціальною обумовленістю вчені розуміють відповідність змісту норми права «нормативним елементам суспільних відносин». Це означає, що ефективність правової норми прямо залежить від того, як вона враховує усталену суспільну практику, що у свідомості людей уже знайшла нормативний характер у вигляді моральних норм, традицій, узвичаєнь, звичаїв. Інакше кажучи, правова норма повинна орієнтуватися на укорінені стандарти поведінки суб'єктів суспільних відносин.

І такий орієнтир в уявленнях вчених, які додержуються природно-правових концепцій, є значною мірою визначальним. М. Цвік закладає його у визначення самого поняття права: «Отже, право слід розуміти як засновану на уявленні про справедливість міру свободи й рівності, що відображає потреби суспільного розвитку, яка у своїй основі склалася в процесі повторюваних суспільних відносин і визнається й охороняється державою»¹.

У радянській теорії міжнародного права, а зараз і в українській та російській — принципово інша ситуація. Критерій соціальної обумовленості (або подібний до нього) як кваліфікуючий у понятті міжнародно-правової норми не вказується взагалі. Замість нього акцент робиться на узгоджувальному, координуючому характері норм міжнародного права². З погляду позитивістського сприйняття міжнародного права будь-яка міжнародно-правова норма — це результат узгодження воель (як співвідношення політичних інтересів і політичних можливостей) держав на міжнародній арені. Тому й процеси формування міжнародних договорів і міжнародно-правових звичаїв, незважаючи на відсутність в останніх точної формалізованої процедури, по суті, є ідентичними. А якщо бути більш точним, формування звичаю прирівняне до укладання договору. Наприклад, М. Баймуратов так описує етапи формування імперативних норм: «1) узгодження воель суб'єктів міжнародного права стосовно правила поведінки; 2) узгодження воель цих суб'єктів щодо надання цьому правилу поведінки вищої юридичної сили в конкретній правовій системі; 3) надання суб'єктами міжнародного права згоди на юридичну обов'язковість погодженого правила поведінки»³. Додамо, що цей уче-

¹ Загальна теорія держави і права: Підручник / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – С. 183.

² Див., напр.: Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Вказ. прац. – С. 164; Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе. – М., 1997. – С. 113.

³ Баймуратов М. А. Международное публичное право: Учебник. – К., 2004. – С. 31.

ний ні фізичних осіб, ні міжнародні неурядові організації до суб'єктів міжнародного права не відносить¹.

Добре відомі наслідки позитивістського підходу: оскільки будь-який міжнародний договір завжди виступає якимось підсумком політичних компромісів, остільки зміна політичного розміщення сил може призвести до зміни або скасування договору, яких би аспектів міжнародного життя він не стосувався. Якщо в одних випадках такі наслідки дійсно можуть сприяти більш гнучкому розв'язанню поточних міжнародних проблем, швидкому й адекватному реагуванню на погрози, що виникають перед міжнародним співтовариством, то в інших випадках (серед яких насамперед відносини, що регулюються нормами *jus cogens*) вони прямо ведуть до дестабілізації міжнародно-правової нормативної системи і тим самим мають край негативний відтінок.

Пануючі в юридичному позитивізмі уявлення про формування імперативних норм (та й не тільки їх) є значною мірою спрощеними. Вони не враховують інші чинники, безпосередньо пов'язані зі створенням норм міжнародного права, й активно впливають на їх застосування. У цьому сенсі можна повністю погодитися з В. Шафіровим, котрий підкреслює, що «будь-яка спроба виділити в системі компонентів, що впливають на право, якийсь один провідний, що зумовлює всі інші, неспроможна»². Цей учений, розглядаючи феномен права в його внутрішньодержавному втіленні, слушно зазначає: «Визначальний вплив на право справляють багато чинників: економіка (різні форми власності, підприємництво, конкуренція), політика (форма правління, політичний режим), культура (духовний і моральний розвиток суспільства), ідеологія (пануючі політико-правові ідеї, теорії), релігія (християнство, іслам, іудаїзм, буддизм та ін.), національні й історичні традиції (західні, східні) і под. Інша річ, що їх комбінації, сила спонукаючої енергії кожного чинника можуть бути неоднакові в різних стадіях цивілізації і у різних народів»³.

Це зауваження цілком стосується й міжнародного права. І політика, і економіка, і культура, і релігійні погляди — все це у своїй сукупності впливає на нього. Тільки рівень узагальнення інший, і набагато вищий, який прагне до вичленування серед різноманітних чинників тих соціальних норм, які притаманні якщо не всім, то переважній більшості народів, що заселяють нашу планету. Такими стали універсальні моральні цін-

¹ Див.: Там само. – С. 64, 65.

² Шафіров В. М. Право в человеческом измерении // Правоведение. – 2004. – № 3. – С. 201.

³ Там само. – С. 201.

ності, що забезпечують виживання й розвиток людства і втілені в імперативних нормах міжнародного права.

Так, А. Робертс прямо визначає імперативні норми як моральні звичаї міжнародного права. Порівнюючи їх з міжнародно-правовими звичаями, які просто полегшують міжнародне співробітництво (*facilitative customs*), вона доходить висновку про те, що моральні звичаї мають більшу нормативність, «тому що вони пропонують майбутні дії, засновані на *нормативних оцінках ідеальної практики*»¹. Вказуючи на значну частку незалежності змісту і юридичної сили (нормативності) моральних звичаїв від поточної практики, А. Робертс вважає це новизною у підході до формування міжнародно-правових звичаїв і тому називає такі звичаї «сучасними» (*modern customs*)². Розглядаючи особливості створення моральних звичаїв, вона заявляє про перевагу загального консенсусу над згодою окремої держави, що, на її думку, відображає пріоритет матеріальної (*substantive*) нормативності над процедурною (*procedural*) нормативністю у важливих моральних питаннях. До цього вона додає: «Сучасний звичай прагне до формування загального міжнародного права, що зобов'язує всі держави з важливих моральних проблем»³.

Л. Алексідзе, прихильник юридичного позитивізму, був змушений визнати, «що *jus cogens* у міжнародному праві складається в основному із приписів, котрі виражають неминучі в доступному для огляду майбутньому моральні імперативи, які в силу своєї загальнолюдської цінності *не можуть бути змінені* не тільки на локальному рівні, а й *загальною згодою держав світу*» (виділено мною. — Ю. Щ.)⁴.

Таким чином, розглядуване питання з'являється вже в іншій площині: як питання формування універсальних моральних норм, що закріплені в загальному міжнародному праві. Чи може договірно-правова форма переважати над звичаєво-правовою під таким кутом зору? Або інакше: чи можна домовитися про мораль?

І позитивне, і природне право розмежовують право й мораль. Норми моралі розглядаються як одне з важливих джерел формування правових норм, але при цьому вони не ототожнюються одне з одним. Їх взаємо-

¹ Roberts A. E. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation // American Journal of International Law. – October 2001. – Vol. 95. – No. 4. – P. 764.

² Див.: Там само. – P. 765.

³ Там само. – P. 766.

⁴ Алексідзе Л. А. Вказ. праця. – С. 310.

зв'язок проявляється в тім, що деякі норми моралі набувають правової форми. А от уже те, яким чином відбувається «входження» моральних норм у право, і становить корінне розходження між позиціями юридичного позитивізму й природного права.

Юридичний позитивізм вважає, що норма моралі, перш ніж стати «повноцінною» нормою міжнародного права, повинна пройти процедуру узгодження воль держав, утілившись чи в міжнародному договорі, чи в міжнародно-правовому звичаї. У першому випадку така процедура внутрішньо притаманна процесу укладання договору: будь-який міжнародний договір — результат узгодження політичних воль держав.

Однак далеко не кожна моральна норма, що має універсальну загальнолюдську цінність, може бути втілена в міжнародному договорі. За свідченням самих прихильників юридичного позитивізму, загальні міжнародні договори, розроблені Комісією міжнародного права і прийняті під егідою ООН, не змогли охопити всі держави світу¹. Хоча, за їх же власними переконаннями, норми *jus cogens* повинні охоплювати «всі або майже всі» держави. Як зазначає Р. Макдональд, з цим завданням не впорався навіть Статут ООН, тому єдиний шлях поширити кожную імперативну норму на все людство пролягає «через її кристалізацію в норму звичаєвого міжнародного права»².

Погоджуючись із цим, прихильники позитивізму змушені визнати, що те джерело міжнародного права, яке, на їх думку, свою роль у становленні й розвитку міжнародно-правової нормативної системи майже вичерпало (мається на увазі міжнародно-правовий звичай), у цьому випадку є більш надійним й ефективним, незважаючи на їх запевнення у зворотному, тому що, крім нього, цю функцію ніяке інше джерело виконати не може.

Яким чином звичай закріплює моральні норми?

Пояснення з позиції позитивного права лежить через *теорію мовчазної угоди*, і тому ми знову зіштовхуємося із проблемою встановлення офіційної згоди (явної або домислюваної) з боку всіх держав³. Такий шлях веде до нерозв'язуваних суперечностей, зумовлених, по-перше, специфікою вираження волі державою і, по-друге, властивостями самих моральних норм.

¹ Див.: *Алексидзе Л. А.* Вказ. праця. — С. 237.

² *Macdonald R. St. J.* Fundamental Norms in Contemporary International Law // Canadian Yearbook of International Law. — 1987. — Vol. XXV. — P. 128.

³ Докладніше про це див.: *Щокін Ю. В.* Міжнародно-правовий звичай крізь призму теорії «мовчазної» угоди // Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 3 (46). — С. 162–171.

Так, щодо першого зауваження, юридичний позитивізм розглядає поняття «воля держави» виключно як виявлену ззовні політичну позицію держави (і насамперед її виконавчої гілки влади) з будь-якого питання. Вона може: а) унаслідок різних причин і протягом нетривалого проміжку часу коливатися від визнання до невизнання того чи іншого правила поведінки нормою міжнародного звичаєвого права; б) суперечити фактичним діям самої держави на міжнародній арені; в) суперечити внутрішній юридичній і фактичній практиці держави.

Що стосується другого зауваження, то держави можуть утриматися від вираження згоди (або перемінути її) відносно соціальної норми, яка має абсолютну моральну цінність у масштабах усього людства (наприклад, заборона геноциду, апартеїду, агресивної війни, військових злочинів та ін.). Як бути в такому випадку? Не розцінювати ж відсутність згоди як збереження за державою права на здійснення такого роду дій?!

Природно-правовий світогляд вважає взаємозв'язок норм права й моралі більш глибоким. Мораль як «уявлення людей про добро, справедливість, гідність, честь, працьовитість, милосердя»¹ становить зміст правових норм, їх призначення. С. Максимов зазначає, що правосвідомість і моральна свідомість єдині «у розумінні людини як беззастережно вільної істоти»². Моральне виховання є необхідною передумовою правового виховання. «Правове виховання не може мати своїм початком просте засвоєння норм права, правил зовнішньої поведінки. Його основи повинні закладатися раніше, ще до всякого знайомства із власне правовим матеріалом. Воно має здійснюватися на рівні життєвих правил поведінки, установок, що визначають вибір у тій чи іншій ситуації»³.

Моральна свідомість у своїй основі єдина для будь-яких людських співтовариств, що на сьогоднішній день підтверджено численними дослідженнями⁴. Її формування за визначенням не може бути ні похідним від волі держави, ні підсумком узгодження воль держав. Вони охоплюють колективний досвід людства. Як пише В. Попков, «норми моралі — продукт історичного розвитку людства, вони сформувалися

¹ Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. – Изд. 2-е, перераб. и доп. / Отв. ред. проф. М. Н. Марченко. – М., 2002. – Т. 2. – С. 99.

² Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. – Х., 2002. – С. 261.

³ Максимов С. И. Вказ. праця. – С. 264.

⁴ Див., напр.: Wilson J. Q. The Moral Sense. – N. Y., USA: The Free Press, A Division of Macmillan, Inc., 1993. – 311 p.; Буроменский М. В. Политические режимы государств в международном праве. – Х., 1997 та ін.

в боротьбі зі злом, за утвердження добра, людинолюбства, справедливості, щастя людей»¹. Отже, не може бути для однієї держави (або суспільства) одна мораль, а для іншої — інша. Різними можуть бути тільки інтереси. Тому й так звана «міжнародна мораль» — це не власний винахід держав, що виник в процесі узгодження їх воль, а норми суспільної поведінки, беззастережно визнані всіма і спрямовані на мирне існування всіх.

А. Фердросс вважає взаємозв'язок норм моралі й права стрижневою ідеєю, сутністю міжнародного права. На його думку, «уже в самих джерелах вона виступає як ідея *мирного порядку*, що забороняє насильство людини над людиною і дозволяє насильство лише як реакцію суспільства на правопорушення. Надалі ж ця ідея переростає в ідею *морального суспільства* взагалі»². І хоча норми моралі «зобов'язують людей як моральних особистостей», у той час як право регулює поведінку людей як істот соціальних»³, процес формування і перших, і других норм є єдиним — через *повторювані суспільні відносини*, тобто через ту суспільну практику, що й становить основу звичаєвого права.

Імперативні норми міжнародного права — це міжнародно-правове втілення універсальних моральних вимог, що з'явилися в результаті практики людства. Вони виникли з повторюваних суспільних відносин, які сформували універсальну правосвідомість. Тому головною і природною формою їх міжнародно-правового нормативного вираження є міжнародно-правовий звичай, ефективність додержання якого зумовлюється добровільним і свідомим вибором правила поведінки, що закріплюється ним.

Таким чином, міжнародний договір може бути тільки допоміжною формою закріплення імперативних норм міжнародного права, але аж ніяк не основною. Норми *jus cogens* міжнародного права черпають свою юридичну силу в тих соціальних нормах, які мають абсолютний моральний авторитет у всього світового співтовариства і природним чином формуються у вигляді міжнародно-правових звичаїв.

¹ Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. — С. 99.

² Фердросс А. Международное право: Пер. с нем. Ф. А. Кублицкого и Р. Л. Нарышкиной; Под ред. Г. И. Тункина. — М., 1959. — С. 35.

³ Там само. — С. 51.