

О. О. Нігрєєва, ст. викладач

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра загальноправових дисциплін та міжнародного права,
Французький бульвар, 24/26, г. Одеса, 65058, Україна

ДЕЯКІ ПИТАННЯ УТВОРЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ЗВИЧАЮ

Статтю присвячено дискусійним питанням формування та застосування міжнародного звичаю як джерела міжнародного публічного права. Автором здійснено аналіз необхідних ознак звичаю. Особливу увагу приділено питанням надання звичаю юридичної сили з боку суб'єктів міжнародного права.

Ключові слова: джерело міжнародного права, міжнародний звичай, загальне міжнародне право, *usus, opinion juris*.

Незважаючи на те, що протягом довгого часу звичай був майже єдиним джерелом правових норм, які врегульовували міжнародні міжвладні відносини, ще й зараз його застосування викликає численні питання, що пов'язано із низкою об'єктивних причин. Перш за все, невизначеність із використанням міжнародних звичаїв обумовлюється самою правовою природою відповідних норм, адже визначальною ознакою звичаю є його усний характер. Звичаєві норми — завжди норми неписані. Отже, їхній зміст часто не є чітким, однозначним. Крім того, не сприяє однозначному розумінню та застосуванню звичаїв у міжнародному праві й відсутність кодифікації норм, які б врегульовували процес утворення міжнародних звичаєвих норм, процедуру встановлення їхнього змісту, допомагали визначитись із колом суб'єктів, зобов'язаних такою нормою і т. д.

Може здатися, що окреслені проблеми у функціонуванні міжнародного звичаю повинні нівелювати його значення у якості джерела міжнародного права, надавши однозначну перевагу іншому його джерелу, міжнародному договору. У середині ХХ ст., коли кодифікаційний процес досяг свого апогею, такі прогнози щодо майбутнього звичаю були дуже поширені. Однак час продемонстрував їхню хибність, адже зараз, на початку ХХІ ст., стає зрозумілим, що міжнародний звичай не тільки не зник із переліку регуляторів міжнародних відносин, але й продовжує посідати серед них одне з основних місць. Більш того, із великою ймовірністю можна казати про те, що на нинішньому етапі розвитку міжнародних відносин міжнародний звичай не повинен зникати. За умов, коли суверенні держави як основні актори міжнародної спільноти часто-густо взагалі відмовляються підписувати ті чи інші життєво важливі міжнародні договори, відповідні відносини можуть бути врегульовані тільки за допомогою іншого визнаного джерела міжнародного права, тобто саме за допомогою звичаю.

Викладене вище наявно демонструє те, що дослідження теоретичних та практичних проблем застосування звичаю для врегулювання міжнародних відносин не тільки не втратило інтересу для юридичної науки, а й дедалі набуває актуальності. Серед класиків науки міжнародного права зазначеним питанням приділяли увагу такі визначні науковці, як Д. Анцилотті, Г. Кельзен, Ф. І. Кожевніков, Є. О. Корвін, В. М. Корецький, Г. І. Тункін та ін. Серед дослідників сьогодення ними займаються П. Н. Бірюков, І. І. Лукашук, Ю. М. Колосов, Е. С. Кривчікова, М. Ю. Черкес та ін.

Перш ніж перейти до розгляду основних проблем, пов'язаних із використанням звичаю у міжнародному праві, хотілося би визначитись із тим місцем, що його займає звичай посеред інших регуляторів міжнародних відносин. Автор навмисно уникає поняття системи джерел міжнародного права, адже, на наш погляд, було б вірним безпосередньо до джерел міжнародного права відносити виключно міжнародний договір та міжнародний звичай. Із такою думкою багато хто не погоджується. Зокрема, у зарубіжній доктрині міжнародного права йдеться про цілу систему джерел міжнародного права, які можуть бути розподілені на три групи різного порядку.

До джерел першого порядку відносять чи то конститутивні принципи міжнародного права, чи то норми *jus cogens*. Під визначальними (конститутивними) принципами права розуміють загальні підвалини, основи правопорядку, які визнаються у більшості національних правових систем і є “відображенням юридичної правосвідомості міжнародної спільноти” [1, 47]. До таких принципів, наприклад, належать давньоримські постулати *consuetudo est servanda* та *pacta sunt servanda*. Являючи собою незаперечні аксіоми юриспруденції, ці принципи виступають, на думку деяких дослідників, тією основою, на якій базуються джерела міжнародного права другого порядку, а саме — міжнародний договір та звичай.

Разом із тим, як зазначалося, деякі дослідники до джерел міжнародного права першого порядку відносять норми *jus cogens*. Із цією позицією важко погодитися, адже у такий спосіб маємо прирівняти за своїм значенням норми міжнародного права та їхні джерела, що виявляється помилковим із точки зору загальної теорії права.

Що ж до джерел третього порядку, то до них зарубіжна наука міжнародного права відносить широкий набір різноманітних регуляторів: від юридичної практики до так званого *soft law*.

Не маючи за мету більш детально зупинитися на класифікації джерел міжнародного права та різноманітних засобів для врегулювання міжнародних відносин, необхідно підкреслити, що, на наш погляд, до перших можна відносити тільки ті регулятори, які містять норми міжнародного права, тобто загальнообов'язкові правила поведінки. У міжнародній практиці такі норми виникають та базуються виключно на узгодженій волі його суб'єктів і, перш за все, суверенних держав. Через це наділення рисами джерел міжнародного права різноманітних конструкцій, які не містять обов'язкових для суб'єктів правил поведінки, виявляється необґрунтованим та призводить до спотворення розуміння самого терміну “джерело права”.

Отже, вважаємо, що основними джерелами міжнародного права слід визнавати саме міжнародний договір та міжнародний звичай. Цією якістю можна наділяти, із певними застереженнями, також деякі рішення міжнародних організацій, однак тільки ті, які, згідно з установчими документами, матимуть обов'язкову силу для членів організації.

Безсумнівним лишається те, що міжнародний звичай має виключне значення для врегулювання міжнародних відносин та ніяким чином не поступається договору, адже його норми за юридичною силою дорівнюють нормам договірним. Разом із тим у міжнародному праві відсутнє навіть чітке визначення цього джерела права. Дуже часто під ним розуміють формулювання, що міститься у ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН. Відповідно до неї “суд, що повинен розглядати спори, які передаються йому, у відповідності до міжнародного права, застосовує... міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної правовою нормою...” [4]. Це просте та зрозуміле, на перший погляд, правило насправді містить низку підводних каменів, що заважають науковій спільноті дійти однозначного розуміння того, які саме ознаки властиві міжнародному звичаю. Зупинимось на цьому.

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

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

б) суб'єктивний елемент, так званий *opinion juris sive necessitates*, відповідно до якого для утворення звичаєвої норми необхідна наявність упевненості суб'єктів міжнародного права у тому, що поведінка, яка складає *usus*, є належною згідно з певним юридичним обов'язком [1, 17].

Виокремлення цих двох елементів є можливим завдяки аналізу вищенаведеної норми ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН. *Diuturnitas* чи *usus* у ній — це та сама “загальна практика”, *opinion juris* — визнання такої практики “правовою нормою”. Отже, можна казати про формування міжнародного звичаю за наступних умов:

- 1) наявна певна однакова поведінка суб'єктів міжнародного права;
- 2) така поведінка повинна проявлятися в аналогічних ситуаціях;
- 3) повторюваність такої поведінки має спостерігатися протягом певного (історично — достатньо довгого) періоду часу;
- 4) така поведінка повинна розглядатися міжнародною спільнотою як обов'язкова.

Цей підхід до розуміння процесу утворення звичаю є логічним і таким, що збігається із загальним розумінням способу утворення норм міжнародного права. Перші три ознаки свідчать про утворення певного правила поведінки у міжнародних відносинах, четверта ознака демонструє наявність узгодженої волі суб'єктів щодо обов'язковості для них такого правила поведінки.

Разом із тим певна частина науковців схиляється до того, щоб розуміти тільки *usus* як необхідну ознаку звичаю. Наявність *opinion juris* для них залишається на другому плані. Згідно з їхньою позицією, його присутність не завжди можна встановити, адже по суті воно становить собою внутрішнє переконання суб'єкта [1, 17].

Таке зауваження є слушним, адже насправді практично неможливо чітко визначити наявність згоди щодо юридичної сили звичаєвої норми з боку усіх суб'єктів міжнародного права, якщо йдеться про норми так званого загального міжнародного права (довгий час звичаї вважалися нормами, обов'язковими для виконання усіма державами). Як правило, наявність *opinion juris* демонструють тільки держави, безпосередньо зацікавлені в утворенні та застосуванні того чи іншого звичаю [2, 49].

Отже, виникає низка запитань щодо того, хто саме і у який спосіб може утворювати звичаї. Якщо вважати звичаї виключно нормами загального права, то, керуючись правилами міжнародного нормоутворення, слід чекати, що такі норми дійсно мають визнаватися усіма суб'єктами міжнародного права. Але як ці суб'єкти повинні демонструвати присутність з їхнього боку *opinion juris*? Переважна кількість вчених схиляється до наявності так званої мовчазної згоди. Не обов'язково активними діями показувати своє схвалення того чи іншого правила поведінки у міжнародних відносинах, достатньо утриматися від заперечень з приводу його формування.

Однак, існують думки й щодо того, щоб вважати міжнародний звичай сформованим за наявності визнання з боку найбільш “представницьких” держав. Але про які саме держави йдеться? Де критерій визначення того, які держави слід вважати найбільш “представницькими”? Уявляється, що такий підхід заперечує один з основних принципів міжнародного права, а саме — принцип суверенної рівності держав.

Не зважаючи на те, що протягом довгого часу міжнародні звичаї складали так зване загальне міжнародне право, зараз у доктрині міжнародного права усе частіше визнається наявність регіональних і навіть двосторонніх (білатеральних) звичаїв.

Так, норми щодо політичного притулку, що склалися між латиноамериканськими країнами, слід вважати прикладом регіонального звичаю. Як приклади двосторонніх звичаїв наводять сервітути, встановлені у відношенні певних держав (справа Міжнародного Суду ООН “Про право проходу через індійські території”, 1960 р.) [2, 49]. Звісно, що у випадку формування партикулярних звичаїв виявлення *opinion juris* є обов’язковим з боку усіх зацікавлених держав [3, 119].

Повертаючись до звичаїв загального характеру, адже саме вони складають кістяк міжнародного звичаєвого права, слід зауважити, що деякі автори надають їм надзвичайної, дещо перебільшеної важливості та значущості у системі міжнародного права. Якщо керуватися міркування про те, що звичай має неписану форму і виникає з мовчазної згоди суб’єктів, його існування може підмінити собою дію тих норм, що містяться у текстах універсальних міжнародних договорів, звісно, для тих суб’єктів міжнародного права, що відмовилися приєднатися до них. Підписання конвенції чи іншого міжнародного договору, навіть якщо вони не набрали сили, із фіксування у їхньому тексті певних правил вже є доказом наявності тієї самої “загальної практики”, тобто *usus*. Отже, як вважають деякі фахівці, якщо держава і не виявила згоди на виконання певної договірної норми, вона буде діяти для неї у формі звичаю. Поодинокі дослідники йдуть далі, визнаючи за процесом формування міжнародного звичаєвого права законодавчий характер [3, 118]. Такий підхід, вочевидь, змінює традиційне розуміння міжнародної нормотворчості та зазіхає на підвалини державного суверенітету.

Вважаємо, що формування звичаю у міжнародному праві все ж таки не можливе без наявності згоди на це суб’єктів міжнародного права. Свідченням цього є практика “постійного заперечуючого” (“*persistent objector*”). Так, відмова Японії погодитися із заборону вилову китів вже багато років не дозволяє утворитися цій міжнародній нормі чи то у договірній, чи то у звичаєвій формі. Однак частина наукової спільноти схиляється до висновку про те, що наслідком заперечення є тільки вилучення держави, що заперечує, з-під дії певної звичаєвої норми, а не відсутність норми взагалі.

На завершення слід ще раз зауважити, що міжнародний звичай — одне з двох джерел міжнародного права, яке не втрачає своєї значущості для врегулювання міжнародних відносин. Для його наявності необхідна присутність двох основних елементів, а саме — загальної практики у поведінці суб’єктів міжнародного права та їхнього розуміння такої практики у якості юридично обов’язкової. Попри багатовікове існування міжнародних звичаїв і зараз із ними пов’язана низка теоретичних та практичних проблем, які ще мають бути розв’язані наукою міжнародного права.

Література

1. *Le domande di esame di Diritto Internazionale Pubblico. Collaborazione di dott.ssa Giovanna Cammilli. — Napoli: Simone, 2009. — 304 p.*
2. *Decaux, Emmanuel. Droit international public. — Paris: DALLOZ, 2008. — 452 p.*
3. *Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. — М.: Волтерс Клувер, 2005. — 415 с.*
4. *Устав ООН [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.un.org/ru>*

