

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ЕЛЕМЕНТІВ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО ЗВИЧАЮ У СУЧАСНОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ

У статті 38 статуту Міжнародного Суду ООН, серед інших джерел міжнародного права вказується «міжнародно-правовий звичай як доказ загальної практики, визнаної як правова норма». Виходячи з цього визначення, не складно виділити дві складові міжнародно-правового

¹ Студент 2 курсу міжнародно-правового факультету Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

звичаю: об'єктивну (загальна практика) та суб'єктивну (визнання практики як правової норми або, за загальною термінологією, *opinio juris*). І, хоча й на перший погляд таке розмежування не здається складним, дотепер ведеться дискусія щодо обсягу тлумачення цих елементів та першорядності одного стосовно іншого, адже саме досконале розуміння цих двох складових дасть змогу коректно застосовувати міжнародно-правовий звичай, який є одним із основних джерел міжнародного права[1, с. 118].

Серед відомих науковців, праці яких були спрямовані на розробку вищезазначеної проблематики, слід виокремити: Б. Стерн, В. Буткевича, П. Маланчука, Ю. Щокіна, А. Д'Амато та ін.

В доктрині міжнародного права існують альтернативні варіанти складу міжнародно-правового звичаю, так, В. Буткевич виділяє 3 фактори: міжнародна практика (прецеденти); думка, що визначає цю практику (прецеденти) за юридичну норму; фактор часу[1, с. 122].

Американський вчений А. Д'Амато запропонував поділ на такі елементи звичаю: формулювання норми міжнародного права («articulation») та вчинок («act») [2, с. 73–98]. Причиною появи альтернативних ідей поділу є недостатня визначеність тлумачення понять, зазначених у 38 статті статуту Міжнародного Суду ООН, на що і буде акцентована увага впродовж цієї роботи.

Розглянемо різні концепції щодо визначення поняття «практика». Вищезгадане поняття можливо розглядати у вузькому та широкому значеннях: у вузькому значенні до практики держав відносяться лише фактичні дії держав, у широкому сенсі до фактичних дій держав додаються й офіційні позиції держав, міжнародних організацій та національно-визвольних рухів. Останню концепцію розділяли радянські вчені, та й дотепер не мало українських фахівців є її прихильниками. Наприклад, І. Лукашук зазначає, що окрім фактичних дій держав «для встановлення звичаю все більшого значення набувають такі форми практики, в яких позиція суб'єктів виражена досить чітко (заяви, ноти, комюніке, резолюції міжнародних органів та організацій)»[3, с. 75]. В. Буткевич вважає, що «формами прояву практики держав є: офіційні заяви щодо позиції держави; заяви у міжнародних організаціях; протести; дотримання або ігнорування відповідних правил; прийняття відповідного законодавчого акта; рішення виконавчих, адміністративних органів; рішення суду тощо»[1, с. 122]

Таким чином, поняття «практика» у прихильників цієї концепції підлягає широкому тлумаченню, і, в деяких працях досягає обсягу рівному, як слушно зауважив Ю. Щокін, «будь-якої діяльності суб'єктів міжнародного права». Звичайно, що така концепція має багато недоліків, вони стають виразними, коли ми приміряємо цю концепцію з огляду на такі основоположні характеристики як: повторюваність, тривалість, загальність, безперервність, визначеність[3, с. 136–137].

А. Д'Амато зауважив, що наші уявлення про думки та відношення держав до певних подій, можуть кардинально різнитися з реальними думками або почуттями останніх[2, с. 73]. Більше того, в епоху інформації та розповсюдженості так званих «гібридних» війн, зрозумілим є те, що між словами та діями держав може існувати велика різниця. Події останніх років слугують підтвердженням вищезазначеного твердження.

З огляду на вищезазначене, більш коректною є концепція вузького тлумачення «практики» як фактору міжнародно-правового звичаю, серед прихильників такої думки можна виділити Е. Познера, Дж. Голдсмита, А. Д'Амато, Ю. Щокіна. Наприклад, Ю. Щокін зазначає, що об'єктивність практики стосується «реальних життєвих ситуацій, подій, які дійсно мали місце в міжнародному житті»[4, с. 139]. На підтвердження цієї думки можна привезти рішення Міжнародного Суду ООН у справі про континентальний шельф (Лівія проти Мальти, 1985), у якому зазначено, що «докази звичаєвого права треба шукати насамперед у дійсній практиці»[5, с. 29–30], тобто у фактичних діях, а не в заявах та протестах.

На відміну від практики, *opinio juris* – це нематеріальний елемент міжнародно-правового звичаю, який демонструє психологічне ставлення суб'єкта міжнародного права до дій інших суб'єктів. Звичайно, що такий нематеріальний елемент має об'єктивуватися у формі зовнішнього виразу, в іншому випадку психологічне ставлення суб'єкта залишиться невідомим для нас. Таким зовнішнім виразом можуть бути будь-які документальні джерела: заяви, протести, резолюції та ін. Наприклад, Р. Каламкарян зазначає, що «значення односторонніх юридичних актів визнання і протесту в процесі формування норм звичаєвого права визначається, таким чином, більшою мірою доказом наявності суб'єктивного елементу, ніж суто матеріальною якістю прецеденту звичаю»[6, с. 44].

У традиційному розумінні, першочергове завдання суб'єктивної складової міжнародно-правового звичаю є виокремлення відносин, що становлять дійсну практику держав, найбільш адекватно і коректно.

Тобто *opinio juris* є другорядною складовою, яка тільки виокремлює зі всього пласту практики загальноприйнятні норми і визнає їх за правові, що повністю кореспондує визначенню міжнародного звичаю у статті 38 статуту Міжнародного Суду ООН.

У сучасній юридичній науці, дедалі більшого розповсюдження отримує волонтаристське (позитивістське) розуміння *opinio juris*. Зміст такого підходу полягає у першорядності, та, дуже часто, виключності волі держави у визнанні практики правовою нормою. При чому, воля, як зазначає Б. Стерн, може і не включати в собі прояв сили, але сама по собі вона цю силу припускає та має на увазі («imply»): «Норма міжнародного звичаю розглядається як така за волею тих держав, що в змозі нав'язати свою точку зору»[7, с. 108]. Вона пояснює, якщо подивитися витоки багатьох звичаїв, можна побачити, що вони формувалися волею певних держав, яка була нездоланною для інших (*irresistible*), тож інші, або з почуття причетності до створення норм міжнародного права, або з розуміння необхідності підкорятися волі сильних визнавали цю норму за правову.

У зазначеній концепції *opinio juris* дістає першочергову роль стосовно практики, але, як зазначає Ю. Щокін: «ця первинність має свою специфіку, не пов'язану із глибоким науковим розумінням внутрішніх психологічних механізмів формування волі. Первинність ототожнюється з можливостями ... за допомогою військової сили нав'язати свої зовнішньополітичні інтереси іншим державам»а також звертає увагу на морально-цілісну, а не силову природу права.[8, с. 192]

У історичному ракурсі, волонтаристську концепцію застосовує, наприклад, В. Макарчук, розбираючи дії СРСР у серпні-листопаді 1939 року[9, с.25]. Питання щодо доречності таких прикладів у сучасному цивілізованому світі, на мою думку, було закрите ще у березні-квітні 2014 року, коли мивкотре побачили, що анексія територій суверенної держави не залишилась тільки в історії, а є прикрою реальністю XXI століття.

Не зважаючи на зменшення прихильників позитивістської (волонтаристської) концепції у вітчизняній науці, не можливо заперечувати, що навіть у світі XXI століття, чи не найголовнішим чинником формування зовнішньої політики, і, як наслідок, ставлення до суб'єктивного елементу міжнародно-правового звичаю, залишається воля держав, обумовлена раціональним вибором здобуття найбільшої вигоди. Звичайно, і мораль-

ні цінності відіграють важливу роль у формуванні *opinio juris*, але до превалювання других над першими, на мою думку, людству ще прийдеться пройти чималий шлях розвитку.

На підставі викладеного можна зробити такі висновки:

1) Суб'єктивну та об'єктивну складові міжнародно-правового звичаю потрібно тлумачити у вузькому значенні, практика – як фактичні дії суб'єктів міжнародного-права, а *opinio juris* – як ставлення до практики суб'єктів міжнародного права щодо її правомірності або протиправності.

2) У сучасному світі першочергового значення надають суб'єктивній складовій міжнародно-правового звичаю, розглядаючи цю складову через волюнтаристську концепцію превалювання волі та раціонального вибору над нормами моралі.

Література:

1. Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. – К.: Либідь, 2002. – 608с.
2. D'Amato A. The Concept of Custom in International Law. – Ithaca&London: Cornell University Press, 1971. – 207p.
3. Лукашук И. И. Международное право: Учебник. Общая часть. – М., 1996. – 432 с.
4. Щокін, Ю. Формування міжнародно-правових звичаїв: розмежування понять «практика» і *opinio juris* // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – № 4 (43). – С. 135–144.
5. Continental Shelf Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta). – I. C. J. Reports. – 1985. – 48p.
6. Каламкарян Р. А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств. – М., 1984. – 136с.
7. SernB. Custom at the heart of international law // Duke Journal of Comparative & International Law. – 2001. – № 1. – P. 89–108.
8. Щокін, Ю. Суб'єктивний елемент міжнародно-правового звичаю як теоретичне узагальнення міжнародного практичного досвіду // Вісник Академії правових наук України. – 2006 – № 4(47). – С. 188–197.
9. Макачук В. С. Звичай як джерело міжнародного права (на матеріалах радянської зовнішньої політики, серпень-листопад 1939 р.) // Життя і право. – 2004. – № 7. – С. 17–26.

Науковий керівник: Трагнюк О. Я., к.ю.н., доцент кафедри міжнародного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого