

- failure to realize their rights as a result of social and property stratification is masked by the principle of formal equality for all regardless of race, ethnicity, gender, sexual orientation, place of residence, religious and political beliefs, which leads to the formal allotment of rights and freedoms instead of real security for their implementation;

- the effects of affirmative action in the modern liberal-democratic society led to a reassessment of traditional moral values, their attempt to replace the newly created surrogate (perverted liberalism), they contain hidden, so violent destruction of the foundations of the nation, which is a classic family, education, culture, morality and faith;

- manipulative speculation understanding of freedom and tolerance.

Keywords: *liberalism, neoliberalism, vesterminizm, nation state, democracy, globalization, ideology factor, positive discrimination, society.*

Надійшла до редакції 18.03.2014

Чайковський Ю. В.

кандидат юридичних наук
(*Національний університет
«Одеська юридична академія»*)

УДК 341.01

КРИТИКА ТЕОРІЇ УЗГОДЖЕННЯ ВОЛЬ ДЕРЖАВ ЯК ОСНОВИ ЮРИДИЧНОЇ СИЛИ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Міжнародне право має сутнісні відмінності від права внутрішньодержавного. Інший склад суб'єктів, об'єктів регулювання потребує й іншого джерела юридичної сили, оскільки міжнародно-правова сфера визнає рівність суб'єктів і відсутність примусу до виконання норм. Теорія узгодження волей держав зазнає справедливої критики, що змушує до пошуку альтернативної основи обов'язкової юридичної сили міжнародного права.

Ключові слова: *легітимація, міжнародний правопорядок, криза легітимності, теорія узгодження волей держав, розвиток міжнародного права, природне право, сучасні концепції міжнародного права.*

Постановка проблеми. Сучасне міжнародне право еволюціонує, розширюється суб'єктне його охоплення, об'єктна сфера дії змінюється за рахунок віднесення до міжнародно-правового регулювання відносин, що раніше були у виключній компетенції держав. Роль і місце держав у міжнародних відносинах змінюється, вони поступово втрачають статус основних суб'єктів міжнародного права, підвищується роль міжнародних організацій, з'являються певні інтегративні об'єднання як окремі суб'єкти міжнародних відносин і міжнародного права. Фрагментація міжнародного права, що разом із конструктивними змінами – удосконаленням правового регулювання – несуть також і деструктивні моменти стосовно сумнівів у ефективності і цілісності системи міжнародно-правового регулювання. Всі ці останні зміни ставлять також під сумнів і саме міжнародне право як право, що має обов'язкові, притаманні юридичній системі, ознаки.

Тому видається досить дивним, зважаючи на достатню кількість політологічних, соціологічних, правових і міждисциплінарних досліджень з

проблем юридичної природи міжнародного права, що сама наука міжнародного права дуже рідко ставить перед собою таке питання [7, с. 119]. Тривалий час домінуючою теорією, що обґрунтовувала юридичну природу міжнародного права, була теорія узгодження воель держав, яку останнім часом ставлять під сумнів представники науки міжнародного права різних держав.

Аналіз публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Окремі аспекти даної проблематики розглядали у своїх працях вітчизняні та зарубіжні юристи, зокрема А.Х. Абашидзе, С.С. Алексеев, І.І. Лукашук, Г.І. Тункін, Є.В. Кузнецова, Л.М. Тарасова, Р. Квечень, С. Бессон, Я. Броунлі, О.О. Мережко, Р.З. Лівшиц, А.П. Мовчан, В.І. Євінтов, М.О. Ушаков, Р.А. Каламкарян, С.В. Черніченко. Однак сучасний період розвитку суспільства, формування міжнародного співтовариства і його права в умовах глобалізації вимагає більш ретельного дослідження основи юридичної сили міжнародного права.

Виклад основного матеріалу. Дійсно, значне превалювання міжнародної політики над міжнародним правом, яке ми спостерігаємо, особливо останнім часом, не може не відбитися на цінності міжнародного права у свідомості представників міжнародного співтовариства.

Є цілий ряд факторів, що ставлять під сумнів легітимність міжнародного права. Так, дійсно, міжнародне право має координаційний характер, у ньому відсутній законодавець, що володіє наддержавним статусом. Основна ж підстава сумнівів щодо юридичної природи міжнародного права пов'язана із тим, що в ньому відсутні належні санкції у випадках порушення міжнародно-правових норм й відсутній спеціальний апарат примусу до виконання його норм. Проте неодноразово в міжнародно-правовій літературі підкреслювалося, що в реальності держави розглядають порушення норм міжнародного права саме як порушення юридичних норм, більшість сучасних конституцій держав містять посилання на міжнародне право, а міжнародні судові інституції керуються нормами міжнародного права саме як юридичним інструментом [5, с. 34]. Посилання на міжнародне право стає частиною звичайного процесу прийняття рішень державами, тому вбачається навіть неприйнятним ставити під сумнів юридичну природу цих норм [10, с. 5].

Стосовно міжнародного права превалюють два основних типи праворозуміння – природно-правовий і позитивістський, які в ході історичного розвитку міжнародного права поперемінно змінюють один одного. Надзвичайно важливо розуміти, що сумніви щодо юридичної природи міжнародного права виникають і у представників і прихильників позитивістського напрямку в міжнародному праві, оскільки позитивісти розглядають норми міжнародного права лише як такі, що витікають з формально виражених джерел міжнародного права. Причому, якщо дотримана процедура прийняття норми, то вона отримує обов'язковість незалежно від її змісту (звідси проблема правових і неправових норм). Позитивісти не шукають основу юридичної сили в «розумі», «божественній силі», тобто в абстрактних категоріях, а мають справу лише з практикою міждержавних відносин. З огляду на необхідність легітимації міжнародного права і сумніви в його

справедливості (правомірності), позитивістський напрям не може претендувати на роль єдино вірного розуміння природи міжнародного права. Отже, щоб дослідити сутність міжнародного права, нам потрібно звернутися саме до природно-правового напрямку міжнародного права.

Так, говорячи про співвідношення природно-правового і позитивістського типу праворозуміння з питання, що нами розглядається, слід назвати домінуючі ознаки права, за наявності чи відсутності яких ті чи інші представники цих напрямків твердять про юридичну обов'язковість міжнародного права.

Наприклад, Г.Л.А. Харт, як ідеолог позитивізму, вбачає суттєвою ознакою поняття права примус. На противагу йому Г. Еллінек зазначає, що «в деяких сферах права, як то конституційне, цивільне чи міжнародне, примус або відсутній, або не має превалюючого значення... Проте суттєвою ознакою права є не примус, а гарантія, одним із видів якої є примус. Правові норми є не стільки примусовими, скільки гарантованими» [1, с. 246].

Як вірно підмічає професор Мережко, сам Г.Л.А. Харт виводить саме юридичний, а не рекомендаційний характер норм міжнародного права [5, с. 35]. «Правила уявляються й описуються як приписи, що накладають зобов'язання у тому випадку, коли існує нагальна загальна вимога їм відповідати, підкріплена значним тиском з боку соціуму проти тих, хто не дотримується їх або намагається це зробити. Подібні правила можуть за походженням цілком засновуватися на звичаях; може не існувати централізованої системи покарання для тих, хто їх порушує, а тиск з боку суспільства може бути зведений до загальної несхвальної або критичної реакції, не підкріпленої фізичними санкціями. Вона може полягати у словесному засудженні або заклику поважати правило, що порушується, а також спиратися на почуття сорому, каяття або провини. В останньому випадку правила можна кваліфікувати як такі, що стосуються моралі даної соціальної групи, а зобов'язання, що виникають у результаті, – як моральні зобов'язання. Навпаки, якщо фізичні санкції можливі або типові для тиску певного роду, навіть якщо вони не визначені і не здійснюються офіційними особами, але суспільством в цілому, ми схильні вважати такі правила примітивною або рудиментною формою права» [8, с. 92].

Отже, міжнародне право має юридичний характер, проте реалізується все одно за допомогою національних механізмів імплементації його норм, що і забезпечує реальність і правовий характер міжнародного права.

Тобто основа юридичної сили вбачається представниками різних напрямків міжнародно-правової думки різною, проте хіба що апологетами позитивістського напрямку в міжнародному праві заперечується його юридичний характер. Існує й протилежна думка, притаманна апологетам природно-правового та солідаристського напрямку в міжнародному праві, які розглядають саме міжнародне право як справжнє право.

Тривалий час домінуючою теорією, що обґрунтовувала юридичну природу міжнародного права, була теорія узгодження воль держав, яку розвинув і конкретизував Г.І. Тункін у своїй «Теорії міжнародного права». До нього існувала думка щодо угоди як способу творення норм міжнарод-

ного права, але пропонувалося за таку вважати лише угоду між «цивілізованими народами», а сама «нормотворча загальна воля» виводилася із сукупності ідентичних воель держав, що відповідно мала бути для держав джерелом обов'язкових норм права [6, с. 183]. Професор Г.І. Тункін пов'язував створення норм міжнародного права шляхом узгодження воель держав із боротьбою і суперництвом держав, що йдуть на певні поступки і компроміси, результатом яких і є право. Проте вважаємо, що дана теорія цілком відповідала реаліям часу її створення: вона беззаперечно обґрунтувала легітимність норм міжнародного права в умовах наявності двох ідеологічно протиборчих груп держав. По суті, певна форма належної поведінки визнавалася нормою міжнародного права, якщо вона адекватним чином відображала компроміс воель держав [5, с. 55].

У руслі позитивістських теорій, слідуючи радянській школі міжнародного права, пострадянська наука міжнародного права схильна як і раніше проводити всі свої теоретичні побудови на модифікаціях теорії узгодження воель держав.

Відсутність юридичної основи або сумніви у юридичній природі міжнародного права відображаються в тому, що міжнародне право саме в сучасний період початку ХХІ століття стикається з проблемою легітимності його норм. Причини відсутності інтересу до міжнародного права під час «холодної війни» лежать в іншій площині. Дещо спрощуючи, міжнародне право в період між Другою світовою війною і кінцем «холодної війни» уявлялося громадянам західних конституційних демократичних держав в одному з трьох видів: воно було неефективне і ненадійне, адресоване іншим або було зайняте вузькоспеціалізованою сферою, що провокувало чимало запитань стосовно легітимності.

Міжнародне право, як широко вважали, було неефективним і ненадійним в якості гаранта безпеки та миру в усьому світі. На тлі «холодної війни» і гонки ядерних озброєнь було несумісним проводити співвідношення з реалістичними оцінками високої політики в міжнародних справах.

Після Другої світової війни позитивістське удушення юридичної та політичної думки поступово послабилося. Випробування Нюрнбергом і Токіо, прийняття Загальної декларації прав людини 1948 року, сигналізували повернення до більш нормативно спрямованої юриспруденції на протидію фашизму і іншим радикальним вченням [13, с. 910]. Поступово, враховуючи весь негативний досвід нормативного регулювання, яке допустило злочиння Другої світової війни, міжнародне співтовариство, що вже на той час сформувалося, прийшло до усвідомлення необхідності відходу від позитивістських цінностей міжнародного права. Поступово утворився міжнародний правопорядок як результат впорядкування системи міжнародних відносин за допомогою міжнародного права [3, с. 17]. У силу неможливості обґрунтування влади на міжнародному рівні метафізичними символами, міфами підстави, долею або волею народу, адже міжнародне право діє не владно, не наднаціонально, легітимність важко класифікувати як традиціоналістську або харизматичну, вона спирається виключно на раціональні аргументи [2, с. 54].

У різні періоди розвитку міжнародного права застосовувалися різні способи легітимації його норм. Так, міжнародне право пройшло етапи релігійної, харизматичної і, нарешті, договірної (на основі принципу узгодження воль держав) легітимації міжнародного права. Рівень правосвідомості держав поступово змінювався і міжнародне право набувало нових якісних характеристик, змінювалася сутність міжнародного права. Поняття законності не дозволяє нам охарактеризувати реалізацію міжнародного права, оскільки спрямоване лише на оцінку позитивних норм в їх відриві від усього комплексу регуляторів міжнародної нормативної системи [2, с. 56].

Більшість сучасних підручників міжнародного права розглядають, традиційно, основою обов'язковості норм міжнародного права узгодження воль держав як безперечний канон. Проте теорія і практика по-різному вбачають цю ідею обов'язковості. На неї посилаються для пояснення як юридичної сили всього міжнародного права, частіше звичаєвого права, так і для обґрунтування появи і юридичної сили певних договірних норм. Тим не менше, критика цієї теорії з самого початку супроводжувала її. Так, Х. Лаутерпахт, як представник Гроціанської традиції міжнародного права, намагався пояснити міжнародне право як загальне право людства. Перешкодою для такого обґрунтування була для нього позитивістська догма волі держави як підстави зобов'язань у міжнародному праві. Згода держав не може, на думку Х. Лаутерпахта, легітимізувати міжнародне право, оскільки санкціонує прогалини в міжнародному праві, ігнорує загальні принципи права як його джерело і в підсумку робить неможливим становлення панування права в міжнародних відносинах. Праці Х. Лаутерпахта є яскравим прикладом критики позитивістської теорії узгодження воль з погляду на аксіологічну легітимацію міжнародного права [12, с. 94–96].

Проте Х. Лаутерпахт не єдиний міжнародник, що піддає сумніву теорію узгодження воль держав, особливо в сучасній міжнародно-правовій науці. Так, Й. Вейлер вважає пошук підстави юридичної сили міжнародного права в рамках договірної режиму непереконаливим і навіть нерозумним з огляду на ігнорування різниці між цілями держав і міжнародної спільноти в цілому. Діяльність міжнародних організацій, цілі яких далеко не завжди співпадають із цілями держав, є підтвердженням існування спільних інтересів і сфери регулювання міжнародної спільноти. Вони можуть мати матеріальний характер (ресурси Міжнародного району морського дна), територіальний (міжнародні території), функціональний (колективна безпека) або навіть духовний (права людини). Збільшення кількості держав і прогресуюча складність багатосторонніх правових зобов'язань, спрямованих на захист і збереження спільних сфер міжнародної спільноти, відбувається за згоди держав як форми легітимації правових норм, що обґрунтовується з кожним разом все більш фіктивно [9, с. 119].

Деякі автори пропонують кардинально модифікувати теорію узгодження воль. Так, американський вчений Ф. Тесон зазначає, що звичаєва або договірна згода, надана державою, легітимізує створені в такий спосіб міжнародні зобов'язання лише тоді, коли виконаними будуть дві умови: а) керівництво держави має внутрішню легітимність на здійснення влади, тобто забезпечує

дотримання прав людини і фактично представляє все суспільство; б) згода держави не призводить до появи норм, що порушують «міжнародну справедливість», серцевиною якої залишається охорона прав людини. Тобто право в такому разі легітимізується через зовнішню для нього цінність. І не спосіб і форма утворення міжнародного права (згода держав) надає йому юридичну силу, а відповідність певним сутнісним вимогам.

Подібною, тобто основою на категорії прав людини, визнаних в якості ядра міжнародної справедливості, критикою теорії узгодження воль є також «моральна теорія міжнародного права» А. Буханана [9, с. 119]. Його аргументація спирається на переоцінку цілей міжнародного правопорядку. Головною метою міжнародного правопорядку є не мир між державами, а справедливість, втіленням якої залишається охорона основоположних прав людини. У зв'язку з цим не ефективність свідчить про легітимність державної влади, а справедливість, що виражається в охороні прав людини і відстоюванні інтересів власних громадян. Не всі держави з огляду на це в рівній мірі наділені правом створювати, виконувати своїми діями норми міжнародного права і застосовувати міжнародно-правову відповідальність. У підсумку, теорія узгодження воль не дає ні належного опису і не є тим ідеалом, якого слід прагнути. І до тих пір, поки держави не виражають інтересів своїх суспільств, згода представників влади цих держав є нічим іншим, як згодою приватних осіб.

Висновки. Критика теорії узгодження воль держав з точки зору тієї цінності, яким міжнародне право повинно бути в дійсності, стосується існуючої проблематики відповідності цінностей і норм права. Не можна не зауважити, що деякі лояльно налаштовані позитивісти також ставлять під сумнів сучасне легітимізує значення згоди держав у міжнародному праві. Притримуються думки, що у зв'язку із становленням у сучасному міжнародному правопорядку «спільних інтересів», угода держав не може забезпечити їх охорону, оскільки як дія одностороння надає перевагу індивідуальним інтересам держав за рахунок охорони спільних інтересів.

Проте ствердна відповідь на питання: чи відбулася зміна концептуальної основи легітимації міжнародного права? – була б завчасною. І хоч недоліки теорії узгодження воль держав як такої основи в сучасних умовах очевидні, все ж і природно-правові теорії легітимації міжнародного права до кінця цих недоліків не позбавлені і тому не надають стовідсоткову альтернативу теорії узгодження воль держав.

Бібліографічні посилання

1. *Еллинек Г.* Общее учение о государстве / Еллинек Г. – СПб., 1905.
2. *Кузнецова Е.В.* Концепция легитимности в международном публичном праве / Е.В. Кузнецова // Актуальные проблемы международного публичного и международного частного права: сб. науч. трудов. – Вып. 3. – 2011.
3. *Лукашук И.И.* Международно-правовое регулирование международных отношений / И.И. Лукашук. – М., 1975.
4. *Лукашук И.И.* Нормы международного права в международной нормативной системе / И.И. Лукашук. – М., 1997.
5. *Мережко А.А.* История международно-правовых учений / Мережко А.А. – К., 2006.
6. *Тункин Г.И.* Теория международного права / Г.И. Тункин; под общ. ред. Л.Н.

Шестакова. – М., 2000.

7. *Тарасова Л.Н.* О легитимности в международном праве / Л.Н. Тарасова // Современное право. – № 11. – 2012. – С. 119–123.

8. *Харт Г.Л.А.* Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е.В.Афонасина и С.В.Моисеева. – СПб., 2007.

9. *Kwiecień R.* Teoria i filozofia prawa międzynarodowego. Problemy wybrane / Roman Kwiecień. – Warszawa, 2011.

10. *Brownlie I.* The Realist and Efficacy of International Law // British Yearbook of International Law. – Vol. 52. – 1981.

11. *Besson S.* Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy, [w:] J. L. Dunoff, J. P. Trachtman [red.], Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance. – New York, 2009. – S. 381–384.

12. *Lauterpacht H.* The Function of Law in the International Community / Clarendon Press. – Oxford, 1933. – P. 94–96.

13. *Mattias Kumm.* The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis // The European Journal of International Law. – Vol. 15. – No. 5. – 2004. – P. 907–931.

Чайковский Ю. В. Критика теории согласования волей государств как основы юридической силы международного права. Международное право имеет существенные отличия от права внутригосударственного. Иной состав субъектов, объектов регулирования требует и другого источника юридической силы, поскольку международно-правовая сфера признает равенство субъектов и отсутствие принуждения к выполнению норм. Теория согласования волей государств претерпевает справедливую критику, которая вынуждает к поиску альтернативной основы обязательной юридической силы международного права.

Ключевые слова: легитимация, международный правопорядок, кризис легитимности, теория согласования волей государств, развитие международного права, естественное право, современные концепции международного права.

Chaykovskyy Yu. V. Critical analysis of the coordination theory as a basis of justification of binding nature of international law. Contemporary international law is evolving, the scope of its subjects is expanding, the object is changing by involving to international legal regulation of relations that were previously the exclusive competence of the states. Role of states in international relations is changing; they gradually lose the status of the only subjects of international law; the role of international organizations, integrative associations as separate subjects of international relations and international law is increasing. Fragmentation of International Law together with structural changes brings destructive moments of doubt concerning the effectiveness and integrity of international law. All these recent changes raise the question whether the international law is a law that has required specific features of the legal system.

The main reason of doubts about the binding nature of international law is connected with the fact that it lacks appropriate sanctions in cases of violation of international law and do not have special enforcement mechanisms for the implementation of its rules.

For a long time the coordination theory was the dominant theory that justified the legal nature of international law. However, criticism of this theory accompanied it from the very beginning. The coordination theory can be used for the authorization of gaps in international law, justification of the ignoring of general principles of law as its source and end finally can lead to the argumentation of impossibility of establishment of the rule of law in international relations. The search of an alternative theory is especially active in recent years, as far as questions concerning the binding nature of international law become more frequent because of the illegal actions of certain states.

Keywords: legitimation, international order, the crisis of legitimacy, coordination theory, development of International Law, natural law, contemporary conceptions of International Law.

Надійшла до редакції 13.03.20114