

ПРОБЛЕМА ПРОГАЛИН В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ І ЕКОЛОГІЧНО ОРІЄНТОВАНА ЕНЕРГЕТИКА

БІЛОЦЬКИЙ Сергій Дмитрович - кандат юридичних наук, асистент кафедри міжнародного права Інститут міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Стаття посвячена дослідженню питання пробелів в міжнародному праві. Серед іншого досліджено питання пробелів в міжнародно-правовому регулюванні екологічно орієнтованої енергетики. Виявлені различия между вакуумом и пробелами в міжнародному праві. Рассмотрены отличия между искусственным и настоящим вакуумом в міжнародному праві. Вияснена роль міжнародных судебных учреждений при заполнении пробелов в праві.

Ключові слова: теорія міжнародного права, екологічно орієнтована енергетика, прогаліни в міжнародному праві, правовий вакуум.

Дослідження прогалін в міжнародному праві має суттєве теоретичне і практичне значення. В теорії права дослідження цих проблем має доволі довгу історію, яка весь час отримує нову підпитку з нових досліджень. В міжнародному праві ситуація є складнішою. Єдине дослідження цього питання було зроблене в радянські часи В.М. Ліхачовим. В Україні його нажалі майже ігнорують.

Але проблема прогалін в праві зберігається, як в рамках національного так і міжнародного права. В комплексі дослідження цієї проблеми нас більше цікавить проблема прогалін в праві в комплексі з проблемою міжнародно-правового регулювання екологічно орієнтованої енергетики (ЕОЕ). Такими прогалинами в рамках ЕОЕ є: відсутність актів, що регулюють виробництво біопалива (є лише директиви ЄС та ряд двосторон-

ніх договорів з сприяння розвитку окремих питань виробництва), не врегулювання питань енергоефективності на універсальному рівні (практично лише Протокол про енергоефективність до Договору до Енергетичної хартії), розробка правового режиму діяльності в океанічній земній корі з метою видобутку геотермальної енергії океану і багато інших питань.

Досліджуючи систему міжнародного права Д.І. Фельдман вказував, що «весь процес кодифікації і прогресивного розвитку міжнародного права, багаторічна діяльність Комісії міжнародного права та інших органів системи ООН в цій області повсякденно пов'язана спочатку з встановленням прогалін, а потім і з проблемою їх заповнення» [1, с. 63].

З приводу визначення змісту терміну «прогаліна права» в доктрині права є різні думки. Так, Г. Кельзен заперечував можливість існування прогалін у міжнародному праві ґрунтуючись на його «логічній повноті» та «логічній замкненості». Розглядаючи міжнародне право, як абстракцію, він вказував на наявність в самій структурі міжнародного права «вічних» елементів, таких, як загальні принципи права, що практично здатні дати відповідь на будь-яке питання міжнародних відносин [2, с. 349]. Критикуючи цей підхід В.М. Корецький вказував, що його прихильники «виходили з апріорно визнаної повноти правової системи, здатної до самозаповнення. Для них «загальні принципи права» були засобом «заповнення» міжнародного

права. Вони не тільки не боялися вийти за межі договірно-правових норм і звичаїв, вони домагалися цього» [3, с. 6]. Крім того, самі лише загальні принципи права навряд можуть заповнити будь-яку прогалину в праві. Вони є радше інструментами правової техніки. В цьому випадку скоріше варто казати про основні принципи міжнародного права, які виступають системоутворюючим елементом галузей і самої системи міжнародного права. Цим підтримується міжнародна законність, а саме міжнародне право проявляє якість нормативності, які багато в чому визначають його соціальну цінність, як самостійної системи. Проте і вони не здатні самостійно заповнити будь-яку прогалину в міжнародному праві, хоча відповідне узгодження позицій суб'єктів міжнародного права можливе на їхній основі, у розвиток їхніх положень. Як вказує з цього приводу Г.Г. Шмельова відбувається конкретизація, що являє собою «процес перекладу понять з високого рівня спільності і абстрактності на більш низький рівень, як їхній рух від меншої конкретності до більшої, результатом якого виступає більш конкретне поняття» [4, с. 5].

Саме виникнення явища прогалин права на справедливе зауваження Р.З. Лівшиця пов'язано з тим, що сфера правового регулювання не може охоплювати незмінний постійний обсяг суспільних відносин. Вона може розширюватися за рахунок появи нових, раніше невідомих відносин. В якості типового прикладу автор виділяв відносини у сфері екології. Причому, чим цивілізованіше суспільство, чим воно культурніше, тим ширше і більш охоче воно використовує правові засоби регулювання. Тому, якщо розглядати сферу правового регулювання з точки зору кількісних, зовнішніх параметрів, потрібно говорити про тенденції до її розширення [5, с. 94-95]. Французький юрист-міжнародник Л. Сіора виходить з багатофакторності походження прогалин в міжнародному праві. Ними є примітивний характер юридичної техніки, недосконалість способів формулювання договірних права та складності прийняття звичайних норм, свідомі дії держав, що ведуть до виникнення прогалин у міжнародній регла-

ментації, незабезпеченість або анархізм в перегляді правил, що втратили юридичну силу, втручання в цей процес держав та ін. [6, с. 9-10].

Ряд авторів в рамках теорії держава і права, каже про існування «прогалин в позитивному праві» [7, с. 165]. Інші кажуть про неправильність самого терміну «прогалина в праві», а про доречність терміну «прогалина в законі» [8, с. 11]. Своєю чергою В.В. Лазарєв визначає пробіл у праві як повну або часткову відсутність необхідних нормативних установлень, але при цьому, фактично ставить знак рівності між прогалинами в законодавстві та прогалинами в праві [9, с. 8]. Ті з авторів, які кажуть про прогалини в позитивному праві розуміють під ними «той випадок, коли немає ні закону, ні підзаконного акту, ні звичаю, ні прецеденту» [7, с. 165]. Цю ситуацію загалом важко визначити, в якості прогалини в праві, оскільки відсутнє жодне правове регулювання. Скоріше тут мова йде про правовий вакуум, під яким розуміється відсутність правових норм, необхідних для регламентації не врегульованих раніше, але таких, що потребують правової регламентації нововиниклих суспільних відносин [10, с. 116]. Прогалина може виникнути тільки в реально існуючому праві і його джерелах, а правовий вакуум – це відсутність самого права, а значить, і його джерел права. Щодо «прогалини в законі», то проблемою цього терміну є те, що по-перше, він є вузькоспеціалізованим лише для національного права, і не має застосування в рамках міжнародного права, в зв'язку з відсутністю там самого терміну «закон», а по-друге, навіть в національному праві цей термін є алогічним, через можливість врегулювання певної прогалини в законах за допомогою підзаконних актів. Тому, Ф.М. Раянов вважає доречним казати саме про прогалини в праві, які визначає, як ті випадки, коли певні суспільні відносини, що знаходяться в цілому у сфері правового регулювання, виявилися не врегульованими конкретними нормами права. Причому, вони на його думку можуть виникати з двох причин: через відставання законодавства від розвитку суспільного життя і недоліки у правотворчій діяльності [11, с. 266]. Про-

те, більш обґрунтованою видається думка О.С. Панасюка, який вважає, що прогаліна у праві є наслідком повної або часткової відсутності об'єктивно необхідної ланки в системі правової регламентації суспільних відносин, які вже піддані правовому регулюванню або повинні входити в сферу правового впливу. Специфіка прогалін у праві визначається комплексом ознак диференціації прогалін, що дозволяють виділити їх в такій сфері суспільних відносин, які допускають їх юридичну регламентацію за допомогою правових норм, мають потребу в них, але з якихось причин і обставин не включені в область правового регулювання та певний час залишаються неврегульованими [12, с. 17].

Як ми бачимо і прогаліна в праві і правовий вакуум виникають у зв'язку з розвитком суспільних відносин. Саме про це каже в рамках міжнародного права В.М. Ліхачов – прогаліни породжують суперечки держав з тих питань міжнародних відносин, які досі ще не включені в сферу міжнародного права або охоплені їм недостатньо повно і ефективно [13, с. 270]. Отже, і прогаліна у праві і правовий вакуум – результат відставання права від суспільного життя. Особливо це помітно в галузях міжнародних відносин, пов'язаних з науково-технічним прогресом. Так, Д.Б. Левін, підкреслює, що в міжнародному праві «існують галузі, в яких юридичні норми не відрізняються достатньою повнотою або визначеністю», що «міжнародні конвенції часто зовсім відсутні або прийняті, але невеликим числом держав, а зміст міжнародних звичаїв не з'ясовано, і їх встановлення пов'язане з труднощами» [14, с. 233-234]. Однак різниця між цими явищами полягає в процесі їхнього врегулювання: для заповнення прогаліни можна вдатися до аналогії права і закону, а для заповнення правового вакууму – ні. Аналогію права застосовувати не можна, якщо розглянутий випадок (спірні відносини) не перебуває в сфері правового регулювання. Якщо певна сфера суспільних відносин є об'єктом правового регулювання, то в ній може виникнути пробіл. Але якщо нові відносини не виступають (хоча б тимчасово) в якості такого об'єкта, то утворюється правовий вакуум.

Заповнити правовий вакуум за допомогою аналогії неможливо, оскільки відсутнє саме право, а в такій ситуації не з чим проводити аналогію [15, с. 110]. Виникає явище правового вакууму саме в процесі виникнення нових галузей права або зміни правових систем. При цьому варто пам'ятати, що прогаліна в праві виникає не в наслідок відсутності будь якої норми права, а саме норми права, яка безпосередньо регулює ту групу суспільних відносин, яка пов'язана з правозастосуванням [16, с. 28]. Тобто не аморфна, теоретична потреба, а практична потреба життя, як висловився П.Є. Недбайло «прогаліна в праві – це пробіл у змісті чинного права відносно чинників суспільного життя, що перебувають у сфері правового впливу» [17, с. 456]. В цьому сенсі варто погодитися з позицією М. Боса, який вважає, що про існування прогаліни не можна судити до тих пір, поки про це не буде конкретного «судовим чи арбітражним рішенням» [18, с. 307]. Наприклад, у справі *Roze and Houillers du Bassin de Lorraine v. Stoefs* бельгійський касаційний суд встановив неузгодженість положень бельгійського транспортного кодексу та змісту міжнародної конвенції про дорожній рух 1949 р. [19, с. 331] та Верховний суд США у справі *Asakura v. City of Seatly* [20, с. 41].

Щодо існування правового вакууму в міжнародному праві, то тут варто відрізнити його штучний і справжній види. Так, після прийняття Конвенції ООН з морського права (1982 р.), що врегулювала більшість питань пов'язаних з регулюванням міжнародних відносин в Світовому океані, ряд держав посилаючись на правовий вакуум прийняли окрему угоду з питань видобутку ресурсів з глибоководних районів морського дна («Тимчасова домовленість з питань глибоководних районів морського дна», підписана США, Великобританією, ФРН, Італією, Францією, Японією, Нідерландами 3 серпня 1984 р.). В даному випадку, посилання її учасників на наявність правового вакууму було неправомірним, оскільки вищезгадані держави самі були учасниками розробки Конвенції ООН з морського права (1982 р.), ряд з них її підписали, а сама Конвенція перебувала в процесі набуття чинності, тому

посилання на існування правового вакууму було недоречними, а отже це є випадок штучного правового вакууму.

Оцінюючи процес встановлення прогалін в міжнародному праві, слід враховувати, що ця діяльність, незалежно від того, на якій стадії правового регулювання вона здійснюється, носить творчий характер і тому передбачає наявність інструментів гносеологічного та прикладного призначення [21, с. 31]. Тому, видається важливою і актуальною наукова розробка певних правил встановлення та заповнення прогалін у міжнародному праві. Вони повинні включати рекомендації з визначення прогаліни у праві, відмежуванню їх від інших специфічних аспектів (неясність, нелогічність правових норм і т. д.), а також вказівки на методологію та методику застосування способів встановлення і заповнення прогалін з урахуванням всіх ознак ситуації: часу і місця появи, її тривалості, викликаних наслідків і т.п. [21, с. 41].

Як засоби заповнення прогалін в праві рекомендують: аналогію права (метод застосування права, при якому юридична справа вирішується виходячи з загальних засад і змісту правових актів, які проте не знайшли вираження в конкретній нормі), аналогію закону (вирішення конкретної справи на основі конкретної норми конкретного закону, що регулює подібні суспільні відносини) та субсидіарне застосування права (вирішення конкретної справи на основі залучення норм права з іншої галузі права) [7, с. 168]. Як додатковий засіб вирішення проблеми прогалін в праві може бути використана концепція т.з. бажаного права – «*de lege ferenda*» – норм, ще не прийнятих, але бажаних у майбутньому, існуючих лише у вигляді проектів актів, пропозицій, вимог, правових ідей.

Певну роль в заповненні прогалін у праві виконує і тлумачення існуючих норм. В радянські часи було введено аксіому що, «тлумачення не може заповнити прогаліну в міжнародному договорі, якщо такі є. Однак сторони вправі це зробити в порядку додаткової угоди» [22, с. 204]. В той же час в західній доктрині міжнародного права приходили до інших висновків. Так, Д.

Рузьє зазначав, щодо застосовності телеологічного способу тлумачення для заповнення прогалін [23, с. 31-34]. Видається на даному етапі розвитку міжнародного права ця думка має більше право на існування згадуючи діяльність Європейського суду з прав людини, а особливо Суду Європейського Союзу. Так, Деннінг у справі *J. Buchanan Co. Ltd. v. Babco Forwarding Shipping (U. K.) Ltd.* (1977 р.) заявив: «судді не слідують буквальному змісту слів або граматичної структурі пропозиції. Вони слідують задуму або цілі, які стоять за ними... Вони тлумачать законодавство так, щоб домогтися бажаного ефекту. Це означає, що вони заповнюють прогаліни без всякого сорому і сумнівів... Вони відповідно творять право. Якщо ви проаналізуєте рішення Європейського суду, то побачите, що він робить це кожен день» [24, с. 342]. Російський юрист Л.А. Канаєва підтверджуючи «зобов'язуючу нормативну силу судового прецеденту» рішень Суду ЄС вказує на ряд практичних прикладів в рамках екологічної проблематики: вирішена проблема «відмежування», тобто вибору тієї чи іншої норми для регулювання сфери екології; визначено критерії вибору ЄС тієї чи іншої договірної норми для прийняття правового акта (директиви, регламенту або рішення) і врегулювання «екологічного» питання [25, с. 20-21]. Тому, на думку Я. Броунлі, метод телеологічного тлумачення має «риси судового законодавства», особливо щодо міжнародних організацій з наддержавними елементами [26, с. 345]. А іспанський юрист А. Альварес вважав, що «Суд має здатність створювати право для конкретних випадків, розгляд яких йому доручено» [27, с. 597].

В той же час інші судові установи, зокрема Міжнародний суд ООН є більш обмеженими в процесі заповнення прогалін в міжнародному праві. Їхня роль обмежується переважно «переднормотворчою» діяльністю: 1) юридичне визнання наявності прогалін у міжнародному праві; 2) пояснення причин і факторів їхнього походження; 3) розробка окремих прийомів і способів їх виявлення; 4) констатація потреби усунення прогалін; 5) пропозиції про шляхи і форми їх заповнення [21, с. 123]. При цьому Суд неодноразово підкреслював, що правотвор-

чістю, створенням норм і принципів міжнародного права займатися не може. Так, в рішенні по справі про Південно-Західну Африку (1966 р.), Суд вказав, що не має можливості усунути прогалину, якщо подібна процедура призводить до виходу за нормальні рамки його судової функції [28, с. 48]. Проте неможна нехтувати і тим, що через системність міжнародних відносин та міжнародно-правового регулювання, рішення Міжнародного суду, винесене у відповідності з об'єктивними тенденціями, на правильній матеріальній та процесуальній основі, отримує силу авторитету з аналогічної категорії справ. Звідси можливість виникнення свого роду прецеденту визначення прогалін в сучасному міжнародному праві. Так, в справах Ісландія-Великобританія, Ісландія-ФРН про юрисдикції в галузі риболовства 1972 р. Міжнародний суд провів значну роботу з уточнення чинних норм морського права, тенденцій його розвитку, співвідношення права і справедливості [29, с. 468, 505].

Окрім прогалін, суд/арбітраж в своїй практиці може стикатися і з протилежним явищем – колізії в праві. На відміну від прогалін, в цьому випадку мова йде про наявність кількох правових норм, що можуть регулювати конкретні відносини. Як зазначає Р.А. Калмаркян, коли міжнародний договір відкритий для двох можливих тлумачень, одне з яких забезпечує його ефективне застосування, а інше цьому не сприяє, суд (арбітраж), керуючись принципом *ut res magis valeat quam pereat*, а також принципом *bona fides* (та виходячи з об'єкта і мети договору), виносить рішення на користь першого варіанту тлумачення. За умови його належного застосування принцип *ut res magis valeat quam pereat* аж ніяк не веде до «розширеного» тлумачення міжнародного договору, а сприяє найбільш ефективному його застосуванню і в цьому плані забезпечує досягнення адекватного і остаточного вирішення [30, с. 65-66].

Все це в підсумку сприяє прогресивному розвитку міжнародного права, яке розуміється дослідниками, як подальший розвиток норм і принципів сучасного міжнародного права, що адекватно відповідає розвитку кожного індивіда, держави і

всього міжнародного співтовариства [31, с. 4], а практикою міжнародного права, як підготовку конвенцій з тих питань, які ще не регулюються міжнародним правом або за якими право ще недостатньо розвинене в практиці окремих держав (ст. 15 Статуту Комісії з міжнародного права ООН).

Таким чином проаналізувавши стан доктринальних досліджень проблеми «прогалін в праві» ми можемо вказати на існування в рамках міжнародного права фактично двох явищ: прогалін в праві – коли існує правове регулювання певних відносин але його є недостатньо та правовий вакуум – коли регулювання відносин загалом відсутнє. Для розв'язання цих проблем застосовують різні механізми. Однозначно визнається, що виявлення прогалін в міжнародному праві є завданням міжнародних судових установ. Проте заповнення цих прогалін є завданням держав, чому мають сприяти також міжнародні організації, в процесі розробки відповідних стандартів. Можна констатувати, що однією з прогалін в міжнародному праві є регулювання багатьох аспектів міжнародно-правового регулювання ЕОЕ, в той же час в цьому випадку неможливо констатувати існування правового вакууму, зважаючи на урегульованість цілого ряду питань.

Література

1. Фельдман Д.И. Система международного права / Д.И. Фельдман. – Казань: Изд-во Казан, ун-та, 1983. – 120 с.
2. Kelsen H. *Reine Rechtslehre* / H. Kelsen. – Wine: Manz, 1960. – S. 430.
3. Корецкий В.М. Общие принципы права в международном праве / Корецкий В.М.; Отв. ред.: Крылов С.Б. – К.: Изд-во АН УССР, 1957. – 52 с.
4. Шмелева Г.Г. Конкретизация социалистического права как фактор совершенствования правового регулирования. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Шмелева Г.Г. – Харьков, 1982. – 16 с.
5. Лившиц Р.З. Теория права. Учебник. / Р.З. Лившиц. – М.: БЕК, 1994. – 224 с.
6. Siorat L. *Le probleme des lacunes en droit international* / L. Siorat. – Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1958. – 479 p.
7. Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2001. – 520 с.

АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню питання прогалін в міжнародному праві. Серед іншого досліджено питання прогалін в міжнародно-правовому регулюванні екологічно орієнтованої енергетики. Виявлено різницю між вакуумом та прогалинами в міжнародному праві. Виявлено різницю між штучним та справжнім вакуумом в міжнародному праві. З'ясовано роль міжнародних судових установ при заповненні прогалін в праві.

SUMMARY

The article deals with the issue of lacuna in international law. Among other things, investigates the problem of gaps in the international legal regulation of environmentally-friendly energy. The differences between the vacuum and the lacunas in international law are revealed. The article examines the differences between the artificial and the real vacuum in the international law. The role of international judicial institutions in filling the gaps in the law is described.

8. Забигайло В.К. Проблема “пробелов в праве”: К критике буржуазной теории / В.К. Забигайло. – К.: Наук. думка, 1974. – 135 с.

9. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения / В.В. Лазарев. – М.: Юрид. лит., 1974. – 184 с.

10. Уранский Ф.Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве / Ф.Р. Уранский // Вестник Московского университета. – 2005. – № 5. – С. 111-121.

11. Раянов Ф.М. Проблемы теории государства и права (Юриспруденции): Учебный курс. / Ф.М. Раянов. – М.: Право и государство, 2003. – 304 с.

12. Панасюк О.С. Пробелы в праве и способы их устранения: Монография / О.С. Панасюк. – Ростов-на-Дону: ЗАО «Ростиздат», 2012. – 167 с.

13. Лихачев В.Н. О взаимодействии договорных и обычных норм международного права в процессе восполнения его пробелов / В.Н. Лихачев // Советский ежегодник международного права, 1984. – М.: Наука, 1986. – С. 269-273.

14. Левин Д.Б. Актуальные проблемы теории международного права / Д.Б. Левин. – М.: «Наука», 1974. – 264 с.

15. Малиновский А.А. Правовой вакуум – новый термин юридической науки / А.А. Малиновский // Государство и право. – 1997. – №2. – С.109-112.

16. Щелокаева Т.А. Пробел в праве: понятие, классификация, проблемы квалификации / Т.А. Щелокаева // Современные тенденции развития юридической науки и правоприменительной практики: Сб. материалов Межрегиональной научно-практической конференции, посвященной 35-летию Института (филиала) МГЮА в г. Кирове: В 2 ч. Ч. 1 / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. С.М. Кочои. – Киров, 2006. – С. 28-33.

17. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм / Недбайло П.Е. – М.: Госюриздат, 1960. – 511 с.

18. Bos M. A Methodology of International Law / M. Bos. - Amsterdam: North-Holland, 1984. – 357 p.

19. International Law Reports. – London, 1974. – Vol. 47. – P. 329-340.

20. Harvard International Law Journal. – 1974. – № 1. – P. 38-46.

21. Лихачев В.Н. Установление пробелов в современном международном праве / Лихачев В.Н.; Науч. ред.: Фельдман Д.И. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1989. - 136 с.

22. Курс международного права / ред. В.М. Чхиквадзе. – М.: Наука, 1968. – Т. 4. – 434 с.

23. Ruzie D. Droit international public / D. Ruzie. – Paris: Dalloz, 1978. – 157 p.

24. British Yearbook of International Law. 1976/1977. – Vol. 48. – 1978, p. 342.

25. Канаева Л.А. Система источников европейского экологического права: автореф. дис. на получение науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 - Международное право. Европейское право / Л.А. Канаева. – Казань, 2005. – 26 с.

26. Броунли Я. Международное право. В двух книгах. / Я. Броунли. – М.: Прогресс, 1977. – Кн. 2. – 538 с.

27. Alvarez A. Le droit international nouveau : dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples / A. Alvarez. – Paris: Librairie Pédone, 1959. – 636 p.

28. Court International de Justice. Recueil. – 1966. – P. 40-56.

29. Goy R. Le reglement de l'affaire des pecheries islandaises / R. Goy // Revue generale de droit international public. – Vol. 82. – № 2. – 1978. – P. 434-536.

30. Калмаркян Р.А. Господство права (Rule of Law) в международных отношениях / Р.А. Калмаркян. – М.: Наука, 2004. – 494 с.

31. Урсин Д.А. Международные неправительственные организации и прогрессивное развитие международного права : автореф. дис. на получение науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 - Международное право. Европейское право / Д.А. Урсин. – М., 2000. – 16 с.