

УДК 341.01

КУЧУК А. М.,

**кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри теорії та історії держави і права
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ**

ДЖЕРЕЛА ПРАВА: МІЖНАРОДНИЙ І ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТИ

Анотація. У статті висвітлюються розуміння джерел права, що використовуються в міжнародному праві та загальній теорії права. Автор аналізує основні міжнародні акти, у яких називаються джерела міжнародного права, співвідносячи їх із теорією права щодо джерел права. Акцентується увага на особливостях розуміння джерел права, що визначені Статутом Міжнародного суду Організації Об'єднаних Націй.

Ключові слова: *opinio juris*, загальні принципи права, міжнародна конвенція, міжнародний звичай, релігійна норма.

Постановка проблеми. Для держав питання організації співпраці з іншими державами завжди було доволі важливим напрямом її діяльності, одним із пріоритетних завдань публічної влади, факторами цього були як географічне розташування (ця проблематика певною мірою була протягом тривалого часу неактуальною для острівних держав, але таких уже не так і багато, до того ж питання розвитку власного суспільства так чи інакше змушувало комунікувати з іншими державами), так і розвиток науки та техніки, що спричиняло вихід людини за межі локального. До цього додавались і психологічні фактори, зокрема природна схильність людини до порівняння, яке і є рушієм прогресу. Саме порівняння є тим засобом, що змушує людину удосконалюватися та зрештою самореалізуватися. Порівнюючи, суб'єкт виявляє позитивні та негативні риси об'єктів, визначає напрями довершення стану речей тощо.

Інтеграція держав не може не впливати на право. Слід зауважити, що й саме право може бути як каталізатором, так й інгібітором інтеграції. Так, системи права, що ґрунтуються на релігії, є доволі закритими та фактично не сприймають можливість існування іншого погляду на світ, інших правил, ніж ті, що передбачені нею. У зв'язку із цим не можна не згадати те, що офіційно Ватикан лише нещодавно сприйняв ідею рівності прав людини (зокрема, гендерну рівність), хоча й зараз релігійними нормами передбачена ціла низка заборон, суб'єктом яких є саме жінка. Більш того, в Ірландії, у якій дуже сильний регуляторний вплив на поведінку людини має релігія,

зокрема християнство, лише на початку ХХ століття було дозволено розірвання шлюбів (крім цього, було розглянуто рішення Європейського суду з прав людини, яке стосувалося питання абортів), і не без впливу європейської спільності. Або згадаємо закон Англії про розлучення до 1969 року, який передбачав такі підстави розлучення: зрада, жорстоке поводження, одне з подружжя залишає іншого.

Отже, важливим у цьому контексті є розгляд джерел міжнародного права у співвідношенні з джерелами права, що виокремлюються загальною теорією права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Загалом слід вказати на достатню увагу, що приділяється науковцями темі джерел міжнародного права. Це такі автори, як І.М. Городинський (ієрархія джерел міжнародного права), О.В. Київець (природа джерел міжнародного права), І.І. Лукашук (загальна характеристика джерел міжнародного права), О.О. Мережко (проблемні аспекти розуміння джерел міжнародного права), М.М. Мінасян (джерела сучасного міжнародного права), Ю.В. Шокін (співвідношення окремих джерел міжнародного права) та інші.

Не менша увага приділяється науковцями й питанню джерел права. Згадаю, зокрема, таких, як С.В. Бошно (комплексне дослідження джерел права), Н.М. Пархоменко (проблеми теорії та методології джерел права), Р.Б. Тополевський (системні зв'язки юридичних джерел права) тощо. При цьому достатньо висвітленими є й окремі джерела права. Однак питання співвідношення форм міжнародного права та форм права майже не висвітлювались.

Мета дослідження – висвітлення підходів до джерел права, що існують у міжнародному праві та загальній теорії права.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ч. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного суду цей суд, розв'язуючи спір на основі міжнародного права, використовує такі джерела: «а) міжнародні конвенції, як загальні, так і спеціальні, що встановлюють правила, визнані державами, між якими розв'язується спір; б) міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як право; в) загальні принципи права, визнані цивілізованими націями; г) із застереженням, зазначеним у статті 59, судові рішення та доктрини найбільш кваліфікованих фахівців із публічного права різних націй як допоміжний засіб для визначення правових норм» [1].

Таким чином, ця стаття містить указівку на такі джерела міжнародного права: по-перше, прескриптивний текст (що актуалізує нормативістський підхід до розуміння права); по-друге, звичай (що актуалізує історичний підхід до розуміння права); по-третє, принципи права (що актуалізують природно-правове розуміння права); по-четверте, судовий прецедент (що актуалізує соціологічне розуміння права); по-п'яте, правову доктрину (що актуалізує історичне розуміння права).

Водночас відповідно до ч. 2 ст. 38 Статуту Міжнародного суду наведені положення, у яких визначаються джерела міжнародного права, що

використовуються Міжнародним судом, не позбавляють останнього права приймати рішення у справі *ex aequo et bono* (за принципом добра та справедливості), якщо не заперечують сторони [1].

Зауважимо, що традиційно як джерела (форми) права в теорії права називають: нормативно-правовий акт, нормативний договір, загальні принципи права, правовий звичай, правовий прецедент, правову доктрину, релігійно-правовий текст [2, с. 196].

Порівняння цих форм із формами, зазначеними вище, дає підстави зробити висновок про невикористання Міжнародним судом (і, відповідно, невизнання як форми міжнародного права) релігійно-правового тексту, навіть якщо урахувати ч. 2 ст. 38 Статуту Міжнародного суду, адже «добро і справедливість» різними релігіями тлумачаться по-різному. Наприклад, як указує В.О. Кушніренко: «Класичне мусульманське право обмежує свободу немусульман брати участь у публічному житті та в управлінні державою. Таке обмеження явно суперечить принципам рівності та відмови від дискримінації громадян, що передбачено вимогами сучасного конституціоналізму та нормами міжнародного права» [3, с. 35]. Або, наприклад, відомим є ставлення окремих християнських організацій до права обирати чи права на медичну допомогу: так, свідки Іегови не беруть участь у виборах, оскільки вважають себе громадянами Царства Іегови (розглядаючи при цьому державний прапор як символ ідолопоклонства).

У зв'язку з наведеним вище не можна не згадати слова Л. Фейербаха відносно того, що «якщо одна і та ж істота одночасно мислить і вірить, то й образи релігії виражають одночасно думки й речі. Кожна певна релігія, кожне вірування є водночас певним способом мислення; адже жодна людина не може вірити в те, що суперечить її образу думки і уявленню. Віра як така теж вважає свої предмети незбагненими, такими, що суперечать розуму, але вона робить відмінність між християнським і язичницьким, освіченим і природним розумом» [3, с. 8].

Релігія є одним із чинників, що формують світосприйняття і впливають на сприйняття права як регулятора суспільних відносин, посилює соціокультурні відмінності (різні релігії й навіть окремі напрями/течії можуть суттєво відрізнятися один від одного), що є фактором посилення глокалізації і правового поліцентризму. Знову ж таки візьмемо для прикладу Туреччину. Вона проголосила себе світською державою, однак сильний вплив на реалізацію державної політики до сьогодні має іслам. «Іслам – це спосіб легітимізації й одночасно технологія гарантованого перебування при владі. Іслам у країні, де умовно 99% виборців є його ревними прибічниками, дає гарантію, що виборці, котрі перебувають у повній ідеологічній залежності від релігійних зверхників, голосуватимуть за того, на кого ці релігійні авторитети вкажуть. Іслам переконує людей, що західні демократичні форми контролю за діяльністю обраного народом президента-лідера не потрібні й навіть шкідливі», – зазначає Ю. Сандул [5]. Отже, навіть у державі, проголошеній світською, релігія відіграє значну роль, особливо

визначальною є її значення в державах, що утворюють релігійну правову сім'ю.

Наступним важливим питанням, що піднімається у зв'язку із зазначеним вище щодо співвідношення форм права у теорії права та форм міжнародного права, є розуміння принципів права. У зв'язку із цим не можемо не згадати слова О.Д. Тихомирова про те, що «форми пізнання принципів права так само різноманітні, як і власне принципи права, тому сумнівним є можливість існування єдиної та істинної (теорія, концепція, вчення) про них. Більше того, кожна з наявних форм пізнання принципів права (філософія, наука, релігія, міфологія, практичне і повсякденне пізнання) відбиває та розуміє правовий світ властивими їй засобами, прийомами, способами, формує в результаті цього своєрідні картини світу, які стають регуляторами поведінки й мислення їхніх прихильників і через останніх беруть участь у перетворенні світу» [6, с. 53].

Загалом не можна не визнати того, що принципи є важливим засобом впорядкування суспільних відносин: визначаючи правила поведінки, вони регулюють поведінку людини. Ці правила поведінки є загальними, а не персоніфікованими й розраховані на неодноразову реалізацію.

Таким чином, виходячи з вищевикладеного міжнародне право не може ґрунтуватися на нормативізмі (позитивізмі), адже його формою є принципи права, визнані цивілізованими націями. Крім цього, важливою формою міжнародного права є міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як право. Адже загальноновизнаним є погоджувальний характер норм міжнародного права, який належить не лише до норм міжнародних договорів, але й до міжнародного звичаю.

«Державні органи у зовнішніх стосунках користуються рівними імунітетами та привілеями, а акти держави відповідно до принципу *par in parem non habet imperium* (рівний над рівними не має влади) не підлягають юрисдикції інших держав», – цілком слушно зауважує О. Мережко [7, с. 64]. Хоча слід зазначити, що мова має йти про узгодження не лише волі держав, але й інших суб'єктів міжнародного права. Водночас не можна не погодитися й з А.В. Трояновським, який, посилаючись на засновника юридичного нормативізму Г. Кельзена, зазначає: останній вважав, що обґрунтування створення звичаєвих норм міжнародного права шляхом згоди держав було б можливим за умови, що така звичаєва норма створюється діями всіх держав, які нею пов'язуються, або що вона (норма) є обов'язковою для держави тільки в тому разі, якщо вона (держава) своїми діями брала участь у створенні цієї норми. При цьому необхідно враховувати, що норми міжнародного звичаю є обов'язковими для усіх держав, а тому необхідно було б доводити, що усі держави, на які поширюється дія цього міжнародного звичаю, висловили згоду з іншими державами щодо його утворення та фактичного застосування [8, с. 302]. Звісно, що практично це майже неможливо, тому, говорячи про міжнародний звичай, не можна говорити про узгодження волі усіх держав, які його створюють. Хоча

слід згадати, що в наведеній вище ч. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН не просто вказується на міжнародний звичай, але й передбачається визнання його (практики) як права.

Однак найбільш проблемною у цьому аспекті виявляється сама процедура (порядок) визнання правила як права – *opinio juris*. Так, у відомій справі «Нікарагуа проти Сполучених Штатів Америки» Міжнародний суд Організації Об'єднаних Націй мав з'ясувати, які норми звичаєвого права повинні застосовуватися до цього спору. Для розв'язання цього завдання він «повинен розглянути питання, чи існує звичаєве правило в *opinio juris* держав, і переконатися в тому, що це підтверджується практикою» [9] При цьому наявність усталеної практики – наявність звичаєвого правила у відносинах між державами – не вказує на наявність міжнародного звичаю як форми міжнародного права: важливим є саме *opinio juris*. Як приклад такої відмінності наведемо слова Олени Київець, яка, посилаючись на Макса Соеренсена, указує: «Макс Соеренсен (Max Soerensen) навів достатньо тривіальний приклад узвичаєння, який, тим не менш, чітко ілюструє суть феномену не обов'язковості тривалої та одноманітної практики, зазначивши, що нікого не дивує той факт, що дипломатичне листування здійснюється на білому папері. Якщо дипломатичне листування буде вестися на папері іншого кольору, це не буде порушенням норм міжнародного права» [10, с. 115].

Важливо урахувати, що, як ми уже з'ясували, не можна не погодитися з тезою Г. Кельзена відносно того, що міжнародний звичай не може тлумачитися як такий, що створений узгодженням волі усіх членів міжнародного співтовариства.

У зв'язку із цим слід зазначити, що норми міжнародного права можуть створюватися і в результаті виявленої волі двох держав, точніше двох суб'єктів міжнародного права (зважаючи на зазначене, не можна не згадати про дискусійність назви «міжнародне право», адже його норми передусім стосуються не народів, а держав, відтак мова повинна йти про міждержавне право. Не вдаючись у дискусію із цього приводу, що виходить за межі нашого предмету дослідження, зауважимо, що, як указує І.І. Лукашук, така назва – міжнародне право – пов'язана з історією розвитку явища, що розглядається. «У середні віки, коли з'явилася ідея права, що регулює відносини між державами, юристи в пошуках необхідного терміну звернулися до авторитету римського права. Останнє не залишило ніяких слідів, які могли б свідчити про існування чогось подібного до міжнародного права. Але йому було відомо поняття *jus gentium* (право народів). Цим поняттям іменували норми, що регулювали відносини римських громадян з іноземцями та останніх між собою на території Риму, а також норми, загальні для низки держав. Надалі назва була модифікована – *jus inter gentes* (право між народами)» [11, с. 14].

Важливе значення для висвітлення предмету нашого дослідження має зазначена в рішенні «Барселона трекшн, лайт енд пауер» концепція *erga*

omnes (відносно усіх), яка передбачає, що кожна держава як член міжнародного співтовариства є носієм обов'язків відносно останнього, й у виконанні якої зацікавлені усі держави.

Крім цього, не можна не згадати про визнання на міжнародному рівні існування «загального міжнародного права» та наявності імперативних норм (*jus cogens*). Так, наприклад, відповідно до ст. 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року «договір є нікчемним, якщо на момент укладення він суперечить імперативній нормі загального міжнародного права. Оскільки це стосується цієї Конвенції, імперативна норма загального міжнародного права є нормою, що приймається і визнається міжнародним співтовариством держав загалом як норма, відхилення від якої недопустиме та яку може бути змінено тільки наступною нормою загального міжнародного права, що мала б такий же характер» [12].

У зв'язку із цим заслуговує на особливу увагу визначення міжнародного права як «системи норм, які визнаються міжнародним співтовариством (суспільством) як правові та які регулюють відносини в межах цього співтовариства» [7, с. 67].

Водночас не можна не згадати й того, що в літературі з міжнародного права вказується на приклад перманентного порушення положень Женевських конвенцій про захист жертв війни 1949 року, які при цьому вважаються обов'язковими до виконання (у тому числі й державами, які не приєдналися до них). Генеральний секретар Організації Об'єднаних Націй, як указують В.Е. Теліпка й А.С. Овчаренко, з цього приводу зазначив: «Незважаючи на те, що Ізраїль *de jure* не визнав можливість застосування до нього четвертої Женевської конвенції, тим не менше *opinio juris* світової спільноти полягає в тому, що вона повинна застосовуватися» [13, с. 51]. До цього слід також додати, що уже згадувана Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 року передбачає, що «держава може при підписанні, ратифікації, прийнятті або затвердженні договору, або приєднанні до нього формулювати застереження, за винятком тих випадків, коли: а) це застереження забороняється договором; б) договір передбачає, що можна робити тільки певні застереження, до числа яких це застереження не належить; або в) у випадках, які не підпадають під дію пунктів «а» і «б», застереження є несумісним з об'єктом і цілями договору» [12].

Отже, неважко гіпотетично уявити ситуацію, за якою у відносинах, наприклад, між державами А і Б не діють (у силу застереження) окремі норми певної конвенції, у відносинах держави Б і В не діють (у силу застереження) інші норми тієї ж конвенції, між державами Г, Д, Е, Є, Ж – ще окремі норми. У результаті цього, якщо це не забороняється самим міжнародним договором, кожна з норм міжнародного договору є чинною для декількох держав, що цілком логічно спричиняє появу питання про наявність загального міжнародного права.

Водночас не можна не погодитися, що «міжнародне право є доволі динамічним явищем соціального життя й перебуває в процесі постійного

становлення, розвитку. Саме тому виявляється вельми складно «ухопити» його позаісторичну чи надісторичну сутність у вигляді якоїсь незмінної ідеї» [7, с. 63].

Висновки. Таким чином, результати співвідношення джерел міжнародного права і джерел права у теорії права дає змогу зробити висновок про певний їх незбіг. Міжнародне право не розглядає як джерело права релігійно-правовий текст, що є цілком логічним і закономірним та вказує на наявність явища правового поліцентризму та неможливості релігії виступати об'єднувальним фактором, підґрунтям моралі (на відміну від принципів права).

Література:

1. Statute of the international Court of justice [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHARTER_II.
2. Теорія держави і права : [підруч.] / кол. авт. ; кер. авт. кол. канд. юрид. наук, проф. Ю.А. Ведерніков. – 2-е вид. перероб. і доп. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2015 ; Ліра ЛТД. – 468 с.
3. Кушніренко В.О. Проблема суверенітету та громадянства в контексті осучаснення історичної шариатської політико-правової доктрини / В.О. Кушніренко // Магістеріум. – Випуск 46. Політичні студії. – С. 34–37.
4. Фейербах Л. Сущность христианства // Фейербах Л. Избранные философские произведения в 2 томах. – Том 2. – М. : Полит. лит-ра, 1955. – С. 7–305.
5. Сандул Ю. Влада та іслам: хто головніший у Туреччині / Ю. Сандул [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ukrinform.ua/rubric-politycs/2056325-vlada-ta-islam-hto-golovnisij-u-tureccini.html>.
6. Тихомиров О.Д. Принципи права в компаративістському контексті / О.Д. Тихомиров // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 52–57.
7. Мережко О. Поняття та сутність сучасного міжнародного права / О. Мережко // Юридичний журнал. – 2008. – № 7–8. – С. 60–72.
8. Трояновский А.В. Методологические проблемы установления opinio juris / А.В. Трояновский // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія Юриспруденція. – 2013. – № 5. – С. 302–309.
9. Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Judgment of 27 June 1986 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>.
10. Київець О. Opinio juris як кваліфікуюча ознака міжнародного звичаю: практика міжнародного суду ООН / О. Київець // Юридична Україна. – 2010. – № 6. – С. 115–121.
11. Лакушук И.И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. фак. и вузов / И.И. Лукашук ; Рос. акад. наук, Ин-т государства и права, Академ. правовой ун-т. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 432 с.
12. Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_118
13. Теліпко В.Е. Міжнародне публічне право : [навч. посіб.] / В.Е. Теліпко, А.С. Овчаренко; за заг. ред. Теліпко В.Е. – К. : Центр учбової літератури, 2010. – 608 с.

Кучук А. Н. Источники права: международный и теоретико-правовой аспекты

Аннотация. Статья посвящена пониманию источников права, которые используются в международном праве и общей теории права. Автор анализирует основные международные акты, в которых указываются источники международного права, соотнося их с теорией права относительно источников права. Акцентируется внимание на особенностях понимания источников права, которые определены Уставом Международного суда Организации Объединенных Наций.

Ключевые слова: *opinio juris*, общие принципы права, международная конвенция, международный обычай, религиозная норма.

Kuchuk A. Sources of law: international and theoretical and legal aspects

Summary. The article elucidates conception of sources of law that are used in international law and the general theory of law. The author analyzes fundamental international acts where the sources of international law are mentioned correlating them with the theory of law concerning the sources of law.

Statute of the International Court of Justice provides as the sources of international law the following:

- a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c) the general principles of law recognized by civilized nations;
- d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

Thus, the article contains a reference to such sources of international law as: first, prescriptive text (that actualizes normativity approach to understanding of law); second, the custom (that updates the historical approach to understanding of law); thirdly, the principles of law (which actualizes natural law understanding of law); fourth, judicial precedent (that actualizes sociological understanding of law); fifth, the legal doctrine (which actualizes the historical understanding of law).

Although the statute indicates that «This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto».

General theory of law provides as the sources of law: normative and legal act; normative contract; general principles of law; legal custom; legal precedent; legal doctrine; religious and legal text.

Comparison of the forms of law with the forms of international law allows the author to draw a conclusion about not using by the International Court (and therefore non-recognition as a form of international law) of religious and legal text (even if we take into consideration part 2 article 38 of the International Court of Justice) because “good and justice” are interpreted differently in various religions.

Key words: *opinio juris*, general principles of law, international convention, international custom, religious norm.