

4. Case of *Mennesson v. France* : Judgment : Fifth Section /No. 65192/11 / European Court of Human Rights. – 2014. – P.25. – [Electronic resource]. – Access mode : <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-145389?TID=fokbxampcx>

Науковий керівник: Шуміло І. А., к.ю.н., доцент кафедри міжнародного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Науковий консультант з іноземної мови: Частник О. С., к.мист., доцент кафедри іноземних мов № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

М. В. Безхутра¹

ОСНОВНІ ПРОБЛЕМИ ЗВИЧАЮ ЯК ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

Якщо, ми запитаємо будь – яку людину «що таке звичай?», вона нам відповідь, що це те, до чого ми звикли, те, що історично давно використовуємо у повсякденному житті і не хочемо змінювати – і це буде правильно. Говорячи про звичай в міжнародному праві, то звичай – правова форма регулювання суспільних відносин, які склалися протягом тривалого часу між людьми, державами і втілюють у собі підсумок історичної практики, а також породжує ті відносини, що можуть бути врегульовані у майбутньому. Значеному питанню приділяли увагу такі видатні вчені, як Д. Анцилотті, Г. Кельзен, Ф. І. Кожевніков, Є. О. Коровій, В. М. Корецький, Г. І. Тункін та ін. Серед дослідників сьогодення ними займаються П. Н. Бірюков, І. І. Лукашук, Ю. М. Колосов, Є. С. Кривчікова, М. Ю. Черкес та ін. [1].

На мою думку, проблемним залишається питання щодо застосування міжнародно – правового звичаю для вирішення тих питань, що з’являються між суб’єктами міжнародного права, а також, щодо надання звичаю юридичної сили з боку суб’єктів міжнародного права, і найголовнішим, на мою думку, є питання «чи може звичай в подальшому бути джерелом міжнародного права?».

Правовий звичай – санкціоноване державою правило поведінки, що склалися історично, у результаті багаторазового повторення людьми певних дій.

¹ Студентка 4 курсу Інституту підготовки кадрів для органів юстиції України Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Як відомо, правовий звичай є одним із джерел права та буває міжнародним та внутрішньодержавним. Міжнародно – правовий звичай має деякі особливості, порівняно з внутрішньодержавним, а саме те, що це правило тривалий час застосовувалося у взаєминах усіх або деяких держав, якщо ці взаємини не були врегульовані міжнародним договором. Необхідна умова його існування – визнання всіма або деякими державами, виражене або в активній формі (у вигляді певних дій), або шляхом утримання від дій. Міжнародно – правовий звичай виникає в результаті тривалої і однакової практики суб'єктів міжнародного права, в процесі якої формуються стереотипи їх поведінки стосовно однорідних об'єктів, з приводу однотипних проблем тощо.

Сучасна практика все більше включає в себе збирання і фіксування цих норм у писаних правових джерелах (найдавніші пам'ятки права в Індії, Греції, Франції, Німеччині, Стародавньої Русі та ін.), що і зумовило виникнення проблеми застосування міжнародного звичаю для розв'язання питань, які виникають у взаємовідносинах між суб'єктами міжнародного права.

Заміна звичаїв державно – правовими нормами може проводитися по-різному. В одному випадку це санкціонування звичаю, при якому правило залишається колишнім, але стає юридичним. В інших випадках державно-правова норма, приходячи на зміну звичаю, вносить певні уточнення (без зміни суті та змісту), що роблять конкретне правило більш чітким. І ще один варіант, коли правова норма з'являється як синтез кількох звичаїв. Таким чином, послідовна заміна звичаїв, перетворює їх на позитивне право. Цей процес змінює значення міжнародно – правового звичаю як джерела права на джерело саме норм та договорів. Як вже згадувалось, звичай формується протягом тривалого часу, а сьогодні найбільшого поширення набувають документально підтверджені норми. Формування звичаїв не відбувається, відбувається лише їх трансформація. І вже застосування лише правового звичаю для вирішення існуючого конфлікту стає недостатнім і неможливим [2, с. 83]. Формулювання звичаю, яке подано у ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, підтверджує визнання міжнародного звичаю одним із основних джерел міжнародного права. Крім цього, ст. 38 вказує на згоду всіх членів міжнародного співтовариства щодо основних елементів, наявність котрих є необхідна для констатації звичаєвих норм міжнародного права. Отже, йдеться про наявність, з одного боку, практики, а з іншого – визнання цієї практики у вигляді правової норми.

У теорії міжнародного права міжнародно – правовим звичаєм прийнято вважати поведінку суб'єктів міжнародного права, яка встановлюється шляхом її тривалого та одноманітного застосування на міжнародному рівні. Проте цілком можлива ситуація, коли певна практика держав або інших

суб'єктів є постійною та одноманітною, а також відповідає всім іншим умовам, які необхідні для наявності саме практики держави, однак вона так і не стає звичаєм міжнародного права.

Процес створення звичаєвих норм є досить складним і тривалим. Згідно із ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН звичай визначається як «доказ загальної практики, визнаної як правова норма». Зважаючи на це, можна виокремити елементи, які включає процес утворення звичаю:

- загальність – необхідний для утворення норм загального міжнародного права;

- тривалість – утворення звичаю протягом тривалого часу, хоча за сьогоdnішніх умов цей процес є набагато коротшим;

- однотипність і повторюваність – полягає в тому, що практика, в процесі якої формуються міжнародно-правові норми, має бути достатньо визначеною, однаково повторюватися;

- визнання – визнання суб'єктами міжнародного права правил поведінки як правової норми, що перетворює його в міжнародно-правовий звичай.

Макс Соеренсен навів достатньо тривіальний приклад узвичаєння, який тим не менш чітко ілюструє суть феномену не обов'язковості тривалості та одноманітної практики, зазначивши, що нікого не дивує той факт, що дипломатичне листування здійснюється на білому папері. Проте міжнародне звичаєве право стає предметом постійної критики з усіх сторін, починаючи з того, що воно є безсистемним, непослідовним, застарілим або вигаданим, та закінчуючи критикою доктрин міжнародного звичаєвого права.

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». 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. 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 опише певний набір норм у залежності від їх походження [3, с. 41, 42].

Отже, хоча зазначити, що сьогодні процес відтворення звичаю в нормах зупинив утворення нових звичаїв. На мою думку треба приділити увагу збереженню міжнародно-правового звичаю, як джерела міжнародного права і звернути увагу на те, що не потрібно санкціонувати звичай. Але, як свідчить практика, звичай ніколи не може повністю бути замінений іншим механізмом регулювання суспільних відносин.

Також, треба зазначити, що проблемним питанням є звичаєвий характер міжнародної правотворчості. Як найбільш детальна регламентація цієї процедури могла б позбавити міжнародні відносини від колізій, прогалин та маніпуляцій у правовому регулюванні. Крім того, її наслідком могло б стати та можливе розв'язання багатьох інших «класичних» запитань міжнародного права: питання про норми та джерела міжнародного права, його суб'єктів, участі інших суб'єктів у регламентації міжнародних відносин тощо.

В умовах, коли багато країн усвідомлено відмовляються від підписання міжнародних договорів, не бажаючи обмежувати себе невідгідними зобов'язаннями, саме міжнародний звичай залишається чи не єдиним засобом для встановлення базового регулювання в багатьох, особливо нових, сферах міжнародного спілкування. Однак саме утворення міжнародних звичаїв уже протягом багатьох десятиріч викликає велику кількість теоретичних та практичних запитань, коло яких постійно розширюється. Якщо процес укладання та виконання міжнародного договору, а також інші пов'язані з ним міжнародні відносини є більш-менш врегульованими, то відносини з утворення та застосування міжнародного звичаю такої чіткості в нормативній регламентації не мають. Найскладніші проблеми стосуються саме міжнародної звичаєвої правотворчості, адже ще й досі немає чітких відповідей ані щодо часу, потрібного для утворення міжнародного звичаю, ані щодо форм вираження так званого *opinio juris*, ані щодо суб'єктів такої правотворчості тощо. Власне міжнародна правотворчість може розумітися в різних аспектах. Особливо яскраво це проявляється саме на прикладі міжнародних звичаєвих норм. У класичному розумінні 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.

На першому етапі відбувається формування самого правила поведінки, тобто норми, яка, однак, ще не має статусу правової. Це «об'єктивний» елемент у структурі міжнародного звичаю, для формування якого необхідно, щоб певна одноманітна поведінка суб'єктів міжнародного права в аналогічних ситуаціях маламісцепротягомдостатньодовгогопроміжкучасу. Другим, обов'язковим для формування саме правової норми є етап, на якому до

«об’єктивного» елементу міжнародного звичаю додають «суб’єктивний» елемент – згоду суб’єктів міжнародного права на надання вже сформованій міжнародній звичасвій нормі поведінки характеру юридично обов’язкової.

Варто зауважити, що окремо в цьому контексті слід розглядати «миттеві» звичаї, існування яких обґрунтовують деякі дослідники, зокрема І. І. Лукашук. Він розділяє міжнародні звичаї на традиційні та нові: «У сучасному міжнародному праві є два види звичасвих норм. Перший, традиційний, є неписаним правилом, яке склалося в практиці, за яким визнається юридична сила. Другий – це новий вид, до якого належать норми, створювані не тривалою практикою, а визнанням правил як таких у тому чи іншому акті».

Первісно переважну роль у формуванні звичасвої норми в її класичному розумінні відігравали саме держави як основні суб’єкти міжнародного права. Проте наразі коло суб’єктів міжнародної правотворчості в цілому та на окремих етапах зокрема продовжує зростати.

Окреме питання викликають суб’єкти другого етапу утворення міжнародних звичаїв, тобто етапу висловлення *opinio juris* (або ж основного етапу міжнародної звичасвої правотворчості в її найбільш вузькому розумінні). Незважаючи на те, що традиційно висловлення *opinio juris* було прерогативою держав, у наш час усе більшу роль у процесі визнання певної звичасвої норми поведінки в міжнародних відносинах правовою нормою відіграють ще й інші суб’єкти міжнародного права. Зростає авторитет міжнародних організацій та міжнародних судових органів, адже саме їхня позиція часто стає визначальною в питанні встановлення факту наявності певних звичаїв [4, с. 124–127].

Я погоджусь з думкою О. О. Нігреєвої, що окреслене коло запитань потребує більш глибоких та ґрунтовних досліджень, однак і вищевикладене дає підстави зробити такі висновки:

1) міжнародна звичасва правотворчість потребує більш чіткої регламентації в міжнародному праві, зокрема необхідно визначитися з етапами, засобами та суб’єктами цього процесу, встановити форми вираження його результатів;

2) міжнародна звичасва правотворчість може розглядатися в різних аспектах: як самостійний процес та як складова або етап більш широкого процесу міжнародного нормоутворення;

3) розмежування етапів міжнародної звичасвої правотворчості не є легкою справою через неоднозначне розуміння таких двох основних елементів міжнародного звичаю, як практика та *opinio juris*;

4) конкретної відповіді вимагає запитання щодо теорії «миттевих» міжнародно – правових звичаїв, адже їхнє існування перекреслило б багато базисних положень щодо міжнародного правотворчого процесу в цілому.

5) суб'єктне коло міжнародної звичаєвої правотворчості безпосередньо залежить від її визначення. Новітньою тенденцією є його поширення із залученням суб'єктів, чия міжнародна правосуб'єктність не є остаточно визнаною.

Безсумнівним лишається те, що міжнародний звичай має виключне значення для врегулювання міжнародних відносин та ніяким чином не поступається договору, адже його норми за юридичною силою дорівнюють нормам договірним. Разом із тим у міжнародному праві відсутнє навіть чітке визначення цього джерела права. Дуже часто під ним розуміють формулювання, що міститься у ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН. Відповідно до неї «суд, що повинен розглядати спори, які передаються йому, у відповідності до міжнародного права, застосовує... міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної правовою нормою...» [5].

У відповідності до дуалістичної теорії, що переважає у доктрині міжнародного права, звичай повинен складатися з двох елементів:

а) об'єктивний елемент, так званий *diuturnitas* чи *usus*, що міститься у постійному та однаковому повторенні протягом часу певної поведінки з боку суб'єктів міжнародного права;

б) суб'єктивний елемент, так званий *opinion juris sive necessitates*, відповідно до якого для утворення звичаєвої норми необхідна наявність упевненості суб'єктів міжнародного права у тому, що поведінка, яка складає *usus*, є належною згідно з певним юридичним обов'язком.

Виокремлення цих двох елементів є можливим завдяки аналізу вищевказаної норми ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН. *Diuturnitas* чи *usus* у ній – це та сама «загальна практика», *opinion juris* – визнання такої практики «правовою нормою».

Разом із тим певна частина науковців схиляється до того, щоб розуміти тільки *usus* як необхідну ознаку звичаю. Наявність *opinion juris* для них залишається на другому плані. Згідно з їхньою позицією, його присутність не завжди можна встановити, адже по суті воно становить собою внутрішнє переконання суб'єкта [6, с. 17].

Таке зауваження є слушним, адже насправді практично неможливо чітко визначити наявність згоди щодо юридичної сили звичаєвої норми з боку усіх суб'єктів міжнародного права, якщо йдеться про норми так званого загального міжнародного права (довгий час звичаї вважалися нормами, обов'язковими для виконання усіма державами). Як правило, наявність *opinion juris* демонструють тільки держави, безпосередньо зацікавлені в утворенні та застосуванні того чи іншого звичаю [7, с. 49].

Отже, підсумовуючи вищесказане слід зауважити, що міжнародний звичай – є джерелом міжнародного права, яке не втрачає своєї значущості для врегулювання міжнародних відносин. Для функціонування звичаю повинна бути наявність в ньому двох основних елементів, а саме – загальної практики у поведінці суб'єктів міжнародного права та їхнього розуміння такої практики у якості юридично обов'язкової.

Література:

1. Щокін Ю. В. Міжнародно – правовий звичай: проблеми теорії і практики. – Харків: Право, 2012. – 456 с.
2. Макеєва К. Ю. Міжнародно – правовий звичай як одна з форм регулювання взаємовідносин між суб'єктами// Управління розвитком. – 2014. – №6. – С. 82–84.
3. Федченко А. Г. Окремі питання звичаю як джерела міжнародного права // Міжнародні читання з міжнародного права пам'яті професора П. Є. Казанського : матеріали четвертої міжнар. наук. конф. (м. Одеса, 8–9 лист. 2013 р.) / відп. за випуск к.ю.н., доц. М. І. Пашковський; Національний університет «Одеська юридична академія». – Одеса : Фенікс, 2013. – С. 40–43.
4. Нігрєсва О. О. Міжнародна звичаєва правотворчість: окремі аспекти // Актуальні проблеми держави і права. – 2014. – Вип. 74. – С. 123–128.
5. Устав ООН [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org>
6. Ledomandedi'esame di DirittoInternazionalePubblico. Collaborazione di dott. ssaGiovannaCammilli. – Napoli: Simone, 2009. – 304 p.
7. Decaux, Emmanuel. Droitinternationalpublic. – Paris: DALLOZ, 2008. – 452 p.

Науковий керівник: Тарасов О. В., д.ю.н., доцент кафедри міжнародного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

С. А. Берестецький¹

МІЖНАРОДНЕ СПІВРОБІТНИЦТВО У СФЕРІ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Наприкінці ХХ ст. стало зрозумілим, що міжнародна злочинність – це не просто питанням внутрішньодержавного значення, а одна з найгостріших міжнародних проблем. Саме тому міжнародне співробітництво у галузі

¹ Студент 4 курсу Інституту прокуратури та кримінальної юстиції Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.