

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
МАРІУПОЛЬСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ЕКОНОМІКО-ПРАВОВИЙ ФАКУЛЬТЕТ
КАФЕДРА ПРАВА ТА ПУБЛІЧНОГО АДМІНІСТРУВАННЯ**

До захисту допустити:

Завідувач кафедри

_____ Черних Є.М.

«__» _____ 2021 р.

**«РОЛЬ МІЖНАРОДНОГО ЗВИЧАЮ В СУЧАСНОМУ
МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ»**

Кваліфікаційна робота
здобувача вищої освіти другого
(магістерського) рівня вищої освіти
освітньо-професійної програми «Право»
Фесенко Віктора Андрійовича
Науковий керівник:
Тихомирова Г. Є.
кандидат юридичних наук, доцент
Рецензент:
Григор'єва В. В.
кандидат юридичних наук, доцент, доцент
кафедри спеціально-правових
дисциплін Донецького державного
університету управління

Кваліфікаційна робота захищена

з оцінкою _____

Секретар ЕК _____

«__» _____ 20__ р.

ЗМІСТ

ВСТУП.....	3
РОЗДІЛ 1. ПОНЯТТЯ МІЖНАРОДНОГО ЗВИЧАЮ ТА ОСОБЛИВОСТІ ЙОГО ФОРМУВАННЯ В СУЧАСНОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ.....	7
1.1 Міжнародний звичай: загальна характеристика, ознаки, структура.....	7
1.2 Особливості формування міжнародно-правових звичаїв.....	11
Висновки до розділу 1.....	25
РОЗДІЛ 2. СПІВВІДНОШЕННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ ЗВИЧАЇВ ІЗ ВНУТРІШНІМ ПРАВОМ УКРАЇНИ.....	27
2.1 Місце звичаїв загального міжнародного права у правопорядку України..	27
2.2 Міжнародно-правовий звичай і міжнародний договір: пріоритет в закріпленні норм загального міжнародного права.....	34
Висновки до розділу 2.....	44
РОЗДІЛ 3. МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ В РІШЕННЯХ МІЖНАРОДНИХ СУДІВ.....	46
3.1 Рішення міжнародних судів, в яких закріплені міжнародно-правові звичаї.....	46
3.2 Міжнародно-правовий звичай і резолюції міжнародних міждержавних організацій.....	59
Висновки до розділу 3.....	66
ВИСНОВКИ.....	68
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	73

ВСТУП

Актуальність теми. Міжнародний звичай один із основних джерел сучасного міжнародного права. Зростання ролі договірних відносин не змогли перетворити звичаєве право у виключно договірне. Наявну систему міжнародного права неможливо б було уявити без міжнародного звичаю з декількох причин: по-перше, різні галузі та інститути в сучасному міжнародному праві частково або навіть повністю складаються зі звичаєвих норм, по-друге, у тих сферах, де з різних причин неможливе договірне регулювання, продовжують виникати все нові і нові норми звичаєвого права.

З набуттям нашою державою незалежності постало питання формування міжнародно-правової позиції з урахуванням всіх особливостей сучасних міжнародно-правових відносин для оцінки можливих правових наслідків у міждержавних відносинах. Україна отримала в спадок від радянської доктрини міжнародного права нігілістичне ставлення до міжнародного звичаю, значення якого штучно принижувалося. Дослідження теорії та практики з цього питання були вкрай нечисельними. Ця тенденція зберігається і в сучасній українській міжнародно-правовій доктрині, яка націлена більше на вивчення позитивного міжнародного права. Отже, є необхідним вказати на актуальність подальшого розвитку національно-правової теорії міжнародно-правового звичаю, що дасть змогу захищати національні інтереси нашої держави міжнародно-правовими способами більш ефективно.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичною базою дослідження є праці вітчизняних та іноземних вчених, наукові видання, статті, нормативно-правові акти. У своїх наукових працях дослідженню ролі міжнародного звичаю приділяли увагу науковці, зокрема, такі, як: А. І. Андрейків, Б. В. Бабін, О. Р. Вайцеховська, П. Дайє, Д'Амато, Р. Джексон, М. Дженіс, М. Діксон, О. В. Київець, Д. Б. Левін, В. М. Лисик, І. І. Лукашук,

І. П. Лукін, А. Г. Ляхов, С. І. Максимов, Н. Р. Малишева, Г. В. Мальцев, М. О. Медведєва, Ю. В. Щокін та багато інших.

Об'єктом дослідження є міжнародно-правові відносини, що породжують міжнародно-правовий звичай.

Предмет дослідження виступає роль міжнародного звичаю у сучасному міжнародному праві.

Мета роботи полягає в поглибленому з'ясуванні ролі міжнародного звичаю для сучасного міжнародного права, а також зазначення необхідності подальшої розробки цього питання у вітчизняному правовому полі для ефективного його використання у міжнародних відносинах.

Для досягнення поставленої мети у роботі виокремлені наступні завдання:

- 1) визначити теоретичні основи обґрунтування природи міжнародного звичаю;
- 2) встановити системотворчі складові поняття «міжнародно-правовий звичай»;
- 3) розглянути основні підходи тлумачення елементів міжнародно-правового звичаю: практики та «*opinion juris*»;
- 4) проаналізувати співвідношення міжнародних договорів і міжнародно-правових звичаїв у процесі формування норм загального міжнародного права;
- 5) з'ясувати значення резолюцій міжнародних міждержавних організацій у формуванні міжнародно-правових звичаїв;
- 6) встановити роль національних судів у формуванні та встановленні змісту міжнародно-правових відносин;
- 7) з'ясувати значення міжнародно-правових звичаїв для внутрішнього правового поля України;
- 8) з'ясувати роль учасників міжнародних відносин в формуванні міжнародно-правових звичаях.

Методи наукового дослідження. Методологічною основою даного дослідження є сукупність прийомів і методів наукового пізнання, які дозволяють виконати всебічний та об'єктивний аналіз предмету. Методи дослідження ґрунтуються на органічному поєднанні філософських, загальнонаукових та спеціально-юридичних способів, засобів і прийомів наукового пізнання. У роботі використано: метод об'єктивності (був застосований при з'ясуванні вірогідності та повноти інформації, яка була використана під час дослідження), історико-правовий метод (застосовувався при вивченні правової природи та розвитку міжнародно-правових звичаїв, їх основних структурних елементів), формально-юридичний метод (застосовувався під час аналізу положень рішень міжнародних судових органів при визначенні основних елементів міжнародно-правового звичаю та інших норм міжнародного права, закріплених у формі звичаю), системно-структурний метод пізнання (здійснено аналіз тенденцій розвитку змісту основних елементів міжнародно-правового звичаю, класифікацію міжнародно-правових звичаїв), метод узагальнення (висновки про практику міжнародного суду ООН з питань застосування звичаєвого права).

Наукова новизна одержаних результатів полягає у комплексному та системному аналізі поняття міжнародного звичаю та особливостей його формування у сучасному міжнародному праві, співвідношення міжнародно-правових звичаїв із внутрішнім правом України. Новизна роботи конкретизується в науково-теоретичних висновках та пропозиціях, висвітлених після кожного розділу.

Теоретичне значення дослідження полягає в поглибленні теоретичних положень щодо значення міжнародного звичаю як регулятора міжнародних відносин, для яких не існує регулювання позитивним правом.

Практичне значення отриманих результатів полягає в тому, що вони можуть стати підґрунтям для подальшого розвитку наукової думки щодо ролі міжнародного звичаю в Україні та у світі в цілому.

Апробація дослідження. Основні положення кваліфікаційної роботи було опубліковано в формі тез доповідей в збірнику матеріалів круглого столу «Актуальні проблеми міжнародного приватного та публічного права» (м. Маріуполь, 27 травня 2021 р., С. 49–51).

Роздрукований текст вказаної апробації додається до кваліфікаційної роботи.

Структура дослідження. Кваліфікаційна робота складається з вступу, трьох розділів, висновків та переліку використаних джерел. Загальний обсяг роботи складає 81 сторінка, з них 9 сторінок – список використаних джерел (82 найменування).

РОЗДІЛ 1

ПОНЯТТЯ МІЖНАРОДНОГО ЗВИЧАЮ ТА ОСОБЛИВОСТІ ЙОГО ФОРМУВАННЯ В СУЧАСНОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ

1.1 Міжнародний звичай: загальна характеристика, ознаки та структура

Звичай як форма міжнародного права грає важливішу роль, ніж звичай як форма національного права, в тому числі і з історичних для України причин. Дійсно, значення звичаю в сучасному міжнародно-правовому регулюванні важко переоцінити.

Для з'ясування значення поняття «міжнародний звичай», треба зафіксувати один важливий момент. По своїй суті, звичай правового характеру ніщо інше, як історично сформовані правила поведінки. Про такі загальноприйняті правила знали всі, але вони були не санкціоновані державними органами. Саме тому правовий звичай не наділений такою юридичною силою як той самий договір або закон, укладений відповідно до чинного законодавства держав. З плином часу деякі зі звичаїв стали прираховуватись до правових норм. Але, в даному випадку слід зауважити, що в разі колізії між правовим звичаєм і нормами законодавства абсолютний пріоритет надаватиметься останній юридичній категорії.

Можемо зібрати воедино все вищевикладене для розуміння того, що міжнародно-правовий звичай – це певне правило поведінки суб'єктів міжнародних відносин, яке тривалий час застосовується ними для регулювання відносин правового характеру. Проте, юридичну силу дане джерело має лише на ті відносини, що не визначені нормами позитивного права. Звідси і походить, що міжнародно-правовий звичай є сферою саморегулюючих процесів, а простіше кажучи є звичайними людськими правилами, що мають юридичну силу.

Однією з відмінних рис міжнародно-правового звичаю є його надзвичайна стійкість, яка зумовлює стабільність відносин, що на ньому заснована. Пізніше, ці правила поведінку, які ми називаємо звичаєм, з часом стають договорами, що укладаються державами. До таких можна віднести: Віденська конвенції про дипломатичні зносини 1961 р., Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р., Женевська конвенція з морського права 1958 р. і Конвенція ООН з морського права 1982 р. та ряд інших основоположних приписів які становить конвенційне закріплення вже існуючих юридичних норм звичайного походження [1; 2; 3; 4].

Варто зазначити, що держава визнає геть не всі звичаї, що склалися в суспільстві, а лиш ті що задовольняють інтереси суспільства та мають найбільше суспільне значення. Найбільш поширеним правовий звичай як джерело права мав у феодальному суспільстві. На сьогодні, у більшості правових систем світу звичай відіграє роль з урахування особливостей суспільних відносин у окремих місцевостях або галузях діяльності. Яскравим прикладом появи міжнародно-правового звичаю може слугувати не включення космічного простору до складу державної території. Так, обліт Землі першим штучним супутником в 1957 р. не викликав з боку держав будь-яких претензій через неодноразовий проліт над їх територіями та порушення державних кордонів. Параметри польоту не змінювались, тобто можна впевнено сказати, що практика була ідентичною. Оскільки ніхто не заявив претензій, то можна вважати дану практику правомірною. Пізніше, описаний звичай знайшов своє правове закріплення у Договорі про принципи діяльності держав з дослідження і використання космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла, 1967 р. [5].

Зачіпаючи питання заміни звичаїв на державно-правові норми можна заявити, що в одному випадку це лише його юридичне закріплення, при йому сама його суть залишається незмінною. В іншому випадку, при юридичному обрамленні звичаю, можуть вноситись зміни, що мають на меті конкретизацію

положень та змісту правила. Існує ще один варіант, при якому правова норма є синтезом одразу декількох звичаїв. Таким чином, послідовна заміна звичаїв перетворює їх на позитивне право, що зміннює саму суть муж народно-правового звичаю як джерела права на джерело саме норм та договорів.

В теорії міжнародного права розповсюдженою є думка, що на відміну від міжнародного договору, міжнародний звичай створюється внаслідок несвідомих процесів. Австрійський юрист Ганс Кельзен навіть казав про те, що міжнародний звичай являє собою «несвідому правотворчість» («unconscious lawmaking») [6]. Ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН подає визначення міжнародного звичаю, як «доказу загальної практики, визнаної в якості правової норми» [7]. Вказане визначення не можна вважати вичерпним, але його можна взяти за основу розуміння цього виду джерела міжнародного права.

Міжнародний звичай застосовується між державами, що є сторонами міжнародного договору в наступних випадках:

- регулювання відносин, що виникли перед тим, як договір набув чинності (ст. 4 Віденської конвенції про право міжнародних договорів) [2];

- для врегулювання відносин, що виникли після того, як договір набув чинності (паралельне правове регулювання):

1) коли у сфері відносин діють загальновизнані принципи та норми міжнародного права (принцип невтручання держав, суверенної рівності) [2];

2) коли є близькими, але не тотожними міжнародні договірні та міжнародні звичаєві розпорядження (регулювання статусу заток засобами міжнародних звичаїв) [8];

3) коли конвенція закріплює зовсім нові норми, держави користуються міжнародним звичаєм щодо старих юридичних фактів;

4) коли є неможливим встановити момент зміни звичаєвої норми на договірну;

5) коли договірна норма має на меті конкретизувати звичаєву;

6) коли міжнародний договір виступає доказом існування міжнародного звичаю;

7) коли правова норма конвенції декларує лише принципові вимоги звичаю, а нові звичаї розвивають дані положення;

8) коли міжнародний договір ратифіковано, але він не набув чинності;

9) коли міжнародний договір визначає, які саме міжнародні звичаї можуть застосовуватися;

10) коли міжнародний договір має на меті тлумачення міжнародного звичаю;

11) коли звичай складається в ході розроблення міжнародного договору до моменту його укладання.

Сам міжнародний звичай складається з двох складових: загальної практики і «*opinio juris*». Перша виступає головною в структурі звичаю, а другий об'єкт потрібен для фіксації системи. Саме тому багато спеціалістів висуває теорію про те, що міжнародний звичай є загальною практикою, а другий елемент, що має назву «*opinio juris*» необхідний для розмежування міжнародного звичаю від загальної юридичної практики. Він буде діяти, опираючись на міжнародне право, не тільки коли існує окрема практика у декількох країн, але і в тому випадку, якщо більшість держав дотримуються цих норм і ведуть перемовини, спираючись на них. Такі норми міжнародної поведінки можуть застосовуватися тільки для обмеженого кола держав, але бути визнані більшістю з них. Визнання не обов'язково повинно бути прийнято абсолютно всіма державами, а декотрі з цих норм можуть і зовсім не функціонувати. Обидва елементи, що входять в структуру міжнародного звичаю мають силу не лише в діях певних органів держави і його нормативно-правових актах, але і в документах ООН, в рішеннях, виданих Міжнародним Судом ООН, іншими міждержавними організаціями.

Звичай відіграє колосальну роль в багатьох галузях міжнародного права, як приклад, в міжнародному морському праві (морські кордони різних держав,

в середньому, знаходяться на відстані від 12 до 20 морських миль від берегової лінії), міжнародному повітряному праві (суверенітет держав над повітряним простором своєї території, який зазвичай має звичаєво-правову природу виникнення и сформувався під впливом практики держав і національних законодавств, а пізніше був закріплений у Чиказькій Конвенції про міжнародну цивільну авіацію від 07 грудня 1944 р.) і т. д. [9]. В цілому, можна сміливо заявити про те, що в міжнародному праві навряд чи знайдеться хоч б одна галузь, жодна норм з якої не отримала б закріплення у вигляді звичаю. Варто зауважити, що метою нашого дослідження не є перелічити и розглянути всі звичаї, що функціонують в тій чи іншій галузі міжнародного права.

Отже, підсумовуючи викладене вище можна заявити про те, що недоречно ставити питання про абсолютне домінування міжнародного звичаю або міжнародного договору. Бо як міжнародний звичай, так і міжнародний договір є просто різними формами однієї суті, угодою суб'єктів міжнародного права. Особливостями міжнародного звичаю є здатність заповнювати прогалини договірної права, пов'язувати більшість держав міжнародного співтовариства, здатність до пристосування під все виникаючі нові і нові потреби суспільства і практики держав дозволяє зробити висновок про неможливість коли-небудь повністю витіснити звичаєве право. Як і правовий договір звичай наділений єдиною юридичною силою, має загальну правову природу і єдину функцію. Вони знаходяться у постійній взаємодії не суперечачи один одному.

1.2 Особливості формування міжнародного-правових звичаїв

Відсутність попередньо встановлених формальних процедур, які чітко б регламентували порядок встановлення норм звичаєвого права є однією з важливих особливостей процесу формування цих самих норм. У зв'язку з цим

фахівцями, що вивчають питання міжнародно-звичаєвого права, стає важливим докладно оговорювати фактори, що, на їх думку, є необхідними для кваліфікації окремо взятого правила поведінки, яке склалося у міжнародних відносинах, як обов'язкового. Станом на сьогодні, основні фактори міжнародного нормоутворення звичаїв вважають виділеними. Фахівці відсилають до ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, який визначив «міжнародні звичаї як доказ загальної практики, визнаної як правова норма» [7]. Як вже зазначалося в попередньому розділі, на основі Статуту фахівці виділяють два основних елементи міжнародно-правового звичаю: власне практику і «*opinio juris sive necessitatis*» (переконаність у правомірності або необхідності). Перший елемент є об'єктивною (матеріальною) стороною, другий – суб'єктивною (психологічною).

У низці рішень Міжнародного суду наявне підтвердження щодо основних складових міжнародно-правового звичаю. Наприклад, п. 77 рішення по справі щодо континентального шельфу Північного моря (ФРН проти Данії та Нідерландів, 1969 р.) Суд зазначив, що не лише відповідні акти («acts») призводять до встановлення практики, але вони мають здійснюватися або бути такими, щоб могли виступати в якості доказу норми права, яка цього вимагає. Сама потреба у такого роду вірі («belief»), а саме наявність суб'єктивного елемента має, мається на увазі безпосередньо в самій ідеї («notion») «*opinio juris sive necessitatis*» [10].

У п. 27 рішення по справі щодо континентального шельфу (Лівія проти Мальти, 1985 р.) Суд постановив про потребу встановлення факту наявності двох ключових складових звичаю, як про те, що не потребує будь-яких пояснень. Зокрема, в тексті постанови було вказано наступне: «Звичайно, вже стало аксіомою, що докази звичаєвого міжнародного права потрібно шукати насамперед у реальній практиці та «*opinio juris*» держав, навіть якщо багатосторонні конвенції і відіграють важливу роль у фіксації й визначенні норм, що походять від звичаїв або розвивають їх» [11]. Пункт 183 рішення по

справі щодо військової та напіввійськової діяльності в та проти Нікарагуа (Нікарагуа проти США, 1986 р.) Суд зазначив науступне: «Беручи до уваги цей висновок, наступне, що повинен зробити Суд, це розглянути питання про норми звичаєвого міжнародного права, які можуть бути застосовані до цього спору. Для цієї мети він має сфокусувати свою увагу на практиці та «*opinio juris*» держав» [12].

Практично в усіх концепціях міжнародно-правового звичаю центральне положення посідають саме перелічені два елементи, про що і пишуть багато фахівців, що займались розробкою даного питання: Нгуен Куок Динь, П. Дайє, А. Пеле, І. І. Лукашук.

Проте, існування загальноприйнятої позиції, щодо формування міжнародно-правового звичаю не може і не повинно виключати і інші точки зору. Так, на думку В. Г. Буткевича для підтвердження наявності міжнародного звичаю у міжнародних відносинах потрібно вказувати на три фактори: міжнародна практика (прецеденти), «*opinio juris sive necessatis*» – думку, що визнає цю практику (прецеденти) за юридичну норму; в) фактор часу (тривалість застосування) [13].

Схожий підхід можна спостерігати і в висловлюваннях А. Кассезе. Він називає перші два елементи фундаментальними, а стосовно третього зазначав, що елемент часу у формуванні звичаєвих норм може змінюватися залежно від обставин справи і інтересів держави в кожний конкретний момент [14].

Важливим є уточнення, що без елемента часу саме існування ані практики, ані «*opinio juris*», ані інших елементів звичаю неможливе. Фактор часу дійсно може змінюватися залежно від обставин справа, але це зовсім не означає, що ним можна зневажати й повністю виключити з процесу формування норм звичаєвого права. Спроби звести його до мінімуму призвели до того, що у доктрині міжнародного права виникла теорія «моментальних звичаїв». По великому рахунку, на наш погляд, ця теорія носить характер наукових гіпотез, що віддалені від реального життя.

Під час другої доповіді спеціального доповідача М. Вуда за темою «Виявлення міжнародного звичаєвого права» Комісія з міжнародного права ООН висловила повну підтримку щодо «двоелементного підходу» в питаннях формування міжнародно-правового звичаю. Так, редакційним комітетом було закріплено саме такий підхід: Для встановлення змісту та самого факту існування конкретної норми міжнародного звичаєвого права є необхідність впевнитися в наявності загальної практики, що буде визнана в якості правової норми («*opinio juris*») [16].

Комісія міжнародного права ООН заявила про повну підтримку «двоелементному підходу» під час другої доповіді спеціального доповідача М. Вуда за темою «Виявлення міжнародного звичаєвого права» [15]. Редакційним комітетом біло закріплено саме такий підхід: Для визначення існування і змісту норми міжнародного звичаєвого права необхідно переконатися в наявності загальної практики, визнаної як правової норми («*opinio juris*»)» [16].

Грунтуючись на вищевказані міркування, подальший розгляд питань формування норм звичаєвого права буду відбуватись, головним чином, навколо питань взаємодії двох основних елементів міжнародних звичаїв – об'єктивного (практики) і суб'єктивного («*opinio juris*»).

Так, в основі практики лежить правило поведінки, яке в перспективі могло б регулювати міждержавні відносини між суб'єктами міжнародного права. При цьому, пріоритетне значення відводиться державам як основним суб'єктам міжнародного права.

У звичайному нормоутворенні також важливу роль відіграє практика міжнародних міждержавних організацій, яка складається як в їх відносинах с державами, так і між самими міжнародними організаціями. Це обумовлено збільшенням кількості міжнародних організацій, зростанням їх ролі та активності в міжнародному спілкуванні. Не можна не вказати на наявність звичаєво-правової практики всередині самих міжнародних організацій,

наприклад з організаційних питань. Міжнародний суд ООН при розгляді переданих справ і винесенні консультативних висновків неодноразово звертався до внутрішньої практики міжнародних організацій.

Разом з тим діяльність суб'єктів міжнародного права проявляється в роботі органів (державних, міжнародних) та інших осіб, уповноважених виступати на міжнародній арені від імені таких суб'єктів і дії яких можуть бути приписані суб'єктам міжнародного права, які несуть міжнародно-правову відповідальність. Цей підхід, зокрема, відображений у резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 12.12.2001 р. № 56/83 «Відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння» [17].

Стосовно нової практики в її звичаєво-правовому контексті дії суб'єктів міжнародного права повинні відповідати їх міжнародній правоздатності – універсальній або обмеженій. Так, держави, що володіють універсальною правоздатністю, повинні діяти виходячи зі свого суверенітету і суверенних прав і юрисдикції, що не суперечать основним принципам міжнародного права. Разом з тим така практика не повинна порушувати аналогічні права інших держав, інших суб'єктів міжнародного права, існуючі міжнародні договори цієї держави. Суб'єкти, які беруть участь у формуванні звичайних норм міжнародного права, не можуть виходити за межі своєї компетенції, передбаченої для держав національним законодавством і їх міжнародно-правовими зобов'язаннями, а для міжнародних міжурядових організацій – установчих договорів та інших пов'язаних з ними юридично обов'язкових документів. В іншому випадку така практика буде протиправною з позиції законодавства держави або міжнародного права, або того чи іншого. Нерідко звичаєво-правова практика покликана закрити прогалини в міжнародно-правовому регулюванні або, при відповідній імплементації – прогалини в законодавстві держав. Хоча слід зауважити, що мають місце випадки коли виникала зазвичай-правова практика, що суперечить міжнародним договорами або розвиваючи їх положення. Наприклад, це стосується дозвільного порядку

нерегулярних польотів над територією держави іноземних повітряних суден, зайнятих у міжнародних повітряних сполученнях, передбаченого Чиказькою Конвенцією про міжнародну цивільну авіацію (1944 р.), або порядку голосування в Раді Безпеки ООН.

Важливим для зазвичай-правової практики є питання про те, чи входять в практику, що веде до формування міжнародного звичаю, тільки дії і заяви держав на міжнародній арені або також і їх внутрішньодержавна діяльність.

У багатьох випадках практика, яка могла б стати в майбутньому звичаєм, являє собою нове правило поведінки, яке при відповідному визнанні в як правова норма покликана в майбутньому регулювати міждержавні відносини, взаємовідносини суб'єктів міжнародного права. Така практика носить погоджувальний характер (питання дипломатичних відносин тощо). Разом з тим практика може мати відношення і до внутрішньодержавного життя (права і свободи особи, режим іноземців, надання громадянства, кримінально-процесуальні питання тощо), а також до внутрішньої діяльності міжнародних організацій (порядок сплати членських внесків міжнародних організацій, правила, що регулюють інші внутрішньоорганізаційні питання їх діяльності). У цій ситуації практика, як правило, не носить узгодженого з іншими державами характеру, хоча держава може розглядати зарубіжну внутрішньодержавну практику як зразок, погоджуватися з нею шляхом запозичення. Але в будь-якому випадку повинна бути переконаність держав розглядати ту чи іншу практику як звичаєво-правову. Наприклад, це відноситься до практики, що лежить в основі таких звичаєво-правових норм, як право людини на життя, безперешкодний доступ до правосуддя і т. п.

Як зазначалося вище, практика держав складається з властивої їй поведінки, будь-то при здійсненні виконавчої, законодавчої, судової або будь-якої іншої функції. Хоча мають місце інші точки зору тих вчених, які відкидають законодавчу і судову практику держав у створенні звичайних норм міжнародного права.

До вербальної (письмового, усного) поведінки виконавчої влади держав нерідко відносять їх укази і постанови, офіційні заяви глав держав, урядів або відомств закордонних справ з тих чи інших міжнародних проблемам, заяви даних осіб у парламенті, на міжнародних конференціях або у міжнародних організаціях, прес-релізи та висновки офіційних юридичних радників, керівництва, розроблені в державах з правових питань (наприклад, керівництва з військового права, розпорядження по Збройних Силах, правила бойових дій), позиції, виражені державами в національних або міжнародних судах і трибуналах, протести у зв'язку з резолюціями міжнародних організацій і конференцій, заяви від імені держав щодо заходів кодифікації і т. п. в галузі дипломатичних відносин – це дипломатичні акти і кореспонденція, зокрема вербальні ноти, протести за допомогою дипломатичних представництв проти практики інших держав або інших суб'єктів міжнародного права. Разом з тим Комісія міжнародного права ООН звернула увагу, що з урахуванням неминучості змін, як політичних, так і технологічних, і їх темпів спроба скласти вичерпний перелік цих «матеріальних джерел» міжнародного звичаєвого права є ні не можливою, ні бажаною.

Те, що стосується законодавчої практики, то про неї, на нашу думку, може йти мова, коли практика і її визнання в якості правової норми можуть розглядатися як єдине ціле. У будь-якому випадку реалізація таких законодавчих норм ґрунтується на діях або бездіяльності органів виконавчої влади. Наприклад, встановлення прибережною державою за допомогою свого законодавства 12-мильної межі територіального моря і напущені його неправомірного перетину забезпечується органами виконавчої влади держави, а також повагою цього правила іншими державами та їх судами.

Спори йдуть і щодо практики внутрішньодержавних судів. Окремі держави відносять судову практику, перш за все, в питаннях, що відносяться до міждержавних відносин, до звичаєво-правової практики. Є й інші точки зору, так, на думку Г. М. Даниленка, в принципі внутрішнє судове рішення саме по

собі не може відігравати незалежну роль у створенні міждержавної практики, так як воно не є вираженням первісного домагання держави в галузі міжнародних відносин [18].

Разом з тим до звичаєво-правової практики, на думку вчених, пред'являється ряд вимог, без яких звичай сформуватися не може. Зауважимо, що в доктрині міжнародного права перелік цих вимог не устоявся, нерідко вони іменуються по-різному і досить часто в них вкладається різний зміст. До їх числа відносять: 1) спільність (загальність); 2) однаковість і визначеність; 3) стійкість і сталість; 4) тривалість. Деякі автори обмежують їх універсальністю, однаковістю і сталістю [19].

В основі міжнародного звичаю лежить однакова практика, яка розглядається Комісією міжнародного права ООН в якості ключового міркування при виявленні норми міжнародного звичаєвого права. При цьому комісія вживає різну термінологію, а саме, «однаковість» або «однакова практика», «усталена практика», «чітко встановлена практика», «міцно вкорінена практика» і т. п.

Разом з тим, незважаючи на настільки «суворий» критерій, в доктрині міжнародного права і практиці існує точка зору, що вимога однаковості практики означає, що в аналогічних ситуаціях дії різних держав повинні бути в цілому ідентичними. Так, у рішенні у справі про військові та напіввійськові дії США проти Нікарагуа Міжнародний Суд ООН зазначив, що, на його думку, для формування звичайної норми не потрібно, щоб «практика повністю строго відповідала даній нормі». Відповідно до точки зору Г. М. Даниленка, абсолютного однаковості практики не потрібно: «головне полягає в тому, щоб правило поведінки, що лежить в основі практики, проявилось досить чітко і в цілому розглядалося як необхідний стандарт поведінки». При цьому нерідко вживається схожа вимога до практики – її визначеність як наслідок однакової поведінки [20].

Виконання вимоги визначеності необхідно для того, щоб на підставі однакової практики можна було сформулювати загальне правило. Причому, як і в випадку з однаковістю, на думку І. І. Лукашука, досягнення абсолютної визначеності для формування звичаю не потрібно, та й це не завжди можливо: «проблема визначеності – одна з головних для звичайного права, яке характеризується недостатньою чіткістю, розпливчастістю» [21]. Існують і інші точки зору. Так, Л. Р. Шаммасова вважає, що мають місце сумніви в необхідності виділення «визначеності» практики в якості самостійної вимоги і, на її думку, якщо практика задовольняє критерії сталості та однаковості, то вона не може бути невизначеною [22].

Подібного роду заяви про необов'язковість абсолютної однаковості і визначеності стосуються, на нашу думку, тільки загальних норм, швидше принципів міжнародного права, ніж конкретних норм, що регулюють спеціальні питання міждержавних відносин. Розпливчастість формулювань, що виправдовуються такими твердженнями, якраз і ведуть до неефективності зазвичай-правового регулювання, зниженню його авторитету. У кожному випадку необхідно з'ясувати, про яку практику йдеться, її зміст, а також який вона має характер – загальний або конкретний.

На загальну думку, зазвичай-правова практика може мати такі різновиди, як дія або бездіяльність. Щодо останнього, її значення для формування звичайних норм міжнародного права ведеться чимало суперечок серед вчених і практиків.

Сама бездіяльність звичайної норми не створює. В іншому випадку будь-яка бездіяльність вже заклала б фундамент звичайної норми міжнародного права. На нашу думку, бездіяльність може розглядатися як завжди-правова практика тільки коли воно закладає основу міждержавних відносин з того чи іншого питання.

Про бездіяльність як вид практики згадується в ряді міжнародних судових рішень, зокрема, в рішеннях у справах «Lotus», про військові та напіввійськові дії США проти Нікарагуа [23].

Практика утримання від тих чи інших дій на міжнародній арені виявляється в таких фундаментальних принципах міжнародного права, як невтручання і повага суверенітету держав.

У доктрині міжнародного права точаться суперечки про те, які форми може мати зазвичай-правова практика. На цей рахунок склалися дві концепції щодо фізичних дій, а також письмових, усних заяв. Спори ідуть щодо питання, чи включає така практика лише фізичні дії, або тільки вербальні дії, або те й інше. На думку М. Вуда, практика може мати форму як фізичної, так і вербальної дії [24]. Багато вчених стоять на протилежній позиції і стверджують про те, що до тих пір, поки держави не вжили заходів щодо забезпечення виконання вербальних актів, вони не можуть становити матеріальна ознака міжнародного звичая.

Фізичні дії держав, безсумнівно, є основою для формування звичайних норм міжнародного права. Разом з тим, вони не можуть бути поза правового поля держави. Вони повинні бути одягнені в форму тих або інших законодавчих чи інших нормативних правових актів, або міжнародних договорів, або, принаймні, повинні бути не заборонені.

На жаль, позитивність вербальних актів, зокрема тих чи інших заяв уповноважених державами осіб, в якості основи для формування звичайних норм міжнародного права в даний час знижується. Держави переслідуючи вузькі, егоїстичні інтереси (економічні, політичні і т. д.) і, активно протиборчуючи один з одним на міжнародній арені, досить часто змінюють позицію по міждержавних питань. Тому, на нашу думку, до вербальної практики слід ставитися обережно. При аналізі такої практики необхідно дивитися на те, що роблять держави та інші суб'єкти права, а не на те, що вони заявляють. З цим згодні багато вчених в області міжнародного права. Важливо

також дивитися на зв'язок заяв держав з їх подальшим юридично-правовим закріпленням.

Зазвичай-правова практика не повинна відображати одномоментні потреби. В на нашу думку, одні з ключових вимог, які повинні пред'являтися до зазвичай-правовій практиці, – це відповідність практики закономірностям суспільного розвитку, потребам розвитку міждержавних відносин, спільним інтересам держав, у багатьох випадках, її прогресивність. В іншому випадку практика не приживеться. На думку Ш. Вішера: «звичайна норма з'являється тоді, коли практика в результаті однакового застосування стабілізувалася і в ній спостерігається вираз рівноваги або хоча б тимчасової стабілізації існуючих інтересів».

Таким чином, до числа основних вимог до зазвичай-правової практики можна віднести: її спільність; однаковість і визначеність, стійкість (стабільність) і сталість (безперервність), відповідність закономірностям суспільного розвитку, потребам розвитку міждержавних відносин, загальним інтересам держава. Дані вимоги носять системний характер, вони взаємопов'язані, нерозривні і складають єдине ціле. Прогресивність практики носить важливий, але факультативний характер. Тривалість у часі не слід відносити до числа вимог до зазвичай-правової практики, вона є лише її характеристикою.

Якщо порівнювати «*opinion juris*» та практику як елементи міжнародно-правового звичаю, то основна відмінність першого полягає в тому, що він апелює до позицій суб'єктів міжнародного права і самих держав. Його внутрішня суть полягає у пошуку ставлення учасників міжнародних правовідносин до подій, які відбуваються на міжнародній арені.

У рішеннях Міжнародного суду суб'єктивний елемент («*opinion juris*») міжнародно-правового звичаю традиційно визначається латинським висловом «*opinio juris*» *sive* *necessitates* (скорочено – «*opinio juris*»), який, необхідно підкреслити, зовсім не має коренів відповідно до класичного римського права.

Дослівно, даний вислів можна тлумачити як «думку про правомірність або необхідність».

В остаточній доповіді Комітету з формування норм звичаєвого міжнародного права, створеного в рамках Асоціації міжнародного права, акцентується увага на те, що суб'єктивна складова розцінюється одночасно як «воля» («will») і як «згода» («consent») [25]. Так, згадуваний вище спецдоповідач Комісії міжнародного права ООН М. Вуд натомість класичному терміну «*opinio juris*» запропонував використовувати термін «визнання в якості правової норми». Свою думку він аргументував тим, що вона заснована на лексиці Статуту Міжнародного суду ООН і напряду впливає з його практики. М. Вуд зазначає, що згідно практиці суду, загальна сутність даного елемента незалежно від будь-яких інших визначень, зводиться до визнання державами того, що їх поведінка, а також поведінка інших відповідає міжнародному праву[26].

Мюллерсон Р. у своїх судженнях наводить декілька тлумачень суб'єктивного елемента. Так, він вважав, що віра, поступливість, мовчазне визнання та згода мають спільне – всі вони демонструють суб'єктивне ставлення держав до власної поведінки, або до поведінки інших держав відповідно до міжнародного права» [27].

Багатоманітність визначень свідчить про наявність у суб'єктивного елемента багатьох змістових забарвлень. Більш поглиблене їх дослідження дозволяє зробити висновок про різну змістовну спрямованість в більшості з них, завдячуючи якій вони, скоріше доповнюють одні одного за змістом, ніж розкривають нюанси одного й того ж явища.

Так, визнання, що найчастіше використовується для характеристики «*opinio juris*» в вітчизняній доктрині являє собою логічний наслідок віри або угоди (консенсусу). Зі свого боку, заява може виступати в якості однієї з форм прояву визнання, а якщо порівняти поняття «визнання» і «воля», то дійдемо висновку, що останнє є більш глибоким за змістом і суттю. Вона містить

механізм прийняття й втілювання в життя рішень, у якому саме визнання є лише одним з етапів формування і вираження вольового наміру.

Варто зазначити, що більшій частині дослідників саме вольовий аспект бачиться головним у розумінні природи «*opinio juris*». Вияв волі в міжнародних відносинах є ніщо інше як прагнення до політичного домінування в міжнародних відносинах, а узгодження волі сторін є ніщо інше як єдиний розумний спосіб для досягнення мирного і взаємовигідного співіснування держав. Так, Б. Стерн переконана що для кожної держави зміст «*opinio juris*» буде залежати від того, яке місце займає його сила («*power*») в межах міжнародного порядку. Воля держави, на думку ученої все одно несе в собі елемент сили, незважаючи навіть на відсутність її прямого вияву. В такому випадку, частина держав будуть почуватися себе зобов'язаними, через власне бажання, бо погодились на це, а інша частина держав навпроти почуватимуться себе зобов'язаними проти своєї волі тому що норма накладає на них свій обов'язок. Самозвичасва норма розглядається як така згідно волі тих держав, що в змозі нав'язати власну точку зору [28].

Загальним висновком, що озвучила Б. Стерн був таким, що «*Opinio juris*» за своєю суттю є домінуючою ідеологією міжнародного співтовариства, визнаною іншими, навіть попри те, що вана є бажане одним і терпимою для інших. Можливо, саме в цьому сенсі вислів «*opinio juris sive necessitates*» розкриває свій повний зміст. З позиції сили в міжнародному співтоваристві, держави з власної волі будуть приймати участь у процесі формування міжнародного звичаю, або з позиції причетності до створення права, або з позицій пристосування до права, що походить від волі інших держав, що вважають себе такими, що створюють право [28]. Неможливо погодитися з цими твердженнями бо право має не силову, а моральноцінісну основу

З позитивістської точки зору «*opinio juris*» відповідно до об'єктивного елемента відіграє першочергову роль [29]. Не практика, а саме воно стає первинним. Хоча, ця первинність має і свою специфіку. Первинність

ототожнюється з можливостями окремих держав за допомогою сили нав'язати свою політичні інтереси іншим. З цього приводу, М. Байєрс висловлювався, що у випадку розгляду практики в якості первинної складової міжнародного звичаєвого права, то потрібно враховувати відмінності в добробуті та військовій силі під час формування норм звичаєвого міжнародного права. Науковець впевнений, по-перше, що «*opinio juris*» дозволяє відрізнити практику, що відповідає праву держав від тої, що їй перечить. А по-друге, використовується з метою контролю зловживання силою з боку держав під час процесу створення міжнародного звичаєвого права [30].

Вольвий аспект присутній в міркуваннях О. Еліаса [31]. Він, не торкаючись вищезгаданих концепцій та політичної доцільності при тлумаченні «*opinio juris*», зводить звичай до угоди держав, спрямованої на на обґрунтування важливості встановлення їх згоди стосовно кожного конкретного правила поведінки, що може претендувати на статус норми міжнародного звичаєвого права і повністю виключає можливість формування цих норм без вольвого впливу.

Як поведінка людини визначається інтересами й цінностями суспільства, серед якого вона проживає, так само і поведінка держав, якщо, звісно, вони прагнуть до мирного співіснування та співробітництва, визначається загально визнаними цінностями, саме існування котрих доведено в багатьох сучасних наукових працях. З позиції позитивістського сприйняття правової дійсності у світі, коли держава розглядається як первинний і основний учасник міжнародних відносин, саме дотримання норм міжнародної моралі стає обов'язковою умовою злагодженої роботи міжнародної правової системи в цілому. Універсальні загальнолюдські морально-етичні норми-принципи, на яких засновані сучасні концепції природного права, настільки вкорінені у світовій суспільній свідомості, що стали сприйматися як абсолютні цінності, які не вимагають доведення шляхом сіспільної практики. Вся практика людства їх сформувала і багачисельними прикладами підтвердила їх достовірність. Велике

значення сукупності моральних норм була взята за основу творцями міжнародного права по закінченню Другої світової. За майже відсутністю детальних доказів та обґрунтувань щодо виникнення міжнародно-правових звичаїв, органи, які були вповноважені розглядати справи щодо міжнародних злочинів і порушень норм збройних конфліктів, проголошували моральні норми нормами звичаєвого міжнародного права, а також використовували їх.

Саме «*opinio juris*» здійснило колосальний вплив на сьогоденні події в міжнародному житті, про що не варто заперечувати. Варто зазначити, що даний вплив не призвів до домінанту якихось утопічних ідей над реальністю. Він став результатом прогресу суспільної практики, що зафіксувались у вигляді принципів міжнародного права. З цього приводу не можна погодитись з Д. П. О'Коннеллом, що розглядає «*opinio juris*» як повинність («*oughtness*»). Так, у своїх працях він пише про те, що вказана повинність виступає не просто артефактом мислення, а реальним спонуканням, яке змушує, виходить з позицій необхідності збереження та розвитку суспільного життя [32].

Узагальнивши вищевикладене можна дійти до двох суттєвих висновків:

1. За вираженням внутрішнього (психологічного) ставлення, яке мотивує вольову поведінку будь-яких суб'єктів міжнародного права, в тому числі суверенні держави, до певних подій міжнародного життя знаходиться багатолітній досвід розвитку людської цивілізації, який сформував універсальні морально-правові принципи – ті принципи, що окреслюють основи правового регулювання міжнародних і внутрішньодержавних відносин.

2. «*Opinio juris*» являє собою демонстрацію правової свідомості учасників міжнародних відносин, що здійснюється ними ґрунтуючись на підставі уявлень, що склалися під час тривалої міжнародної та внутрішньої практики, про відповідність праву в кожній конкретній ситуації на міжнародній арені, і висловлюваний через визнання його в якості звичаєвої норми міжнародного права.

Висновки до розділу 1

Вся історія людства доводить первинність звичаю, який успішно справлявся з функцією найбільш ефективного декларування фундаментальних норм поведінки суб'єктів права. Верховенство міжнародно-правового звичаю визначається особливостями його зовнішнього вираження, а саме чисельністю способів доведення, що дають можливість на основі ґрунтовних досліджень наявних міжнародних відносин переконатись в наявності норм міжнародного права («*jus cogens*», «*erga omnes*», загальних принципів права, основних принципів міжнародного права), їх непорушності, фундаментальності).

Сам звичай розуміється як мовчазна угода держав без писемного вираження. Міркуючи з позицій позитивізму, що методологічно будує свої дослідження на визначенні очевидних фактів, провідна роль відводиться методам опису і спостереження. Теорія позитивізму відмовляється від вивчення складних взаємозв'язків міжнародно-правових норм з іншими соціальними явищами (нормами моральності і моралі, психологічними закономірностями соціальної поведінки, загальнолюдськими цінностями). З самого початку, вона не здатна виявити внутрішні причини, що схиляють суб'єктів міжнародного права дотримуватись таких неписаних «домовленостей».

РОЗДІЛ 2

СПІВВІДНОШЕННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ ЗВИЧАЇВ ІЗ ВНУТРІШНІМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

2.1 Місце звичаїв загального міжнародного права у правопорядку України

Більшість українських наукових публікацій щодо питань застосування норм міжнародного права обмежуються лише одним джерелом – міжнародним договором. Поза увагою українських фахівців опинилось інше джерело, що користується в сучасному міжнародному праві беззаперечним авторитетом. В українській науковій літературі фактично єдиним, хто займався вивченням питання співвідношення міжнародно-правових звичаїв з внутрішнім правом України є М. В. Буроменський. Саме тому, на нашу думку, його працю можна вважати відправною точкою для постановки і вивчення питань в цьому науковому напрямі. Почати необхідно з того, що для правової системи України є зовсім нетиповою вказівка на міжнародно-правовий звичай, як самостійне джерело права. Конституція України, як основний закон нашої держави взагалі не містить на це будь-яких посилань, а слово «звичай» зовсім відсутнє. Чинне законодавство згадає про звичай лише в нормативно-правових актах, щодо регулювання відносин приватного права.

Частина 1 ст. 4 Закону України «Про міжнародне приватне право» до 2010 р. декларувала, що одним із джерел визначення права, що підлягає застосуванню по відношенню до приватноправових відносин з іноземним елементом, можуть бути міжнародні звичаї, які визнаються в Україні. Згодом, з Закону були видалені навіть найменші згадки про міжнародний звичай в якості правового джерела, яке підлягало застосуванню відносно приватноправових відносин з іноземним елементом.

Посилання на звичай як самостійне джерело виникнення юридичних прав та обов'язків можна знайти в Цивільному кодексі України, де ст. 7 вперше в вітчизняному правовому полі закріпила звичай як самостійне джерело виникнення юридичних прав та обов'язків. У ч. 1 коментованої статті передбачається, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм і, зокрема, звичаєм ділового обороту, а ч. 2 ст. 7 визначає абсолютний примат договору над звичаєм. Зокрема, зазначається, що звичай, який суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується». Але попри все, чіткої вказівки саме на міжнародно-правовий звичай у ст. 7 ЦК України не надається.

Харитонов Є.О. зазначає, що коментована вище стаття вперше у вітчизняному законодавстві вказує на звичай, як на джерело цивільного права і визначає засади його застосування. Зокрема, залежно від характеру правового звичаю, учений виділяє декілька його видів: внутрішні звичаї країни, міжнародні звичаї, звичає основоб яких є звичаєве право, судовий звичай, звичай ділового обороту та ряд інших. Загальні принципи права він також відносить сюди.

Він додає, що залежно від характеру правового звичаю його можна поділити на декілька видів: міжнародні звичаї; звичаї внутрішньодержавні; звичаї, що ґрунтуються на звичаєвому праві; судовий звичай; звичай ділового обігу (обороту) та ін. [33]. Сюди ж він відносить і загальні принципи права.

Звеков В. П. виділяє, з одного боку, звичаї, які є джерелами як міжнародного, так і публічного права а з іншого боку, звичаї, які є джерелами виключно міжнародного приватного права. Другу групу міжнародних звичаїв учений трактує як звичаї міжнародного торговельного обороту. Слід також зазначити, що в чинному українському законодавстві безпосередньо поняття «міжнародний торговельний звичай» прописано лише у ч. 5 ст. 4 Господарського процесуального кодексу України. У ст. 6 Кодексу торговельного мореплавства України йдеться про «звичаї торговельного

мореплавства». Як і в попередніх випадках, ні перше, ані друге джерело не надає зміст цих понять, їх співвідношення між собою та з поняттям «міжнародний звичай».

Частина 1 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» наділяє суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору (контракту) правом використовувати в тому числі й міжнародні звичаї. Варто зазначити, про відсутність у перелічених нормативно-правових актах будь-якого посилання на термін «міжнародний звичай», а тому вважаємо за необхідне звернутися до вітчизняної доктрини міжнародного приватного права.

Незважаючи на наявність прогалини у питанні офіційного тлумачення поняття міжнародно-правового звичаю, українське законодавство відводить допоміжну роль стосовно писаних позитивних норм. Так, в ч.1 ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору (контракту) можуть використати відомі міжнародні звичаї тільки тоді, коли це прямо не заборонено й у виключній формі цим та іншими законами України. У Законі «Про міжнародне приватне право» допоміжна роль міжнародних звичаїв явно простежується в тому, що, окрім згадуваної ч. 1 ст. 4, у Законі відсутнє жодне посилання на можливість застосування міжнародних звичаїв, що явно контрастує з постійними застереженнями на користь застосування міжнародних договорів, укладених Україною.

Якщо дивитися на ситуацію в цілому, то наявна практика щодо апелювання до міжнародно-правових звичаїв у процесі вирішення спорів в арбітражних органах, а також великий інтерес до них за останні десятиліття в закордонній юридичній літературі показує, що реальний вплив міжнародно-правових звичаїв на регулювання міжнародних та суспільних відносин не тільки не зменшується, а усіяко зростає. Досить ґрунтовні дослідження останніх років в Україні, особливо стосовно проблематики правових звичаїв

міжнародної торгівлі, дозволяють дійти висновку, що вони є зовсім різними за своєю суттю: одні виконують допоміжну або доповнюючу роль стосовно зовнішньоекономічних договорів, а інші мають імперативний характер.

Вдалим є зауваження О. О. Щокіної, де говориться про те, що доречно надавати обов'язкової сили тим звичаям міжнародної торгівлі, які направлені на захист прав суб'єктів міжнародних комерційних відносин, а також споживачів і забезпечення сталості процесу міжнародного комерційного обороту в цілому (подібними імперативними звичаями міжнародної торгівлі можуть виступати принципи добросовісності та чесної ділової практики) [34]. Разом з тим, не виключене існування таких норм міжнародної торгівлі, які начебто під виглядом правових звичаїв активно нав'язуються сильними учасниками міжнародних торговельних відносин іншим учасникам, що економічно є менш сильними. В цьому разі законодавче втручання є необхідним і обґрунтованим. Виходячи з цього, маємо зазначити, що перелічені вище приватноправові норми виглядають не настільки однозначними і потребують корегування.

Саме ставлення українського законодавства до міжнародного звичаю як норм допоміжного характеру повністю збігається зі ставленням до міжнародних торговельних звичаїв і звичаїв торговельного мореплавства. Відповідно до ст. 6 Кодексу торговельного мореплавства України сторони можуть включати в договори, що укладають між собою, умови про застосування звичаїв торговельного мореплавства тільки в тих випадках, коли вони можуть відступати від правил цього Кодексу.

Загальне міжнародне право поширює свою дію на всі держави світу і за своєю юридичною силою є фундаментальним для міжнародного спілкування та побудови національних правових систем. Воно поєднує імперативні норми міжнародного права («*jus cogens*»). Багато фахівців-міжнародників розглядають його з позиції зобов'язань «*erga omnes*» [35]. Як відомо, від виконання зобов'язань за загальним міжнародним правом не можна відмовитись в

односторонньому порядку. Стаття 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. вказує що «імперативна норма загального міжнародного права є нормою, що схвалюється міжнародним товариством, а також набуває визнання як норма, від відхилення від якої є неприйнятним. Дана норма може бути замінена тільки іншою нормою загального міжнародного права, якій властив подібний характер.

Отже, на держави лягає обов'язок виконувати взяті зобов'язання за загальним звичаєвим міжнародним правом незважаючи на положення їх внутрішнього законодавства з конкретних питань. Ігнорування даного виду міжнародних звичаїв тягне за собою міжнародно-правову відповідальність. В цьому сенсі міжнародно-правовий звичай як одне з джерел міжнародного права за своєю юридичною силою домінує перед міжнародним договором, від положень якого можна відмовитись в односторонньому порядку, хоч і через досить складну процедуру в більшості випадків. Виходячи з викладеного, мимоволі можна дійти висновку, що діюче українське законодавство не визнає імперативний характер норм загального звичаєвого права. Наша Конституція, як і законодавство в цілому взагалі оминає поняття «загальне міжнародне право» та «загальне звичаєве право». Однак, ст. 18 Конституції України закріплює норму, яка декларує зовнішньополітичний курс нашої держави на забезпечення національних інтересів та безпеки, завдяки підтримці взаємовигідного співробітництва із членами міжнародного товариства за визнаними в усьому світі принципами і нормами міжнародного права.

Цікавим є підхід В. Н. Денисова, що ототожнює поняття «загальне міжнародне право» і «звичаєве право» [36]. Виходячи з цього, ст. 18 Конституції дає юридичне підґрунття для застосування міжнародно-правових звичаїв. Але, варто зауважати, що лише по відношенню до тих, які декларують норми загального міжнародного права.

Варто підмітити, що в основних офіційних проектах Конституції України були здійсненні спроби дещо збільшити межі використання «загальприйнятих

принципів і норм міжнародного права». Проект Конституції України від 01.07.1992 р., що виносився на всенародне обговорення, у положенні ст. 8 було запропоноване положення про визнання пріоритету загальнолюдських цінностей та виявлення поваги до загальновизнаних у світі принципів міжнародного права, а ч. 3 ст. 65 загальновизнані принципи міжнародного права були зазначені однією з підстав обмеження діяльності законодавчої влади в Україні [37]. На думку Щокіна Ю. В. більш вдалим було формулювання в ч. 1 і 2 ст. 11 проекту Конституції в редакції від 27.05.1993 р. Коментовані статті декларували не лише обов'язок з дотримання загальновизнаних принципів міжнародного права, а ще мали перелік найголовніших з них, котрими мала б керуватись наша держава при провадженні своєї зовнішньої політики [38].

У прикінцевій частині згадуваної Декларації міститься положення про те, що вона являє собою фундамент для створення нової Конституції, законів України і обумовлює представлення Республіки при укладанні міжнародних угод. Дане положення було дуже привабливим для прискорення процесу державно-правової розбудови нашої держави. Тоді, деякі депутати навіть піднімали питання про надання Декларації статусу Конституційного закону. В підсумку, було вирішено, що Декларація має залишитись в якості більше історичного документу, яким було проголошено державний суверенітет України. Тому, не має великого сенсу розглядати та опиратись на Декларацію про державний суверенітет, як чинний нормативно-правовий акт конституційного рівня з нормами прямої дії. Це може означати лише, що питання про місце звичаїв загального міжнародного права у внутрішньому праві України досі залишається не врегульованим, але це не знімає з України виконання взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань [39].

Вважаємо за необхідне виділити позицію В. Н. Денисова з цього питання, який до прийняття чинної Конституції України наголошував на обов'язковості декларування у національному праві нашої держави норм міжнародного права, реалізованих у звичаєво-правовій формі. Він звертав увагу на необхідність

розмежування дії загальних норм міжнародного права (звичаєвого права) і дії договірної права, а також вносив пропозицію з доповнення майбутньої Конституції нормою наступного змісту: «Загальні норми міжнародного права, визнані міжнародним співтовариством, є частиною права України. Вони мають пріоритет перед законом і безпосередньо становлять права і обов'язки для населення України» [40].

Частина 1 ст. 8 КУ декларує в Україні принцип верховенства права. Конституційний Суд України вказав в п. 4.1 свого рішення, що одним із виявів верховенства права слугує те, що право не обмежене одним лише законодавством, як однією з його форм, а містить й інші соціальні регулятори, такі як норми моралі чи звичаї. Вони є визнані суспільством як закономірний результат культурного рівня розвитку. Всі вони поєднуються якістю, яка відповідає засадам справедливості, ідеї права, що знайшли своє втілення у чинній Конституції України. Саме таке сприйняття права не залишає підстав для його уподібнення з законом, який в деяких випадках є несправедливим. Адже саме справедливість є однією з головних підвалин права та є вирішальною у тлумаченні його в якості регулятора суспільних відносин та одним із вимірів права [41]. Варто також відмітити, що тлумачення поняття «верховенство права» не обмежено державними кордонами.

З проголошенням незалежності і початком формування своєї правової системи Україна почала орієнтуватися на найбільш вдалий світовий досвід правотворчості (досвід міжнародно-правового співробітництва). Так, велика кількість Конституцій держав світу в тій чи іншій формі закріпила домінування норм міжнародного права над національним правом. Саме тому, як для інших держав, так і для України є логічним визнання пріоритету звичаїв міжнародного права над звичаями національного права. Однак, за необхідне буде уточнити, що загальне міжнародне право теж буває різним. У більшості випадків спрямованість цих норм охоплює міжнародну безпеку (заборона агресії і погрози нею, мирне вирішення спорів, заборона геноциду, апартеїду,

колоніалізму і т.д.). Значну частину становлять норми, що направлені на гуманізацію ведення воєнних дій міжнародного і не міжнародного характерів. Частина вчених вважають, що загальні принципи в міжнародному праві є самостійним джерелом, інші – загальні принципи об'єктивуються через інші загальновизнані джерела, – у першу чергу через міжнародні договори і міжнародно-правові звичаї.

Отже, підсумовуючи можна впевнено заявити що у Конституції і внутрішніх нормативно-правових актах України відсутнє регулювання питання про співвідношення норм загального, звичаєвого міжнародного права і національного права України. В тих нормах, де міститься відсилання до міжнародних звичаїв відсутній єдиний підхід до їх застосування, заснований на місці та ролі кожного з різновидів звичаїв у регулюванні міжнародних відносин.

Конституція України:

а) принцип верховенства права, що має своє закріплення у ст. 8 дає підставу для пріоритетного застосування у внутрішньому правовому полі України тих звичаїв міжнародного права, які проголошують загальні принципи права, при таких обставинах, коли такі звичаєві норми порушують норми самої Конституції;

б) ст. 18 встановлює пріоритет використання звичаїв загального міжнародного права національними судовими й адміністративними органами нашої держави під час надання юридичних оцінок міжнародній діяльності України.

Норми ч. 1 ст. 6 Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» і ч. 2 ст. 7 ЦК України в контексті застосування звичаїв загального міжнародного права суперечать міжнародно-правовим зобов'язанням України, що випливають із цього ж загального міжнародного права.

2.2 Міжнародно-правовий звичай і міжнародний договір: пріоритет в закріпленні норм загального міжнародного права

Важкий шлях, який пододало людство протягом ХХ ст., призвів до розуміння необхідності існування певних універсальних норм, які були б абсолютно загальнолюдською цінністю і відступництво від яких було б неприпустимим. Хід світової історії ці норми вже давно сформулював та міцно закріпив в масовій свідомості за допомогою норм моралі, релігії, традиції і, звісно, в національних правових системах. Для надання їм універсального характеру найбільш ефективним засобом їх правової фіксації стало міжнародне право, а саме та його частина, яка і закріпила так звані норми загального міжнародного права – його загальновизнані принципи. Власне кажучи, завдяки ним міжнародне право в очах світової громадськості знайшло загальну значимість і одночасно з цим міцний морально-правовий фундамент для будівництва глобальної міжнародно-правової нормативної системи.

Своє втілення ці норми отримали в основних джерелах міжнародного права – міжнародному звичаї та міжнародному договорі. Питання в тому, який з них є превалюючим, вже довгі роки обговорюється в доктрині міжнародного права. В цій суперечці пріоритет звичаю віддають Д. Анцилотті, Я. Броунлі, М. В. Буроменский, Нгуен Куок Дінь, П. Дайе, А. Пеле, Ж. Тускоз, міжнародному договору – М. А. Баймуратов, Г. М. Даниленко, І. І. Лукашук, Г. Д. Найко, С. Г. Пальчик, Г. І. Тункін, М. Е. Черкес та інші.

Результати дискусії мають практичне значення. Конституції багатьох країн містять положення про пріоритет норм загального міжнародного права над нормами внутрішнього права держав. Варто зауважити, що словосполучення «норми загального міжнародного права» більш характерне для Конституцій, прийнятих в низці країн Західної Європи після другої світової війни (ст. 10 Конституції Італії, ст. 25 Основного закону ФРН, ст. 96 Конституції Іспанії та ін.). в текстах Конституцій пострадянських держав

використовується поняття «загальновизнанні принципи і норми міжнародного права». Дане поняття застосовується в ст. 18 Конституції України і в розділі X Декларації про державний суверенітет України 1990 р., яка як зазначалось раніше вже не має юридичної сили конституційного нормативно-правового акту.

В той же час жодна з конституцій не вказує на механізм втілення цих норм. Враховуючи, що конституції і закони багатьох держав (в тому числі і України) містять добре виписані механізми втілення норм міжнародного права, що містяться в міжнародних договорах, і майже повністю ігнорують норми міжнародного звичаєвого права, то виникає ситуація, коли створюються умови для застосування тільки норм, що мають договірний характер.

Найбільша заслуга радянської науки у відстоюванні позиції щодо декларування норм загального міжнародного права в міжнародних договорах, поза всяким сумнівом, належить Г. І. Тункіну. Неодноразово приймаючи участь у діяльності Комісії міжнародного права ООН з розробки різних багатосторонніх міжнародних угод, що згодом отримали універсальний характер, він рахував, що загальне міжнародне право з тріумфом може бути реалізовано лише в загальних багатосторонніх договорах. Зокрема, вчений писав: «концепція, згідно з якою загальне міжнародне право є виключно звичайним правом, що була правильною за часів Ваттеля і навіть у XIX ст. Однак нині ця концепція застаріла і не відображає сучасної міжнародно-правової дійсності [42]. Існування великої кількості багатосторонніх міжнародних договорів, в яких залучено всі чи майже всі держави, а також чимала робота у галузі кодифікації міжнародного права, створюють ситуацію коли міжнародні договори стають способом безпосереднього створення, зміни та розвитку норм загального міжнародного права» [42]. У той же час він погоджувався з тим, що звичаї продовжують спричиняти помітний вплив на утворення норм загального міжнародного права, проте визнавав, що з часом цей вплив стане нікчемним.

Життя показало, що більшість загальних багатосторонніх договорів дійсно набуло універсального характеру, охопивши своїми зобов'язаннями величезне кількість держав, однак жоден з них не зміг об'єднати всі країни. Вже через порівняно нетривалий період часу практика застосування цих договорів знову відкрило питання щодо їх змін та доповнень. Тож Г. І. Тункін в останній статті, опублікованій в рік його смерті, був вимушений змиритися з винятковим призначенням міжнародно-правового звичаю у процесі становлення норм загального міжнародного права. В якості поступки, він запропонував ідею «змішаних» («mixed») – «договірні-звичайних норм» («treaty-customary norms») [43]. Проте, варто зазначити що вчений знову виділив головним договірний спосіб утворення норм загального міжнародного права, однак, все ж визнав, що даний спосіб нерозривно пов'язано зі звичаєвим правом.

Анцілотті Д., вказуючи на географічне розширення міжнародного права як результату розвитку європейської культури на несєвропейські країни і континенти і на трансформацію його в загальне міжнародне право, пише: «відразу то були загальні переконання, які мало-помалу набули чинності норм, що стали обов'язковими для всіх держав, між якими підтримувалися відносини. Це були норми, настільки пов'язані з характером і потребами такого роду відносин, що їх підтримка була невід'ємною від дотримання цих норм, а вступ нового суб'єкта в міжнародне спілкування – від визнання їх в якості загальних, історично обумовлених принципів самого спілкування» [44]. Дослідник переконаний у тому що «загальне міжнародне право є виключно звичайним правом» через відсутність «договору, учасниками якого були б усі члени міжнародного спілкування» [44]. Загальне міжнародне право складають «всі норми звичаєвого права, існування яких засвідчене і застосування яких не обмежене лише певними суб'єктами» [44].

Маланчук П. пропонує таку інтепретацію загального міжнародного права, при якій дане поняття можна сформулювати як комплекс застосовуваних до

великої кількості держав норм і принципів на основі звичайного міжнародного права або міжнародних договорів. Якщо останні стають обов'язковими для всіх держав, на них часто посилаються як на «світове міжнародне право» [45].

Привертає увагу той факт, що першочергово при закріпленні норм загального міжнародного права науковець поставив звичай. Першочергово з даним джерелом він пов'язує безпосередньо саме загальне міжнародне право». Стосовно призначення двосторонніх міжнародних договорів і механізму поширення на всі держави зобов'язань, що містяться в них, на жаль, детальніше він не висловився. Припустимо, що П. Маланчук мав увазі перетворення двосторонніх договорів в багатосторонні, що охоплюють по своєму суб'єктному складу всі держави світу. Варто зазначити, що історія міжнародного права пам'ятає час, коли багатосторонній міжнародний договір в якості особливої форми закріплення багатосторонніх зобов'язань, ще не був «створений». Прикладом може слугувати формально двосторонній, а де-факто багатосторонній Мюнстерський і Оснабрюцький договори від 1648 р.

Нгуєн Куок Дінь, П. Дайє і А. Пелле вважають, що поняття «загальна норма» необхідно тлумачити, «відштовхуючись від географії»: «Якщо вибрати для дослідження саме таку позицію, то загальним міжнародним правом можна вважати право, що застосовується до Всесвітнього міжнародного співтовариства» [46]. При цьому учені звертають увагу на те, що «для переважної більшості юристів саме поняття міжнародного співтовариства є поняття юридичної спільноти, що ґрунтується на тій обставині, що всі держави підкоряються одному і тому ж праву» [46]. В якості прикладу норм загального міжнародного права вчені наводять імперативні норми ст. 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. [46].

Приклад французьких дослідників вельми показовий, оскільки в міжнародному праві тема імперативних («*jus cogens*») норм, з одного боку, має неминущу актуальність, а з іншого, – масу складних науково-практичних проблем. Так, в міжнародних наукових і політичних колах вже давно склалося

спільне розуміння необхідності існування якихось загальних юридично обов'язкових правил міжнародного спілкування, але в той же час вкрай не має спільної думки в тому, які саме норми міжнародного права відносяться до імперативних. Як зазначає Я. Броунлі: «існує більше правових підстав, що говорять на користь самої категорії «*jus cogens*», ніж на користь її конкретного змісту, однак щодо деяких положень «*jus cogens*» всі держави дійшли спільної згоди; це стосується норм, що відносяться до застосування сили державами, самовизначення і геноциду» [47].

Крім цього, масу питань викликає встановлення найбільш адекватної, провідної форми зовнішнього вираження імперативних норм. Жоден міжнародний договір, жодна правоутворююча резолюція міжнародної міжурядової організації чіткого тлумачення категорії «імперативна норма» або хоча б приблизного переліку цих норм не дає. Згадувана ст. 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 г. швидше підкреслює виняткову міжнародну суспільну значимість імперативних норм, ніж розкриває їх конкретні ознаки. Так договір вважається нікчемним в тому випадку, якщо в момент укладання він перешкоджає імперативній нормі загального міжнародного права [2]. Так, як це має відношення до даної Конвенції, імперативна норма загального міжнародного права виступає нормою, що затверджується та визнається світовим товариством держав в цілому як норма, відступ від положень якої є недопустимим і котра може бути змінена лише наступною нормою загального міжнародного права, що має такий же характер. А ситуація, що склалася, зокрема, в Комісії міжнародного права ООН під час розгляду проекту статей щодо відповідальності держав, призвела до явного погіршення положень щодо відповідальності через порушення імперативних норм (перш за все мається на увазі виключення з тексту ст. 19, що передбачала і деталізувала широко визнаний в науці і практиці класифікацію міжнародних правопорушень на міжнародні злочини та міжнародні делікти). Це говорить про те, що дані проблеми будуть вирішені ще не скоро.

У зв'язку з цим можна повністю погодитися з іншим французьким вченим – Ж. Тускозом, який стверджує, що «переваги писаного права часто бувають більш уявними, ніж реальними» [48]. Тому не випадково абсолютна більшість вчених саме міжнародно-правовий звичай вважають найбільш адекватним способом зовнішнього вираження норм загального міжнародного права. Я. Броунлі, розглядаючи імперативні («*jus cogens*») норми, прямо констатував, що вони є нормами звичайного права, котрі не можуть бути ліквідовані договором або в силу мовчазної угоди, а можуть відокремитися лише після формування нових норм звичаєвого права іншого змісту [47].

Крім імперативних норм тему загального міжнародного права у світовій доктрині та практиці міжнародного права тісно пов'язують з темою зобов'язань «*erga omnes*» (з лат. – що стосується всіх), які і складають загальне міжнародне право, що безпосередньо впливає з їх назви. Питання про співвідношення норм «*jus cogens*» і «*erga omnes*» поки ще недостатньо глибоко вивчене у вітчизняній доктрині. В рамках же цього дослідження відзначимо, що вони також мають головним чином звичаєво-правовий спосіб формування. До такого висновку, зокрема, можна прийти на основі аналізу резолюції Інституту міжнародного права (2005 р.), присвяченої спеціально зобов'язанням «*erga omnes*». В ст. 1 вказується зобов'язання «*erga omnes*» – це:

а) зобов'язання на основі загального міжнародного права, відповідно до якого держава зобов'язана у кожному конкретному випадку перед міжнародним співтовариством, виходячи з його спільних цінностей та його зацікавленості у злагоді, таким чином, що порушення такого зобов'язання уповноважує всі держави вживати дії;

б) зобов'язання держави на підставі багатостороннього договору, стороною якого воно є, бути зобов'язаним під час усякого конкретного випадку перед рештою держав-учасниць цього договору, виходячи з позицій їх цінностей та інтересу в злагоді, так, що невиконання конкретного зобов'язання тягне за собою право інших вживати дії [49].

У преамбулі цієї ж резолюції перераховані приклади загальних фундаментальних цінностей, для захисту яких необхідні зобов'язання «*erga omnes*»: заборона агресії, геноциду, самовизначення, захист основних прав людини, навколишнього середовища [49].

Головною відмінною рисою загальновизнаних норм і принципів міжнародного права, що складають загальне міжнародне право, є їх широка просторова сфера дії, що охоплює всі країни і території без будь-яких винятків. Це, втім, з усією очевидністю випливає зі смислового змісту слова «загальний». Міжнародний договір, як один з основних способів закріплення норм міжнародного права, з цією задачею в повній мірі справитися не в змозі. Тому, як вважає більшість вчених, вона логічно залишається на частку іншого основного джерела міжнародного права - міжнародно-правового звичаю.

На жаль, дане міркування, заснований на виключенні з можливих варіантів відомих науці і практиці міжнародного права джерел, а не на ґрунтовному аналізі причин і умов формування норм загального міжнародного права, веде до суперечливих і парадоксальних результатів. Дійсно, можна прийти до висновку, що, з одного боку, норми загального міжнародного права повинні стосуватися всіх і кожного: адже мало хто в даний час буде оскаржувати необхідність існування норм «*jus cogens*» і зобов'язань «*erga omnes*» в якості стрижневих елементів міжнародно-правової нормативної системи. А з іншого-провідним визнається джерело, наділене, на переконання більшості, масою таких явних недоліків порівняно з міжнародним договором, як відсутність чіткої писаної форми вираження, чіткої процедури формування, певного кола учасників тощо.

Проілюструвати дане непорозуміння хотілося б посиланням на К. Економідеса, який проводив за дорученням Ради Європи спеціальне дослідження питань взаємодії міжнародної та національних правових систем. Торкаючись закріплення в конституціях (в основному, європейських держав) норм, присвячених зазначеному питанню, вчений зазначає, що в порівнянні з

міжнародними договорами такі джерела міжнародного права, як міжнародноправові звичаї і загальні принципи права, згадуються в національних основних законах досить рідко [50]. «Причина, – пише він, – безперечно, полягає в тому факті, що звичаї і загальні принципи розглядаються як неписані джерела міжнародного права, і рівень ясності, точності і – виходячи з остаточного аналізу – безпеки, який вони можуть привнести в правові відносини, не може навіть найменшою мірою змагатися з відповідними якостями міжнародних договорів» [50]. Дослідник вважає, що: «договір – незаперечно переважаюче джерело міжнародного права, функції якого значно і постійно розширюються, оскільки міжнародні звичаї і загальні принципи займають більш-менш вторинне положення – чітко підпорядковане договорам – у класифікації джерел» [50]. У зв'язку з цим вчений рекомендує державам: «особливо тим, які приймають нові конституції, широко визнавати цю перевагу». Що стосується міжнародних звичаїв і загальних принципів права, він радить державам надавати їм переважно ввтоматичний ефект («preferably automatic effect»), щоб всі види судів використовували ці джерела частіше: «особливо в сферах міжнародного права, які ще не кодифіковані». Економідес К. вважає, що дані джерела міжнародного права недостатньо добре відомі національним судам (з чим, зауважимо, не можна не погодитися).

Разом з тим правознавець звертає увагу на те, що в деяких конституціях (Угорщини, Швейцарії) імперативним нормам загального міжнародного права («*jus cogens*») недвозначно надано статус вище, ніж нормам міжнародних договорів. Не коментуючи даний факт і, мабуть, розділяючи такий підхід, вчений рекомендує державам, особливо тим, які приймають нові конституції, надавати абсолютний пріоритет імперативним нормам загального міжнародного права («*jus cogens*») над їх національним законодавством, включаючи свої конституції. Ця вимога сьогодні майже всесвітньо («*universally*») прийнята» [50].

Виникає риторичне питання: яким чином імперативним нормам можна надати абсолютно пріоритетний статус по відношенню до конституцій і національних законодавств держав, якщо щодо міжнародно-правових звичаїв як основної форми їх зовнішнього вираження рекомендується враховувати перевага міжнародних договорів, які в даному випадку виконують тільки допоміжну функцію для встановлення цих норм? З нашої точки відзначені суперечності є результатом позитивістського розуміння природи міжнародного звичаєвого права, яке домінувало у вітчизняній та зарубіжній теорії міжнародного права майже протягом усього ХХ ст. Тільки на рубежі століть широку наукову підтримку отримала позиція, що заперечує за так званою мовчазною угодою-теорією, що складала наріжний камінь позитивістського підходу, – будь-яку значиму роль у появі міжнародно-правових звичаїв. Став формуватися природно-правовий погляд на це джерело, відповідно до якого роль держав у його створення бачиться набагато глибше, ніж раніше. Дана роль зводиться вже не тільки і не стільки в мовчазно впорядкованому співдіянні виконавчих гілок влади різноманітних держав, скільки в різнобічному, повному і насиченому взаємному впливі один на одного різних суспільств, в якому найвагомніше значення належить широким міжособистісним зв'язкам учасників міжнародних відносин. Лише з подібного історичного досвіду гуртового спілкування стало можливим виникнення правових норм, що направлені на забезпечення мирного співіснування держав і народів, а тому і отримали найвищу універсальну загальнолюдську цінність, – норм і принципів, загально визнаних в міжнародному праві. Процес їх формування навіть теоретично неможливо звести тільки лише до укладення міжнародних договорів.

З цієї позиції роль національних правових систем у формуванні звичаїв міжнародного права є не другорядною, а превалюючою. Особливо в цьому сенсі хотілося б виділити важливість національних судів. Адже саме вони своїми діями (осуд застосування сили з метою регулювання спірних

ситуацій, табу щодо посягання на життя людини в будь-якій формі, декларуючи обов'язковість дотримання договірних зобов'язань, встановлюючи відповідальність за їх недотримання і т. д. і т. п.) підготували і вкорінили в найширшому масовій свідомості норми, які отримали у міжнародному праві загальне визнання. А в ряді випадків безпосередньо вказували на існування в міжнародному праві загальновизнаних звичаєвих норм. Яскравим прикладом може слугувати визнання національним судом м. Луанда (Ангола) до затвердження в міжнародних договорах (ст. 47 додаткового Першого протоколу 1977 р. до Женевських конвенцій 1949 р., Конвенції по боротьбі з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців 1989 р.), універсальної звичайної норми міжнародного права, що забороняє найманство [51; 52; 53]. Характерно, що Є. В. Наден прямо називає цей національний судовий процес «першим відомим прецедентом у міжнародному праві» [53].

Звернення до внутрішніх правових відносин не означає повернення до примату національного права над міжнародним. В даному випадку це своєчасна вказівка на глибокі і напружені зв'язки міжнародної та національних правових систем, їх єдині ціннісні і морально-правові начала. Іншими словами, це шлях до єдиного розуміння права, що формується в своїй основі з повторюваних суспільних відносин, перш за все, з найзагальніших, найбільш широко визнаних у міжнародних масштабах правових звичаїв.

Так, найбільш вдалою за формою зовнішнього вираження норм загального міжнародного права (його загальновизнаних принципів і норм) є міжнародно-правовий звичай. Його головна перевага перед міжнародним договором полягає в тому, що він виступає в якості первинного засобу висловлювання тих морально-правових цінностей, що були утворені протягом тривалого історичного досвіду суспільних відносин, чим надали йому ознак, які не є залежними від політичного становища.

Висновки до розділу 2

Отже, можемо говорити про недостатнє правове регулювання у вітчизняному правовму полі питання міжнародно-правового звичаю. З одного боку, було зроблено перші кроки до визнання значимості звичаєвого права на міжнародній правовій арені, його пріоритету над нормами національного законодавства і т. д. З іншого, відсутнє роз'яснення змісту базових понять.

У Конституції та внутрішніх законах України не міститься прямих посилань до міжнародно-правового звичаю як одного з основних джерел фіксації міжнародно-правових зобов'язань нашої держави. Точка зору, яка є загальноприйнятою в українській доктрині про можливе застосування в праву України міжнародно-правоових звичаїв зроблена на підставі апелювання діючої Конституції до «загальновизнаних принципів і норм міжнародного права» (ст. 18) і принципу верховенства права (ст. 8).

Стаття 18 встановлює пріоритетне застосування звичаїв загального міжнародного права національними судовими та адміністративними органами України при наданні юридичних оцінок зовнішньополітичних діяльності діяльності України.

Що стосується співвідношення міжнародного договору та міжнародного звичаю як джерела права, то на нашу думку найбільш вдалою за формою зовнішнього вираження норм загального міжнародного права (його загальновизнаних принципів і норм) є міжнародно-правовий звичай. Його головна перевага перед міжнародним договором полягає в тому, що він виступає в якості первинного засобу висловлювання тих морально-правових цінностей, що були утворені протягом тривалого історичного досвіду суспільних відносин, чим надали йому ознак, які не є залежними від політичного становища.

РОЗДІЛ 3

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ В РІШЕННЯХ МІЖНАРОДНИХ СУДІВ

3.1 Рішення міжнародних судів, в яких закріплені міжнародно-правові звичаї

Аналіз рішень міжнародних і арбітражних органів у світовій доктрині, як правило, варто розглядати крізь призму норми ст. 38 (1) (d) Статуту Міжнародного суду ООН. Зокрема, в своїх положеннях вона вказує на те, що Суд використовує згідно застережень, що навіні в статті 59, судові рішення і доктрини найбільш досвідчених спеціалістів в галузі публічного права різних народів як додатковий інструмент з метою встановлення правових норм. Сама ст. 59 каже нам, що рішення Суду є обов'язковим лише для сторін, які приймають участь у справі, і тільки у даній справі. Виходячи з буквального прочитання ст. 38, судовим рішенням відводиться роль допоміжного засобу, згідно Статуту Міжнародного суду. Грубо кажучи, з положень ст. 38 Статуту, судовим рішенням відводиться роль певного допоміжного засобу, не наділяючи їх якостями джерела міжнародно-звичаєвого права, на перевагу міжнародним договорам, міжнародним звичаям та загальним принципам права. Це може означати лиш те, що кожній із сторін розгляду справи у Суді буде недостатньо зіслатися на інші судові рішення. Кожна із сторін розгляду зобов'язана довести свою правоту засновуючись лише на норми, що закріплені у договорах, звичаях або загальних принципах права.

Стаття 59 Статуту Міжнародного суду вказує на юридичний характер своїх рішень, що покладає зобов'язання лише на сторони конкретного процесу. Тому, держави, що не були стороною у судовому спорі не зобов'язані підкорюватися рішенням Міжнародного суду. Кажучи простою мовою, метою діяльності Міжнародного суду є застосування норм міжнародного права, а не їх

створення. Хоча дане тлумачення стосується лише Міжнародного Суду ООН, велика кількість вчених приймає його за основу при формуванні загальної позиції стосовно рішень міжнародних судових і арбітражних органів. Зокрема, така позиція була домінуючою в радянській доктрині міжнародного права. Її поділяли: Ф. І. Кожевников, Ю. М. Колосов, Д. Б. Левін, І. І. Лукашук, В. Моравецький, Г. І. Тункін, М. Л. Ентін і багато інших вчених. В основі сучасної української доктрини також лежить даний підхід (М. О. Баймуратов, М. В. Буроменський, А. І. Дмитрієв). Проте, варто зазначити, що в останні роки були зроблені спроби до перегляду такого ставлення. Зокрема, варто відмітити роботи таких вчених: В. Г. Буткевич, В. П. Кононенко і С. В. Шевчук.

Вважаємо за необхідне, більш детально зупинитися на аргументах, що приводять сучасні прихильники обов'язкового судового рішення (доктрини «*stare decisis*») у міжнародному праві. Зокрема, В. Г. Буткевич підкреслює, що рішення міжнародних судів та арбітражів раніше не сприймалися в якості джерела міжнародного права в цілому, а особливо в соціалістичній доктрині. Навпроти, західна доктрина з цього боку виглядала більш привабливою. Так, на думку вченого, однією з причин було те, що радянські вчені робили свої підсумки базуючись на практиці Постійної палати міжнародного правосуддя. Так, основними доводами на захист позиції радянських вчених було викладено таке:

1) Статут Міжнародного суду ООН і практика держав не приймають акти цього судового органу в якості джерела міжнародного права;

2) задача Міжнародного суду закладається не в тому, аби створювати норми міжнародного права, а для використання їх в певних випадках. З огляду на це, в рішеннях суду відбивається лише юридичні факти, а зовсім не «правотворчий акт»;

3) саме рішення Міжнародного суду не є прецедентом, наділеним правовою силою;

4) рішення Міжнародного суду спричиняють вплив лише на правосвідомість і міждержавну практику. Отож, джерелом міжнародного права може виступати лише міжнародний договір і міжнародно-правовий звичай;

5) як стверджували радянські вчені, відсилаючись до ст. 38 Статуту Міжнародного суду, що не уповноважує Суд вносити зміни до чинного міжнародного права та не надає йому права породжувати «судові прецеденти»;

6) так, як склад Міжнародного суду представляє собою «незалежних суддів», а не представників держав, його рішення представляють з себе лише окремі думки спеціалістів міжнародників, що можуть надавати доктринальній вплив на міжнародне право при тій умові, що в рішенні судді різних правових та соціальних ситем дійдуть однієї спільної думки [54].

Продовжуючи думку, В. Г. Буткевич, каже про те, що західна доктрина в цілому змінила свою позицію щодо рішень міжнародних судів. Як доказ, заявляє, що на думку багатьох західних фахівців вплинула практика Європейського суду з прав людини та Суду Європейського Союзу. Так, він пише, що діяльність Європейського суду з прав людини своєю діяльністю закреслив майже всі заперечення противників, щодо того, що рішення міжнародних судових установ виступають в кості джерела міжнародного права [54].

Вплив Європейського суду на зміну загального ставлення до міжнародних судових рішень полягало в тому, що він у своїх рішеннях «на чільне місце поставив свої попередні рішення (прецеденти) і не бажає від них відходити, навіть якщо комусь здається, що він цим порушує Конвенцію» [54]. У зв'язку з цим фактом, Суд фактично зобов'язав держави поважати та брати за основу ці прецеденти під час аргументації своєї позиції у конкретних справах.

Так, С. В. Шевчук зазначає, що практика Суду ООН і Постійної палати міжнародного правосуддя, яка містить посилання до власних рішень, рішень міжнародних судів і національних судів, хоч і не є наслідком дії доктрини прецеденту, але «нагадує доктрину «*jurisprudence constante*» в

континентальному праві, коли суд вважає себе фактично зв'язаним своєю попередньою практикою та зобов'язаний її дотримуватися. Більше того, судді з країн англосаксонської правової сім'ї прямо використовують формулювання, запозичені з доктрини «*stare decisis*» [55; 56].

Кононенко В. П., при аналізі практики застосування низкою міжнародних судових органів (Міжнародний суд ООН, Суд Європейського Союзу, Міжнародний трибунал з морського права, Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії, Міжнародний трибунал щодо Руанди) власної практики вказує на загальну тенденцію: при вирішенні спорів по суті або вирішенні будь-яких процедурних питань, всі вони звертаються до власних прецедентів, навіть незважаючи на відсутність у статутних документах прямих дозволів на це. Такий стан речей має свої позитивні та негативні сторони. До позитивних можна віднести правову стабільність, що передбачає неможливість прийняття рішень, які містять проіріччя. Негативним аспектом може стати відсутність необхідної правової бази в процесі прийняття відповідних рішень, що може призвести до порушення норм і принципів міжнародного права [57].

Говорячи про Європейських суд, не можна не погодитися з тим, що загальновизнаною у всьому світі є думка про надзвичайну ефективність його діяльності. Зразковий досвід був узятий багатьма несвропейськими регіональними міжнародними контрольними механізмами, що забезпечують захист прав людини. Значним є вплив і на діяльність універсальних судових установ. Хоча, варто зазначити, останні не завжди мають чітку й однозначну позицію щодо ставлення та питань застосування прецедентної практики Європейського суду.

Зокрема, О. І. Рябцевич, що проаналізував дане питання на прикладі діяльності Міжнародного кримінального трибуналу з колишньої Югославії, звертає увагу, що в одному випадку трибунали відхиляли доводи захисту, що мали в основі рішення Європейського суду, а в інших використовували страсбурзькі рішення як єдині підстави для своїх рішень [58]. Сам вчений

вважає, що є можливим урахування прецедентів міжнародних судових органів (відповідно до ст. 38 Стату Міжнародного суду ООН) для:

- а) встановлення факту наявності міжнародно-правового звичаю;
- б) виявлення наявності «загального принципу права»;
- в) з'ясування вихідного змісту міжнародно-правових норм під час їх тлумачення.

Виходячи з цього, судді міжнародних кримінальних трибуналів вправі зважати лише на страсбурзьке прецедентне право [58].

В національних законодавствах держав, що є членами Ради Європи прецедентна практика Європейського суду має юридичне значення. Так, В Україні, прийнято Закон «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» № 3477-IV від 23 лютого 2006 р. Стаття 17 цього закону говорить про те, що Суди використовують при розгляді справ практику Суду та Конвенцію як джерело права.

Так, на думку Л. Вайлдхабера Європейський суд з прав людини є «Європейським квазіконституційним судом». Аргументуючи свою позицію, він зазначає, що цей орган все менше бере до уваги виняткові випадки, котрі потребували розробки на думку творців Конвенції, а перетворюється в більш багатогранний та фундаментальний інститут, хоча і в досить символічному значенні [59].

Тоді, можна було б дійти висновку, що сформувалась регіональна європейська міжнародно-правова норма, яка доповнює Конвенцію про захист прав і свобод людини 1950 р. і зобов'язує Європейський суд використовувати власну практику. Та, сам Європейський суд зобов'язаним себе до дотримання своєї минулої практики не відносить. Так, в параграфі 35 рішення по справі *Cossey v. the United Kingdom* (1990 р.) Суд вказав на те, що не є зв'язаними з власними попередніми рішеннями. Проте, Суд дотримується та використовує власні прецеденти, що має на меті юридичну визначеність та сталий розвиток прецедентного права Конвенції. І все одно, це не виступає перешкодою для

відступу від ранніх рішень, якщо на те будуть виникати серйозні обставини. Аргументувати такий відступ Суд може тим, щоб тлумачення Конвенції віддзеркалювало суспільні потреби сьогодення і відповідало його умовам.

Тож виникають сумніви в доцільності такої норми, якщо навіть Європейський суд вважає за право, а не обов'язок використання своєї практики [60].

Безумовно, не можна забувати і про політичну складову при ухваленні рішень міжнародним судом. Кожна держава, яка має в його складі свого суддю, що є суворо юридично незалежним, намагається використати його у своїх політичних цілях. Яскравими прикладами є скандали, що подекуди виникають у зв'язку із сумнівами в неупередженості суддів.

О'Коннелл Д. П., наприклад, повністю підтримує доктрину обов'язкового судового прецеденту («*stare decisis*») в міжнародному публічному праві. На його думку, існує схожість міжнародного права і загального права («*common law*»). Закорема, він зазначає що як суддя в системі загального права виконує фундаментальну роль у визначенні загальних принципів, у їх використанні та трансформації з урахуванням можливих обставин, у розвитку за аналогією та у формуванні висновку із припущення, так чинить і суддя в системі міжнародного права. На думку Д. П. О'Коннелла, правотворча діяльність суддів міжнародних судів дозволяє змінити ставлення до сприйняття міжнародного права як результату «згоди держав, відбитої в їх практиці». Насамперед, практику держав становить дипломатична документація, що варто зазначити, не завжди є доступною [61].

На сьогодні, накопичено велику кількість судових рішень, що представляють собою «юридичну мудрість і пропонують юридичне керівництво в майбутніх справах». Д. П. О'Коннелл погоджується, що формально немає підстав вважати міжнародні судові рішення обов'язковими для інших міжнародних судів, але «існує природне небажання відступати від

принципів і норм, які були доведені як задовільні в попередніх вирішеннях правових проблем. Отже, тенденція до «stare decisis» є досить виразною» [61].

Наведемо думку М. Діксона, який є прихильником нового тлумачення ст. 38 (1) (d) і 59 Статуту Міжнародного суду. Розглядаючи ст. 38 він погоджується з тим, що судові рішення виступають в якості допоміжного засобу для визначення права. «Вони не створюють право, а декларують «передправо» («pre-existing law»)» [62]. Він називає одну зі справ Міжнародного суду (рішення в справі *Certain Phosphate Lands in Nauru Case (Nauru v. Australia, Preliminary Objections, 1993)*), в якому він посилається на ст. 59 Статуту. На його думку: «По-перше, ст. 59 дозволяє Суду ігнорувати існуюче рішення в одній справі, навіть при ухваленні рішення в іншій справі стосовно схожого предмета спору, коли наступна справа стосується інших держав або навіть коли вона між тими ж двома державами По-друге, ст. 59 дозволяє Суду зневажати попереднім розглядом, що стосується сутності або змісту норми міжнародного права у спеціальній проблемі (незалежно від сторін), просто в силу того, що воно було роз'яснено в попередньому рішенні» [62].

Згодом, вчений наводить ще декілька рішень Міжнародного суду, в яких він тлумачить ст. 38 і ст. 59 Статуту в їх первісному сенсі та намагається зіставити їх зміст з іншою практикою, де Суд звертається до формулювань зі своїх попередніх рішень.

При цьому, він намагається довести, що саме остання є найбільш правильною та правовою. Хід думки М. Діксона виглядає так. З одного боку, він погоджується, що ст. 59 прямо виключає формальну доктрину «stare decisis» у міжнародно-правовій системі, але, з іншого, заявляє: «По суті, прийняття такого підходу ігнорує практичний ефект, що може мати рішення Міжнародного суду стосовно правових зобов'язань величезної кількості інших держав» [62]. «Практичний ефект» полягає в тому, що рішення Міжнародного суду виступають в ролі «авторитетної підстави для майбутніх рішень» і саме в

цьому сенсі судові рішення повинні розглядатися як джерело міжнародного права.

Роблячи висновки з даної проблеми М. Діксон пише про те, що технічно Суд позбавлений права участі у процесі творення права, але на практиці все виглядає зовсім інакше. Найбільш вдала точка зору зводиться до того, що рішення Суду мають подібний вплив на право як, наприклад, рішення Плати лордів в Об'єднаному Королівстві, без формальної доктрини хобов'язуючого прецеденту. Намагання зберегти державний суверенітет з допомогою звуження функцій Міжнародного суду лише можливістю вирішення спорів без правоутворення виявилась невдалою [62].

Одним з можливих пояснень права Міжнародного суду «створювати» міжнародне право знаходиться в площині реалізації доктрини повноважень, що маються на увазі. Вона також не має юридичного закріплення ні в Статуті ООН, ні в Статуті Суду, а існує лише завдячуючи практиці самого Суду. Доктрина повноважень, про яку йде мова, порушує питання про те, що сформувалась нова норма міжнародного звичаєвого права, яка доповнює, змінює або скасовує окремі положення статуту організації, але не має на меті вирішити її. Іншими словами, вона не підтверджує факт наявності звичаю, а лише жає привід для міркування державам про це [63]. Як приклад, А. Кассазе надає такий коментар щодо норми ст. 38 (1) (d) і 59 Статуту: «Можна з упевненістю заявити, що ці положення або кодифікують звичаєве міжнародне право, або створюють звичаєві норми. Отже, вони застосовуються до всіх рішень міжнародних судів. З цього випливає, що рішення таких судів не створюють права й не є ні доктриною загального права «*stare decisis*», ні зобов'язуючим прецедентом, що може бути застосований» [64].

Проте, вчений зазначає, що в окремих випадках суд фактично задекларував зовсім нові міжнародні норми, геть незважаючи на відсутність повноважень для цього. Суд застосував доктрину повноважень, які маються на увазі («*implied power doctrine*»), завдячуючи якій міжнародні організації мають

можливість виступати такими, які мають повноваження, що є необхідні для досягнення своїх функцій або цілей. Також, науковець зазначає, що немає жодного випадку, коли держави заперечувала з цього приводу або не висловлювала невдоволення відносно подібних заяв. Саме тому, можемо дійти висновку, що держави мовчазно надали згоду нормотворчій функції, які наразі відіграє Міжнародний суд [64].

Значною перешкодою в становленні та визнанні міжнародної звичаєвої норми, що легалізує доктрину «*stare decisis*» щодо практики Міжнародного суду, може слугувати сама практика Суду. За свою історію діяльності одностайні рішення суду були великою рідкістю. Куди частішим, було вираження приватних і особливих думок у діяльності інших міжнародних судів і арбітражів. Неможливо не погодитися з Нгуен Куок Динем, П. Дайє та А. Пеле, що при наданні певного роду гласності розбіжностям між суддями і арбітрами знижується авторитетність конкретних судових рішень [65].

Стримано ставляться до вищезгаданої доктрини «*stare decisis*» і самі міжнародні судові органи. Вбачається за необхідне додержуватись власних рішень і враховувати значимість рішень інших судів і арбітражів, серед яких чільну позицію займають рішення Міжнародного суду ООН. Дана вимога не є імперативною і загальною і не носить юридичного характеру. За її недотримання не настане міжнародно-правова відповідальність, бо вона не сформульована ні у вигляді міжнародно-правової норми, ні у вигляді зобов'язання.

Можемо зіслатися на практику Міжнародного трибуналу з колишньої Югославії, який у низці справ був змушений розглянути питання про правомірність додержання доктрини «*stare decisis*» при винесенні рішень.

У п. 540 рішення в справі Зоряна Купрешкича та ін. від 14 січня 2000 р. Судова палата МТКЮ заявила про неможливість підтримати цю доктрину, вмотивовуючи свою позицію в такий спосіб:

1) Трибунал, використовуючи переважно застосовуючи в своїй діяльності міжнародне право через свою міжнародну природу, повинен мати в своїй основі джерела міжнародного права. Значимість таких рішень міжнародного суду полягає в тому, що вони виступають допоміжним інструментом встановлення правових норм як це і декларує ст. 38 (1) (d) Статуту Міжнародного суду ООН;

2) доктрина «*stare decisis*» допускає пену ієрархію судової системи, яка не притаманна міжнародному товариству. Так, Трибунал не пов'язаний з прецедентами, що встановлені іншими міжнародними кримінальними судами (Нюрнберзький чи Токійський трибунали);

3) «авторитетність прецедентів («*auctoritas rerum similiter judicatarum*») може зводитися до підтвердження можливої наявності міжнародної норми. Яскравий приклад того, що прецеденти являють собою доказ звичаєвої норми полягає в тому, що вони з'ясовують існування *opinio iuris sive necessitatis* і міжнародної практики з певного питання, або можуть вказувати на виникнення загального принципу міжнародного права;

4) прецеденти можуть мати вагомий авторитет щодо існування норми або принципу. В такому випадку, вони мають можливість запевнити Трибунал про те, що попереднє прийняте рішення запропонувало вірну інтерпретацію існуючого права. Проте, попередні судові рішення можуть переконати суд в правильності обраного підходу, але не змусять до цього рішення безмежною силою своєї прецедентної ваги [66].

Апеляційна палата МТКЮ була вже не настільки категоричною в питанні підходу до даної доктрини, а намагалась більше детально розібратись в особливостях застосування її в країнах загального і континентального права. Необхідність такої поведінки полягала в тому, щоб позначити свою позицію з питання обов'язковості додержання своїх власних попередніх рішень.

Зокрема, з питання особливостей застосування доктрини «*stare decisis*» у межах судових систем держав загального права Апеляційна палата відзначила,

що що «вищі суди звичайно розглядають себе зобов'язаними за своїми попередніми рішеннями, але резервують за собою право відступати від них у певних обставинах» (п. 92). На думку Трибуналу, такі тенденції виявляються аналогічним чином і у практиці міжнародних судів. П. 97 рішення по даному питанню вказано, що апеляційною палатою визнано, що принципи, які спрямовані на підтримку загального напрямку систем загального і континентального права в тих випадках, коли вищі суди в силу або доктрини або практики слідує своїм попереднім рішенням, а відступ від них необхідний лише в виключних обставинах є необхідними для узгодженості, визначеності й передбачуваності. Дана тенденція також буде очевидною в міжнародних трибуналах. Пункт 107 рішення Міжнародного трибуналу з колишньої Югославії зазначив, що відступ від попередньої практики може допускатись «з обґрунтованих причин в інтересах правосуддя». У п. 110 Апеляційна палата зробила уточнення, що є можливим відступ від попереднього рішення «лише після того, як йому буде наданий уважний розгляд як права, так і фактів». Тим часом, позиція МТКЮ носить досить вузький характер. Хоч і з певними винятками, але Трибунал зобов'язався використовувати власну внутрішню практику. В цьому випадку можемо констатувати вплив доктрини «stare decisis».

Зовсім інша позиція МТКЮ наявна з питання про обов'язкову силу рішень інших міжнародних судових і арбітражних органів. Висновок про це можна дійти проаналізувавши заяву, що була зроблена у рішенні по справі Зейніла Далалича та ін. від 20 лютого 2001 р. [67]. Заявник по даній справі намагався довести, що Трибунал зобов'язаний брати до уваги прецеденти Міжнародного суду ООН. Таку заяву він аргументував тим, що даний Суд посідає особливе становище за Статутом ООН. Трибунал з цього приводу заявив, що Трибунал являє собою автономний судовий орган, в той час коли Міжнародний суд – «головний судовий орган». Однак, у рамках системи

Організації Об'єднаних Націй, куди належить трибунал, між двома судами відсутні відносини ієрархії.

У міжнародно-правових відносинах міжнародні суди є лише одним із способів врегулювання міжнародних спорів, який, безперечно, є вельми авторитетним, але не головним і не винятковим. У п. 1 ст. 33 Статуту ООН зазначається, що сторони-учасники спору, продовження якого несе загрозу підтриманню мирного співіснування, повинні намагатись вирішити спір шляхом переговорів, обстеження, посередництва, примирення, арбітражу, судового розгляду, звернення до регіональних органів або угод чи іншими мирними засобами за своїм вибором.

Стаття 95 Статуту ООН прямо вказує на право держав-членів окрім Міжнародного суду звертатись також і до інших міжнародних судів: «Цей Статут ні в якій мірі не перешкоджає Членам Організації доручати вирішення своїх незгод іншим судам в силу вже існуючих угод або таких, що можуть бути укладені в майбутньому».

Саме право держав на вільне обрання засобів вирішення спорів є загальновизнаним принципом міжнародного права, що чітко закріплений у низці міжнародно-правових і політичних документів. Наприклад, п. 3 Манільської декларації про мирне вирішення міжнародних спорів, що була ухвалена резолюцією Генеральної Асамблеї ООН за № 37/10 15 листопада 1982 р., говорить: «Міжнародні спори вирішуються на основі суверенної рівності держав і при дотриманні принципу вільного вибору засобів відповідно до зобов'язань за Статутом Організації Об'єднаних Націй і принципів справедливості та міжнародного права». Преамбула документу НБСЄ «Принципи врегулювання спорів та положення процедури НБСЄ з мирного врегулювання спорів», що був прийнятий на нараді експертів НБСЄ з мирного врегулювання спорів 8 лютого 1991 р., зокрема значається наступне: «Міжнародні спори повинні вирішуватися на основі суверенної рівності держав

з урахуванням принципу вільного вибору засобів відповідно до міжнародних зобов'язань і обов'язків та принципів справедливості й міжнародного права».

Необхідність в закріпленні принципу вільного вибору мирних засобів врегулювання спорів в міжнародному праві зумовлена його неабиякою ефективністю. Вона, в свій час, є результатом додержання зацікавленими державами обраної процедури врегулювання конкретних розбіжностей.

Так, можна заявити, що в сучасному міжнародному праві держави не згодні відійти від вищевказаного принципу і визнати обов'язковою юрисдикцію будь-якого міжнародного або арбітражного органу. Навпроти, в останній час наявна тенденція спрямована на інституціональне підсилення принципу вибору на власний розсуд інструментів для врегулювання спорів у тих сферах міжнародного співробітництва, що мають підвищену значимість. Так, держави засновники Всесвітньої торговельної організації віддалу перевагу такій процедурі вирішення виникаючих спорів при якій забезпечується максимальна гнучкість в такому виборі і яка організаційно віддалена від органів міжнародної юстиції, які стали звичними (Міжнародний суд ООН, МТКЮ та ін.).

Отже, аргументи сучасних прибічників теорії обов'язкового міжнародного судового прецеденту, більш відомої в державах загального права як доктрина «*stare decisis*», не можна назвати переконливими. Так, їх основні твердження про недосконалість норми ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН, безапелляційну авторитетність рішень міжнародних судів і їх значний вплив на розвиток доктрини і практики міжнародного права не наводять ґрунтовних підстав для використання цих самих рішень як самостійного та окремого джерела міжнародного права. Досі не міститься відповідних норм щодо офіційних повноважень провідних міжнародних судових органів, що чітко б наділяли їх правом на повторне застосування правових позицій, висловлених у попередніх рішеннях, а також зобов'язували держави застосовувати ці рішення на рівні з іншими загальноновизнаними джерелами міжнародного права.

До всього цього, аналіз діяльності міжнародних судів зазначає те, що сама їх практика у застосуванні цієї доктрини є вельми суперечливою. Так, міжнародні суди на власний розсуд ухвалюють рішення про застосування чи незастосування як своїх попередніх рішень, так і рішень один одного. Це змушує з певною засторогою підходити до узагальнення існуючої міжнародної практики судових органів і проголошення на її основі міжнародно-правових звичаїв, які б доповнювали, або геть змінювали писані статутні норми щодо забезпечення їх діяльності.

Тому, можемо впевнено заявити, що наразі у загальному міжнародному праві не існує звичаю, який би зобов'язував суди використовувати власну практику вирішення міжнародних спорів або практику інших міжнародних судів і арбітражів. Але, є очевидним факт загального визнання права міжнародних судів на застосування за власним розсудом своєї практики і практики інших судів і арбітражів, якщо це прямо визначено в їх статутах.

3.2 Міжнародно-правовий звичай і резолюції міжнародних міжурядових організацій

Загальноновизнаною у сучасній міжнародно-правовій доктрині та практиці є роль резолюцій міжнародних міжурядових організацій як одного з найважливіших джерел доказів наявності міжнародно-правових звичаїв. Цьому можна завдячувати діяльності Міжнародного суду ООН, що використовував резолюції генеральної Асамблеї ООН і у низці своїх рішень для підтвердження факту існування норм загального міжнародного права. Зокрема, у п. 188 рішення у справі про військову та напіввійськову діяльність в і проти Нікарагуа (Нікарагуа проти США, 1986 р.) Суд заявив, що «*opinio juris*» може, з усім необхідним перестереженням, бути виведене з, *inter alia*, відносин сторін і відносин держав стосовно певних резолюцій Генеральної Асамблеї і особливо резолюції 2625 (XXI), озаглавленої «Декларація про принципи міжнародного

права, які стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй» [68].

У п. 69 консультативного висновку у справі про правомірність загрози або використання ядерних озброєнь (1996 р.) Суд заявив, що резолюції Генеральної Асамблеї, становлять серйозне свідчення встановлення факту наявності норми або появи «*opinio juris*», навіть попри те, що вони не є зобов'язуючими [69].

Важливо зазначити, що Міжнародний суд вважав резолюції Генеральної Асамблеї не як єдиний з можливих засобів доведення шуканої звичаєвої норми, а лише як один із засобів.

Окрім вищезгаданих рішень Міжнародний суд продемонстрував свою впевненість в цьому в іншому консультативному висновку – про правові наслідки для держав у зв'язку з триваючою присутністю Південної Африки в Намібії (Південно-Західній Африці) всупереч резолюції Ради Безпеки 276 (1970). Так, при визначенні принципу самовизначення націй і народів він зіслався на Декларацію про надання незалежності колоніальним країнам і народам, ухвалену Генеральною Асамблеєю ООН резолюцією 1514 (XV) 14 грудня 1960 р., як на «важливу стадію в його розвитку» [70]. Окрім цього, Суд заявив про неможливість не враховувати політичну історію підмандатних територій в цілому [70].

Маланчук П. пише: «Будь-яка резолюція, ухвалена на будь-якій нараді будь-якої міжнародної організації, ніколи не є неспростовним доказом норми звичаєвого права. Вона має перевіритися укупі з усіма іншими існуючими доказами такої норми, після чого може виявитися, що ця резолюція є неправильним твердженням. Врешті-решт, за відсутності відповідної практики просто заява про нібито існування норми є не достатнім доказом, а нічим іншим, як спробою з боку держав обґрунтувати свої позиції» [71].

Водночас з тим спроби держав наділити рекомендаційні резолюції міжнародних міжурядових організацій особливим юридичним змістом

зародили в доктрині міжнародного права нові наукові напрями про особливий шлях реформування міжнародно-правових звичаїв за їх допомогою. Суть їх полягала в тому, що рекомендаційні резолюції ледь не з моменту прийняття оловними органами міжнародних організацій самі по собі, без великої і тривалої практики можуть породжувати міжнародно-правові звичаї. До вчених, що притримувались такої думки можемо віднести: М. В. Буроменського, В. Г. Буткевича, І. І. Лукашука, П. В. Саваськова, В. М. Шумілова.

Були висновлені і більш кардинальні думки щодо таких рекомендаційних резолюцій. Так, вони в певних особливих випадках можуть та навіть повинні позиціонуватись як юридично зобов'язуючі, а отже, виступати в ролі самостійних джерел міжнародного права. Прихильниками такої думки були: Ф. І. Кожевніков, С. Б. Крилов, М. М. Мінасян, Г. І. Морозов, Г. І. Тункін, Д. І. Фельдман, М. В. Яновський.

Появі таких думок необхідно завдячувати тим нечисленним фактам, що мали місце в діяльності Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй, тоді, коли вона ухвалювала рекомендаційні резолюції переважною більшістю голосів або одностайно, а сам зміст резолюцій, як правило, зачіпав питання вирішення найбільш важливих проблем міжнародного співробітництва та був розрахований на встановлення в міжнародному праві нових універсальних норм. До таких, зокрема, можемо віднести резолюцію 2625 (XXV) від 24 жовтня 1970 року «Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй» [72], резолюцію 3314 (XXIX) від 14 грудня 1974 року «Визначення агресії», резолюцію 3201 (S-VI) від 01 травня 1974 року «Декларація про встановлення нового міжнародного економічного порядку» [73], резолюцію 3281 (XXIX) від 12 грудня 1974 року «Хартія економічних прав і обов'язків держав» [74] та інші.

Деякі фахівці дотримується думки про те, що рішення міжнародних організацій, що були ухвалені одностайно або переважною більшістю голосів

необхідно розглядати як юридично обов'язкові. Так, можемо навести висказування Д. І. Фельдмана і М. В. Яновського, що в свій час писали: «Що стосується резолюцій Генеральної Асамблеї, які являють собою одностайне тлумачення положень Статуту, то таке тлумачення, виходячи з елементарної юридичної логіки, буде носити обов'язковий для держав-членів характер» [75].

Мінасян М. М. не оспорує думку, що рішення Генеральної Асамблеї, ухвалені в формі резолюції згідно ст.ст. 10, 11 і 14 Статуту ООН мають рекомендаційний характер. Водночас, приймаючи позиції Ф. І. Кожевникова та Є. О. Коровіна про обов'язковість резолюцій Асамблеї, які були ухвалені одностайно зазначає про обов'язковість для членів ООН питань щодо підтримки міжнародного миру, роззброювання та інших важливих питань [76]. Мінасян М. М. далі більш обширно сформулював свій висновок з цього питання і заявив про обов'язковість рішень генеральної Асамблеї ООН та інших міжнародних організацій лише в тих випадках, коли вони збігаються з загальними принципами міжнародного права, Статуту ООН і направлені на мирне співіснування країн незважаючи на їх соціальний устрій [76].

Морозов Г. І. також зазначає, що окремі резолюції Генеральної Асамблеї ООН мають характер не звичайних рекомендацій, а набувають обов'язкової сили для її членів. Також, він пише, що «дане положення, якщо до нього додати необхідність ухвалення зазначених резолюцій голосами всіх її членів або передбаченою Статутом більшістю, включаючи голоси всіх постійних членів Ради Безпеки, охоплює всі або майже всі позитивні резолюції, ухвалені Генеральною Асамблеєю» [77]. Тункін Г. І. більш обережно доводить нас до подібної позиції шляхом усіляких застережень та умов. Він погоджується з тим, що рекомендаційні резолюції Генеральної Асамблеї ООН, які були ухвалені одноголосно або більшістю голосів не стають юридично обов'язковими. Про це він пише наступне: «Звідси ще не випливає, що результатом такого голосування є норма міжнародного права. Остання виникає лише тоді, коли є узгодження воль держав щодо визнання того чи іншого правила як норми міжнародного

права» [78]. Проте, трохи далі учений виокремлює певні особливі резолюції ГА ООН, що також ухвалені у вищезгаданий спосіб, але стосуються тільки тлумачення Статуту ООН. Учений вважає: «резолюція Генеральної Асамблеї щодо тлумачення тих чи інших постанов Статуту ООН, прийнята голосами всіх членів ООН, є обов'язковою» [78].

Пояснити це можна наступним чином – тлумачення будь-якої постанови Статуту ООН є обов'язковим лише в разі визнання всіма або переважною більшістю членів ООН, в тому числі членів Ради Безпеки. Юридична обов'язковість визначається цим визнанням, що може бути виражено різним шляхом, зокрема, звичаєвим шляхом. Сам процес голосування резолюції, що надає тлумачення Статуту виступає одним із способів подібного визнання, а резолюція, що була ухвалена одностайно є свідченням тотального засвідчення відповідного тлумачення [78].

Вищеперелічені міркування викликають певні заперечення. Першим таким запереченням є те, що статут регулює всі напрями діяльності міжнародної організації, тому будь-яка резолюція є результатом тлумачення положень статуту. Варто відмітити, що це стосується як положень з процедурних питань, так і з не процедурних. Рекомендаційні резолюції спрямовані на врегулювання не процедурних питань. Вони за своїм змістом більш складні та делікатні, а саме тому потребують максимальної концентрації зусиль членів організації в процесі вироблення тексту резолюцій.

При визначенні юридичної сили того чи іншого рішення міжнародної організації завжди потрібно суворо дотримуватися положень її статуту. Якщо говорити про юрисдикційну і предметну компетенції Генеральної Асамблеї ООН, то можемо звернутись до результатів аналізу проведеного Г. К. Єфімовим. Так, він вказує на те, що одна частина рішень ГА має обов'язкову силу для членів організації, а інша – рекомендаційна. До перших можемо віднести - резолюції, що стосуються правил процедури ГА (ст. 21), затвердження бюджету організації та розподілу витрат між її членами (ст. 17), прийому держав до

членів ООН за рекомендацією Ради Безпеки (ст. 4), призупинення прав члена ООН (ст. 5), затвердження угод з опіки (ст. 16, 79, 85), а також угод між ООН і спеціалізованими установами (ст. 63). До других – резолюції з питань підтримки миру й безпеки, ухвалені відповідно до ст.ст. 10, 11, 13 і 14 Статуту ООН. Г. К. Єфімов про останні пише, що вони являють собою найбільш чисельну групу рішень Асамблеї, яка торкається найбільш значущих питань діяльності ООН і спричиняє різні оцінки з правової характеристики. Дослідження даної групи рішень демонструє, що за своїм спрямуванням вони є рекомендаційними, а значить, не несуть юридичного зобов'язання [79].

Однак, Г. К. Єфімов допускає можливість того, що певні рекомендаційні резолюції ГА, що містять тлумачення та розвиток принципів і норм міжнародного права, можуть мати особливе юридичне значення. Проте, в підтвердження своїх слів він зазнає брак аргументів, що перетікає у думку в можливій формі. Він зазначає, що попри свій декларативний характер, подібні резолюції, направлені на закріплення норм міжнародного права, при умові голосування за них держав двох систем, ідуть набагато далі інших рекомендацій і швидше зможуть вкорінитись в практиці як юридично обов'язкові рішення Генеральної Асамблеї [79].

На сьогоднішній день, також можемо спостерігати активні спроби до «введення» в теорії та практиці сучасного міжнародного права миттєвий (моментальний) звичай. Згідно цієї теорії деякі міжнародно-правові звичаї з'являються миттєво, незважаючи на відсутність попередньої практики. Головним у цій теорії виступає єдина позиція держав стосовно правомірності будь-якого правила поведінки.

У більшості випадків, найбільш яскраво свідчать про таку позицію рекомендаційні резолюції міжнародних організацій і рекомендаційні резолюції Генеральної Асамблеї ООН, що були ухвалені більшістю голосів або одностайно. Прихильники теорії вважають, що саме по собі згадування в резолюції того чи іншого правила поведінки, нехалежно від масштабів

розповсюдження, наділяє його властивостями міжнародного звичаю. Як приклади, наводять міжнародні відносини у сфері використання космічного простору, про яке ми згадували раніше в даній роботі, що завдяки резолюціям ГА ООН «миттєво» стали відповідними звичаєвими нормами (резолюція 1962 (XVIII) від 13 грудня 1963 року «Декларація правових принципів, що регулюють діяльність держав з дослідження та використанню космічного простору»).

Хотілося б зачепити досить актуальну, в контексті даної роботи» сторону практики Генеральної Асамблеї ООН, що пов'язана з вибором найменування «декларація» відносно резолюцій, що формулюють принципи міжнародно-правового регулювання найбільш важливих міжнародних відносин. Цікавою позицією є думки Г. Д. Найко: «Генеральна Асамблея іменує Деклараціями ті свої рішення, які ухвалюються після обговорення і прийняття нею ряду резолюцій з даного питання. Тим самим Декларації вже як би узагальнюють досвід цілої групи рішень Генеральної Асамблеї. Декларація – це, у першу чергу, резолюції Генеральної Асамблеї, які носять узагальнюючий характер» [80].

Подібні резолюції-декларації не мають юридично зобов'язуючої сили. Вчений вважає, що їх правовий ефект зводиться до формування у держав думки щодо необхідності юридичного декларування відповідних принципів, вироблених колективно в рамках ООН, що реалізуються в міжнародно-правовий звичай [80].

Е. Х. де Аречага підкреслює внесок у формування норм міжнародного звичаєвого права саме тих резолюцій ГА ООН, що називаються «деклараціями». Вчений пише: «Декларація Генеральної Асамблеї ООН може визнати певні вже існуючі правила як звичаєві норми міжнародного права і заявити про них як про такі; будь-яка звичаєва норма міжнародного права, що перебуває в стадії становлення (*in status nascendi*), може бути конкретизована в результаті її одностайного схвалення, яке знайшло вираження в декларації

Генеральної Асамблеї ООН, що явно виражає «*de lege ferenda*», може стати, проте, вихідною точкою для відповідної практики держав, що буде надалі сприяти перетворенню цієї резолюції у звичаєву норму міжнародного права» [81].

Але, незважаючи на це, Е. Х. де Аречага зауважує, що подібні декларації не варто сприймати як такі, що виражають міжнародне звичаєве право, адже для встановлення звичаїв необхідний ретельний аналіз кожної окремо взятої статті або пункту резолюції [81].

У зв'язку з цим є виправданою позиція Комітету з формування звичаєвого міжнародного права, що був створений у рамках Асоціації міжнародного права з числа найбільш авторитетних дослідників міжнародно-правових звичаїв. Так, п. 28 остаточної доповіді Комітету містить позицію про загальне ставлення до резолюцій ГА ООН: «Резолюції Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй можуть у деяких випадках становити доказ існування звичаєвого міжнародного права; надавати допомогу в кристалізації звичаєвого права, що зароджується; або робити внесок у формування нового звичаєвого права. Але як загальне правило, *ipso facto* не створюють нових норм звичаєвого права» [82].

Отож, завдячуючи резолюціям міжнародних організацій «певні сукупності однорідних норм» знаходять природну здатність «концентруватися» у тому числі, і в формі міжнародно-правових звичаїв.

Можемо дійти висновку, що рекомендаційні резолюції ГА ООН повинні розглядатися як один з доказів існування міжнародно-правових звичаїв. Самі по собі, вони не мають модивості створити ці норми. Разом з цим, завдяки резолюціям сам процес формування звичаїв обзавівся деякими новими принциповими рисами, що зумовлені новою роллю суб'єктивного елемента «*opinio juris*», які призвели до нової якісної зміни змісту даного джерела міжнародного права.

Висновки до розділу 3

Наразі у загальному міжнародному праві не існує звичаю, який би зобов'язував суди використовувати власну практику вирішення міжнародних спорів або практику інших міжнародних судів і арбітражів. Але, є очевидним факт загального визнання права міжнародних судів на застосування за власним розсудом своєї практики і практики інших судів і арбітражів, якщо це прямо визначено в їх статутах.

Рекомендаційні резолюції ГА ООН повинні розглядатися як один з доказів існування міжнародно-правових звичаїв. Самі по собі, вони не мають модивості створити ці норми. Разом з цим, завдяки резолюціям сам процес формування звичаїв обзавівся деякими новими принциповими рисами, що зумовлені новою роллю суб'єктивного елемента «*opinio juris*», які призвели до нової якісної зміни змісту даного джерела міжнародного права.

ВИСНОВКИ

У кваліфікаційній роботі виконано теоретичний аналіз визначення ролі звичаю у сучасному міжнародному праві, в тому числі у вітчизняному правовому просторі. Результатами стало формування наступних висновків:

1. Аналіз стану міжнародно-правового звичаю дозволяє впевнено заявити, що його треба розглядати не лише як одне з джерел сучасного міжнародного права, а як первинне та головне з них. Ця первинність доведена багатовіковою історією людства, протягом якої звичай успішно виконував функції найбільш надійного закріплення основних норм соціальної поведінки (морально-правових приписів). Звичай був інструментом закріплення найбільш прийнятних норм поведінки прадавніх народів у відносинах між собою.

Верховенство міжнародно-правового звичаю визначається особливостями зовнішнього вираження, а саме чисельністю способів доведення. Вони дозволяють на основі всебічних і комплексних досліджень наявних міжнародних відносин впевнитись в наявності найважливіших норм міжнародного права («*jus cogens*», «*erga omnes*», загальних принципів права, основних принципів міжнародного права), а також в їх непорушності та фундаментальності.

2. Теорія юридичного позитивізму не надає комплексного обґрунтування правової природи міжнародно-правового звичаю. Воля держави, що є одним з припущення позитивізму як узгоджувальну природу звичаю, будується на визнанні держав єдиним джерелом походження міжнародних прав та обов'язків, а самі держави визнаються ключовими суб'єктами міжнародного права.

Тут, звичай розглядається в якості мовчазної угоди держав без наявності писемного вираження. Позитивізм відводить провідну роль методам спостереження та опису та відмовляється від вивчення більш складних

взаємозв'язків міжнародно-правових норм з іншими соціальними явищами, такими як норми моралі та моральності, загальнолюдські цінності і т.п. Позитивізм з самого початку не є придатним для виявлення внутрішніх причин, що підштовхують держави і інших суб'єктів міжнародного права слідувати таким «неписаним угодам».

3. Не дивлячись на те, що в сучасній вітчизняній і міжнародній доктрині міжнародного права час від часу виникають пропозиції про уточнення структурної основи міжнародно-правових звичаїв, панівною є думка про формування звичаїв на підставі двох елементів – практики (об'єктивний елемент) і «*opinio juris*» (суб'єктивний елемент).

Практика – це сукупність фактичних дій (дія або бездіяльність) суб'єктів міжнародного права. Вона характеризується потворюванням в міжнародних відносинах однорідних за своїм змістом фрагментів соціального життя з відносно стабільним складом учасників.

«*Opinio juris*» – вияв правосвідомості суб'єктів міжнародного права, що здійснюється ними на основі уявлень, сформованих в результаті тривалої міжнародної і внутрішньо державної суспільної практики, про відповідність праву тієї чи іншої фактичної ситуації на міжнародній арені.

4. Фактор часу впливає на формування міжнародно-правових звичаїв наступним чином:

1) час – обов'язковий фактор зародження будь-якої звичаєвої норми міжнародного права. Він може бути зовсім коротким, але повинен бути достатнім для виникнення і закріплення практики, що формує фактичну (об'єктивну) сторону міжнародної звичаєво-правової норми, а також з'ясування внутрішнього (суб'єктивного) ставлення до неї всіх учасників. Проте, варто зазначити про відсутність точних строків, що необхідні для формування того чи іншого міжнародно-правового звичаю.

2) концепція «миттєвих» звичаїв міжнародного права не спростовує існуючої теорії міжнародного звичаєвого права і уявлень про традиційні строки

формування міжнародно-правових норм. Вона зосереджує увагу на проблему в традиційній теорії і вказує на необхідність розмежування смислового змісту практики і «*opinion juris*» як елементів міжнародно-правових звичаїв.

5. Суб'єктами процесу формування міжнародно-правових звичаїв можуть виступати не лише суверенні держави. Ними також може бути фізичні особи, міжнародні і національні неурядові організації. Підставою для розширення кола учасників процесу формування міжнародно-правових звичаїв можемо назвати застосування природно-правової теорії до розуміння природи міжнародного права в цілому і тлумачення поняття «публічний» у міжнародному праві.

6. Найбільш вдалою формою зовнішнього вираження норм загального міжнародного права є міжнародно-правовий звичай. Порівнюючи з міжнародним договором можна виділити наступні його переваги:

- звичай є первинним засобом вираження моральних цінностей суспільства, що були сформовані на підставі багатовікових історії взаємодії держав та народів.

- установлення звичаїв відбувається не лише з позитивно-правового підґрунтя (міжнародні договори, національне законодавство), а також з актів застосування позитивних норм (рішення міжнародних судів, рішення міжнародних організацій і т.п.) і будь-яких інших засобів фіксації практики міжнародних відносин.

7. Дуже перебільшеними є переваги договірної форми закріплення міжнародно-правових зобов'язань. Зовнішня офіційна одноразова фіксація норм не завжди виступає надійним засобом чіткого і зрозумілого встановлення міжнародних прав і обов'язків. Договір виступає в якості результату політичного компромісу, а тому, на відміну від звичає, може відрізнятися від фактичних правовідносин сторін, їх інтересів та намірів. Звичай враховує не тільки офіційні заяви, але і діяння суб'єктів міжнародних відносин.

8. Рекомендаційні резолюції ГА ООН мають розглядатись як один з доказів існування міжнародно-правових звичаїв, а не те, що може створювати

ці норми. Однак, необхідно зазначити вплив даних резолюцій, завдячуючи яким процес формування звичаїв набув нових рис. Вони полягають в новому цілеспрямованому формуванні міжнародно-правових звичаїв, коли спершу з'являється припущення про можливе правило поведінки, а пізніше, це правило підтверджуючись багаторазовим застосуванням розглядається як втілене у відповідному міжнародно-правовому звичаї.

9. Сучасні прибічники теорії обов'язкового міжнародного судового прецеденту (доктрина «*stare decisis*»), що висувають твердження про недосконалість ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН, беззаперечно авторитетність рішень міжнародних судів та їх значний вплив на розвиток доктрини і практики міжнародного права виглядають недостатніми для використання цих рішень як самостійного джерела міжнародного права. Офіційні повноваження провідних міжнародних судових органів досі не мають норм, що чітко б наділяли їх правом на повторне неодноразове застосування правових позицій, висловлених у попередніх рішеннях, а також зобов'язували інші держави використовувати ці рішення поряд з іншими.

Окрім цього, проаналізувавши діяльність міжнародних судів можна дійти висновку про наявність суперечностей практики у застосуванні цієї доктрини. Суди, на свій розсуд, в залежності від обставин тієї чи іншої справи ухвалюють рішення про застосування або незастосування як своїх рішень так і рішень один одного. Це наводить до обережного підходу з узагальнення існуючої практики міжнародних судових органів і проголошення на її підставі міжнародно-правових звичаїв. Можемо з впевненістю казати про відсутність усталеного звичаю, який би зобов'язував суди використовувати власну практику для вирішення міжнародних спорів.

10. Поняття щодо ролі національних судів у процесі формування міжнародно-правових звичаїв, які встановились у сьогднішній доктрині, вимагають ретельної переоцінки. Суспільство, якому справді існує незалежний суд, його позиція, яка стосується регулювання відносин, що впливають на

встановлення і виконання міжнародно-правових зобов'язань держави, є більш авторитетною порівняно з позицією виконавчої гілки влади. Так, наприклад, суд може юридично поставити виконавчій владі як обов'язок діяти певним чином або і зовсім утримуватись від здійснення дій на міжнародній арені. Для самого процесу нормотверення у міжнародному праві це має вирішальне значення, так як в судовому рішенні правова позиція держави (її «*opinio juris*») відбивається найбільш повно та комплексно, оскільки враховуються особливості побудови і функціонування правової системи держави загалом.

11. Підсумовуючи результати дослідження, міжнародно-правовий звичай визначається як джерело міжнародного права, яке містить правило зовнішньої поведінки учасників міжнародних правовідносин, що становлять неодноразово повторювані в міжнародних відносинах однорідні за своїм змістом фрагменти соціального життя з відносно постійним складом учасників, та що є закріпленим у правосвідомості суб'єктів міжнародного права в якості нормативного зразка на підставі їх уявлень про те, що воно відповідає діючому міжнародному праву і тягне міжнародно-правову відповідальність за його недотримання.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Віденська конвенція про дипломатичні відносини від 18 квітня 1961 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_405#Text (дата звернення: 03.10.2021).
2. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_405#Text (дата звернення: 03.10.2021).
3. Женевська конвенція з морського права від 10 грудня 1958 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_405#Text (дата звернення: 03.10.2021).
4. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права від 10 грудня 1982 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_405#Text (дата звернення: 03.10.2021).
5. Договір про принципи діяльності держав по дослідженню і використанню космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла від 27.01.1967 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_405#Text (дата звернення: 03.10.2021).
6. Kelsen H. Principles of International Law. Holt: Rinehart and Winston, 1967. 624 p.
7. Статут Міжнародного суду Організації Об'єднаних Націй від 26 липня 1945 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_405#Text (дата звернення: 03.10.2021).
8. Конвенція про територіальне море та прилеглу зону від 29.04.1958 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_405#Text (дата звернення: 03.10.2021).
9. Чиказька Конвенція про міжнародну цивільну авіацію від 07 грудня 1944 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_405#Text (дата звернення: 03.10.2021).

10. North Sea Continental Shelf Cases (F.R.G. v. Denmark, F.R.G. v. the Netherlands), Judgment of 20 February 1969 / I.C.J. Reports, 1969. P. 3.

11. Continental Shelf Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), Judgment of 03 June 1985 / I.C.J. Reports 1985. P. 13.

12. Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.A.), Judgment of 27 June 1986 / I.C.J. Reports, 1986. P. 14.

13. Буткевич В.Г. Міжнародне право. Основи теорії: підруч. / В.Г. Буткевич, В.В. Мицик, О.В. Задорожній; за ред. В.Г. Буткевича. Київ: Либідь, 2002. 608 с.

14. Cassese A. International Law / A. Cassese. 2 nd ed. New York, U.S.A.: Oxford University Press Inc., 2005. 558 p.

15. Документ A/CN.4/672: Друга доповідь з теми «Виявлення міжнародного звичаєвого права», підготовлений Спеціальним доповідачем Майклом Вудом / Комісія міжнародного права. Шістдесят шоста сесія, Відень, 05 травня – 06 липня і 07 липня – 08 серпня 2014 року. URL: <http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/672&referer=http://legal.un.org/ilc/sessions/66/docs.shtml&Lang=R>

16. Документ A/CN.4/L.869: Виявлення міжнародного звичаєвого права. Текст проектів висновків, прийнятих в попередньому порядку Редакційним комітетом [Електроний ресурс] // Комісія міжнародного права. Шістдесят сьома сесія, Відень, 04 травня – 05 червня и 06 червня – 07 серпня 2015 року. URL: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.869&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml&Lang=R;

17. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 56/83 від 12 грудня 2001 року. «Відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння». URL: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/99/PDF/N0147799.pdf?OpenElement> (дата звернення: 03.10.2021).

18. Даниленко Г. М. Міжнародний звичай як правотворчий процес. Міжнар.-прав. основи міждержавного співробітництва. Москва: Ін-т держави і права АН СРСР, 1983. С. 70–82.

19. Броунли Я. Международное право: в 2-х кн. Москва : Прогресс, 1977. Кн. 1. 536 с.

20. Даниленко Г.М. Соотношение и взаимодействие международного договора и международного обычая (ч. 2). *Сов. ежегодник междунар. права.* 1984. Москва: Наука, 1986. С. 115–130.

21. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть : учеб. для студ. юрид. ф-тов и вузов. Рос. акад. наук; Ин-т государства и права; Академ. правовой ун-т. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2007. 432 с.

22. Шаммасова Л.Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве: автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук: 12.00.10. Казань, 2006. 28 с.

23. Case of the S.S. «Lotus». Judgment No. 9. 7 September 1927 / *Publications of the Permanent Court of International Justice.* Series A. No. 10, 1927. P. 3.

24. Документ A/CN.4/672 : Второй доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком Майклом Вудом. Комиссия международного права. Шестидесят шестая сессия, Женева, 05 мая – 06 июня и 07 июля – 08 августа 2014 года. URL: <http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/672&referer=http://legal.un.org/ilc/sessions/66/docs.shtml&Lang=R>

25. International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000). 66 p. URL: <http://www.ilahq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>

26. Документ A/CN.4/672: Второй доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный Специальным

докладчиком Майклом Вудом [Электронный ресурс] / Комиссия международного права. Шестьдесят шестая сессия, Женева, 05 мая – 06 июня и 07 июля – 08 августа 2014 года. URL: <http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/672&referer=http://legal.un.org/ilc/sessions/66/docs.shtml&Lang=R>

27. Müllerson R. The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law. *International Law : Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy* / Ed. by Karel Wellens. The Hague, Boston, London : Martinus Nijhoff Publishers, 1998. P. 161–178.

28. Stern B. Custom at the Heart of International Law. *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2001. Vol. 11. No. 1. P. 89–108.

29. D’Amato A. The Concept of Custom in International Law. Ithaca, London : Cornell University Press, 1971. 286 p.

30. Byers M. Introduction Power, Obligation, and Customary International Law. *Duke Journal of Comparative & International Law*. Fall / Winter 2001. Vol. 11. No. 1. P. 81–88.

31. Elias O. The Nature of the Subjective Element in Customary International Law. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 44. July 1995. P. 501–520.

32. O’Connell D. P. International Law. 2 nd ed. Vol. 1. London : Stevens and Sons, 1970. 595 p.

33. Цивільний кодекс України: коментар. 2-ге вид. із змін. за станом на 15 січ. 2004 р. Харків: Одиссей, 2004. 856 с.

34. Щёкина Е. А. Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права. Харьков: МП «Крок», 2007. 221 с.

35. Obligations Erga Omnes in International Law. Resolution of the Institute of International Law. Adopted on August 27, 2005. Krakow Session. 2005. URL: www.icj-cij.org.

36. Денисов В.Н. Актуальні питання застосування норм міжнародного права у внутрішньому праві України. *Правова держава: проблеми,*

перспективи розвитку: короткі тези доп. та наук. повідомл. учасників республ. наук.-практ. конф. 09-11 листоп. 1995 р. Харків: Нац. юрид. акад. України, 1995. С. 153–156.

37. Конституція України. Проект. Винесений Верховною Радою України на всенародне обговорення: [у ред. від 01 лип. 1992 р.]. Конституція незалежної України: у 3-х кн. За заг. ред. С. Головатого; упоряд. : С. Головатий, Л. Юзьков. Кн. I: Документи, коментарі, статті. Київ: Право. Укр. правнича фундація, 1995. С. 123–194.

38. Конституція України. Проект. Внесений Комісією Верховної Ради України по розробці нової Конституції України [у ред. від 27 трав. 1993 р.] // Конституція незалежної України: у 3-х кн. / за заг. ред. С. Головатого; упоряд.: С. Головатий, Л. Юзьков. Кн. I. : Документи, коментарі, статті. Київ: Право. Укр. правнича фундація, 1995. С. 195–264.

39. Юзьков Л. Від Декларації про державний суверенітет України до Концепції нової Конституції України. Конституція незалежної України: у 3-х кн. / за заг. ред. С. Головатого; упоряд. : С. Головатий, Л. Юзьков. Кн. 1. : Документи, коментарі, статті. Київ: Право; Укр. правнича фундація, 1995. С. 7–12.

40. Денисов В. Н. Актуальні питання застосування норм міжнародного права у внутрішньому праві України. *Правова держава: проблеми, перспективи розвитку*: короткі тези доп. та наук. повідомл. учасників республ. наук.-практ. конф. 09-11 листоп. 1995 р. Харків: Нац. юрид. акад. України, 1995. С. 153–156.

41. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004. *Офіц. вісн. України*. 2004. № 45. Ст. 2975.

42. Тункин Г.И. Теория международного права. Под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. Москва: Зерцало, 2000. 416 с.
43. Tunkin G. Is General International Law Customary Law Only? *European Journal of International Law*. 1993. No. 4. P. 534–541.
44. Бялэцкий А.К. О значении международного права и его материалов / Варшава: Тип. К. Ковалевского, 1872. 270 с.
45. Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом; пер. з англ. Харків: Консум, 2000. 592 с.
46. Нгуен Куок Динь. Международное публичное право: пер. с фр.: [в 2-х т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле. Киев: Сфера, 2000. Т. 1: кн. 1: Формирование международного права; кн. 2.: Международное сообщество. 440 с.
47. Броунли Я. Международное право: в 2-х кн. Москва: Прогресс, 1977. Кн. 2. 511 с.
48. Тускоз Ж. Міжнародне право: підруч. [пер. з фр.]. Київ : АртЕк, 1998. 416 с.
49. Obligations Erga Omnes in International Law. Resolution of the Institute of International Law. Adopted on August 27, 2005. Krakow Session. 2005. URL: www.icj-cij.org.
50. Economides C. The Relationship between International and Domestic Law. Council of Europe Press, 1994. 24 p.
51. Блищенко И.П. Наёмничество – международное преступление / И.П. Блищенко, Н.В. Жданов // *Сов. ежегодник междунар. права*, 1979. Москва: Наука, 1980. С. 146–161.
52. Блюнчли И. Современное международное право цивилизованных государств, изложенное в виде кодекса: моногр. / И. Блюнчли: пер. со 2-го нем. изд. В. Ульяницкого и А. Лодыженского; под ред. гр. Л. Камаровского. Москва: Тип. К. Индриха, 1876. 626 с.

53. Наден О.В. Найманство як соціальне та кримінально-правове явище: сутність, новітні тенденції розвитку та проблеми протидії: монографія / О.В. Наден. Київ: Атіка, 2005. 264 с.
54. Буткевич В.Г. Міжнародне право. Основи теорії: підруч. / В. Г. Буткевич, В.В. Мицик, О.В. Задорожній; за ред. В.Г. Буткевича. Київ: Либідь, 2002. 608 с.
55. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ: Реферат, 2007. 640 с.
56. Шевчук С. Судовий прецедент як джерело міжнародного права України *Вісн. Акад. прав. наук України*. 2007. № 1 (48). С. 42–55.
57. Кононенко В. П. Судебный прецедент в международном и национальном праве: монография; под ред. д. юрид.н., проф. Л.Д. Тимченко. Одеса: Фенікс, 2013. 512 с.
58. Рябцевич О. И. Влияние решений Европейского Суда по правам человека на деятельность международных уголовных трибуналов. *Международ. публ. и част. право*. 2007. № 5. С. 36–39.
59. Wildhaber L. The European Court of Human Rights: The Past, the Present, the Future. *The American University International Law Review*. 2007. Vol. 22. No. 4. P. 521–538.
60. Case of Cossey v. the United Kingdom (Application no. 10843/84), Judgment, 27 September 1990. URL: <http://www.echr.coe.int>.
61. O'Connell D. P. International Law. 2 nd ed. Vol. 1. London: Stevens and Sons, 1970. 595 p.
62. Dixon M. Textbook on International Law. 3 rd ed. Glasgow: Blackstone Press Limited, 1996. 340 p.
63. Тункин Г. И. Теория международного права. Под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. Москва: Зерцало, 2000. 416 с.
64. Cassese A. International Law / A. Cassese. 2 nd ed. New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2005. 558 p.

65. Нгуен Куок Динь. Международное публичное право: пер. с фр.: [в 2-х т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле. Киев: Сфера, 2000. Т. 1. кн. 1. : Формирование международного права; кн. 2. : Международное сообщество. 440 с.

66. Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic (a/k/a «Vlado»). Judgment, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000. URL: <http://www.icty.org>.

67. Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (a/k/a «Pavo»), Hazim Delic and Esad Landzo (a/k/a «Zenga»). Judgment of the Appeals Chamber. Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001. URL: <http://www.icty.org>.

68. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 2625 (XXV) от 24 октября 1970 г. «Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединённых Наций». URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/intlaw_principles.shtml (дата звернения: 03.10.2021).

69. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion of 08 July 1996 / I.C.J. Reports 1996. P. 226.

70. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). Advisory Opinion of 21 June 1971 // I.C.J. Reports 1971. P.16.

71. Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом. Пер. з англ. Харків: Консум, 2000. 592 с.

72. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 2625 (XXV) от 24 октября 1970 г. «Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединённых Наций». URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/intlaw_principles.shtml (дата звернения: 03.10.2021).

73. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 3314 (XXIX) от 14 декабря 1974 г. «Определение агрессии». URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/aggression.shtml

(дата звернения: 03.10.2021).

74. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 3281 (XXIX) от 12 декабря 1974 г. «Хартия экономических прав и обязанностей государств». URL: <http://daccessddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/742/01/IMG/NR074201.pdf?OpenElement> (дата звернения: 03.10.2021).

75. Фельдман Д. Генеральная Ассамблея ООН и вопросы развития международного права / Д. И. Фельдман, М. В. Яновский. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1968. 236 с.

76. Минасян Н. М. Источники современного международного права. Ростов н/Дону: Изд-во Ростов. ун-та, 1960. 152 с.

77. Морозов Г. И. Международные организации. Некоторые вопросы теории. 2-е изд., доп. Москва: Мысль, 1974. 332 с.

78. Тункин Г.И. Теория международного права. Под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. Москва: Зерцало, 2000. 416 с.

79. Ефимов Г.К. Генеральная Ассамблея ООН: Междунар. отношения, 1969. 192 с.

80. Найко Г.Д. Обычные нормы международного права (Новые явления в развитии): автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук. Москва, 1972. 18 с.

81. Хименас де Аречага Э. Современное международное право: пер. с исп. Москва: Прогресс, 1983. 480 с.

82. International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000). 66 p. URL: <http://www.ilahq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>.