

Токарський Б.*

ФОРМУВАННЯ МІЖНАРОДНОГО ЗВИЧАЮ У СУЧАСНОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ

Міжнародний звичай є одним із двох основних джерел міжнародного права (друге з яких – міжнародний договір). Це положення як у доктрині міжнародного права, так і в його практиці розглядається у якості загально-визнаного. У той же час від такої загально-визнаності далеким є питання сутності та ролі кожного з цих двох джерел. Не розглядаючи питання співвідношення договору та звичаю, ми б хотіли зосередити увагу на проблемах формування і значення міжнародного звичаю у сучасному міжнародному праві.

При аналізі цих проблем ми неминуче натрапляємо на ряд перешкод, які «мутять води міжнародного звичаєвого права». Перелік таких перешкод достатньо чітко і вичерпно був сформульований у звіті Комітету з питань формування звичаєвого (загального) права Асоціації міжнародного права (АМП) у 2000 році: 1) міжнародне право за самою своєю природою є результатом неформального процесу нормотворення, а відтак тут не слід очікувати високого рівня визначеності; 2) значні труднощі створюють протиріччя у сфері правової теорії та ідеології; 3) значний вплив політичного чинника; 4) відсутність скільки-небудь єдиного погляду на це питання серед вчених та пуантилізм судових рішень [10, с. 2].

Статут Суду ООН визначив міжнародний звичай як «доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы» (ст. 38, 1(b) [4, с. 744]. Ми не будемо зупинятися на очевидній вразливості цього визначення, про це вже достатньо написано [1, с. 10-11; 3, с. 217-218; 5, с. 118]. Нас у ньому цікавить радше два елементи формування міжнародного звичаю: об'єктивний – практика (*usus*) та суб'єктивний – визнання її юридичної обов'язковості (*opinio juris (sive necessitatis)*).

Практика. Тут необхідно дати відповідь на два запитання: що варто розуміти під практикою і якою ця практика повинна бути. Основний погляд стосовно першого питання полягає в тому, що «практика держав охоплює усі дії чи заяви держави, із яких може бути виведено прагнення до звичаєвого права» [3, с. 226; 9, с. 84]. Що стосується характеристик практики, їх достатньо чітко визначення було сформульоване у згаданому Звіті Комітету АМП: «Загальне звичаєве міжнародне право створюється одноманітною, численною та репрезентативною [*uniform, extensive and representative*] за своєю природою практикою. ... ніякої чіткої кількості часу [для формування міжнародного звичаю] не потрібно» [10, с. 20]. Це підтверджується і рішенням Суду у Справі про континентальний шельф Північного моря (1969): «необхідно, аби правозастосовча практика держав ..., у тому числі держав, чиї інтереси зачеплені особливо, постійно розширювалась і була дійсно одноманітною...» [8, с. 94]. Особливе значення належить репрезентативності практики: тут використовується «радше якісний, аніж кількісний підхід... Іншими словами, питання не в тому, скільки держав здійснюють практику, але які держави» [10, с. 25-26; 9, с. 78-80].

* студент 3 курсу спеціальності «міжнародне право» Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Науковий керівник: доц. Гнатівський М. М.

Тобто не у даному разі не йдеться про «всезагальну згоду». Це пояснюється рядом причин: 1) сама природа міжнародного права, для якої характерний тісний зв'язок із політикою; 2) є сфери, де всезагальна згода є просто безглуздою (хрестоматійний приклад космічного права); 3) нарешті, як бути з новоутвореними державами, які не давали згоди на звичаї, сформовані до утворення цих держав?

Орініо *juris*. Роль цього елементу залежить від стадії формування норми звичаєвого права. Варто погодитися з Г.М. Даниленко, який проводить відмінність між процесом створення норми звичаєвого права і процесом встановлення її нормативного змісту [1, с. 30]. Обґрунтованим є і підхід І.І. Лукашука, за яким він розділяє звичаєві норми на два види: традиційні («неписане правило, за яким суб'єкти визнають юридичну силу») та нові (які створюються «не в результаті тривалої практики, а шляхом визнання декількох чи навіть одного попереднього акту») [3, с. 219; 2, с. 105]. Відповідно у другому випадку орініо *juris* має більше значення. Це положення було закріплене і в Звіті: «... достатнє вираження прийняття державами того, що звичаєва норма існує, може компенсувати відносну нестачу практики, і навпаки» [10, с. 40]. Саме тому стало можливим формування міжнародного звичаю через загальні (universal) конференції та резолюції Генеральної Асамблеї ООН. Зокрема, резолюції ГА ООН, як і універсальні конференції, можуть 1) засвідчити існування міжнародного звичаю; 2) допомогти викристалізувати (конкретизувати) міжнародний звичай у процесі його формування та 3) дати поштовх до формування звичаю.

Багато в чому зміни у формуванні міжнародного звичаєвого права викликані розвитком комунікацій: «... спілкування досягло того рівня швидкості, коли стало технічно можливим, щоб воно було миттєвим. Тому існування, зокрема, міжнародних організацій, багатосторонніх конференцій, на яких розробляються договори і результати їхньої діяльності по-новому впливають на цей процес, так само, як і той факт, що прийняття державою позиції може бути повідомленим миттєво у будь-якій точці земної кулі» [10, с. 3].

Таким чином, у зв'язку зі змінами у формуванні міжнародного звичаю, зростає його роль як джерела міжнародного права. Відбувається те, що деякі вчені називають «другим хрещенням» міжнародного звичаєвого права.

Література

1. Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. – М.: Наука, 1988. – 192 с.
2. Лукашук И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. фак. и вузов. Изд. 3-е, перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 432 с.
3. Лукашук И. Нормы международного права в международной нормативной системе. – М.: Издательство «Спарк», 1997. – 322 с.
4. Международное право: сборник документов / Под ред. М.Е. Черкеса. – Одесса: Фенікс, 2010. – 768 с.
5. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В.Г. Буткевича. К.: Либідь. 2002.
6. Тускоз Ж. Міжнародне право: Підручник. Пер. з франц. – К.: «АртЕк», 1998. – 416 с.
7. Хименес де Аречага Э. Современное международное право. Пер. с исп. – М.: Прогресс, 1983.
8. Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда (1948-1991) [Электронный ресурс]. Организация Объединенных Наций. Нью-Йорк. 1993. – Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/homepage/ru/summary.php>

9. Shaw M.N. International law. Sixth edition. Cambridge University Press. 2008.
10. Statement of principles applicable to the formation of general customary international law [Electronic resource]. Committee on formation of customary (general) international law. International law association. London Conference. 2000. - Mode of access: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30>