

Хавер Катерина Сергіївна

студентка

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Хавер Екатерина Сергеевна

студентка

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Khaver Kateryna

Student of the

Yaroslav Mudryi National Law University

ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ ЗВИЧАЇВ

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ФОРМИРОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫХ ОБЫЧАЕВ

SOME THEORETICAL ASPECTS OF INTERNATIONAL LEGAL CUSTOMS EVOLUTION

Анотація. У статті автором розглянуто теоретичні підходи до визначення специфіки еволюції й структури міжнародно-правового звичаю. Вказується на необхідність вироблення чіткого уніфікованого доктринального підходу до визначення елементів міжнародного звичаю. Автор аналізує міжнародну судову практику в контексті відповідної проблематики.

Ключові слова: міжнародно-правовий звичай, *opinio juris sive necessitates*, міжнародна практика, об'єктивний та суб'єктивний елементи, міжнародні судові рішення.

Анотация. В статье автором рассмотрены теоретические подходы к определению специфики эволюции и структуры международно-правового обычая. Указывается на необходимость выработки четкого унифицированного доктринального подхода к определению элементов международного обычая. Автор анализирует международную судебную практику в контексте соответствующей проблематике.

Ключевые слова: международно-правовой обычай, *opinio juris sive necessitates*, международная практика, объективный и субъективный элементы, международные судебные решения.

Summary. In the article the author defines theoretical approaches to the definition of the specificity of evolution and the structure of the international legal custom. Indicates the need for a clear, unified doctrinal approach to the definition of elements of the international custom. The author analyzes international judicial practice in the context of relevant issues.

Key words: international legal custom, *opinio juris sive necessitates*, international practice, objective and subjective elements, international judicial practice.

Міжнародно-правовий звичай є одним із основних джерел міжнародного права, він має виключне значення для врегулювання міжнародних відносин. Необхідність чіткого визначення міжнародного звичаю у доктрині міжнародного права залишається актуальною на даний час і саме тому існує велика кількість підходів до тлумачення основних елементів з яких складається міжнародно-правовий звичай. Думки вчених щодо формування міжнародно-правового звичаю досить різноманітні. Одні з них вважають, що міжнародний звичай складається тільки з об'єктивного еле-

мента — практики (Г. М. Даниленко, А. Д'Амато, Д. П. О'Коннелл, Г. Тункін, В. Г. Буткевич та ін.), інші віддають перевагу суб'єктивному елементу — *opinio juris* (І. І. Лукашук, Б. Стерн, М. Рірман, М. Байерс, Е. Познер, А. Гузман).

Згідно із ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН звичай визначається як «доказ загальної практики, визнаної як правова норма» [1]. Тобто дана стаття, по-перше, закріплює визнання міжнародного звичаю як одного із основних джерел міжнародного права, по-друге, вона вказує на згоду всіх суб'єктів міжнародного права щодо визнання основних елементів,

наявність яких є необхідною для існування звичаєвих норм міжнародного права. Виходить, що Статут Міжнародного Суду ООН прямо закріпив те, що міжнародний звичай складається з двох елементів практики та визнання цієї практики — *opinio juris sive necessitates*. Це також підтверджується у міжнародній судовій практиці, а саме в п. 27 рішення у справі про континентальний шельф (Лівія проти Мальти, Міжнародний Суд ООН, 1985р.) зазначалося: «Звичайно, вже стало аксіомою, що докази звичаєвого міжнародного права потрібно шукати насамперед у реальній практиці та *opinio juris* держав, навіть якщо багатосторонні конвенції відіграють важливу роль у фіксації й визначенні норм, що походять від звичаїв або розвивають їх» [2, с. 29–30]. У даному рішенні прямо зазначено про існування двох елементів, які мають однакову юридичну силу у формуванні звичаєвого міжнародного права.

У п. 77 рішення у справах про континентальний шельф Північного моря (ФРН проти Данії та Нідерландів, 1969 р.) Суд указав, що «не тільки відповідні акти ведуть до встановлення практики, але вони також мають бути такими або мають здійснюватися таким чином, щоб могли бути доказом норми права, яка вимагає цього. Необхідність у такій вірі (*belief*), тобто наявність суб'єктивного елемента, мається на увазі в самій ідеї *opinio juris sive necessitates*» [3, с. 99].

Процес формування звичаєвих норм досить складний і неоднозначний, адже серед науковців не існує єдиної точки зору щодо тлумачення практики чи *opinio juris*. Спочатку потрібно визначитись, що розуміється під об'єктивним елементом міжнародно-правового звичаю. Існує досить різноманітна кількість тлумачень практики, проте більшість дослідників віддають перевагу визнанню практики як поведінки суб'єктів міжнародного права, а саме їх конкретних дій, або визначають практику через перерахування її виявів. Наприклад, І. І. Лукашук вважає, що «практика означає дію або утримання від дій суб'єктів, їх органів. Це — поведінка суб'єктів, у процесі якої формується практика — норма міжнародного права» [4, с. 74]. В. Г. Буткевич визначає практику головним чином через форми її зовнішнього вираження: заяви держав щодо їх позиції з тієї або іншої проблеми, протести, дотримання або ігнорування певних правил, прийняття відповідних законодавчих актів, рішень судів, адміністративних та виконавчих органів і т. ін. [5, с. 122]. Досить цікавою є думка П. Маланчука про те, що «практика охоплює також бездіяльність; багато норм міжнародного права забороняють державам вчиняти певні дії, і при доказі такої норми слід дивитися не лише на те, що роблять держави, а й на те, чого вони не роблять» [6, с. 80]. Тобто визначення практики включає у себе не тільки конкретні дії суб'єктів міжнародного права, їх діяльність, а також і їх бездіяльність, що є дуже важливим моментом у доктрині

тлумачення об'єктивного елемента. Отже, можна зробити висновок, що практика поділяється на такі види: дії та бездіяльність. Сама бездіяльність суб'єктів міжнародного права звичаєвої правової норми не створює, адже в іншому випадку будь-яка бездіяльність заклала би фундамент норм міжнародного права, що в свою чергу могло б стати прецедентом. Бездіяльність може слугувати звичаєвою правовою практикою тільки тоді, коли вона закладає основу міждержавних відносин з конкретних питань. Про бездіяльність згадується у деяких міжнародних судових рішеннях, а саме у рішенні по справі «*Lotus*», про воєнні та напіввоєнні дії США проти Нікарагуа. Практика утримання від тих чи інших дій на міжнародній арені проявляється в таких основоположних принципах міжнародного права, як повага до суверенітету і невтручання у внутрішні справи держав.

Ю. В. Щокін в своїй монографії дійшов висновку, що практика — це сукупність фактичних діянь (дій або бездіяльності) суб'єктів міжнародного права, що являють собою повторювані в міжнародних відносинах якісно однорідні за своїм змістом локалізовані в просторі й часі фрагменти соціального життя з відносно стабільним складом учасників (соціальні ситуації) [3, с. 125]. Стосовно форм зовнішнього вираження практики, то Комітет із загального звичаєвого права перерахував вияви практики як об'єктивного елемента міжнародного права: усні акти, а не тільки фізичні акти держав; у відповідних обставинах упущення; акти фізичних осіб, корпорацій і т. ін., якщо вони здійснювалися за згодою держави; акти територіальних державних утворень, що не мають самостійної міжнародної правосуб'єктності, якщо вони були здійснені від імені держави або були схвалені нею; практика виконавчих, законодавчих і судових органів держави; практика міжнародних судів і трибуналів, практика міжнародних міждержавних організацій [3, с. 107].

Opinio juris sive necessitates — це суб'єктивний елемент міжнародно-правового звичаю, який має досить вагоме значення при формуванні звичаєвих норм. Відповідно до п. 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН *opinio juris* закріплюється як визнання загальної практики як правової норми.

У доктрині міжнародного права підходить до характеристики другого елемента міжнародно-правового звичаю досить різноманітні. Деякі дослідники (Ю. В. Щокін) розуміють під ним визнання; інші — *opinio juris* або *opinio necessitates* (А. Кассезе), а Комітет з формування норм звичаєвого міжнародного права звертає увагу, що іноді під ним можна розглядати «згоду» (*consent*), і як «волю» (*will*). А, наприклад, Л. А. Алексідзе, додатково зазначає такі тлумачення, як: «переконаність», «упевненість», «заява», «консенсус» [7, с. 244]. Проте різниця саме у понятті суб'єктивного елемента різними вченими чи організаціями не відіграє значної ролі для «внутрішнього» розуміння даного терміну.

Г. М. Даниленко характеризує поняття *opinio juris* виділяє дві теорії: традиційну теорію *opinio juris* і теорію, яка розуміє під *opinio juris* згоду держав зі звичаєвою нормою міжнародного права, яка формується. Вчений зазначає: «...у сучасному міжнародному праві термін *opinio juris* може вживатися у двох основних значеннях: по-перше, він позначає виявлену зовні волю окремої держави, спрямовану на визнання юридично обов'язкового характеру звичаєвої норми; по-друге, він уживається для позначення результату процесу узгодження волі держав щодо визнання того чи іншого правила поведінки, що практикується, як звичаєвої норми міжнародного права» [8, с. 107]. Тобто *opinio juris* включає у себе не тільки визнання, але й внутрішню волю держав, не тільки зовнішнє вираження волі, що проявляється в певному рішенні, але й механізм реалізації цього рішення.

Ю. В. Щокін характеризує *opinio juris* як вияв правосвідомості суб'єктів міжнародного права, здійснюваний ними на підставі уявлень (переконань, віри, упевненості), сформованих у результаті тривалої міжнародної й внутрішньодержавної суспільної практики, про відповідність праву поведінки в тій або іншій фактичній ситуації на міжнародній арені, і висловлюваний через визнання його як норми міжнародного звичаєвого права [3, с. 153]. Тобто, для того, щоб суб'єкти міжнародного права виразили свою правосвідомість, необхідні наступні елементи: певні уявлення (переконання, віра), практика, на основі якої формуються уявлення та ситуація (певне питання) щодо якої необхідно виразити свою думку.

Суб'єктивний елемент звичаю означає психологічне відношення суб'єктів міжнародного права до подій, що відбуваються на міжнародній арені, тобто це внутрішнє переконання учасників, яке форму-

ється протягом тривалого часу на підставі певних явищ, що мають те чи інше значення для кожного з них і виражаються найчастіше у схваленні або запереченні.

Практика Міжнародного Суду свідчить про нетрадиційні методи встановлення *opinio juris*. У рішенні по справі «Нікарагуа проти США» Суд зазначив, що *opinio juris* може бути, хоча і з усіма пересторогами, виведено зі ставлення держав до певних резолюцій Генеральної Асамблеї ООН. Згоду з такими резолюціями слід розуміти «як визнання сили за нормою або комплексом норм, проголошених самою резолюцією» [10, с. 306]. У цьому ж рішенні Суд розцінив прийняття США тексту Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН 1970 р. в якій закріплюється принцип заборони застосування сили або погрози сили, як підтвердження існування *opinio juris* щодо заборони застосування сили в міжнародних відносинах [10, с. 306].

Таким чином, проаналізувавши вищезазначене, можна зробити висновок, що процес формування міжнародно-правового звичаю включає у себе два етапи, перший з яких — це формування правила поведінки, тобто певної правової норми, а саме об'єктивного елементу звичаю. На цьому етапі здійснюється фактичне формування діянь (дії або бездіяльності) суб'єктів міжнародного права, другий етап включає у себе суб'єктивний елемент — надання згоди суб'єктів міжнародного права для того, щоб правило поведінки набрало сили міжнародно-правового звичаю. Міжнародно-правовий звичай буде існувати тільки тоді, коли у процесі його формування будуть брати участь два його основних елемента: об'єктивний та суб'єктивний.

Література

1. Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду ООН [Електронний ресурс]; Міжнародний документ від 26.06.1945. — Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_010
2. Continental Shelf Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), Judgment of 3 June 1985 / I.C.J. Reports. — 1985. — P. 29–30.
3. Щокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії і практики: монографія / Ю. В. Щокін. — Х.: Право, 2012. — 456 с.
4. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: Учебник / И. И. Лукашук. — М.: БЕК, 1996. — 371 с.
5. Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії: підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній; за ред. В. Г. Буткевича. — К.: Либідь, 2002. — 608 с.
6. Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом / П. Маланчук; пер. з англ. — Х.: Консум, 2000. — 592 с.
7. Алексидзе Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens* / Л. А. Алексидзе. — Тбилиси: Изд-во Тбилис. Ун-та, 1982. — 406 с.
8. Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве / Г. М. Даниленко; отв. ред. А. П. Мовчан. — М.: Наука, 1988. — 192 с.
9. Трояновский А. В. Методологические проблемы установления *opinio juris* / А. В. Трояновский // Научный вестник Международного гуманитарного ун-та. — Сер.: Юриспруденция. — 2013. — № 5. — С. 302–309.