

Андрій Андрейків

Львівський національний університет імені Івана Франка, Україна

РОЛЬ ЗВИЧАЄВИХ НОРМ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Andrii Andreikiv

Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine

THE ROLE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW IN PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The article examines the practice of the ECHR in establishing the existence of international customary law and practice for its implementation. Based on the analysis of the ECHR's practice the author concludes that although the jurisdiction of the Court is limited to the Convention and its Protocols, this authority may fix the existence of international customs although this happens rarely. Typically, such fixation is possible in two cases: when the availability of a custom was stated in the decision of another competent authority. In this case, the ECHR refers to the custom and justifies its existence by a decision of another body; or the ECHR independently establishes the existence of international custom analyzing practice and *opinio juris* of states, mediating the decision by existence of the European consensus.

Key words: European court of human rights, customary international law, practice for implementation of law.

На даному етапі розвитку міжнародного права важливу роль в його системі відіграють міжнародні судові органи. Вони стали дієвим механізмом застосування міжнародно-правових норм, вирішення міжнародних спорів та тлумачення положень міжнародного права. Їх існування та діяльність є запорукою ефективного функціонування міжнародно-правової системи.

Застосування звичаєвих норм судовими органами національної та міжнародної юрисдикції є надзвичайно важливим для визначення місця звичаю в ієрархії норм міжнародного права, його характеру та обов'язкової сили. Судові органи, в процесі правозастосування звичаєвих норм, тлумачать їх, і визначають умови за яких вони будуть застосовуватися та межі їх застосування.

Таке значення правозастосування компетентними органами для звичаєвої норми знаходить своє відображення і у доктрині права. Зокрема, Г. Кельзен писав, що: «Питання, існує звичай чи ні ... може вирішувати лише правозастосовний орган¹». Крім того, він зазначав, що з цієї тези, часто робили висновок, що норми звичаєвого права створюються саме судами, стаючи правовими нормами, через визнання такими судом, який їх застосовує².

Загальновідомо, що ефективність звичаєвих норм міжнародного права забезпечується відповідним механізмом їх реалізації. Цей механізм є особливою та невід'ємною складовою механізму реалізації норм міжнародного права, який склався внаслідок тривалої практики міжнародних правовідносин.

Особливий характер та природа звичаєвих норм міжнародного права, зумовлюють специфічний характер механізму їх реалізації. Це виявляється як у міжнародних правовідносинах, так і у застосуванні звичаєвих норм міжнародного права у внутрішньому законодавстві держав. Проте це жодним чином не впливає на ефективність реалізації звичаєвих норм в порівнянні з договірними, хоч і робить її дещо складнішою.

Характерною особливістю звичаєвих норм, яка має значення при їх застосуванні судовими органами, є те, що на відміну від договірних норм, які в більшості випадків мають визначені межі та механізми їх застосування, звичаєві норми не мають подібних приписів. Оскільки в процесі

¹ Кельзен, Г. (2004). *Чисте правознавство*. Київ: «Юніверс», 254.

² Кельзен, Г. (2004). *Чисте правознавство*. Київ: «Юніверс», 254.

реалізації звичаєвих норм суб'єктами міжнародного права, не відбувається формального закріплення цих особливостей, національні та міжнародні судові органи в своїй практиці визначають їх та тлумачать звичаєві норми.

Установчі документи багатьох міжнародних судових органів включають звичаєві норми в перелік джерел, якими вони повинні керуватися суд, при прийнятті своїх рішень. Так, у ст. 38 Статут Міжнародного Суду ООН йдеться про те, що Суд, вирішуючи спори, передані йому на розгляд, повинен застосовувати, зокрема і «міжнародний звичай, як свідчення загальної практики визнаної в якості правової норми»¹.

Проте не варто розглядати рішення міжнародних судових органів як універсальний механізм створення звичаєвих норм міжнародного права – вони лише встановлюють факт того, що те чи інше правило поведінки є звичаєвою нормою та застосовують його, але в жодному разі не надають звичаєвого характеру тій чи іншій нормі, чи створюють звичаєві норми в односторонньому порядку. Для того, щоб було визнано звичаєвий характер норми, необхідною є наявність матеріальної (практика держав) і психологічної (*opinio juris*) складових звичаю. Крім того, встановлюючи факт існування звичаєвої норми, міжнародні судові органи враховують і практику визнання її такою в міжнародно-правових відносинах.

Рішення міжнародних судових органів також підкреслюють і важливість кожного з елементів звичаю окремо – і матеріальної, і психологічної складових. В своїх рішеннях, вони розкривають їх характерні особливості, які роблять їх невід'ємними елементами звичаєвих норм.

Сторона, яка звертається до міжнародного судового органу і обґрунтовує свою позицію міжнародними звичаєвими нормами, повинна навести переконливі докази, того, що дане правило поведінки носить саме звичаєвий характер. Міжнародні судові органи, в свою чергу, дають оцінку наведеній позиції, встановлюють наявність необхідних елементів звичаєвої норми і приймають рішення відносно її застосування. Визнати за нормою звичаєвий характер з будь яких інших міркувань, міжнародні судові органи не можуть.

Крім практики позитивного застосування звичаєвих норм – коли судовий орган застосовує звичай, як загальнообов'язкову правову норму, важливе значення має також негативна практика застосування звичаєвих норм – коли суд, відмовляється застосовувати звичаєву норму, або заперечує звичаєвий характер того чи іншого правила поведінки. Це дозволяє краще розкрити і зрозуміти природу та суть звичаю, визначити його межі та умови існування.

Серед міжнародних судових органів особлива роль належить Європейському суду з прав людини (далі-Суду, ЄСПЛ), який займає центральне місце в системі захисту прав людини в країнах членах Ради Європи. Його практика значною мірою є визначальною для інших судових і квазісудових органів в сфері захисту прав людини.

Однак діяльність цього Суду породжує ряд теоретичних і практичних проблем, зокрема щодо місця звичаєвих норм в його практиці. Відповіді на ці питання має важливе значення для пояснення юридичної природи його рішень, а також ролі і місця міжнародного звичаю в ієрархії джерел міжнародного права. Саме тому у даному дослідженні ми спробуємо розкрити практику застосування звичаєвих норм міжнародного права ЄСПЛ.

Як відомо ЄСПЛ є органом який створений з метою контролю за дотриманням державами-членами Ради Європи Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.² Виходячи з цього ЄСПЛ в першу чергу зобов'язаний застосовувати саме норми Конвенції, оскільки відповідно до ст. 32 Конвенції його юрисдикція поширюється на всі питання тлумачення і застосування Конвенції та Протоколів до неї. Застосування інших джерел міжнародного права, зокрема договорів, звичаєвих норм, рішень інших судових органів може відбуватися лише в процесі тлумачення окремих положень Конвенції. При цьому, тлумачачи положення Конвенції ЄСПЛ неодноразово підкреслював, що робить це виключно у відповідності до правил тлумачення міжнародних договорів, закріплених у Віденській конвенції про право міжнародних договорів

¹ *Statute of International Court of Justice* (26 June 1945, San Francisco, USA). <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf>.

² *European Convention on Human Rights* (Rome, 4.XI.1950). <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>.

1969 р.¹ Зазвичай, щоб визначити значення термінів і фраз, використовуваних в Конвенції, Суд керується в основному ст. 31 - 33 Віденської конвенції про право міжнародних договорів. Це зокрема було зроблено в справах *Golderv. the United Kingdom*², *Johnston and Others v. Ireland*³ і в ряді інших. Однак в вищезгаданих випадках здійснювалося тлумачення міжнародного договору (у даному випадку Конвенції 1950 р. використовуючи положення інших договорів).

Якщо ж говорити про можливість використання норм, що містяться в інших джерел міжнародного права (зокрема і звичаєвого), про які згадується в пункті с) ч. 3 ст. 31 Віденської конвенції 1969 р, то тут ситуація дещо відрізняється. Даний пункт передбачає, що при тлумаченні поряд з контекстом враховуються: «будь-які відповідні норми міжнародного права, які застосовуються у відносинах між учасниками». ЄСПЛ вирішив розібратися в тому, що означають два терміни, які використовуються у даному пункті, а саме: «будь-які відповідні норми міжнародного права» і «застосовуються у відносинах між учасниками» (у англійському варіанті «other rules» та «applicable between the parties»). Це було зроблено в справі *Demir and Baykara v. Turkey*⁴. На думку Суду виходячи лише із змісту норм і принципів, які застосовуються у відносинах між учасниками та ігноруючи загальні міжнародні або внутрішньо правові стандарти європейських держав, що відображають існуючу правову реальність Суд значно обмежив би її у випадку тлумачення, особливо коли більш звичні способи тлумачення не дозволили йому встановити з достатнім ступенем визначеності зміст тих чи інших термінів та норм. У зв'язку з цим Суд зазначає, що в процесі встановлення змісту норм міжнародного права він ніколи не робитиме різниці між джерелами права в залежності від того чи вони були підписані або ратифіковані державою-відповідачем чи ні.⁵

Таким чином ЄСПЛ прийшов до думки: «...що з'ясовуючи зміст термінів і понять, що містяться в тексті Конвенції, Суд може і повинен брати до уваги елементи міжнародного права, що містяться за межами Конвенції, в тому числі практику тлумачення таких елементів компетентними органами, а також практику європейських держав, що відображає загальні цінності. Консенсус, що впливає як із спеціалізованих міжнародних документів, так і з практики Договірних держав може являти собою істотний чинник для Суду, коли він інтерпретує положення Конвенції в конкретних випадках»⁶. Більше того, на думку Суду «...цілком достатньо щоб в певних випадках міжнародні інституції констатували наявність норм чи принципів, що впливають із практики європейських держав для їх використання Судом»⁷.

Ще одне рішення ЄСПЛ про яке слід згадати досліджуючи практику використання міжнародних звичаїв - *Cudak v. Lithuania*.⁸ У даному випадку Суд змушений був досліджувати питання, яке традиційно регулюється звичаєвим правом – імунітет держав.

Суть даної справи зводилася до того, що Суд спробував дати ти відповідь на питання: чи дійсно існуюча практика обмежує імунітет держав в певних випадках? І чи підпадає під цей виняток випадок правовідносин, що виникли при звільненні працівника дипломатичного представництва Литви в Польщі? І чи не порушує такий імунітет статтю 6 Конвенції?

Розглядаючи цю справу ЄСПЛ констатував, що впродовж останніх десятиліть відбулися досить суттєві зміни в розумінні об'єму такого імунітету і винятків з нього. Суд проаналізував багато практики з цього питання. Так, зокрема в рішенні у даній справі зазначається, що ще 1979 р. Комісія міжнародного права отримала завдання від Генеральної Асамблеї ООН щодо вивчення питання про юрисдикційні імунітети держав та їх власності. Комісія підготувала кілька проектів документів, які були направлені державам для зауважень. Серед них в проекті 1991 р. містилася і норма про трудові договори (ст. 11). Згодом у 2004 році Генеральна Асамблея схвалила дещо

¹ *Vienna Convention on the Law of Treaties* (was adopted on 22 May 1969 and entered into force on 27 January 1980). < <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>>.

² *Golderv. the United Kingdom*, no. 4451/70 ECHR 1975.

³ *Johnston and Others v. Ireland*, no. 9697/82 ECHR 1986.

⁴ *Demir and Baykara v. Turkey*, №. 34503/97, ECHR2008.

⁵ *Demir and Baykara v. Turkey*, №. 34503/97, ECHR 2008 §76-78.

⁶ *Demir and Baykara v. Turkey*, №. 34503/97, ECHR 2008 §86.

⁷ *Demir and Baykara v. Turkey*, №. 34503/97, ECHR 2008 §85.

⁸ *Cudakv. Lithuania*, №. 15869/02, ECHR 2010.

доповнений проект Конвенції про юрисдикційні імунітети держав та їх власності¹. У коментарі до проекту зазначалося, що обмеження імунітету держав у випадках спорів, що випливають із трудових відносин є загальною тенденцією, яка проявляється через внутрішнє законодавство держав, а також міжнародну договірну практику. Той факт, що дана Конвенція не вступила в силу на думку Суду не має принципового значення оскільки відповідно до існуючої практики, яка підтверджена Віденською конвенцією про право міжнародних договорів 1969 р. держава має певні обов'язки навіть у випадку коли вона не ратифікувала міжнародний договір, тобто вона пов'язана його положеннями тією мірою якою дана норма відображає звичаєву норму чи її кодифікацію або формування нового звичаю².

Таким чином, в даному випадку ЄСПЛ пославшись на практику Міжнародного суду ООН пробує встановити наявність міжнародного звичаю. Але робить це не безпосередньо, а опосередковано - посилається на факти встановленні іншими органами, зокрема Комісією міжнародного права та Міжнародним судом ООН. Така позиція є цілком виправданою, оскільки ЄСПЛ на відміну від Міжнародного суду ООН не має повноважень встановлювати наявність такої норми (принаймні у даній справі), але при цьому змушений вирішити питання про порушення ст. 6 Конвенції Литвою. Власне тому, ЄСПЛ констатував наявність звичаю виходячи з практики інших органів.

Не менш важливою для даного дослідження є аналіз справи *A., B. and C. v. Ireland*³ Справа стосувалася законодавства про аборт в Ірландії і розглядалася судом в контексті статті 8 Конвенції (право на повагу до приватного і сімейного життя). ЄСПЛ у рішенні нагадав, що в таких питаннях, держави користуються широкою свободою вибору, яким чином врегулювати це питання у власному законодавстві. Тим не менш, перед Судом постало досить контроверсійне питання: наскільки широкі межі такого розсуду держави і чи ці широкі межі розсуду не є звуженими відповідного до існуючого європейського консенсусу?

Як відомо поняття «Європейського консенсусу» вперше використано ще у справі *Tyler v. the United Kingdom*⁴. І з того часу відіграє досить важливу роль у розвитку і еволюції Конвенції. Оскільки на думку ЄСПЛ Конвенція розглядається як «живий інструмент», Європейський консенсус є одним з засобів який дає змогу Суду тлумачити її положення у світлі сучасних умов. Тобто концепція Європейського консенсусу була створена для того щоб виправдати «динамічне тлумачення»⁵ Конвенції.

На думку ЄСПЛ в справі *A., B. and C. v. Ireland* Суд вважає, що насправді існує консенсус серед значної більшості Договірних держав Ради Європи, який дозволяє аборт за більш широким колом підстав, ніж ті, що передбачені в ірландському законодавстві. Враховуючи цей консенсус серед значної більшості держав Ради Європи, на думку Суду не треба шукати далі підтвердження позицій висловлених заявниками по справі щодо неоправданого звуження ірландським законодавством підстав для абортів. Тобто в даній справі ЄСПЛ вивчив практику договірних держав і використав національне законодавство тих же держав як підтвердження існування *opinio juris* для встановлення існування звичаєвої норми, яку у даному випадку Суд називає «Європейським консенсусом».

Дійсно, читаючи це рішення, можна сказати, що більшість європейських держав не обмежують право жінки на аборт, або встановлюють дуже широкий перелік підстав для абарту, і що в цьому сенсі існує Європейський консенсус. Але одночасно Суд не вказав, що цей консенсус досяг того рівня, коли б він став загальнообов'язковим як регіональна звичаєва норма. З іншої сторони, альтернативний спосіб тлумачення даного рішення говорить про те, що Ірландія завжди заперечувала проти широкої доступності абортів і таким чином ці її дії можна розглядати в якості стійкого противника абортів.

Що стосується розуміння самого поняття європейського консенсусу, рішення показує, не завжди існування Європейського консенсусу обов'язково може призвести Суд до встановлення

¹ *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (adopted on December 2, 2004 at New York City). <https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/English_3_13.pdf>.

² *The North Sea Continental Shelf cases*. ICJ., para 71.

³ *A., B. and C. v. Ireland* [GC], no. 25579/05, ECHR 2010.

⁴ *Tyler v the United Kingdom*, no 5856/72, ECHR 1978.

⁵ *Soering v. the United Kingdom*, no 14038/88, ECHR 1989, § 102.

юридично зобов'язуючого елемента. Тобто хоча у даній справі ЄСПЛ встановив наявність такого консенсусу, ним одночасно було встановлено, що практика Ірландії завжди відрізнялася від загальноєвропейської і передбачала значно вужчий перелік підстав для абортів, ніж у інших державах. Тому на думку ЄСПЛ, навіть якщо він встановив існування консенсусу, цей факт не матиме вирішального значення для вирішення справи оскільки його наявність може бути знівельована постійним запереченням держави яке у даному випадку може проявлятися, у тому що її законодавство ніколи не передбачало більш широким підстав для абортів.

З іншої сторони можливі випадки коли констатація існування Європейського консенсусу одночасно передбачає існування регіональної звичаєвої норми. Як приклад, можна назвати справу *Sitaropoulos and Others v. Greece*¹ у якій ЄСПЛ констатував наявність звичаєвої норми стосовно виборчих прав. Таким чином, хоча в більшості випадків наявність Європейського консенсусу свідчить про існування звичаєвої норми, іноді така норма стосується не всіх держав, а лише тих, які не заперечували проти такої практики.

Підсумовуючи вищенаведене можна констатувати, що ЄСПЛ в випадках тлумачення окремих положень Конвенції може констатувати існування того чи іншого міжнародного звичаю. При цьому така констатація як правило проявляється у одному із двох варіантів:

1) коли наявність звичаю констатується у рішенні іншого уповноваженого органу. В такому разі ЄСПЛ відсилається на звичай і обґрунтовує його наявність рішенням іншого органу;

2) ЄСПЛ самостійно встановлює наявність міжнародного звичаю аналізуючи практику та *opinio juris* держав опосередковуючи своє рішення існуванням Європейського консенсусу.

Однак, зважаючи на юрисдикцію ЄСПЛ він не часто звертається до цих питань.

References

- Kel'zen, G. (2004). *Chiste pravoznavstvo*. Kiiiv: «Junivers».
- A., B. and C. v. Ireland* [GC], no. 25579/05, ECHR 2010.
- Cudakov. Lithuania*, №. 15869/02, ECHR 2010.
- Demir and Baykara v. Turkey*, №. 34503/97, ECHR 2008.
- European Convention on Human Rights* (Rome, 4.XI.1950). <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>.
- Golder v. the United Kingdom*, no. 4451/70 ECHR 1975.
- Johnston and Others v. Ireland*, no. 9697/82 ECHR 1986.
- Sitaropoulos and Others v. Greece*, no. 42202/07, ECHR 2010.
- Soering v. the United Kingdom*, no 14038/88, ECHR 1989, § 102.
- Statute of International Court of Justice* (26 June 1945, San Francisco, USA). <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf>.
- The North Sea Continental Shelf cases*. ICJ., para 71.
- Tyrer v the United Kingdom*, no 5856/72, ECHR 1978.
- United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (adopted on December 2, 2004 at New York City). <https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/English_3_13.pdf>.
- Vienna Convention on the Law of Treaties* (was adopted on 22 May 1969 and entered into force on 27 January 1980.). <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>>.

¹ *Sitaropoulos and Others v. Greece*, no. 42202/07, ECHR 2010.