

УДК 341.01

МОВЧАН Ю. В.,

**кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник,
керівник правового напрямку
ГО «Центр ефективного законодавства»**

ЛЕГАЛІЗАЦІЯ ЯК ІНДИКАТОР НОРМАТИВНОЇ МОДАЛЬНОСТІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ НОРМИ

Анотація. Статтю присвячено аналізу нормативної модальності міжнародно-правових норм у контексті їх легалізації. Встановлено вплив змісту, форми закріплення та правових наслідків міжнародно-правових норм на їхню нормативну модальність. Досліджено м'які та тверді техніки (методи), що застосовуються різними інституціями в ході міжнародної нормотворчості, та їх вплив на модальність міжнародно-правової норми.

Ключові слова: міжнародне право, міжнародно-правова норма, міжнародна нормотворчість, легалізація, легітимація, м'яке право.

Постановка проблеми. Одного разу в книзі знаменитого британського нейрофізіолога Фріта К. я натрапила на цікаву алюзію про точні та «неточні» науки. Він зазначає, що в системі наукової ієрархії точні науки займають високе положення, а «неточні» – низьке. Предмети, що вивчаються точними науками, подібні до огранованого алмаза, у якого є певна строга форма, а всі параметри можуть бути виміряні з високою точністю. «Неточні» науки вивчають предмети, схожі на кульку морозива, форма якого далеко не настільки визначена, а параметри можуть змінюватися від вимірювання до вимірювання [3, с. 60].

Застосувавши ці науково-кулінарні алюзії до міжнародного права, я подумала про те, що наука міжнародного права ніяк не може бути морозивом; це, скоріше, кулька солодкої вати в силу своєї «повітряної» основи. «Повітряна» основа міжнародного права створюється насамперед завдяки його гнучкості. Ця гнучкість обумовлена та має ряд причин. По-перше, це питання кінцевого продукту – міжнародно-правової норми, а по-друге – питання, безумовно, самих суб'єктів, що беруть участь у процесі їх створення. У сукупності предметно-суб'єктний склад і створює загальну динаміку міжнародного права. Але виникає питання співвідношення таких категорій, як «легалізація» та «легітимація» міжнародно-правових норм, і, як наслідок, питання їхньої нормативної модальності.

Актуальність теми дослідження. У сучасній науці міжнародного права питання модальності міжнародно-правових норм розглядається пе-

реважно через призму їх ієрархії, і лише невелика кількість наукових робіт присвячена питанням легалізації міжнародно-правових норм, що актуалізує необхідність комплексного наукового аналізу цього питання та зумовлює важливість наукового пошуку в цьому напрямі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти дослідження нормативної модальності знайшли відображення переважно у роботах, присвячених дослідженню «м'якого» та «твердого» права. Це праці Д. Віппмана, Дж. Дуноффа, М. Оберга, С. Ратнера та інших. Питанню легалізації міжнародно-правових норм присвячені роботи А. Гузмана, А. Кеннета, Т. Меєра, Д. Снідала, Я. Харда та інших. Проте зазначені роботи не містять комплексного підходу до нормативної модальності міжнародно-правових норм у контексті їх легалізації.

Метою статті є визначення впливу легалізації міжнародно-правової норми на її нормативну модальність.

Виклад основного матеріалу дослідження. Більшість дослідників стоять на позиції, що легітимація як категорія відображає визнання та межі поведінки суб'єкта міжнародної правотворчості на міжнародній арені, його ставлення до подальшої легалізації міжнародних відносин у конкретних правових нормах. Вона приводить до того розширення та поглиблення міжнародного права, у результаті якого воно регулює все більше сфер за допомогою процесів і механізмів, що впливають на внутрішні інтереси держав, впливаючи, по суті, на національний суверенітет [8, с. 28].

Легітимація впливає на потенційні дії держав у міжнародних переговорах і певною мірою дає державам переваги, які не могли бути отримані в односторонньому порядку [9, с. 7]. Вона передбачає правомірні дії суб'єктів у межах міжнародного права, спрямовані на досягнення певного впливу в міжнародних відносинах. Цей процес можливий лише за наявності відповідної легітимації учасників, що мають певні типи поведінки.

Щодо впливу суб'єктів на міжнародній арені Я. Хард зазначає, що легітимні інститути в міжнародній спільноті мають три основні типи поведінки: вплив на внутрішній склад національних суб'єктів; вплив на структуру сил у межах міжнародної системи; вплив на формування ресурсів, наявних для всіх суб'єктів у цій системі [7]. Однак такий підхід, що базується на безумовному впливі, не враховує відхід сучасного міжнародного права від волюнтаристської теорії, свідченням чого є зобов'язання *erga omnes*.

Гнучкість, притаманна волюнтаристській теорії, призводить до нівелювання ієрархічного елемента, властивого окремим нормам міжнародного права. Це тягне за собою зникнення кордонів між *jus cogens* і *jus dispositivum* [10, с. 4] і приводить до того, що міжнародне право перетворюється на якусь аморфну систему норм, яку можна охарактеризувати як *jus neutrum* (*jus voluntarium*), у якій немає місця ієрархії, іманентну для норм *jus cogens* і, що гірше, норм *erga omnes*.

Тому більш важливим є процес міжнародної нормотворчості, що виявляється в легалізації міжнародних відносин у конкретних правових

нормах. Примітним у цьому аспекті є підхід М. Райсмана, який розглядає міжнародну нормотворчість з позиції процесу та результату. Він визначає його як «процес комунікації, за якого три коаксіальні повідомлення змінюють, створюють і підтримують очікування влади та контролюють цільову аудиторію» [12]. При цьому в основі його визначення лежить телефонна модель комунікації, яка щодо міжнародної нормотворчості містить три лінії комунікації: політичний зміст, сигнал влади і намір контролю. Ґрунтуючись на такому підході, він зазначає, що, наприклад, резолюції ОПЕК можуть бути ефективними в певних контекстах, але вони не можуть бути охарактеризовані як класичні міжнародно-правові норми, оскільки не мають сигналу влади та належного наміру з контролю. При цьому спірним в концепції М. Райсмана виглядає елемент «модальності» міжнародно-правової норми, яку він прив'язує до суб'єкта законотворчого процесу, але, відповідно, не враховує ступінь її легалізації. Він зазначає, що міжнародна система виробляє документи «законодавчого жанру» з хаотичним ентузіазмом, відзначаючи, що багато з них не є правом. З його аналізу випливає, що під «правом» він мав на увазі виключно юридично обов'язкові норми. Норми, що мають рекомендаційний характер, він характеризує як «удавану законотворчість», називаючи її результати *lex simulata* або *lex imperfecta*. Як приклад «удаваної законотворчості» він наводить діяльність Генеральної Асамблеї, яка, формально не маючи законотворчої компетенції, іноді може видавати норми правового характеру.

У сучасній доктрині міжнародного права такий підхід не є поодиноким. У цьому аспекті Т. Нешатаєва зазначає, що регулювання міждержавних відносин за допомогою рекомендаційних норм викликало широку та серйозну дискусію в західній і вітчизняній міжнародно-правовій літературі. У ході обговорення цього питання сформувалася концепція про поділ міжнародного публічного права на «м'яке» право (*soft law*, рекомендаційні норми) і «тверде» право (*hard law*, обов'язкові норми). Вона справедливо стверджує, що якщо процедура дає змогу створювати правові акти необов'язкового характеру, то можна вести мову про те, що правова система допускає розподіл норм на обов'язкові та рекомендаційні. Визначаючи модальність міжнародно-правових норм, дослідниця виходить із позиції ієрархії джерел міжнародного права. На її думку, процесуальні кордони міжнародної правотворчості визначаються лише стосовно обов'язкових джерел – договорів і звичаїв [2, с. 107–109].

Однак, якщо говорити про матеріальні норми, що приймаються в межах міжнародних організацій, не можна обійти увагою такий феномен, як «тверда м'якість норм міжнародного права», прикладом якого можуть бути окремі резолюції ГА ООН і Всесвітня декларація прав людини 1948 року. Прикладами «м'якого» права, які за своїми наслідками є «твердими», можуть також служити Заключний акт Ради з безпеки і співробітництва в Європі 1975 року, Керівні принципи ОЕСР для транснаціональних корпорацій і Гленігльська угода 1977 року про спортивний бойкот в Африці.

Усі ці документи мали певні юридичні наслідки, не створюючи юридично зобов'язувальних норм [6, с. 99].

Саме тому, на думку А. Кеннета, міжнародне право не може бути чітко розділене на «жорстке» або «м'яке». Більш того, норми можуть бути «твердими» або «м'якими» по-різному. Наприклад, критерієм «м'якості» є те, що міжнародно-правовий акт може бути вельми легалізований в плані зобов'язань, але написаний туманною мовою і не передбачати жодних положень про делегування повноважень. І навпаки, міжнародно-правовий акт може бути вельми чітко виписаний, але майже не містити зобов'язань і повноважень. Ступінь «твердості» акту, на його думку, визначається ступенем його легалізації [5]. При цьому основним індикатором «твердості» норми він бачить її зміст.

Дійсно, зміст є категорією, яка, по суті, відображає модальність норми. Однак проблема в тому, що її модальність однозначно виражена на момент прийняття норми, але може змінюватися залежно від практики її застосування. Приклад практики, яка нівелює модальність, наводить О'Коннел, яка зазначає, що держави регулярно беруть участь в незаконному застосуванні сили. На її думку, застосування сили та реакції на неї є практикою, яка може вплинути на зміст міжнародно-правових норм. Більше того, практика, яка відображає правове становище держав і організацій (тобто, по суті, їх легалізація), може змінити правила договору, скасувати або посилити його [14]. Тобто тут важливу роль відіграє суб'єктивний чинник, пов'язаний із легітимацією. При цьому більш стабільну модальність мають норми міжнародного звичаєвого права, оскільки саме практика, а не джерело закріплення, формує її модальність.

Тим не менш форма джерела закріплення міжнародно-правової норми також відіграє певну роль. Однак відносно джерела закріплення виникає ключове питання: чи можна поставити знак рівності між формою закріплення та нормативною силою норми? Щоб дати відповідь на це питання, необхідно окремо проаналізувати діяльність суб'єктів міжнародної нормотворчості та застосованих ними методів. Так, Ф. Віберт виділяє в міжнародній правотворчості м'які та тверді техніки (методи), що застосовуються різними інституціями. Проведена ним класифікація ґрунтується на таких прикладах [15, с. 7].

1. Тверді інституції / тверда техніка (організація, що діє на основі угоди (наприклад, СОТ), вступає в обов'язкові міжнародні торговельні угоди та забезпечує їх виконання відповідно до офіційного механізму вирішення спорів).

2. Тверді інституції / м'яка техніка (договірні зобов'язання, взяті перед організацією, що діє на основі угоди, спираються на м'які методи їх реалізації; наприклад для реалізації Рамкової конвенції ВООЗ із боротьби проти тютюну можна спиратися на керівні принципи або рекомендації).

3. М'які інституції / тверда техніка (мережі, що використовують тверде внутрішнє право, наприклад Група з розроблення фінансових заходів

боротьби з відмиванням грошей, Рада з Міжнародних стандартів фінансової звітності).

4. М'які інституції / м'яка техніка (мережі, що сприяють м'яким методам реалізації, наприклад кодекси поведінки Міжнародної організації комісій з цінних паперів для рейтингових агентств).

Слід зазначити, що наведена класифікація побудована одночасно за двома критеріями: 1) легітимації (правосуб'єктності учасника і його ваги на міжнародній арені) і 2) легалізації (з позиції форми закріплення норми). Однак у контексті легалізації не враховано такий важливий чинник модальності, як правові наслідки, які також мають важливе значення.

М. Оберг виділяє три основні типи юридичних наслідків: істотні, причинні та модальні [11, с. 881–882]. До категорій істотних наслідків він відносить створення актом зобов'язань, прав та повноважень; до причинних – визначення фактів або юридичних ситуацій, які викликають суттєві наслідки (наприклад, порушення зобов'язання); а модальні наслідки полягають у визначенні того, як і коли спрацьовують істотні наслідки. На прикладі резолюцій ГА ООН він зазначає, що важливим фактором є наявність внутрішніх і зовнішніх наслідків. Внутрішні наслідки виникають безпосередньо й відразу після прийняття резолюції, на підставі модальності, якою їх наділяє договірне або звичаєве міжнародне право (зазвичай, виходячи з Статуту ООН, але також мають значення договори інституційної структури ООН). Зовнішні наслідки також виникають з резолюції, але у зв'язку з відсутністю в прийнятому тексті необхідної модальності – безпосередньо на основі звичаєвого міжнародного права. Різниця між цими двома гіпотезами проявляється у відсутності або наявності проміжної правової бази, що забезпечує текст, який приймається, відповідною модальністю [11, с. 881].

З іншого боку, деякі дослідники виходять з того, що резолюції, які не встановлюють чіткі правові зобов'язання і, відповідно, не формують очікувань держав щодо таких зобов'язань, мають чисто політичний характер. Резолюції ж, які містять чіткі зобов'язання, можуть формувати очікування держав і, відповідно, спричинити юридичні наслідки, мають рекомендаційний характер. Зобов'язувальні правові норми, таким чином, залишаються тим еталоном, за яким вимірюються «легальність» і «квазілегальність», але зобов'язувальні інструменти не є виключними для визначення юридичних зобов'язань [4, с. 221].

Разом із тим навіть резолюції політичного характеру, які не містять зобов'язувальних правових норм, можуть мати «ефект метелика», оскільки навіть за відсутності в прийнятому тексті необхідної модальності він може проявлятися в модальних наслідках. Прикладом таких наслідків можуть слугувати резолюції ПАРЄ. Так, остання резолюція ПАРЄ 2132 (2016) «Політичні наслідки російської агресії в Україні» [13], хоча й не містить зобов'язувальних правових норм, однак констатує факт російської агресії та перебування військ Російської Федерації на території України. У вимірі

зовнішніх наслідків документа це розглядатиметься як збройний конфлікт міжнародного характеру, що, у свою чергу, дає змогу включитися механізму Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року [1].

Таким чином, визнаючи легалізацію правової норми через її модальність, необхідно відходити від форми її закріплення, а натомість зважати на її зміст та правові наслідки, які сукупно формують ступінь «модальності» правової норми.

Висновки. Модальність міжнародно-правової норми є досить динамічною категорією. Динаміка проявляється в тому, що модальність міжнародно-правової норми, яка однозначно виражена на момент її прийняття, може змінюватися залежно від практики її застосування. Тобто в ході практики виникає суб'єктивний чинник, пов'язаний із легітимацією учасників правовідносин. При цьому більш стабільну модальність мають норми міжнародного звичаєвого права, оскільки саме практика, а не джерело закріплення, формує їхню модальність.

Нормативна модальність не залежить ні від форми закріплення норми, ні від суб'єкта нормотворення. Вона вимірюється перш за все правовим ефектом норми, який, по суті, завершує собою процес нормотворчості та є «тест-драйвом» його результату. При цьому зміст і правові наслідки міжнародно-правової норми сукупно формують ступінь її «модальності». Зміст є категорією, яка, по суті, відображає модальність норми. І саме правовий ефект (правові наслідки) відображає нормативну модальність міжнародно-правової норми, яка проявляється в її юридичних наслідках.

Література:

1. Женевские конвенции от 12 августа 1949 года и дополнительные протоколы к ним. – 4-е изд., испр. – М. : Международный Комитет Красного Креста, – 2005. – 344 с.
2. Нешатаева Т.Н. Международные организации и право: новые тенденции в международно-правовом регулировании / Т.Н. Нешатаева. – М., 1998. – 243 с.
3. Фрит К. Мозг и душа: как нервная деятельность формирует наш внутренний мир / К. Фрит ; пер. с англ. П. Петрова. – М. : Астрель ; CORPUS, 2010. – 335 с.
4. Guzman A.T. International Soft Law / A.T. Guzman and T. Meyer // The Journal of Legal Analysis. – 2010. – Vol. 2. – No. 1. – P. 171–225.
5. Hard and Soft Law in International Governance / [K. Abbott W. and D. Snidal]. – International Organization 54. – 2000. – P. 421–456.
6. Hillier T. Sourcebook on Public International Law. – Cavendish Publishing, 1998. – 920 p.
7. Hurd I. Legitimacy, Power, and the Symbolic Life of the UN Security Council / I. Hurd // Global Governance. – Vol. 8. – No. 1 (Jan.–Mar. 2002). – P. 35–51.
8. International Law: norms, actors, process: a problem-oriented approach / By J. Dunoff, S.R. Ratner, D. Wippman. – 3rd Edition. – Wolters Kluwer, 2010. – 1044 p.
9. Legitimation and Global Lawmaking / By S. Block-Lieb and T. Halliday. – December 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ssrn.com/abstract=952492>.
10. Nieto-Navia R. International peremptory norms (jus cogens) and international

- humanitarian law / R. Nieto-Navia [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>.
11. Öberg M.D. The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ / M.D. Öberg // The European Journal of International Law. – 2005. – Vol. 16. – No. 5. – P. 879–906.
 12. Reisman W.M. International law-making: a process of communication / Faculty Scholarship Series. – Paper 713 (1981) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/713.
 13. Resolution 2132 (2016) Political consequences of the Russian aggression in Ukraine [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=23166&lang=en>.
 14. O'Connell M.E. The Power and Purpose of International Law / M.E. O'Connell. – Oxford University Press. – 2011. – 408 p.
 15. Vibert F. Soft Power and international rule-making / F. Vibert [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.greekliberals.net/civilaction/documents/library/OC43-new_vibert_innen.pdf.

Мовчан Ю. В. Легализация как индикатор нормативной модальности международно-правовых норм

Аннотация. Статья посвящена анализу нормативной модальности международно-правовых норм в контексте их легализации. Установлено влияние содержания, формы закрепления и правовых последствий международно-правовых норм на их нормативную модальность. Исследованы мягкие и твердые техники (методы), применяемые различными институтами в ходе международного нормотворчества, и их влияние на модальность международно-правовой нормы.

Ключевые слова: международное право, международно-правовая норма, международное нормотворчество, легализация, легитимация, мягкое право.

Movchan Yu. Legalization as an indicator of regulatory modalities of international legal norms

Summary. The article analyzes the normative modality of international rules in the context of their legalization and in the context of law making activity participants' legitimization. The influence of the content, the form and the legal consequences of international legal norms on their normative modality was identified.

The author argues that to indentify the extent of the legalization of the international legal norm through its modality it should be taken into account the contents and legal consequences of international legal norm since they form a particular degree of «modalities».

It is established that the modality of international legal norms are quite dynamic category. The author states that the modality of international law norm, clearly expressed at the time of its adoption, may vary depending on the practice of its application. That practice is influenced by subjective factor and associated with legal legitimization of its participants. It is defined that modality is more stable category towards the rules of customary international law, as it is formed by practice.

I was studied the hard and the soft techniques (methods) that applied by various institutions at the international law-making and its impact on the modality of the international legal norms.

Key words: international law, rule of international law, international legal norm, international rule-making, international law-making, legalization, legitimization, soft law.