

ним, несправедливим або таким, що базується на нераціональних міркуваннях. Коротко кажучи, він має бути раціонально пов'язаний з метою. По-друге, засоби, навіть якщо вони раціонально пов'язані з метою... повинні, наскільки це можливо, менше обмежувати право або свободу. По-третє, має існувати співвідношення пропорційності між наслідками або дією заходу... та метою, яка була визнана "достатньо важливою"¹.

Отже, визначення пропорційності має такі послідовні елементи:

- визначення наявності чіткого й прямого зв'язку між обмеженням і метою, що переслідується;
- найменш можливе обмеження конституційного права, тобто визначення того, чи існують інші заходи, які є менш обтяжливими для такої свободи;
- наслідки заходу, який обмежує або втручається у реалізації права, не повинні надмірно його обмежувати і досягати мети, що переслідується.

Конституційний суд Латвії у параграфі 2 мотивувальної частини зазначеного вище рішення прямо вказав на наступний стандарт визначення конституційності обмежень щодо ст. 106 Конституції Латвії, яка гарантує право кожної особи вільно обирати роботу та місце роботи:

- такі обмеження повинні бути встановлені в законі;
- такі обмеження мають переслідувати правомірну мету, на досягнення якої спрямоване встановлене обмеження;
- такі обмеження повинні відповідати принципу пропорційності.

Тому, як вважає цей суд, головним критерієм для обіймання академічних та адміністративних посад є професійні навички й кваліфікація особи, яка на них претендує, але не похилий вік. Тому віковий критерій як обмеження ст. 106 Конституції Латвії не відповідають принципу пропорційності, внаслідок чого є неконституційними (абз. 17 параграфу 3.3 мотивувальної частини рішення).

Аналогічних висновків дійшов й Конституційний Суд України, коли вперше за свою історію звернувся до принципу пропорційності. Суд у параграфі 4.2 цього рішення визнав, що «при будь-яких можливих цілях, які можуть впливати із Закону, встановлене обмеження не може бути визнане виправданим, обґрунтованим та справедливим. Принаймні є менш обтяжливий шлях досягнення цих цілей, ніж автоматичне безпідставне позбавлення громадян можливості брати участь у балотуванні на посаду керівника вищого навчального закладу при досягненні шістдесятип'ятирічного віку».

Надійшла до редколегії 01. 11. 05

¹ R. v. Oakes [1986] 1 S.C.R. 103, 139.

Ю. Щокін, доцент НЮА України

Формування міжнародно-правових звичаїв: розмежування понять «практика» і *opinio juris*

Міжнародний Суд ООН, розв'язуючи спори відповідно до п. 1(b) ст. 38 Статуту, поряд з іншими джерелами міжнародного права застосовує «міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як правова норма». Незважаючи на відомі труднощі, викликані некоректністю цього формулювання¹, на її основі виділяють два основні елементи міжнародно-правового звичаю: власне *практику* та *opinio juris et necessitatis* (переконаність у правомірності й необхідності). Перший являє собою об'єктивну (матеріальну) сторону звичаю, другий — суб'єктивну (психологічну) сторону.

Багатоманітність підходів до тлумачення цих елементів свідчить про те, що розходження між ними не є настільки очевидними, як це можна уявити на перший погляд. Сутність існуючих суперечностей полягає в тлумаченні поняття практики, що формує норми міжнародного звичаєвого права. Відповідно до однієї точки зору під практикою розуміються тільки фактичні дії суб'єктів міжнародного права (серед її прихильників можна виділити А. Д'Амато, Дж. Голдсмита, Е. Познера, Б. Стерн), а до іншої — крім фактичних дій практика включає офіційні позиції держав, міжнародних організацій, національно-визвольних рухів, виражені в різних документах. Цю позицію підтримували радянські вчені, а в цей час розділяють українські та російські фахівці: Г. Тункін, І. Лукін, В. Буткевич, І. Лукашук, Г. Даниленко. За кордоном таке тлумачення практики поділяють Нгуєн Куок Дінь, П. Дайє, А. Пеле, І. А. Ширер, П. Маланчук.

Домінування другої позиції значною мірою пояснюється тим, що елементу практики традиційно надавалася провідна роль у співвідношенні з *opinio juris*. Сучасні дослідження розвитку міжнародно-правових звичаїв показують, що це співвідношення елементів кардинальним чином змінюється на користь *opinio juris*. Українські й російські фахівці також із цим згодні. Але якщо залишатися на таких позиціях, усе більше очевидним стають труднощі розмежування елементів. Так, держава офіційно може заявляти одне, а в дійсності діяти зовсім по-іншому. Держава на словах може засуджувати геноцид, але в конкретній ситуації буде відмовчатися, ніяк не виявляючи своєї позиції. І перше і друге

¹ Див., напр.: Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе. – М., 1997. – С. 217–218.

припустимо кваліфікувати одночасно і як практику, і як *opinio juris*. При цьому, якщо розглядати таку поведінку як *opinio juris*, то в першому випадку воно свідчатиме про невизнання, а в другому — про визнання. Отже, також існують проблеми з'ясування дійсного ставлення до тих звичаїв, що формуються, і до тих, що існують.

Метою цієї статті є уточнення змісту понять практики і *opinio juris* стосовно процесу утворення міжнародно-правових звичаїв.

Як уже зазначалося, у вітчизняній доктрині до поняття практики як елемента формування міжнародно-правових звичаїв включають всі зовнішні прояви (дії або бездіяльність), які виходять від офіційних органів суб'єктів міжнародного права і насамперед держав. І. Лукашук пише: «Практика означає дію або утримання від дій суб'єктів, їх органів. Це — поведінка суб'єктів, у процесі якої формується практика — норма міжнародного права»¹. На думку Г. Тункіна, «практика держав може полягати в тому, що при відомих обставинах вони здійснюють певні дії або, навпаки, утримуються від прийняття дій»².

Учені переконані, що поведінка суб'єктів, яка становить практику, має найрізноманітніші форми вираження, серед яких, як вважає І. Лукашук, «для встановлення звичаю все більшого значення набувають такі форми практики, в яких позиція суб'єктів виражена досить чітко (заяви, ноти, комюніке, резолюції міжнародних органів і організацій)»³. В. Буткевич до форм вираження практики відносить: заяви держав про їх позиції з тієї або іншої проблеми; протести; дотримання або ігнорування певних правил; прийняття відповідних законодавчих актів, рішень судів, адміністративних і виконавчих органів і т. под.⁴ Такої ж думки дотримується І. Ширер⁵. Нгуен Куок Дінь, П. Дайє та А. Пеле, розглядаючи поняття «поведінка» суб'єктів міжнародного права, що формує матеріальний зміст звичаю (практику), зазначають: «Під поведінкою (...) слід мати на увазі не тільки позитивні або негативні види поведінки, але також і будь-яке вираження думки щодо доцільності або законності вчинків інших суб'єктів міжнародного права»⁶. Тобто, по суті, *практи-*

ка — це будь-яка діяльність суб'єктів міжнародного права. У цьому сенсі висновок, якого доходить Г. Даніленко, є логічним наслідком подібного роду міркувань: «Оскільки як створення правила поведінки, так і його визнання як юридично обов'язкової норми здійснюється безпосередньо актами, що входять у практику, тобто існують підстави для твердження, що в принципі міжнародний порядок має лише один конститутивний елемент, а саме практику держав (виділено мною — Ю. Щ.). Звичаєве право є продуктом практики, і тільки практики»¹.

Це найширше уявлення про практику. Якщо під таким кутом зору розглядати цей елемент звичаю, питання про те, що у такому випадку до практики не належить, фактично залишиться без відповіді. Будь-яка людська діяльність, в тому числі процес індивідуального мислення, є практика².

Видається, що таке занадто широке тлумачення практики не дозволяє виявити специфіку міжнародного звичаєвого нормоутворення. У ньому відсутня вказівка на специфічні характеристики цього явища, які виділяють його не тільки з інших міжнародно-правових джерел, а й взагалі з існуючих правових понять. Якщо слідувати даній логіці, то для того щоб підтвердити або спростувати існування практики, що свідчить про наявність міжнародно-правових звичаїв, зусилля юристів повинні бути спрямовані і на з'ясування реальних подій, що мали місце на міжнародній арені, і на пошук матеріальних закріплень результатів інтелектуальної праці офіційних представників держав, міжнародних організацій і національно-визвольних рухів. Але оскільки встановлення фактів завжди є складним процесом, який має чималі труднощі, пов'язані з пошуком і поданням доказів, неважко припустити, що в центрі уваги опиняються такі форми практики, як письмові й усні заяви, резолюції організацій, тексти міжнародних договорів, що набрали і не набрали чинності, і т. под. Власне, про це ж стверджує й І. Лукашук, торкаючись вимоги визначеності, яка застосовується до практики. Він пише: «Проблема визначеності — одна з головних для звичаєвого права, що характеризується недостатньою чіткістю, розпливчастістю. У цьому одна із причин того, що при встановленні звичаю й визначенні його змісту все більшого значення набувають ті форми практики, в яких позиція держав виражена досить чітко (заяви, ноти, комюніке, резолюції міжнародних органів і організацій)»³.

¹ Даніленко Г. М. Обычай в современном международном праве. — М., 1988. — С. 65.

² Див.: Канке В. А. Философия. Исторический и систематический курс: Учебник для вузов. — Изд. 4-е, перераб. и доп. — М., 2001. — С. 210–211.

³ Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе. — С. 223.

¹ Лукашук И. И. Международное право: Учебник. Общая часть. — М., 1996. — С. 74.

² Тункин Г. И. Теория международного права. / Под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. — М., 2000. — С. 101.

³ Лукашук И. И. Международное право. — С. 75.

⁴ Див.: Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. — К., 2002. — С. 122.

⁵ Див.: Shearer I. A. Starke's International Law / 11th Edition. — L., 1994. — P. 32, 33.

⁶ Нгуен Куок Дінь, Патрик Дайє, Алэн Пеле. Международное публичное право: В 2 т. — Т. 1: Кн. 1.: Формирование международного права. Кн. 2.: Международное сообщество / Пер. с франц. — К., 2000. — С. 194.

Така позиція викликає низку заперечень. По-перше, за влучним виразом А. Д'Амато, «є фундаментальна різниця між тим, що ми, як спостерігачі, думаємо про те, що думає держава, і тим, що в дійсності держава думає чи почуває або в чому вона переконана»¹. По-друге, як і раніше, залишається нерозв'язаною проблема співвідношення всіляких офіційних заяв і фактичних дій держав та інших суб'єктів міжнародного права на міжнародній арені, які суперечать одна одній.

Недоліки занадто широкого тлумачення практики стають більш очевидними при дослідженні її якісних характеристик, що розглядаються у літературі: повторюваності, тривалості, загальності, безперервності, визначеності. Наприклад, Г. Тункін так міркував про повторюваність: «Звичаєва норма виникає в результаті повторюваних дій держав. Елемент повторення є вихідним моментом формування правила поведінки. У більшості випадків саме повторення певних дій в аналогічних ситуаціях може привести до закріплення такої практики як правила поведінки»².

Очевидно, що, говорячи про повторюваність, Г. Тункін мав на увазі конкретні правовідносини сторін, які можуть виявлятися, наприклад, у наданні кредитів чи гуманітарної допомоги, проведенні військово-політичних акцій, виробництві будь-яких матеріальних благ і т. под. Повторюваність характеризуватиме не кількість заяв держав (або організацій) про намір надати кредит чи гуманітарну допомогу, а кількість цілком певних фактів з надання кредитів або гуманітарної допомоги. Держава не заявляє офіційний протест заради самих дій для заяви протесту. Протест є формою вираження ставлення держави до певної ситуації, що склалася на міжнародній арені, до конкретних дій учасників міжнародних правовідносин. Так само й офіційні заяви, зроблені державами на засіданнях органів міжнародних організацій, під час міжнародних конференцій, робляться не заради самих заяв, а у зв'язку з конкретними подіями та діями (діями чи бездіяльністю).

Значимо, що і Міжнародний Суд ООН у своїх рішеннях підкреслює важливість реальної практики. Так, у рішенні в *справі про континентальний шельф (Лівія проти Мальти, 1985)* Суд зазначив: «Звичайно, вже стало аксіомою те, що докази звичаєвого міжнародного права потрібно шукати насамперед у дійсній (actual) (виділено мною. — Ю. Щ.) практиці й *opinio juris* держав»³. У рішенні в *справі про військово-й напіввійськову діяльність (Нікарагуа проти США, 1986)* Суд підкреслив, що «простого факту, що держави декларують своє визнання

певних правил не досить для того, щоб Суд прийняв їх як частину звичаєвого міжнародного права і застосував їх як такий для цих держав»¹.

На наш погляд, об'єктивність (матеріальність) практики як елемента міжнародно-правового звичаю стосується реальних життєвих ситуацій, подій, які дійсно мали місце в міжнародному житті. Невипадково деякі вчені як синонім практики — елемента міжнародно-правового звичаю — вживають слово «прецеденти»².

На те, що в міжнародному праві поняття «прецедент» має більш широке значення, ніж просто судові рішення, звертають увагу І. Бліщенко і Ж. Дорія. Під прецедентом вони розуміють «вирішення того або іншого конкретного питання міжнародних відносин у рамках і на основі міжнародного права будь-якими способами. Питання може бути вирішено міжнародним або національним судом, за допомогою переговорів або шляхом укладання договору»³. З цього визначення випливає, що кожний прецедент пов'язаний з певними життєвими суперечками, які виникли на міжнародній арені та були врегульовані на основі міжнародного права. Прецедент є результатом застосування абстрактних норм міжнародного права до розв'язання реальних проблем міжнародних відносин.

Про існування «широко відомих труднощів» у традиційному тлумаченні практики заявляють Дж. Голдсміт і Е. Познер. Зазначивши на такі види практики, як політичні заяви, міжнародні договори, доктрину, резолюції Генеральної Асамблеї ООН тощо, вони відзначають значну частку вибірковості в їх використанні⁴. Тому як один із основних компонентів для побудови математичних моделей міжнародних звичаїв Дж. Голдсміт і Е. Познер використовували тільки фактичні дії держав⁵.

Б. Стерн визначає міжнародний звичай як певний фактичний стан, якому надано значення права⁶. Вона питає: «Дійсно, що таке звичаєва

¹ Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). — Там само. — 1986. — P. 97. — Para. 184.

² Див., напр.: Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Вказ. праця. — С. 121; Лукін І. П. Источники международного права. — М., 1960. — С. 81; Тузкоз Ж. Міжнародне право: Підручник. / Пер. з франц. — К., 1998. — С. 204.

³ Бліщенко І. П., Дорія Ж. Прецеденты в международном публичном и частном праве. — 2-е изд., доп. — М., 1999. — С. 11–12.

⁴ Див.: Goldsmith J., Posner E. A Theory of Customary International Law // The University of Chicago. Vol. 66. — Fall 1999. — No. 4. — P. 1117.

⁵ Див.: Там само. — P. 1113–1177. Див. також: Щекин Ю. В. Правовая природа международно-правовых обычаев: подход к решению проблемы с позиции теории игр // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. — Х., 2005. — Вип. 74. — С. 114–122.

⁶ Див.: Stern B. Custom at the Heart of International Law // Duke Journal of Comparative & International Law. — 2001. — Vol. 11. — No. 1. — P. 89–90.

¹ D'Amato A. The Concept of Custom in International Law. — Ithaca, 1971. — P. 73.

² Тункін Г. И. Вказ. праця. — С. 99.

³ Continental Shelf Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta). — I.C.J. Reports. — 1985. — P. 29–30. — Para. 27.

норма, якщо немає певної фактичної ситуації, що одержала певну кваліфікацію, певний суб'єктивний зміст: певну мотивацію виконавця дій, певну інтерпретацію [цих дій] іншими особами?»¹.

Про важливість урахування фактичних дій держав говорить А. Д'Амато. Вважаючи, що виділення практики і *opinio juris* є не зовсім вдалим, він пропонує замість них такі елементи міжнародно-правового звичаю: а) «articulation of a rule of international law» («articulation») — формулювання норми міжнародного права (формулювання) і б) «act», що з англійської можна перекласти як «вчинок» або «дія»². Останній, на думку цього вченого, набагато краще виражає сутність матеріального елемента звичаю. А. Д'Амато зазначає: «Можливе існування безлічі суперечливих правил, але держава може діяти в певний спосіб тільки один раз. Дія (act) є конкретною і, як правило, недвозначною. Після здійснення дії раніше сформульоване правило, що відповідає цій дії, знаходить життя як норма звичаєвого права, а ті правила, які суперечать йому, залишаються в сфері [політичних] спекуляцій. Дія держави є очевидною, реальною і значною; вона кристалізує політику і демонструє, яку з можливих норм права держава, яка діє певним чином, вирішила декларувати»³.

В будь-якому разі незалежно від того, який термін вживається — «практика», «прецеденти» або «дія», — маються на увазі конкретні життєві обставини, що впливають на правовідносини сторін. У теорії права такі ситуації традиційно розглядають як *юридичні факти*. За визначенням О. Дашковської, «юридичні факти — це конкретні життєві обставини, з якими норми права пов'язують виникнення, припинення або зміну правових відносин»⁴. Вона зазначає, що юридичні факти є необхідною матеріальною умовою виникнення правовідносин, які проявляються у зовнішніх обставинах або подіях матеріального світу, прямо або безпосередньо передбачені нормами права і мають обумовлені юридичні наслідки⁵. В. Буткевич з даного питання пише, що «юридичні факти — це зовнішні для правовідносин елементи, які дають змогу встановити, коли такого роду правові зв'язки виникають і припиняються — взагалі, чи є вони можливими і за яких обставин»⁶.

¹ Stern B. Вказ. праця. — Р. 101.

² Див.: D'Amato A. Вказ. праця. — Р. 73–98.

³ D'Amato A. Вказ. праця. — Р. 87–88.

⁴ Загальна теорія держави і права: Підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл./ За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. — Х., 2002. — С. 345.

⁵ Див.: Там само. — С. 345–346.

⁶ Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Вказ. праця. — С. 456.

На наш погляд, процес визнання якогось соціального факту юридичним органічно вплетений у процес формування норми міжнародного звичаєвого права.

Кожний юридичний факт має подвійний зміст. Одна його сторона являє собою конкретну життєву обставину, реальну подію або дію, факт соціальної дійсності, соціальну ситуацію. За визначенням В. Ісакова, «соціальна ситуація — локалізований у просторі й часі фрагмент соціального життя, що характеризується якісною визначеністю свого змісту і відносно стабільним складом учасників»¹. В. Синюков позначає цю сторону юридичних фактів як «факт-явище»².

Інша сторона юридичного факту — це правова модель, яка закріплюється в різних актах компетентних органів, що надають явищам соціальної дійсності юридичного значення. Це «факт-модель», за термінологією В. Н. Синюкова³. Він пише, що «факт-модель виступає юридичним відображенням реального явища. З погляду змісту факт-модель складається з юридичних ознак факту-явища»⁴. Інакше кажучи, у нормі права закріплюються (моделюються) конкретні життєві обставини (ситуації, події), з настанням яких для суб'єктів, що беруть участь у них, виникають певні, заздалегідь передбачені юридичні наслідки.

За загальним правилом, особливі правові наслідки юридичних фактів пов'язують з тим, що вони заздалегідь передбачені нормативно-правовими приписами. Для міжнародного права це твердження є слухним тільки для писаних джерел. Що стосується міжнародно-правових звичаїв, то з ним можна погодитися лише частково.

Тільки в тому разі, якщо з самого початку суб'єкт переконаний у тому, що його дії відповідають уже існуючій міжнародно-правовій звичаєвій нормі, тільки тоді їх можна охарактеризувати як юридичні факти. Якщо з самого початку такої переконаності немає і відносини, в які вступає суб'єкт, не мають широкого міжнародного визнання як такі, що регулюються нормами міжнародного права, ці відносини не є правовими. Дії суб'єкта в момент їх здійснення становлять не юридичні, а соціальні факти. Це прості фактичні дії. А вже потім, коли виникає переконаність у юридичній значущості цих дій (або бездіяльності), їм надається правовий характер. Іншими словами, одночасно з визнанням

¹ Ісаков В. Б. Проблемы теории юридических фактов: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Свердловск, 1985. — С. 14.

² Див.: Синюков В. Н. Юридические факты в системе общественных отношений: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1984. — С. 7.

³ Див.: Там само.

⁴ Див.: Там само.

існування норми міжнародного звичаєвого права соціальна ситуація (дії, бездіяльність, події), у зв'язку з якою було ініційоване питання про встановлення цієї норми, стає юридичним фактом.

Отже, практика як основний елемент формулювання міжнародно-правових звичаїв являє собою фактичні обставини. Звичайне право виникає з життєвих ситуацій. Тільки в такому розумінні термін «практика» має самостійне змістовне значення у створенні норм міжнародного звичаєвого права. І тільки в цьому контексті стає логічним пояснення сучасної тенденції превалювання *opinio juris* над практикою в створенні міжнародно-правових звичаїв.

На відміну від практики *opinio juris* — це нематеріальний (психологічний) елемент міжнародно-правового звичаю. Його специфіка полягає в тому, що він виражає суб'єктивне *переконання* в правомірності будь-якої поведінки учасників міжнародних відносин. У п. 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН *opinio juris* закріплюється як *визнання* загальної практики як правової норми («міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як правова норма»). *Opinio juris* характеризує ментальне ставлення суб'єктів міжнародного права до будь-якого діяння (дії або бездіяльності), що має значення для правового регулювання міжнародних відносин.

Незважаючи на «внутрішній» характер формування переконаності (перебіг психічних процесів за своєю природою прихований від сторонніх очей), *opinio juris* завжди повинне мати якусь форму зовнішнього вираження. В протилежному разі ставлення суб'єкта до будь-чого залишиться невідомим для інших.

Будь-який психічний процес являє собою внутрішнє відображення ставлення суб'єкта до навколишньої дійсності. Він завжди пов'язаний із практикою в найширшому значенні цього поняття. Як зазначає С. Рубінштейн, «думка, що в основному слідує “принципу задоволення” всупереч “принципу реальності”, належить вже до галузі патології»¹. У цьому сенсі *opinio juris* виступає як певний етап формування суспільної практики і повністю охоплюється нею.

Стосовно розглядуваної теми *opinio juris* — це реакція суб'єктів міжнародного права на події, що відбуваються. Вона безпосередньо пов'язана з практичною діяльністю і являє собою ззовні виражене ставлення до неї, що закріплюється переважно в різних офіційних документальних джерелах: заявах, протестах, текстах міжнародних угод, резолюціях міжнародних організацій, підсумкових документах міжнародних конференцій, політичних домовленостях і т. ін.

¹ Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии. – СПб., 2004. – С. 317.

Можна погодитися з тим, що оголошення офіційної заяви з будь-якого приводу або вираження протесту також являє собою певного роду дії, які ззовні мають матеріальний характер. Але в той же час вони не становлять самостійних суспільних відносин, а тільки супроводжують їх, наділяючи якістю правових. У багатьох випадках *opinio juris* визначає суб'єктивні права й юридичні обов'язки сторін, тобто формує юридичний зміст міжнародних відносин, надаючи їм правового характеру. На наш погляд, саме тут проходить розмежування об'єктивного й суб'єктивного елементів міжнародно-правового звичаю. Саме по собі *opinio juris* без фактичного (матеріального) наповнення може визначати міру можливої і/або належної поведінки суб'єктів міжнародного права та має абстрактний характер.

Точно кажучи, до такого ж висновку підштовхує і логічний аналіз формулювання п. 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН: «... міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як правова норма». Тобто спочатку виникає стійка «загальна» соціальна практика, а потім вона наділяється правовим значенням через закріплення у вигляді міжнародно-правового звичаю.

Р. Каламкарян, який досліджував міжнародно-правове значення односторонніх юридичних актів держав, зазначає: «Акт визнання сам по собі не в змозі створювати свій об'єкт, а припускає його існування і тим самим виконує роль констатуючого чинника визнання має декларативний характер»¹. Він підкреслює, що визнання не може мати конститутивного характеру, хоча й має обов'язкові правові наслідки: «Якби це було так, то акт визнання покривав би собою будь-який порок, властивий визнаній фактичній ситуації»².

У традиційній моделі міжнародно-правових звичаїв первинне завдання *opinio juris* полягає в тому, щоб найбільш адекватно, без перекозів зафіксувати (описати) відносини, що становлять практику. При цьому фіксація повинна містити насамперед основні, сутнісні характеристики практики, оскільки *opinio juris* не прив'язано до одиничного соціального факту, в зв'язку з яким було підняте питання про існування звичаю. Для того щоб установити, що в даному конкретному випадку сторони діяли в силу правового переконання, суб'єкти, які встановлюють наявність міжнародно-правового звичаю, прагнуть оцінити безліч фактів, що мали місце, як правило, у минулому. У ході такої оцінки з них виокремлюються («захоплюються») ті фрагменти, які дозволяють сформулювати змістовні характеристики подій, що мали місце, і у майбутньому ідентифікувати випадки аналогічної поведінки, надати їм статусу юридичних фактів.

¹ Каламкарян Р. А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств. – М., 1984. – С. 44.

² Там само.

Далі через *opinio juris* формується ставлення до виділених фрагментів реального життя. Воно може або закріпити за даною соціальною практикою нормативно-правовий характер, або, навпаки, визнати цю практику протиправною. Прикладом першого виду може слугувати визнання в сучасному дипломатичному праві міжнародно-правового звичаю, що допускає організацію внутрішньої охорони в дипломатичних представництвах¹. Прикладами другого виду є заборона агресії, військових злочинів, умисного забруднення довкілля та ін.

Будь-які документальні джерела (заяви, протести, резолюції міжнародних організацій та ін.) є насамперед засобом фіксації *opinio juris*. Вони закріплюють волевиявлення суб'єктів міжнародних правовідносин і слугують матеріальними доказами цих волевиявлень. Такого ж висновку дійшов і Р. Каламкарян. Він пише: «Значення односторонніх юридичних актів визнання і протесту в процесі формування норм звичаєвого права визначається, таким чином, більшою мірою доказом наявності суб'єктивного елемента, ніж суто матеріальною якістю прецеденту звичаю»². Тому посилання на документальні джерела, по суті, являють собою апелювання до *opinio juris* суб'єктів міжнародного права, а не до реальної практики.

Якщо взяти до уваги сучасні тенденції в міжнародному звичаєвому нормоутворенні, коли, як вважають деякі вчені, *opinio juris* уже не стільки закріплює практику, скільки активно формує її³, то необхідність вузького тлумачення елементів міжнародно-правових звичаїв стає ще більш очевидною. Позиції суб'єктів міжнародного права, виражені переважно в різних зовнішньополітичних документах, мають потребу в утіленні в реальних суспільних відносинах. У протилежному разі вони залишаться благими намірами, зафіксованими на папері.

На підставі викладеного доходимо висновку про те, що практика і *opinio juris* при розгляді їх як структурних елементів міжнародно-правового звичаю повинні тлумачитися у своєму вузькому значенні: практика — як фактичні дії суб'єктів міжнародного права, що формують міжнародні правовідносини, а *opinio juris* — як переконання цих суб'єктів у юридичній обов'язковості або протиправності передбачуваних або вчинених ними фактичних дій.

Надійшла до редколегії 13. 10. 05

¹ Докладніше про це див.: Демин Ю. Г. Статус дипломатических представительств и их персонала: Учеб. пособ. — М., 1995. — С. 158–160.

² Каламкарян Р. А. Вказ. праця. — С. 125.

³ Див.: Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе. — С. 219.

А. Степанюк, кандидат юридичних наук (НЮА України)

Зовнішня форма правового регулювання в міжнародному приватному праві

Проведення правової реформи, що базується на зміні відповідних парадигм, підходів, принципів у законодавстві, прийняття і вступ у дію нових нормативних актів мають не лише позитивні результати (вдосконалення, оновлення, модернізація правового регулювання суспільних відносин), а й негативні наслідки, які відчувають на собі окремі елементи системи права України. Прикладом цього може бути набрання чинності з 1 січня 2004 р. Цивільного кодексу України, який поліпшив правову регламентацію цивільних відносин, що можна лише вітати, але разом з тим усунув дію Цивільного кодексу України 1963 р., який до цього часу був базовим актом для міжнародного приватного права (далі — МПрП), що тільки деструктивно позначилось на самій можливості правового впливу на відносини, пов'язані більше ніж з одним правопорядком. Натомість жодної альтернативи й дотепер вітчизняний законодавець не запропонував, залишаючи з 2002 р. на розгляді Верховної Ради України проект Закону «Про міжнародне приватне право». Одночасно для України є чинними так звані міжнародні джерела правового регулювання: міжнародні договори і звичаї, що фактично зводять нанівець концепцію дворівневої структури джерел МПрП, яка аксіоматично визнавалась більшістю представників доктрини¹, залишаючи при цьому правове регулювання майже повністю на «міжнародному рівні».

Це спричиняє необхідність комплексного дослідження джерел МПрП з огляду на сучасний стан речей, що склався через недоліки в запровадженні нормативних актів до правової системи України, яка на сьогодні оновлюється і змінюється. Як видається, вивчення систем національної і міжнародної форм регламентації у сфері МПрП допоможе визначитись щодо їх співіснування, взаємного впливу, взаємозв'язку і взаємообумовленості, що на практичному рівні поліпшить упорядкування приватних міжнародних суспільних відносин.

Звичайно, окремі джерела МПрП як за радянських часів, так і тепер були і залишаються об'єктом дослідження представників теорії цієї

¹ Див.: Петерський И. С. Система международного частного права // Сов. государство и право. — 1946. — № 8–9. — С. 23; Международное частное право: Учеб. пособ. / Под ред. Г. К. Матвеева. — К., 1985. — С. 25.