

Бровко О.*

МІЖНАРОДНИЙ ЗВИЧАЙ У КОНТЕКСТІ МІЖНАРОДНОГО ПРАВОТВОРЧОГО ПРОЦЕСУ. СПІВВІДНОШЕННЯ МІЖ ЗАГАЛЬНИМ ТА ЛОКАЛЬНИМ ЗВИЧАЄМ

Процес міжнародної правотворчості як діяльності, що спрямована на створення норм міжнародного права відповідними суб'єктами, має свої особливості та зазнає значних змін протягом останніх років. Такі зміни є свідченням того, що право як явище соціальної дійсності має реагувати на виклики сьогодення, оскільки право, а особливо міжнародне право, має динамічний характер, що дозволяє йому залишатись актуальним та належним чином регулювати суспільні відносини.

Італійський професор міжнародного права [16] Антоніо Касезе стверджує, що із самого початку існування міжнародної спільноти держави використовували лише два інструменти створення норм міжнародного права – договір та звичай. Обидва інструменти відповідали тодішнім вимогами держав, які бажали брати на себе лише ті зобов'язання, що відповідали їхнім інтересам. Як результат суб'єкт правотворчості та подальшої реалізації норм міжнародного права збігався. Для створення міжнародного звичаю необхідною була згода всіх держав. Такої позиції дотримувались й англійські суди, зокрема, у справі *West Rand Central Gold Mining Co. Ltd.* 1905 року англійський суд постановив, що «міжнародне право засноване на згоді цивілізованих націй [3, с. 153]. Воно включає правила чи практику, які є загально схваленими, і тому можуть бути справедливо названими правом» [3, с. 153].

Ще Суарез (*De Legibus Suarez*) зазначав, що звичай є серцевиною міжнародного права [1, с. 389]. Клів Перрі (*Clive Perry*) зазначав, що «кожен зможе зрозуміти суть міжнародного права не читаючи жодного договору, але в той же час ніхто не зможе чітко зрозуміти суть міжнародного права читаючи лише договори» [1, с. 389]. Поняття «звичай» стало узагальнюючим поняттям задля позначення неписаних норм, у тому числі мова йде про рішення міжнародних організацій та конференцій.

У статті 38 (b) Статуту МС ООН серед тих норм, які застосовує МС ООН при вирішенні спорів, міститься міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної в якості правової норми. К. Томушет (*C. Tomushat*) піддає критиці положення статті 38, оскільки вважає, що не звичай є доказом практики, а сама практика є базисом для існування звичаю («it is not custom that furnished evidence for an existing practice, but practice that provides the factual basis of custom») [12, с. 324]. Незважаючи на те, що багато науковців критикують дане визначення, воно залишається найавторитетнішим у доктрині міжнародного права. Воно відображає загальноприйнятий погляд на звичай як на норму, що має двоступеневу структуру: по-перше, це загальна практика, або *usus*, чи *diuturnitas*, та, по-друге, переконання, що така практика відповідає чинним нормам права (*opinio juris*) чи зумов-

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

Науковий керівник: доц. Хонін В.М.

лена соціальними, економічними чи політичними потребами (*opinio necessitatis*) [3, с. 156]. Проте у більшості наукових праць із міжнародного права *opinio juris* та *opinio necessitates* не розділяються у два окремі поняття. М. Шоу стверджує, що звичай складається із двох елементів: загальної практики, що складає матеріальний факт, та психологічної чи суб'єктивної віри (*psychological or subjective belief*), що така практика є правом [8, с. 156]. У справі Лівія проти Мальти [3, с. 156] МС ООН постановив, що сутність міжнародного звичаю полягає у наявності фактичної практики та *opinion juris* держав.

Основною рисою міжнародного звичаю є те, що процес його створення не є чітко спланованим. На відміну від створення договірних норм, у разі створення звичаєвої норми держави задіяні у процес нормотворення без прямого наміру створити таку норму. Першочерговою основою створення звичаєвої норми є потреба задовольнити певні політичні, економічні чи соціальні потреби. Тому Г. Кельзен називав процес створення звичаю «несвідомим та ненавмисним процесом» (*unconscious and unintentional lawmaking*), а деякі італійські юристи-міжнародники називали цей процес «спонтанним» (М. Giuliano, G. Barile, D. Anzilotti).

Як вже було зазначено, Антоніо Касезе виділяє три елементи звичаєвої норми: загальна практика, *opinio juris* та *opinio necessitates*. При цьому спочатку при формуванні звичаєвої норми практика держав розглядається через призму існування політичних, економічних чи соціальних потреб об'єктивного характеру (*opinio necessitates*). Коли така практика держав не зустрічає опору зі сторони інших суб'єктів, вона поступово кристалізується у звичаєву норму, оскільки держава починає розуміти, що її поведінка диктується вже не економічними чи політичними потребами, а необхідністю діяти у відповідності із нормами міжнародного права (*opinion juris*) [3, с. 157]. Прикладом такого поступового переростання *opinio necessitates* в *opinio juris* є практика держав із встановлення норм щодо континентального шельфу.

Окрім тих звичаєвих норм, що стосуються усіх суб'єктів міжнародного права, існують звичаєві норми, що застосовуються у певному географічному регіоні. Такі звичаї мають назву локальних чи регіональних звичаїв. МС ООН у справі *Asylum* підтвердив, що такі звичаї існують.

Принципово важливими положеннями є те, що локальний або регіональний звичай має містити об'єктивний та суб'єктивний елемент як і міжнародний звичай, але окрім цього мають бути наявними дві особливі вимоги: по-перше, така норма має бути визнана усіма сторонами на основі мовчазної згоди, а по-друге, тягар доведення існування відповідної звичаєвої норми лежить на стороні, яка до неї апелює, і у випадку не доведення існування такої норми, усі вимоги сторони будуть відхилені. Також на відміну від міжнародного звичаю, у випадку із регіональним звичаєм саме суд уповноважений вирішувати існує така норма чи ні.

Таким чином, можна погодитись із думкою, що міжнародний звичай не втрачає свого значення як джерело міжнародного права не зважаючи на розбіжності у доктринальних підходах до його розуміння та процесу кодифікації, що розгорнулись у другій половині ХХ століття. Як стверджує І.І. Лукашук, діяльність міжнародних організацій надала звичаю нове дихання [2, с. 109]. Звичай продемонстрував свою здатність до адаптації до нових умов та до вирішення тих проблем, які не під силу міжнародним договорам. При зростаючій прірві між різними за рівнем розвитку та політичною, ідеологічною спрямованістю держав, звичай залишається тим інструментом, що дозволяє регулювати відносини між ними.

Література

1. Marti Koskenniemi. From Apology to Utopia. The structure of International Legal Argument. – Cambridge University Press, 2005. – p. 701
2. Лукашук И. И., Международное право общ часть, Изд-во Wolters Kluwer, 2005. - 326 с.
3. Antonio Cassese. International Law. Second edition. Oxford University Press, 2005
4. Christian Tomuschat. International law: ensuring the survival of mankind on the eve of the new century. – Martinus Nijhoff. The Hague/Boston/London, 2001.
5. Василенко В.А. Основы теории международного права. – К.: Высшая шк. Головное изд., 1988. – 288 с.
6. Я. Броунли. Международное право. Книга первая. – М.: Прогресс, 1977. – 535 с.
7. Я. Броунли. Международное право. Книга вторая. – М.: Прогресс, 1977. – 506 с.
8. Malcolm N. Shaw. International law. Sixth edition, Cambridge University Press, 2008
9. Rosenne. The perplexities of modern international law. Martinus Nijhoff. Leiden/Boston, 2008
10. Timothy Hiller. Principles of International law. Leiden/Boston, 2005
11. Ушакова Н.А. Международное право: Учебник. – М: Юрист, 2000. – 304 с.
12. Christian Tomuschat. International law: ensuring the survival of mankind on the eve of the new century.
13. <North Sea Continental Shelf. Judgement 20 February 1969> - <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5563.pdf> (04.04.2011)
14. <Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons case, ICJ Reports, 1996. Advisory Opinion 08 July 1996> - <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7497.pdf> (04.04.2011)
15. Fishery Jurisdiction. Order of 17 August 1972. - <http://www.icj-cij.org/docket/files/56/5705.pdf>
16. <Official website> <http://www.antoniocassese.it/english/curriculum.html> (04.04.2011)
17. <International Law Commission Charter>
<http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/yearbooks.htm> (04.04.2011)
18. <ICJ official website> <http://www.icj-cij.org> (04.04.2011)