

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

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

Місце звичаїв загального міжнародного права у правопорядку України

У переважній більшості українських наукових публікацій питання застосування норм міжнародного права обмежуються тільки одним джерелом — міжнародним договором. У той же час інше джерело, що користується в сучасному міжнародному праві заслуженим авторитетом, виявилося поза увагою українських фахівців. Фактично єдиним, хто в українській науковій літературі звертався до питання співвідношення міжнародно-правових звичаїв із внутрішнім правом України, є М. В. Буроменський¹.

У зв'язку з тим, що тематика міжнародного звичаєвого права має безліч відтінків, які у рамках однієї статті висвітлити неможливо, нижче зупинюся лише на одному, на мій погляд, найважливішому й принциповому — місці звичаїв загального міжнародного права у внутрішньому правопорядку України. Вбачається, що його дослідження може стати базовим пунктом для постановки і подальшого вивчення інших питань цього наукового напрямку.

Почнемо з того, що для правової системи України пряма вказівка на міжнародно-правовий звичай (не говорячи вже про загальний міжнародно-правовий звичай) як на самостійне джерело внутрішнього права є досить нетиповою. Основний Закон нашої держави — Конституція України — прямих посилань на нього не містить. У ній взагалі немає слова «звичай».

У чинному законодавстві міжнародно-правовий звичай згадується тільки в тих нормативно-правових актах, що стосуються регулювання відносин, які вже традиційно відносяться українською наукою до при-

¹ Див.: Міжнародне право: Навч. посіб. / За ред. М. В. Буроменського. – К., 2005. – С. 76–79.

ватноправових. Так, ч. 1 ст. 4 Закону України «Про міжнародне приватне право» називає міжнародні звичаї, «які визнаються в Україні» одним із джерел визначення права, що підлягає застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом; ч. 1 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» наділяє суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору (контракту) правом використовувати, між іншим, і міжнародні звичаї.

Чи маються на увазі у зазначених випадках у тому числі й звичаї загального міжнародного права? Оскільки жоден із указаних законів будь-якого тлумачення поняття «міжнародно-правовий звичай» (а буквально за текстом — «міжнародний звичай» — термін, який традиційно використовується як скорочений варіант першого) не дає, звернемося до вітчизняної доктрини міжнародного приватного права.

Багато вчених вважають, що цим поняттям охоплюються як звичаєво-правові норми, що регулюють міжнародні публічні відносини, так і звичаєво-правові норми, що присвячені регулюванню міжнародних відносин приватного характеру, а саме відносин у сферах міжнародної торгівлі й міжнародного торговельного мореплавства. Останні розглядаються як різновид перших. Таку позицію поділяв Л. А. Лунц¹. Про це тепер пишуть М. М. Богуславський², В. О. Канашевський³, О. Р. Кібенко⁴, Г. С. Фединяк⁵.

Тут слід зазначити, що в чинному законодавстві України безпосередньо поняття «міжнародний торговельний звичай» прописано тільки у ч. 5 ст. 4 Господарського процесуального кодексу України (далі — ГПК України). У статті 6 Кодексу торговельного мореплавства України (далі — КТМ України) йдеться про «звичаї торговельного мореплавства». І так, як і раніше, ні в першому, ані в другому випадках законодавець не визначає зміст цих понять, їх співвідношення між собою та з поняттям «міжнародний звичай».

У цілому ж ніхто з вищеназваних учених прямо не говорить про звичаї загального міжнародного права. Навіть тоді, коли робиться вка-

¹ Див.: Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. – М., 2002. – С. 111–113.

² Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 1998. – С. 70.

³ Див.: Канашевский В. А. Нормы международного права и гражданское законодательство России. – М., 2004. – С. 94.

⁴ Див.: Кибенко Е. Р. Международное частное право: Учеб.-практ. пособие. – Харьков, 2003. – С. 24.

⁵ Див.: Фединяк Г. С. Міжнародне приватне право: Курс вибр. лекцій. – К., 1997. – С. 25, 26.

зівка на міжнародно-правові публічні звичаї, вона використовується в об'єднаному значенні, без поділу їх на категорії.

Даний підхід повністю зберігся в оновленому Цивільному кодексі України (далі — ЦК України). Його ст. 7 уперше у вітчизняному законодавстві прямо закріпила звичай як самостійне джерело виникнення юридичних прав і обов'язків. У частині 1 цієї статті передбачається, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм і, зокрема звичаєм ділового обороту. Частина 2 ст. 7 ЦК України дає перше офіційне внутрішньодержавне визначення поняття звичаю: «Звичаєм є правило поведінки, яке не встановлено актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин».

Чіткої вказівки на міжнародно-правовий звичай у ст. 7 ЦК України немає. Втім учені-цивілісти переконані, що тут також маються на увазі будь-які звичаї міжнародного права. Так, Є. О. Харитонов, пояснюючи ст. 7, пише: «У коментованій статті вперше у вітчизняному законодавстві вказується на звичай як на джерело цивільного права і визначаються засади його застосування... Залежно від характеру правового звичаю можна виокремити кілька його видів: міжнародні звичаї; звичаї внутрішньодержавні; звичаї, що ґрунтуються на звичаєвому праві; судовий звичай; звичай ділового обігу (обороту) та ін.»¹. Сюди ж учений відносить і загальні принципи права².

Незважаючи на відсутність офіційних внутрішньодержавних тлумачень поняття міжнародно-правового звичаю (міжнародного звичаю), у тих випадках, коли український законодавець все-таки звертається до цього джерела, він відводить йому допоміжну роль стосовно писаних позитивних норм.

Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору можуть використати відомі міжнародні звичаї тільки тоді, коли це не заборонено прямо й у виключній формі цим та іншими законами України. У Законі «Про міжнародне приватне право» вторинна роль міжнародних звичаїв явно простежується з того, що, окрім згадуваної ч. 1 ст. 4, у Законі більше немає жодного посилання на можливість застосування міжнародних звичаїв, що явно контрастує з постійними застереженнями на користь застосування міжнародних договорів, укладених Україною. Згідно з ч. 2 ст. 7 ЦК України,

¹ Цивільний кодекс України: Коментар. — 2-ге вид.: із змінами станом на 15 січ. 2004 р. — Х., 2004. — С. 13.

² Там само.

«звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується».

Ставлення українського законодавця до міжнародних торговельних звичаїв і звичаїв торговельного мореплавства як до норм вторинного плану поширюється і на міжнародні звичаї в цілому (ч. 5 ст. 4 ГПК України і ст. 6 КТМ України).

Чи правомірний такий підхід? Чи має застосування міжнародних звичаїв: загальних, регіональних, двосторонніх, торговельних і навіть загальних принципів права цілком і повністю залежати від волі державної влади?

Вбачається, що відповідь має бути диференційованою залежно від особливостей формування та впливу на підтримку міжнародного правопорядку й на розвиток внутрішньодержавної правової системи України. Однак якщо говорити в цілому, то практика звертання до міжнародно-правових звичаїв при вирішенні спорів у міжнародних судових (арбітражних) органах і величезний інтерес до них особливо за останні два десятиліття в закордонній юридичній літературі свідчать про те, що реальний вплив міжнародно-правових звичаїв на регулювання суспільних відносин не тільки не знижується, а, навпаки, усіяко зростає.

Глибокі дослідження, проведені за останні роки в українській науці, зокрема із проблем правових звичаїв міжнародної торгівлі, дозволили зробити висновок про те, що вони є різними: одні виконують допоміжну («доповнюючу») функцію стосовно зовнішньоекономічних договорів, інші, навпаки, — є імперативними нормами¹. О. О. Щокіна пише: «Доцільно надавати імперативної сили тим звичаям міжнародної торгівлі, які спрямовані на захист прав учасників міжнародних комерційних відносин і споживачів і забезпечення стабільності міжнародного комерційного обороту в цілому (такі імперативні звичаї міжнародної торгівлі, як принципи добросовісності і чесної ділової практики)»². Завдяки такого роду звичаям в українській доктрині міжнародного приватного права знову виявилася затребуваною теорія *lex mercatoria*³.

Уже з урахуванням таких зауважень вищенаведені норми приватно-правових законів України виглядають не настільки однозначними і мають потребу в корегуванні. Необхідність змін стає ще більш очевидною,

¹ Див.: Щёкіна Е. А. Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права. — Харьков, 2007. — С. 190.

² Там само.

³ Див.: Мережко А. А. Lex mercatoria: теория и принципы транснационально-торгового права. — К., 1999. — 416 с.; Очерки международного частного права / Под ред. проф. А. Довгерта. — Харьков, 2007. — С. 70–82.

якщо зачіпаються міжнародні звичаї, які традиційно відносяться наукою до міжнародного публічного права, де загальні міжнародно-правові звичаї завжди грали й будуть відігравати провідну роль.

Загальне міжнародне право охоплює своїм впливом усі держави світу і за своєю юридичною силою є основним як для міжнародного спілкування, так і для побудови національних правових систем. Воно поєднує насамперед імперативні норми міжнародного права (*jus cogens*). Багато хто з юристів-міжнародників розглядають його в контексті зобов'язань *erga omnes*¹.

Від виконання зобов'язань за загальним міжнародним правом не можна відмовитися в односторонньому порядку. У статті 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. указується, що «імперативна норма загального міжнародного права є нормою, яка приймається й визнається міжнародним співтовариством держав у цілому як норма, відхилення від якої неприпустиме і яка може бути змінена тільки наступною нормою загального міжнародного права, що має такий же характер».

Отже, держави зобов'язані виконувати зобов'язання за загальним звичаєвим міжнародним правом поза залежністю від положень їх внутрішнього законодавства з цього приводу. Ігнорування даного виду міжнародних звичаїв спричиняє міжнародно-правову відповідальність. І в цьому сенсі міжнародно-правовий звичай як джерело міжнародного права за своєю юридичною силою переважає над міжнародним договором, від положень якого можна відмовитися в односторонньому порядку, хоча, можливо, і з дотриманням у деяких випадках досить складної процедури.

З огляду на вищевикладене, чи можна зробити висновок про те, що діюче українське законодавство взагалі не враховує імперативний характер норм загального звичаєвого міжнародного права?

Конституція України, як і українське законодавство в цілому, поняттями «загальне міжнародне право», а тим більше «загальне звичаєве міжнародне право» не користується. Разом з тим ст. 18 Конституції закріплює норму, що пропонує спрямовувати зовнішньополітичну діяльність України «на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримки мирного й взаємовигідного співробітництва із членами міжнародного співтовариства на основі загально визнаних прин-

¹ Див.: *Obligations Erga Omnes in International Law*. Resolution of the Institute of International Law. Adopted on August 27, 2005. Krakow Session – 2005 (текст резолюції див. на сайті Ін-ту міжн. права: [www. icj-cij. org](http://www.icj-cij.org)).

ципів і норм міжнародного права». А раніше прийнята Декларація про державний суверенітет України від 16. 07. 1990 р. проголосила, що «Українська РСР визнає перевагу загальнолюдських цінностей над класовими, пріоритет загальновизнаних норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права» (розділ X).

Річ у тім, що зазначені в обох документах «загальновизнані принципи й норми міжнародного права» у доктрині й практиці міжнародного права традиційно отожднюються з нормами загального міжнародного права. Слово «загальне» у цьому випадку саме й припускає «загальновизнаність» — загальне визнання. Будь-яких інших загальновизнаних принципів і норм міжнародного права поза загальним міжнародним правом не існує. Можна повністю погодитися з Б. Л. Зимненком, який «розуміє під “загальним міжнародним правом” сукупність загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, основним джерелом яких є міжнародний звичай»¹. Тому є всі підстави вважати, що і ст. 18 Конституції, і розділ X Декларації створюють юридичну підставу для застосування міжнародно-правових звичаїв. Але тільки для тих, які закріплюють норми загального міжнародного права.

М. В. Буроменський коментує ст. 18 Конституції так: «Ця норма лише на перший погляд не пов'язана з національним правом. Насправді ж уся зовнішньополітична діяльність України знаходиться під юрисдикцією України. Це допускає безумовну можливість оцінки такої діяльності національними судами саме на основі ст. 18 Конституції України»².

До цього можна додати, що ця норма також чітко вказує, що оскільки в основі зовнішньополітичної діяльності України (і відповідно її юридичних оцінок національними судами) повинні лежати загальновизнані принципи й норми міжнародного права, то за цими принципами й нормами визнається пріоритет над усіма іншими правовими нормами, включаючи норми національної правової системи України. А з огляду на звичаєво-правове втілення норм загального міжнародного права висновок вбачається очевидним: ст. 18 Конституції України визначає й співвідношення звичаїв загального міжнародного права з національною правовою системою України на користь перших і наділяє національні судові й адміністративні органи правом на їх безпосереднє застосування, але тільки, підкреслю, при юридичному оцінюванні зовнішньополітичної діяльності України.

¹ *Зимненко Б. Л.* Нормы международного права в судебской практике Российской Федерации: Пособие для судей. — М., 2003. — С. 43.

² *Міжнародне право: Навч. посіб. / За ред. М. В. Буроменського.* — К., 2005. — С. 77.

Положення, закріплене в розділі X Декларації про державний суверенітет України, має більш загальний характер. Воно вже поширює дію звичаїв загального міжнародного права в тому числі й на правовідносини, що виникають усередині держави. Питання, однак, у юридичній характеристиці самої Декларації. Чи є вона рівною за своєю юридичною силою Конституції України? Переважає над нею? Або, навпаки, підлегла їй?

Підходи до пошуку відповідей на ці питання різні. Так, існує думка, що Декларація про державний суверенітет України належить до нормативно-правових актів конституційного рівня і тому закріплена в Декларації норма про співвідношення міжнародних загальновизнаних норм і норм внутрішнього права України за своїм характером є конституційною¹.

Разом з тим інші вчені схиляються до думки, що з моменту прийняття Конституції Декларація свою роль вичерпала, та й раніше Декларація не була нормативно-правовим актом вищої юридичної сили. Зокрема, В. П. Колісник зазначає, що «за змістом Декларація могла б відігравати роль малої Конституції України, проте час запровадження її положень у повній мірі тоді ще не настав, і вона так і залишилася за юридичною природою передконституційним документом»². Однак, на мій погляд, найбільш чітко роз'яснення юридичної сутності Декларації дає Л. Юзьков. Він указує: «У прикінцевій частині Декларації міститься положення про те, що вона (Декларація) є «основою для нової Конституції, законів України і визначає позиції Республіки при укладанні міжнародних угод». Це положення виявилось надто привабливим щодо прискорення державно-правової розбудови України. Чимало народних депутатів у зв'язку з цим навіть ставили питання про надання Декларації статусу Конституційного закону. Перемогла ідея, що Декларація має залишитись у якості, зумовленій її сутністю саме як декларації — документа урочистого проголошення державного суверенітету України»³.

Таким чином, навряд чи можна розглядати Декларацію про державний суверенітет України як і нині діючий нормативно-правовий акт

¹ Міжнародне право: Навч. посібник / За ред. М. В. Буроменського. – К., 2005. – С. 77.

² Колісник В. П. Національно-етнічні відносини в Україні: теоретичні засади та конституційно-правові аспекти: Монографія. – Х., 2003. – С. 80.

³ Юзьков Л. Від Декларації про державний суверенітет України до Концепції нової Конституції України // Конституція незалежної України: У 3 кн. – Кн. 1: Документи, коментарі, статті / За заг. ред. С. Головатого; Упоряд.: С. Головатий, Л. Юзьков. – К., 1995. – С. 9.

вищого (конституційного) рівня, що має пряму дію. Це означає, що питання про місце звичаїв загального міжнародного права у внутрішньому правопорядку всебічно не врегульоване, що, повторимося, не знімає з України міжнародно-правових зобов'язань з їх виконання.

Тим часом у ч. 1 ст. 8 Конституції України закріплено, що «в Україні визнається і діє принцип верховенства права». На думку М. В. Буроменського, ця норма є юридичною підставою для застосування в межах національної правової системи України загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права в їх звичаєво-правовому втіленні. Як зазначає вчений, «вживання виразу “верховенство права” у ч. 1 ст. 8 Конституції, поза сумнівом, не обмежене національними рамками»¹. У такій інтерпретації «загальноновизнані норми міжнародного права мають примат і над Конституцією України»².

Вбачається, що тлумачення поняття «верховенство права», дійсно, не обмежено державними кордонами. Значеннєвий зміст поняття «справедливість», що лежить в основі принципу верховенства права, універсальний, що на сьогодні доведено численними дослідженнями³. Конституційний Суд України повністю погодився із цим, вказавши в п. 4. 1 свого рішення від 02. 11. 2004 р. № 15-рп/2004 таке: «Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Усі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України. Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим... Справедливість — одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права»⁴.

Звернемо увагу на те, що, по-перше, інші (тобто крім законодавства) соціальні регулятори й елементи права — норми моралі, традиції, звичаї — лише «значною мірою дістали відображення в Конституції

¹ Міжнародне право: Навч. посіб. / За ред. М. В. Буроменського. – К., 2005. – С. 79.

² Там само.

³ Див., напр.: Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. – Харьков, 2002. – 328 с.; Цвік М. Про сучасне праворозуміння // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2001. – № 4 (27). – С. 3–13 та ін.

⁴ Див.: Офіційний вісник України. – 2004. – № 45. – Ст. 2975.

України», і, по-друге, саме право не ототожнюється із законом, «який іноді може бути й несправедливим». Із цього випливає, що розуміння права визначає зміст Конституції України, виступає мірилом обґрунтованості включення норм до неї. Таким чином, право переважає над Конституцією як законом, нехай навіть і основним. У цьому зміст верховенства права.

КС України зазначає, що норми моралі, традиції і звичаї як незаконодавчі елементи права обумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Навряд чи тут мається на увазі досвід культурного розвитку виключно України. Скоріше за все, йдеться про історично досягнутий культурний рівень людської цивілізації в цілому. Адже із проголошенням незалежності й початком формування власної правової системи Україна значною мірою орієнтувалася на кращі світові зразки правотворчості (у рішенні КС України говориться про справедливість як «один із загальнолюдських вимірів права»). Під світовими зразками в цьому випадку можуть розумітися й іноземні, що втілюють найцінніший правотворчий досвід інших країн, і міжнародні, що втілюють досвід міжнародно-правового співробітництва. А найбільш яскравим вираженням останнього і виступають загальновизнані принципи й норми міжнародного права. При цьому в співвідношенні національно-правового і міжнародно-правового останнє у наш час відіграє провідну роль, оскільки воно в силу специфіки свого формування виступає як узагальнення розвитку безлічі перших. Тому, власне, багато сучасних конституцій світу в тій або іншій формі закріпили пріоритет норм міжнародного права над національними правовими системами. І тому як для інших країн, так і для України є логічним визнання примата звичаїв загально- міжнародного права над звичаями національного права.

Однак у цьому випадку необхідно зробити деяке істотне уточнення. Справа в тому, що загальне міжнародне право теж різне. Воно охоплює норми, які мають різну предметну спрямованість. У більшості випадків це відносини міжнародної безпеки (заборона агресії і погрози нею, мирне вирішення спорів, заборона геноциду, апартеїду, колоніалізму, обов'язкове виконання міжнародно-правових зобов'язань та ін.). Величезну частину становлять норми, спрямовані на гуманізацію ведення збройних конфліктів міжнародного й неміжнародного характеру. До загального міжнародного права також можна віднести деякі норми міжнародного дипломатичного права (недоторканність дипломатичних представників на території держав акредитації, недоторканність дипломатичної кореспонденції, архівів і документів та ін.). Дедалі більше

міжнародне визнання як норми загального міжнародного права здобувають зобов'язання із захисту навколишнього середовища.

У контексті ж верховенства права мова йде насамперед про ті норми загального міжнародного права, які стосуються розуміння й застосування категорії «право» як такої. Інакше кажучи, йдеться про застосування загальних принципів права. У доктрині міжнародного права існують різні точки зору з приводу втілення (об'єктивізації) цих принципів. Деякі вчені вважають, що загальні принципи в міжнародному праві виступають самостійним джерелом, інші — загальні принципи об'єктивуються через інші загальноновизнані джерела, — у першу чергу міжнародні договори і міжнародно-правові звичаї. Причому саме звичаї є найбільш адекватною й первинною формою їхнього зовнішнього вираження. Останньої точки зору дотримується й автор цієї статті.

На підставі вищевикладеного можна зробити такі висновки:

1. У Конституції та внутрішніх законах України питання про співвідношення норм загального звичаєвого міжнародного права і національного права України належним чином не врегульоване. У нормах національних законів України, які містять відсилання до міжнародних звичаїв, відсутній диференційований підхід до їх застосування, заснований на місці та ролі кожного з різновидів звичаїв у регулюванні міжнародних відносин.

2. Чинна Конституція України:

а) закріпленням у ст. 8 принципу верховенства права дає підставу для пріоритетного застосування у внутрішньому правопорядку України тих звичаїв загального міжнародного права, які закріплюють загальні принципи права, причому й у тих випадках, коли такі звичаєві норми суперечать самій Конституції;

б) стаття 18 установлює пріоритетне застосування звичаїв загально-міжнародного права («загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права») національними судовими й адміністративними органами України при здійсненні юридичних оцінок зовнішньополітичної діяльності України.

3. Норми ч. 1 ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» і ч. 2 ст. 7 ЦК України в контексті застосування звичаїв загального міжнародного права суперечать міжнародно-правовим зобов'язанням України, що випливають із цього ж загального міжнародного права.