

# ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

---

*Ю. Щокін*, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

## Роль національних судів у формуванні міжнародно-правових звичаїв

У теорії та практиці міжнародного права ставлення до ролі рішень національних судів у міжнародному звичаєвому праві вже достатньо сформоване — національні суди можуть або підтвердити існування будь-якого міжнародно-правового звичаю, або вплинути на появу нової норми міжнародного звичаєвого права. У радянські часи про це писали Г. М. Даниленко<sup>1</sup>, Д. Б. Левін<sup>2</sup>, І. П. Лукін<sup>3</sup>, С. Г. Пальчик<sup>4</sup>, Г. І. Тункін<sup>5</sup> та ін. При цьому всі вони вказували на далеко не головну, допоміжну роль національних судових систем у встановленні міжнародно-правових звичаїв.

Аргументація радянських учених будувалася головним чином на твердженні про відсутність у національних судів компетенції розглядати спори, що стосуються міжнародних відносин; на тому, що національні суди офіційно не є органами зовнішніх зносин і тому їх позиція не може впливати на формування міжнародних звичаєво-правових зобов'язань відповідної держави.

У наш час ця позиція має потребу в докладному перегляді, який би враховував більш авторитетну роль національних судів у суспільстві, що прагне до демократії й декларує природно-правові цінності як домінуючу правову ідеологію.

---

<sup>1</sup> Див.: *Даниленко Г. М.* Процесс создания обычных норм в современном международном праве // Сов. ежегодник междунар. права, 1982. – М., 1983. – С. 151–170.

<sup>2</sup> Див.: *Левин Д. Б.* Актуальные проблемы теории международного права. – М., 1974. – С. 164.

<sup>3</sup> Див.: *Лукін И. П.* Источники международного права. – М., 1960. – С. 125–139.

<sup>4</sup> Див.: *Пальчик С. Г.* Юридическая природа международного обычая: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ростов-н/Д, 1984. – С. 20–21.

<sup>5</sup> Див.: *Тункин Г. И.* Теория международного права. – М., 2000. – С. 164–165.

У зв'язку з цим мета статті полягає в тому, щоб підійти до проблеми впливу національних судів на процес утвердження й підтвердження міжнародно-правових звичаїв на принципово іншому баченні ролі національних судів у демократичному суспільстві.

Згідно з підп. «д» п. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН Суд застосовує «судові рішення ... як допоміжний засіб для визначення правових норм». Як відомо, під згаданими в цій статті судовими рішеннями мають на увазі рішення як міжнародних, так національних судів. Утім авторитетність одних та інших нерівнозначна. Якщо повагу до рішень міжнародних судів *a priori* надає їм міжнародно-правовий статус, то роль рішень національних судів у регулюванні міжнародних відносин переважна більшість фахівців визначають як набагато скромнішу.

У контексті міжнародного звичаєвого права рішення національних судів розглядаються як один із доказів державної практики, що підтверджує наявність міжнародно-правових звичаїв. Так, Комітет з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права, заснований у рамках Асоціації міжнародного права, у п. 9 своєї Остаточної доповіді вказав: «Практика виконавчих, законодавчих і судових органів держави, за обставинами, повинна розглядатися як державна практика»<sup>1</sup>.

Коментуючи це положення, Комітет підкреслив, що в наш час слід відійти від позиції, раніше популярної в доктрині, відповідно до якої державна практика на міжнародній арені складається тільки з діяльності органів виконавчої влади. «Можна напевно стверджувати, що діяльність тих органів держави, які не є виконавчими, також може дати підставу для залучення цієї держави до міжнародної відповідальності»<sup>2</sup>.

Цей підхід повністю відповідає загальновизнаному в міжнародному праві положенню, згідно з яким держава виступає в міжнародних правовідносинах єдиним суб'єктом. Найбільш наочно це виявляється при вирішенні питання про надання державі міжнародно-правової відповідальності. Згідно з п. 1 ст. 4 проекту статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння, підготовленого Комітетом міжнародного права ООН і прийнятого до розгляду Генеральною Асамблеєю ООН (резолюція 56/83 від 12 грудня 2001 р.), «поведінка будь-якого

<sup>1</sup> *International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000)*. – P. 17 // <http://www.ila-hq.org/pdf/customarylaw.pdf>.

<sup>2</sup> Там само.

органу держави розглядається як діяння даної держави за міжнародним правом незалежно від того, чи здійснює цей орган законодавчі, виконавчі, судові або будь-які інші функції, незалежно від положення, яке він посідає в системі держави, і незалежно від того, чи є він органом центральної влади або адміністративно-територіальної одиниці держави).

Разом з тим «вага» кожного з органів держави при оцінюванні поведінки держави в цілому на міжнародній арені може бути різною. Традиційно провідна роль у формуванні зовнішньої політики будь-якої держави визнається за органами виконавчої галузі влади. Саме вони практично здійснюють зовнішню політику: беруть участь у переговорах, у різних зовнішньополітичних акціях (у тому числі й військового характеру), підписують юридично зобов'язуючі документи і т. ін. Подібними можливостями ні законодавча, ані судова влади не володіють. Фактично вони можуть мати власну позицію, свою думку з будь-якого питання зовнішньої політики, та й годі. Здійснити якісь ефективні конкретні дії у разі незгоди з діяльністю виконавчої влади в більшості випадків вони не в змозі. Тому й ставлення до їх діяльності в розрізі здійснення зовнішньої політики держави й, отже, формування її міжнародно-правових зобов'язань відповідне. Багато фахівців вважають, що парламент і національна судова система в питаннях зовнішньої політики лише обслуговують виконавчу владу.

Найбільш явно така позиція простежується в контексті формування зобов'язань держави за міжнародним звичаєвим правом. Так, торкаючись ролі рішень національних судів, П. І. Лукін зазначає: «Державні органи зовнішніх зносин є найважливішими органами в проведенні зовнішньої політики даної держави, і тому їх роль при формуванні міжнародного звичаю безумовно значніша за роль національних судів»<sup>1</sup>. Г. М. Даниленко, зокрема, писав: «Рішення внутрішніх судів не мають своєю метою виразити позицію держави в галузі міжнародних відносин, оскільки внутрішні суди не є органами держави, покликаними діяти в міжнародній сфері. Норма міжнародного звичаєвого права може бути визнана тільки органом, що володіє компетенцією в галузі зовнішніх зносин»<sup>2</sup>.

Деякі зарубіжні вчені з цього питання висловлюються ще виразніше. Так, Є. Бенвеністі зауважує, що «національні суди використовують незрозумілість ('fuzziness') міжнародного звичаю... як засіб для просуван-

<sup>1</sup> Лукін И. П. Источники международного права. – М., 1960. – С. 138.

<sup>2</sup> Даниленко Г. М. Процесс создания обычных норм в современном международном праве // Сов. ежегодник междунар. права, 1982. – М., 1983. – С. 156.

ня національних цілей»<sup>1</sup>. Торкаючись взаємодії національних судів з органами виконавчої влади, цей учений зазначає: «Національний суд винятково рідко звертається до звичаєвого права, якщо воно спрямовано проти власної виконавчої влади. Більше того, навіть у випадках, коли застосування міжнародного звичаєвого права було спрямовано проти іноземного уряду або іноземних посадових осіб, суди коливалися й згодом погоджувалися на його застосування тільки тоді, коли набували підтримки з боку своєї виконавчої влади»<sup>2</sup>. У результаті вчений дійшов висновку, що «судове втручання в здійснення виконавчою владою своїх повноважень у міжнародній сфері має розглядатися як незаконне втручання в міжнародні справи, незалежно від його внутрішнього застосування»<sup>3</sup>.

Враховуючи викладене, остаточна позиція, яку займає Комітет Асоціації міжнародного права з питання ролі рішень національних судів у процесі формування норм міжнародного звичаєвого права, вбачається закономірною: «Може трапитися, особливо в державах, у яких існує поділ влади, так, що позиція судової (або законодавчої) галузі влади суперечить позиції виконавчої галузі влади. Власне кажучи, виникає питання, чий вплив є визначальним при розгляді різних прикладів державної практики <...>. Остаточний аналіз дозволяє зробити висновок: через те, що виконавча влада несе первинну відповідальність за поведінку держави в міжнародних відносинах, саме її формальна позиція, як правило, повинна мати більший авторитет, а не суперечні їй позиції законодавчого органу або національних судів»<sup>4</sup>.

З такою точкою зору навряд чи можна погодитися. Адже, по суті, і вищезгаданий Комітет, і вчені, що поділяють думку про пріоритетне врахування поведінки виконавчої влади в процесі формулювання міжнародно-правових звичаїв, стверджують, що ця влада може приймати рішення і діяти майже автономно від законодавчої й судової влади. Це може мати місце, якщо мова йде про тоталітарні країни і держави, що є абсолютними монархіями. Але слід зазначити, для них сам факт

<sup>1</sup> *Benvenisti E. Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency.* – P. 17 // <http://www.tau.ac.il/law/members/benvenisti/articals/custom&efficiency-Sept2001-latest.pdf>.

<sup>2</sup> *Ibid.* – P. 17–18.

<sup>3</sup> *Ibid.* – P. 18.

<sup>4</sup> *International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000).* – P. 18 // <http://www.ila-hq.org/pdf/customarylaw.pdf>.

непокори національних законодавчих і судових органів волі виконавчої влади буде виглядати чи не неймовірним випадком. У таких державах парламент і суди виконують скоріше декоративні функції. Їх рішення несамостійні й суворо спрямовані на забезпечення інтересів виконавчої влади. Тому й імовірність їх «самодіяльності» у питаннях внутрішньої і особливо зовнішньої політики тяжіє до нуля.

Суди, опинившись у такому становищі, взагалі навряд чи можуть розглядатися як органи правосуддя. Так, у практиці Європейського суду з прав людини при розгляді справ за ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 р. («Право на справедливий судовий розгляд») були сформульовані критерії поняття «суд», що дозволяють визначити здатність того або іншого органу, на який формально покладені функції правосуддя, здійснювати ці функції в дійсності. Поняття суду сформульоване в рішенні у *справі Беліос проти Швейцарії (Belilos v. Switzerland, 1988 p.)*<sup>1</sup>: ««Суд» у своєму самостійному значенні характеризується здійсненням функції правосуддя, тобто вирішенням питань у межах своєї компетенції на основі верховенства права й відповідно до встановлених процедур» (§ 64). У рішенні у *справі Бентем проти Нідерландів (Benthem v. the Netherlands, 1985 p.)*<sup>2</sup> Суд, міркуючи про поняття суду, зазначив, що рішення суду повинні мати юридично обов'язкову силу: «Обов'язковість рішення — якість внутрішньо властива самому поняттю «суд» у межах розуміння Конвенції... Слід зазначити, що навіть якщо пораді слідують у величезній кількості випадків, це становитиме лише практику, що не має обов'язкової сили» (§ 40). Отже, орган, уповноважений на подання рекомендацій, не буде розглядатися як суд. У рішенні у *справі Бомартен проти Франції (Beaumartin v. France, 1994 p.)*<sup>3</sup> Суд особливо виділив таку якість суду, як незалежність від будь-якого впливу: «Тільки установа, що володіє всією повнотою юрисдикції й задовольняє ряду вимог, таких як незалежність від виконавчої влади і від сторін [спору], може відповідати поняттю «суд» за змістом параграфа 1 статті 6» (§ 38).

Якщо ж орган, що визначається як суд, відповідає вищевказаним критеріям, то проблема оцінювання його рішень і поведінки виконавчої влади

<sup>1</sup> Case of *Belilos v. Switzerland* (Application no. 10328/83), Judgment, 29 April 1988.

<sup>2</sup> Case of *Benthem v. the Netherlands* (Application no. 8848/80), Judgment, 23 October 1985.

<sup>3</sup> Case of *Beaumartin v. France* (Application no. 15287/89), Judgment, 24 November 1994.

в контексті формування норм міжнародного звичаєвого права набуває вже іншої специфіки. У державі, що створена за принципом поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову, ці влади не просто конкурують між собою, а в процесі діяльності взаємодоповнюють одна одну. Одна влада не може бути штучно відокремлена від іншої. Можна повністю погодитися з Н. А. Ушаковим, що «це є не поділ влади, а її організація»<sup>1</sup>. Він зазначає: «Насправді ж розподіл функцій і правомочностей держави між її органами з метою забезпечення найкращої ефективності діяльності держави з керування справами організованого в державу суспільства досить умовний, оскільки звичайно компетенція того чи іншого органу частково перебиває або втручається в компетенцію іншого»<sup>2</sup>. На необхідність правильного розуміння концепції поділу влади вказує В. Є. Чиркін. «Мова йде, — пише він, — не про множинність різних влад у державі, а про поділ для її здійснення єдиної державної влади на функціональні галузі із системою їх органів»<sup>3</sup>.

Таким чином, ситуація, за якої у межах держави виконавча влада у питаннях зовнішньої політики діє всупереч позиції й законодавчої і судової влади, буде свідчити про гострі політичні розбіжності усередині самої держави. Ця ситуація характеризуватиме державу як нестабільного і непередбачуваного партнера в міжнародних відносинах. Інші країни скоріше зволіють перечекати цей період нестабільності в державі, ніж серйозно ставитися до поведінки будь-якої із її влад, як правило, досить ситуативної під час внутрішньополітичної напруженості. Чи можна в такі моменти життя якоїсь держави виважено судити про її позиції, особливо з питань, що стосуються прийняття на себе зобов'язань за міжнародним звичаєвим правом?

Крім цього, на мій погляд, учені, які орієнтуються при розгляді питань міжнародно-правового звичаєвого нормоутворення переважно на поведінку виконавчої влади держави, не враховують сучасні тенденції в міжнародному звичаєвому праві. Йдеться про прагнення найбільш авторитетних міжнародних судових органів при встановленні наявності міжнародно-правових звичаїв орієнтуватися не на практику держав, а на їх *opinio juris*<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ушаков Н. А. Государство в системе международно-правового регулирования. — М., 1997. — С. 15.

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Чиркин В. Е. Современное государство. — М., 2001. — С. 130.

<sup>4</sup> Див.: Щокін Ю. В. Формування міжнародно-правових звичаїв: розмежування понять «практика» і *opinio juris* // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2005. — № 4 (43). — С. 135–144; Він же. Суб'єктивний елемент міжнародно-правового звичаю як теоретичне узагальнення міжнародного практичного досвіду // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2006. — № 4 (47). — С. 188–197.

А в межах держави-республіки виразником *opinio juris* є, передусім, її законодавчі й судові органи. Парламентам у сучасних демократіях належить прерогатива визначення основ внутрішньої та зовнішньої політики держави, право винесення остаточних рішень стосовно прийняття державою міжнародно-правових зобов'язань з найважливіших і принципових питань її зовнішньої політики (у зв'язку з чим, наприклад, у міжнародному праві утвердився інститут ратифікації міжнародних договорів).

Суди в системі поділених владних повноважень посідають особливе, стратегічно важливе положення для розвитку всієї внутрішньодержавної правової системи. На відміну від законодавчої й виконавчої влади, на них прямо покладений обов'язок надавати правову оцінку фактичному життю в державі. Саме суди покликані щодня, як висловлюється С. І. Максимов, встановлювати «справедливість у конкретній ситуації»<sup>1</sup>. Розглядаючи роль судів у «структурі правової реальності», цей учений зазначає: «Методи конкретного правового рішення так само, як і методи позитивного законодавства, також дедуктивно-індуктивні. Тут відбувається як процес інтерпретації норми, так і процес конструювання конкретних обставин. При цьому якщо законодавством враховуються можливі життєві обставини, то правосуддям — певні фактичні життєві обставини. У результаті відбувається наповнення належного моментом суцього і збагачення суцього належним»<sup>2</sup>.

Уточнимо: «збагачення суцього належним» являє собою вплив існуючих правових норм на фактичні правовідносини, а «наповнення належного моментом суцього» — це зворотний процес. Суди поєднують одне з одним, не дозволяючи належному (тобто вже сформованому нормативно-правовому матеріалу) втратити контакт із повсякденністю (суцим, об'єктивною реальністю), а суцьому — втратити зв'язок з накопиченим раніше правотворчим досвідом у вигляді належного.

Кожний з елементів «правової реальності» — суще й належне — нерозривно пов'язані один з одним. Існування кожного з них втрачає сенс поодинокі. Разом з тим провідну роль у цьому союзі на сьогодні відіграє належне. У переважній більшості при вирішенні спорів з фактичних соціальних відносин судді застосовують усталені, загально визнані правові категорії. Відсутність законодавчого (позитивного) врегулювання,

<sup>1</sup> Максимов С. Структура правової реальності // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2002. – № 2 (29). – С. 132.

<sup>2</sup> Там само. – С. 132.

як правило, без перешкод може бути заміщена вирішенням ситуації на підставі загальних правових принципів врегулювання схожих відносин. Власне, і сама судова система (правосуддя) як особливий соціальний інститут навряд чи змогла б виникнути сама по собі, без накопиченого правового досвіду у вигляді належного.

У розрізі міжнародного звичаєвого права діяльність національних судів як таких, що представляють практику відповідних держав, припустимо розглядати тільки в найширшому розумінні терміна «практика». Якщо виходити з більш вузьких, суворіших уявлень про зміст основних елементів міжнародно-правового звичаю (практики й *opinio juris*), то діяльність будь-яких судів (і міжнародних, і національних) є не що інше, як перманентна реалізація психологічного елементу (*opinio juris*)<sup>1</sup>. Інше питання, у яких саме соціальних відносинах судді реалізують це *opinio juris* – національних чи міжнародних? Для встановлення або підтвердження наявності міжнародно-правового звичаю важливо і те і інше.

Навіть якщо суддя застосовує національне право для врегулювання національних фактичних відносин для міжнародного звичаєвого права, це може мати значення. Заборони та кримінальна відповідальність за вбивства, зґвалтування, заподіяння тілесних ушкоджень, рабство, ксенофобію, найманство та ін., що підтверджені судовими рішеннями в різних державах, є прямими доказами існування міжнародно-правових звичаїв і розглядаються як сукупна міжнародна судова практика.

Якщо ж суддя національного суду при розгляді справи торкається міжнародних відносин, він змушений шукати норми міжнародного права, які їх регулюють. Вказівку на те, що національний суд не є органом зовнішніх зносин, не компетентний розглядати подібного роду спори й, отже, його думка не може бути прийнята як офіційна позиція держави з питань міжнародного права, на мій погляд, потрібно розглядати насамперед як прагнення обґрунтувати намір виконавчої влади повністю домінувати в питаннях зовнішньої політики. У системі поділу влади роль судів саме й полягає у стримуванні різного роду спроб інших державних органів домінувати як у внутрішній, так і в зовнішній політиці. Юридично рішення суду може зобов'язати виконавчу владу діяти певним чином або утримуватися від дій, тому позиція суду авторитетніша за позицію виконавчої влади.

<sup>1</sup> Див.: Щокін Ю. В. Формування міжнародно-правових звичаїв: розмежування понять «практика» і *opinio juris* // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 4 (43). – С. 135–144.

Слід зазначити, що прагнення виконавчої влади домінувати в питаннях, що будь-яким чином стосується здійснення зовнішньої політики держави, характерне не тільки для тоталітарних і авторитарних суспільств, де національні суди взагалі-то й у питаннях прийняття рішень з внутрішніх проблем несамостійні. Воно є характерним і для тих держав, які не тільки розглядаються багатьма як розвинені демократичні, але й у яких рішення національних судів традиційно відіграють значну роль у функціонуванні внутрішньої правової системи. Маються на увазі країни англо-саксонської системи права.

Так, Б. Конфорті, досліджуючи питання встановлення «міжнародних фактів» національними судами різних держав, зазначив, що у Великій Британії судова й виконавча влада в питаннях міжнародних відносин повинні «говорити в один голос»<sup>1</sup>. Порівнюючи англо-саксонську і континентальну системи права на предмет «примусової або непримусової природи думки виконавчої влади» (тобто наскільки імперативним для національного суду є воля виконавчої влади з питання, пов'язаного з міжнародними відносинами), учений зробив висновок не на користь першої. На його думку, у державах континентального права з цих справ «суди почувають себе зовсім вільно, і можна сказати, зобов'язані діяти самостійно. У країнах загального права, навпаки... , рішення виконавчої влади обов'язково розглядається як примусове»<sup>2</sup>. Загальний висновок, якого дійшов Б. Конфорті з цієї проблеми, був сформульований ним таким чином: «Усе, що потрібно сказати — це те, що в державі, де дотримується принцип законності, останнє слово в галузі застосування права у справах, які представлені на розгляд суддів, має завжди залишатися за ними»<sup>3</sup>.

З такою позицією слід повністю погодитися. У суспільстві, в якому суд більш незалежний, його позиція має особливу морально-правову цінність, що базується на творчому застосуванні ідеї права (як ідеї пошуку справедливості) і позитивних норм при розгляді конкретних фактичних обставин. Діяльність суду поєднує й підсумовує діяльність інших державних і суспільних інститутів.

Розгляд національним судом фактичних відносин, що мають міжнародний характер, дає змогу найбільш контрастно виявити дійсну позицію держави щодо різних міжнародно-правових проблем. Вона буде

<sup>1</sup> Конфорті Б. Международное право в практике европейских судов // Рос. ежегодник междунар. права, 1995. – СПб., 1996. – С. 166.

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Там само. – С. 166, 167.

набагато виразнішою і конкретнішою, ніж будь-яка декларативна заява органу виконавчої влади, відповідального за здійснення зовнішньої політики держави.

Із цих же міркувань виходив й Інститут міжнародного права, приймаючи 7 вересня 1993 р. резолюцію «Діяльність національних суддів і міжнародні відносини їх держав». У ній червоною ниткою проходить вимога надання повної незалежності національним судам у тлумаченні й застосуванні норм міжнародного права та внутрішнього права інших держав. Так, у резолюції вказується, що національні суди мають бути наділені власним національним правом повною самостійністю в тлумаченні й застосуванні міжнародного права (п. 1 ст. 1) і іноземного внутрішнього права (п. 1 ст. 3); думка виконавчої влади при прийнятті рішень національними судами повинна мати тільки рекомендаційний характер, при цьому суди вільні в зверненні за такою думкою (п. 3 ст. 1); якщо розглянуте судом питання безпосередньо стосується виконавчої влади, суд не повинен самоусуватися від його вирішення, мотивуючи це його політичною природою, якщо воно прямо регулюється відповідною нормою міжнародного права (ст. 2).

Торкаючись ставлення національних судів до міжнародно-правових звичаїв, Інститут міжнародного права зазначив, що «національні суди при визначенні існування або змісту звичаєвого міжнародного права повинні враховувати зміни в практиці держав, а також у практиці судів і правознавстві» (ст. 4).

Таким чином, уявлення, що склалося на сьогодні у доктрині про роль національних судів у процесі формування міжнародно-правових звичаїв, потребує кардинальної переоцінки. У суспільстві, в якому суд справді незалежний, його позиція щодо регулювання відносин, які впливають на встановлення й виконання міжнародно-правових зобов'язань держави, є більш авторитетною порівняно з позицією виконавчої галузі влади — суд може юридично зобов'язати виконавчу владу діяти певним чином або утримуватися від здійснення дій на міжнародній арені. Для процесу утворення норм міжнародного звичаєвого права це має вирішальне значення, оскільки в судовому рішенні правова позиція держави (її *opinio juris*) виражається найбільш повно й комплексно, тому що враховує особливості побудови й функціонування внутрішньої правової системи держави в цілому.