

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису

АНДРЕЙКІВ АНДРІЙ ІВАНОВИЧ

УДК 341.4

ДИСЕРТАЦІЯ
РОЛЬ МІЖНАРОДНИХ СУДОВИХ УСТАНОВ У ФОРМУВАННІ
ТА РЕАЛІЗАЦІЇ ЗВИЧАЄВОГО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Спеціальність 12.00.11 – міжнародне право

Подається на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело.

_____ /А. І. Андрейків/

Науковий керівник:

Репецький Василь Миколайович,
кандидат юридичних наук, професор

ОДЕСА – 2018

АНОТАЦІЯ

Андрейків А. І. Роль міжнародних судових установ у формуванні та реалізації звичаєвого міжнародного права. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.11 – міжнародне право. – Національний університет «Одеська юридична академія». – Одеса, 2018.

У дисертації досліджено роль міжнародних судових установ під час формування та реалізації норм звичаєвого міжнародного права. Дослідження міжнародного звичаю як встановленого правила поведінки найкраще розкривається через правозастосувальну практику міжнародних судів. Висвітлено основні етапи становлення і розвитку доктрини та практики щодо звичаєвих норм у системі джерел міжнародного права, подано власне визначення звичаю як джерела міжнародного права. Проаналізовано обґрунтування окремих елементів норми звичаєвого права (практики та *opinion juris*) з погляду органів міжнародного судочинства, визначено часові, кількісні та функціонально-правові умови, які необхідні та достатні для формування звичаєвих норм. Норми звичаєвого міжнародного права визначено як *юридично обов'язкове, позадоговірне правило поведінки, яке взаємно встановлюють суб'єкти міжнародного права через усвідомлене правозастосування їхніх суверенітетів для регулювання взаємних відносин*.

Вказане положення враховує, по-перше, юридичну природу звичаєвої норми, що презюмує відповідальність за її порушення. По-друге, створення звичаєвої норми є багатостороннім позадоговірним процесом, у якому суб'єкти реалізують свій правовий статус та юрисдикції. Третьою особливістю є взаємне визнання наслідків створення норми звичаєвого права. Усвідомлення має прояв через міжнародно-правову позицію держави з конкретного питання правовідносин та проявляється у діях компетентних органів або у мовчазній згоді. Суть реалізації норм звичаєвого міжнародного права судовими міжнародної юрисдикції полягає у виконанні ними регуляторної, ціннісно-орієнтаційної та інших функцій. Зокрема,

міжнародні суди встановлюють факт порушення державою чи особою міжнародно-правових зобов'язань, що випливають з цієї норми, причини та обставини, які передували протиправному діянню. Тлумачення звичаєвого міжнародного права здійснюється на всіх стадіях правотворчих процесів. У цій діяльності застосовують принципи, визначені статтями 31–33 Віденської Конвенції про право міжнародних договорів 1969 року.

Запропоновано розглядати застосування конкретного міжнародно-правового звичаю міжнародними судами як окрему (дискретну) процедуру, яка полягає: по-перше, у встановленні права, що регулює правовідносини, котрі є предметом спору; по-друге, у виявленні відповідності поведінки сторін спору нормі звичаєвості через її окремі елементи – практику та *opinio juris*.

Висунуто ідею щодо індикації оптимального волевиявлення держав стосовно обов'язковості *opinio juris* через акти органів міжнародних організацій (наприклад, резолюції Генеральної асамблеї ООН, Комісії міжнародного права) та рішення національних (наприклад, конституційних або верховних) судів.

Діяльність судових органів щодо звичаєвого нормотворення доцільно розглядати як квазіправотворчу. Таку діяльність провадять згідно з концепцією іманентної компетенції, оскільки більшість статутів (установчих договорів) цих органів безпосередньо не містять юрисдикційних повноважень щодо тлумачення чи інтерпретації міжнародного звичаю.

Досліджено практику застосування звичаєвих норм Європейським судом з прав людини як форми інституційного забезпечення основоположних прав та свобод визначених Європейською конвенцією 1950 року. ЄСПЛ у своїй діяльності, покликаючись на практику інших міжнародних судів, встановлює наявність міжнародного звичаю опосередковано, тобто посиляється на факти, визначені рішеннями інших міжнародних установ, зокрема Комісії міжнародного права та МС ООН.

Для підтвердження існування *opinio juris* як спільного визнання відповідної звичаєвої норми ЄСПЛ досліджує практику держав із урахуванням їхнього

національного законодавства. Зазначена процедура в теорії міжнародного права отримала назву «Європейський консенсус».

Ключові слова: норми звичаєвого міжнародного права, міжнародні судові органи, іманентна компетенція, двоелементна структура звичаєвої норми, міжнародно-правова доктрина.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Андрейків А. Звичаєві норми як елемент нормативної системи міжнародного права / Андрій Андрейків // Вісник Львівського університету. Серія Міжнародні відносини. – 2004. – Вип. 11. – С. 129–138.

2. Андрейків А. Особливості реалізації звичаєвих норм міжнародного права на міжнародному рівні / Андрій Андрейків // Наше право. – 2011. – № 1. – Ч. 1. – С. 156–160.

3. Андрейків А. Роль звичаєвих норм у практиці Європейського суду з прав людини / Андрій Андрейків // *Evropsky'politicky'apra'vni'diskurz*. – 2015. – С. 49–53.

4. Андрейків А. Тлумачення норм звичаєвого права у практиці міжнародних та національних судових установ / Андрій Андрейків // Право.UA. – 2016. – № 1. – С. 159–165.

5. Андрейків А. Роль звичаєвих норм в практиці органів міжнародного кримінального правосуддя / Андрій Андрейків // Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – № 3. – С. 178–181.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

6. Андрейків А. І. Значення наукових поглядів академіка Корецького В. М. при дослідженні міжнародно-правового звичаю / А. І. Андрейків // Матер. Міжнар. наук. читань, присвячених пам'яті В. М. Корецького (17 лютого 2011 р., м. Київ). – С. 319–322.

7. Андрейків А. І. Реалізація міжнародними судовими установами норм міжнародного звичаєвого права / А. І. Андрейків // Матер. Міжнар. наук.-практ. конф. «Юридична наука в ХХІ столітті: перспективні та пріоритетні напрями досліджень» (13–14 травня 2016 р.). – С. 168–171.

8. Андрейків А. Звичаєві норми у практиці міжнародного суду ООН / А. Андрейків // Сучасні тенденції міжнародних відносин: політика, економіка, право: зб. наук. пр. V Щорічної міжнар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 22 травня 2016 р.). – Львів, 2016. – С. 26–30.

9. Андрейків А. Застосування норм звичаєвого права у практиці міжнародних кримінальних судів / Андрій Андрейків // Правове регулювання суспільних відносин в умовах демократизації української держави: матер. Всеукр. наук.-практ. конф., м. Одеса, 8–9 квітня 2016 року. – Одеса: Міжнародний гуманітарний університет, 2016. – С. 126–129.

SUMMARY

Andreykiv A. The role of international judicial bodies in formation and realization of customary international law. – Qualification scientific work on the rights of a manuscript.

The thesis for obtaining a scientific degree of the Candidate of Legal Sciences, specialty 12.00.11 – International Law. – National University «Odessa Law Academy», Odessa, 2018.

The thesis explores the role of international judicial bodies in the process of formation and realization of customary international law.

It was found that the official definition of custom as a source of international law has institutional nature and is contained in the provisions of the Statute of the International Court of Justice. Thus, the understanding of custom as the form of law and as a rule, which establishes the binding behavior of the subjects of international legal relations, can be possible though the activity of judicial bodies.

The legal effect of rules of customary international law mainly depends on consent of the state, which can be expressive or tacit. It is worth mentioning, that according to

general practice new states can not arbitrarily choose legally binding rule of customary international law, as they have the responsibility to abide by the all customary rules, which were established before the creation of a state.

Special attention is paid to the psychological element of international custom (opinion juris), which has a major role in cases of absence of repetitive practice in international relations on existence of a certain international custom.

It is important to note that the party, which applies to international judicial body and substantiates its position by customary international law rules, has to provide credible evidence that this rule is of customary nature. International judicial bodies in turn assess legal positions provided, acknowledges the existence of customary rule elements needed and decides on its application. International judicial bodies cannot recognize customary nature of a rule by any other consideration.

When the judicial body applies custom as generally binding rule, in addition to positive practice of the application of customary rules, a negative practice has a big importance as well – when a court refuses to apply customary rule or denies its customary nature.

It was found that the application of customary international law rules in the procedure of the International Court of Justice is to be considered in several aspects. The Court decides on the basis of customary international law rule, parties to the dispute, however, use customary rules of international law for arguing and defending its positions.

The European Court of Human Rights in its activities, referring to the practice of the International Court of Justice, can determine the existence of international custom not directly but indirectly – by relying on facts determined by other bodies, including the International Law Commission and the International Court of Justice. Such position seems appropriate since the ECHR, unlike the International Court of Justice, is precluded from determination of the existence of such rule. In addition, in some cases the ECHR examines the practice of certain states and takes into consideration their domestic laws in order to reaffirm the existence of opinion juris in the customary international law rule.

This procedure received the name «European Consensus» in the theory of international law, and is being more widely used in the scientific circulation.

Application of customary international law rules by the international criminal jurisdiction bodies has some peculiar aspects: most of the practice on the existence and application of customs was created by the ICTY, while other courts and tribunals limited themselves to refer to the ICTY's practice; unlike practice of other judicial bodies, in the international criminal law opinion juris has the leading role, though it also uses two-elements concept; unlike the tribunals the Statute of the ICC accords much less prominent role to customary rules, which are applied in the cases of impossibility of the use of the Statute and other treaties.

Key words: customary international law rules, international judicial bodies, eminent competence, two-elements structure of customary rule, international legal doctrine.

LIST OF APPLICANT PUBLICATIONS

1. Андрейків А. Звичаєві норми як елемент нормативної системи міжнародного права / Андрій Андрейків // Вісник Львівського університету. Серія Міжнародні відносини. – 2004. – Вип. 11. – С. 129–138.

2. Андрейків А. Особливості реалізації звичаєвих норм міжнародного права на міжнародному рівні / Андрій Андрейків // Наше право. – 2011. – № 1. – Ч. 1. – С. 156–160.

3. Андрейків А. Роль звичаєвих норм у практиці Європейського суду з прав людини / Андрій Андрейків // Evropsky'politicky'apra'vni'diskurz. – 2015. – С. 49–53.

4. Андрейків А. Тлумачення норм звичаєвого права у практиці міжнародних та національних судових установ / Андрій Андрейків // Право.UA. – 2016. – № 1. – С. 159–165.

5. Андрейків А. Роль звичаєвих норм в практиці органів міжнародного кримінального правосуддя / Андрій Андрейків // Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – № 3. – С. 178–181.

6. Андрейків А. І. Значення наукових поглядів академіка Корецького В. М. при дослідженні міжнародно-правового звичаю / А. І. Андрейків // Матер. Міжнародних наукових читань, присвячених пам'яті В. М. Корецького (17 лютого 2011 р., м. Київ). – С. 319–322.

7. Андрейків А. І. Реалізація міжнародними судовими установами норм міжнародного звичаєвого права / А. І. Андрейків // Матер. Міжнар. наук.-практ. конф. «Юридична наука в ХХІ столітті: перспективні та пріоритетні напрями досліджень» (13–14 травня 2016 р.). – С. 168–171.

8. Андрейків А. Звичаєві норми у практиці міжнародного суду ООН / Андрій Андрейків // Сучасні тенденції міжнародних відносин: політика, економіка, право: зб. наук. праць V Щорічної міжнар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 22 травня 2016 р.). – Львів, 2016. – С. 26–30.

9. Андрейків А. Застосування норм звичаєвого права у практиці міжнародних кримінальних судів / Андрій Андрейків // Правове регулювання суспільних відносин в умовах демократизації української держави: матер. Всеукр. наук.-практ. конф., м. Одеса, 8–9 квітня 2016 року. – Одеса: Міжнародний гуманітарний університет, 2016. – С. 12.

ЗМІСТ

СПИСОК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ	10
ВСТУП.....	12
Розділ 1. МІЖНАРОДНИЙ ЗВИЧАЙ ЯК КОМПОНЕНТ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ	20
1.1. Поняття та зміст звичаєвого міжнародного права	20
1.2. Становлення та розвиток доктрин міжнародного звичаю та міжнародного судочинства	44
1.3. Практика держав та <i>opinio juris</i> як основні елементи міжнародно-правового звичаю	78
Розділ 2. ВПЛИВ МІЖНАРОДНИХ СУДОВИХ УСТАНОВ НА МІЖНАРОДНЕ ЗВИЧАЄВЕ ПРАВОТВОРЕННЯ ТА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ.....	100
2.1. Співвідношення звичаєвого правотворення та практики міжнародних та національних судів	100
2.2. Реалізація міжнародними судовими установами звичаєвого міжнародного права.....	120
2.3. Тлумачення звичаєвих норм міжнародними судовими установами	136
Розділ 3. ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ МІЖНАРОДНИМИ СУДОВИМИ УСТАНОВАМИ ЗВИЧАЄВОГО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА.....	150
3.1. Роль звичаю у практиці Міжнародного суду ООН	150
3.2. Роль звичаю у практиці Європейського суду з прав людини	163
3.3. Роль звичаєвих норм у практиці органів міжнародного кримінального правосуддя.....	176
ВИСНОВКИ	203
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	207
ДОДАТКИ	236

СПИСОК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

Додаткові протоколи 1977 р.	Додаткові протоколи до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року про захист жертв війни від 8 червня 1977 року
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
Європейська конвенція 1950 р	Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року
Женевські конвенції 1949 р	Женевські конвенції від 12 серпня 1949 року про захист жертв війни
МГП	Міжнародне гуманітарне право
КМП ООН	Комісія міжнародного права ООН
КСУ	Конституційний суд України
МКС	Міжнародний кримінальний суд
МКТР	Міжнародний кримінальний трибунал для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид та інші серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території Руанди, і громадян Руанди, відповідальних за геноцид та інші подібні порушення, скоєні на території сусідніх держав, у період з 1 січня по 31 грудня 1994 року
МКТЮ	Міжнародний кримінальний трибунал для судового переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території колишньої Югославії з 1991 року
МС ООН	Міжнародний суд ООН

Нюрнберзький трибунал	Міжнародний військовий трибунал для суду і покарання головних військових злочинців європейських країн осі
Римський статут	Римський статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 року
Токійський трибунал	Міжнародний військовий трибунал для Далекого Сходу

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Існування будь-якої правової системи передбачає наявність інституцій, які здійснюють створення, реалізацію та захист правових норм. Судові органи, основою діяльності яких є забезпечення правових гарантій реалізації прав та інтересів суб'єктів правовідносин, є невід'ємним її елементом. Міжнародний суд ООН (МС ООН), Міжнародний кримінальний суд (МКС), Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ), маючи відносно нетривалу історію, посідають особливе місце в сучасній системі міжнародного судочинства.

Однією з особливостей функціонування міжнародних судових установ є застосування ними міжнародно-правових звичаїв. Аналіз їх діяльності дає змогу розкрити зміст вимог, які є необхідні та достатні для підтвердження наявності звичаєвих норм. Є всі підстави стверджувати, що міжнародні суди не лише виконують роль інституцій, які традиційно застосовують звичаєві норми, але і значно впливають на усі галузі міжнародного права через тлумачення їх норм. Вагомим є вплив міжнародних судів на процес кодифікації міжнародного права.

Значне збільшення кількості міжнародних судових установ, яке мало місце у другій половині XX століття, призвело до зростання обсягу практики застосування міжнародних звичаїв, яка підлягає аналізу, осмисленню та класифікації. Застосування міжнародних звичаїв різними міжнародними установами має специфіку, яка обумовлена природою суду, історичними та геополітичними чинниками, досвідом суддів, предметом судового розгляду.

Чимало правовідносин, які у класичному міжнародному праві регулювались звичаєвими нормами, в сучасних умовах мають договірно-правову природу. Аналіз рішень міжнародних судів свідчить, що застосування міжнародного договору не є абсолютним. Відповідно застосовуються норми звичаєвого міжнародного права, відсоток яких у регулюванні відносин динамічно змінюється. Висловлена радянською доктриною позиція, що кодифікація міжнародного права призведе до

відмови у правозастосуванні міжнародного звичаю, не підтверджується практикою установ міжнародного судочинства.

У 2011 році Комісія міжнародного права ООН на своїй 63 сесії включила у довгострокову програму діяльності новий напрям досліджень щодо ідентифікації звичаєвого міжнародного права. Попередні висновки Комісії засвідчують наявність значної практики міжнародних судових установ щодо застосування норм міжнародного звичаю. Специфіка рішень, особливо останніх десятиріч, вимагає вивчення критеріїв, які висувають суди для встановлення факту існування міжнародного звичаю. У поданому дослідженні практика міжнародних судових установ щодо застосування міжнародного звичаю узагальнена на прикладах міжнародних судових установ різних юрисдикцій: МС ООН як універсального судового органу; Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії(МКТЮ) та Міжнародного кримінального трибуналу по Руанді (МКТР), МКС як установ міжнародного кримінального права; ЄСПЛ як приклад інституційного забезпечення регіональної системи захисту прав людини.

Із здобуттям незалежності Україна набула певного досвіду у вирішенні спорів в міжнародних судових інстанціях, зокрема в МС ООН. У сучасних умовах використання міжнародних судових установ для захисту національних інтересів України є важливим завданням, яке обумовлює вивчення практики застосування міжнародних звичаїв.

Міжнародний звичай завжди був предметом наукових досліджень та академічного інтересу. До окремих аспектів міжнародного звичаю звертались вітчизняні та зарубіжні вчені. Відомі праці Г. М. Даниленка «Обычай в современном международном праве» та Ю. В. Щокіна «Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії та практики». Серед закордонних досліджень варто відзначити роботи К. Вольфке (K. Wolfke), А. Дамато (A. D'Amato), Д. Бедермана (D. J. Bederman), М. Баєрса (M. Byers). Віддаючи належне академічному доробку вчених у розкритті багатьох питань міжнародного звичаю, слід зазначити, що висвітлення його особливостей проводилось або в рамках загальної теорії міжнародного права, або в процесі вивчення окремих галузей. Дослідження ролі

міжнародних судових установ у формуванні та реалізації звичаєвого міжнародного права запропоновано вперше.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертаційне дослідження виконано у рамках планових наукових досліджень кафедри міжнародного права Львівського національного університету імені Івана Франка в межах теми «Проблеми кодифікації та прогресивний розвиток міжнародного права» (державний реєстраційний номер 0109U004336) на 2009–2012 рр. та «Міжнародне право XXI століття: сучасний стан та перспективи розвитку (державний реєстраційний номер 0113U00870) на 2012–2017 рр.

Мета і завдання дослідження. Метою дослідницької роботи є проведення аналізу впливу міжнародних судових установ на формування та реалізацію звичаєвого міжнародного права.

Досягнення поставленої мети здійснено через комплексне вирішення таких основних завдань:

- розкрити поняття норми звичаєвого міжнародного права в світлі практики діяльності міжнародних судових установ;
- визначити вплив доктрини та практики на встановлення місця звичаю в системі джерел міжнародного права;
- розкрити позиції міжнародних судів щодо окремих елементів міжнародно-правового звичаю, вказавши при цьому умови, які, на думку судових органів, необхідні та достатні для формування звичаєвої норми;
- виявити співвідношення доктрини звичаєвого нормотворення та практики міжнародних судів різних видів;
- встановити особливості застосування норм звичаєвого права міжнародними судовими установами;
- розкрити специфічні риси тлумачення звичаєвих норм міжнародними судовими установами;
- з'ясувати роль міжнародних звичаїв у практиці МС ООН;
- виявити місце міжнародних звичаїв у діяльності ЄСПЛ;

– розкрити практику застосування звичаєвих норм органами міжнародного кримінального правосуддя.

Об'єктом дослідження є правовідносини, що виникають у процесі формування та реалізації звичаєвих норм міжнародного права, та практика їх застосування міжнародними судовими органами.

Предметом дослідження є роль міжнародних судових установ у формуванні та реалізації звичаєвого міжнародного права.

Методи дослідження. Наукову обґрунтованість сформульованих висновків визначено сукупністю методів наукового пізнання. Методологічне підґрунтя дисертації склали філософські, загальнонаукові методи пізнання, а також спеціальні методи правової науки. Використання цих методів здебільшого мало комплексний характер. Дослідження побудовано на принципі наукового плюралізму. У процесі дослідження широко використано діалектичний метод пізнання, що зокрема дало змогу розглядати юридичні питання у їх взаємозв'язку з економічними, політичними та іншими чинниками (підрозділи 1.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3). За допомогою історичного методу було досліджено генезу концепції міжнародного звичаю (підрозділи 1.2, 2.1, 2.3, 3.1, 3.3). Серед загальнонаукових методів пізнання важливе значення мало використання формально-логічних методів та прийомів обробки інформації: аналізу, синтезу, аналогії, індукції, дедукції, екстраполяції, моделювання і абстрагування. Їх використання під час теоретичного аналізу положень науки та практики дало змогу встановити основні вимоги до звичаєвих норм та елементів, потрібних для їх творення. Водночас використання формально-юридичного методу дало змогу зосередити увагу на питанні місця звичаю в системі джерел міжнародного права (підрозділи 1.2, 2.1, 3.1). Застосування порівняльного методу допомогло розкрити особливості звичаєвих норм у судовій практиці кожного з судових органів (підрозділи 1.1, 1.2, 2.1, 3.1, 3.2, 3.3). За допомогою системного методу показано місце звичаєвих норм у міжнародно-правовій системі (підрозділи 1.1, 1.2, 2.2, 3.1, 3.3). Під час дослідження використано спеціальні наукові методи. Так, застосування методу нормативно-догматичного аналізу дало змогу тлумачити юридичні тексти

міжнародних договорів, рішень досліджуваних судових установ (підрозділи 1.1, 1.3, 2.3, 3.1, 3.2, 3.3). Метод прогнозування дав можливість передбачити можливі варіанти зміни механізму міжнародного звичаєвого нормотворення та правозастосування (підрозділи 1.2, 1.3, 3.1, 3.2, 3.3).

Теоретичною основою роботи були праці представників науки міжнародного права як України, так і зарубіжних держав, серед яких: Л. А. Алексідзе, Д. Анцилотті (D. Anzilotti), С. С. Андрейченко, Е. Х. де Аречага (E. Arechaga), С. Бастіт (S. Bastid), Р. Бакстер (R. Baxter), Д. М. Бедерман (D. J. Bederman), С. Бредлі (C. Bradey), Я. Броунлі (I. Brownlie), М. В. Буроменський, В. Г. Буткевич, О. В. Буткевич, В. А. Василенко, М. Вілігер (M. Villger), С. А. Войтович, І. Ганнінг (I. Ganning), П. Гугенхейм (P. Guggenheim), М. М. Гнатовський, Дж. Голдсміт (J. Goldsmith), Г. Гроцій (H. Grotius), М. Дженіс (M. Jennings), В. Н. Денисов, В. І. Євінгов, Т. Еліас (T. Elias), Л. Ерліх (L. Ehrlich), Р. А. Каламкарян, Й. Каммерхофер (J. Kammerhofer), А. Кассезе (A. Cassese), Г. Кельзен (H. Kelsen), О. В. Київець, Т. Р. Короткий, Дж. Л. Кунц (D. Kunz), Х. Лаутерпахт (H. Lauterpacht), М. І. Лазарєв, І. І. Лукашук, І. П. Лукін, Ф. Ф. Мартенс, Т. Мерон (T. Meron), Р. Мюллерсон (R. Mullerson), Н. Р. Малишева, О. О. Мережко, Н. М. Мінасян, Л. Оппенгейн (L. Oppenheim), Е. Познер (E. Posner), М. П. Рагозін, В. М. Репецький, А. Робертс (A. Roberts), Є. Т. Рулько, Д. Г. Самхарадзе, Е. І. Сафронова, О. В. Сенаторова, Х. Тирлвей (H. Thirway), О. В. Трояновський, Ж. Тускоз (J. Touscoz), Г. І. Тункін, А. Фердросс (A. Verdross), М. Ю. Черкес, Ч. Ч. Хайд (Ch. Hyde), Л. Хенкін (L. Henkin), О. Шахтер (O. Shachter), М. Шоу (M. N. Shaw), Дж. Фічмарс (G. Fitzmaurice) та інші.

Нормативною та емпіричною основою дисертації є міжнародні договори та міжнародні звичаї, рішення і внутрішні документи міжнародних та національних судів, зокрема: Постійної палати міжнародного правосуддя, МС ООН, МКТЮ, МКТР, МКС, ЄСПЛ, Конституційного Суду України, конституційних та верховних судів іноземних держав.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що ця робота є першим у вітчизняній науці міжнародного права комплексним дослідженням ролі

міжнародних судових установ у формуванні та реалізації звичаєвого міжнародного права. Новизну конкретизовано у таких основних положеннях:

вперше:

розглянуто діяльність міжнародних судових установ під час застосування конкретного міжнародно-правового звичаю як окремої (дискретної) процедури, яка полягає: по-перше, у встановленні права, що регулює правовідносини, які є предметом спору; по-друге, у виявленні відповідності поведінки сторін спору нормі звичаєвого характеру через її окремі елементи – практику та *opinio juris*;

запропоновано індикації оптимального волевиявлення держав щодо обов'язковості *opinio juris* через акти органів міжнародних організацій (наприклад, Генеральної асамблеї ООН, Комісії міжнародного права) та рішення національних судів (наприклад, конституційних або верховних);

обґрунтовано тезу про те, що діяльність міжнародних судових органів через їх вплив на процес кодифікації та тлумачення норм міжнародного права варто розглядати як квазіправотворчу. Зазначена діяльність здійснюється згідно з концепцією іманентної компетенції, оскільки переважна більшість установчих актів цих органів безпосередньо не містить таких юрисдикційних повноважень;

встановлено особливий порядок застосування звичаєвої норми органами міжнародного кримінального правосуддя, які пріоритетно доводять існування та застосовують звичаєві норми на підставі наявності *opinio juris*;

удосконалено

положення про те, що міжнародні судові органи для встановлення наявності звичаєвої норми використовують індуктивний та дедуктивний методи, серед яких перевагу надають першому;

доктринальні підходи щодо реалізації норм звичаєвого міжнародного права судові органи здійснюють через специфічну правовстановлюючу та правозастосовну діяльність (процедуру);

правову ідею відносно структури міжнародного звичаю та співвідношення практики суб'єктів міжнародного права та *opinio juris*, яка зумовлена особливостями кожного елементу залежно від галузі права застосування звичаю;

положення, що міжнародні судові органи підтверджують або заперечують наявність звичаю на підставі аргументів сторін або через систему власних переконань та доводів;

ідею щодо виконання нормами звичаєвого міжнародного права комплементарних функцій, які не врегульовані договірним правом на прикладі судових рішень;

наукову позицію, що процес реалізації міжнародного звичаю нероздільно пов'язаний з процесом тлумачення норми звичаєвого міжнародного права;

положення, згідно з яким основним судовим органом, що найбільше вплинув на формування звичаєвого міжнародного права, є МС ООН, рішення якого є універсальними прецедентами для інших міжнародних судових органів;

набули подальшого розвитку:

підхід, що постійно відбувається розширення сфери застосування звичаєвого міжнародного права;

положення, що ЄСПЛ бере участь у реалізації норм звичаєвого міжнародного права у двох формах: відсилання до рішень інших судових установ та самостійне підтвердження існування норми на основі європейського консенсусу;

уявлення про те, що у випадках цілеспрямованого створення звичаєвої норми, спочатку виникає припущення про можливе її існування, яке згодом підтверджується фактичним застосуванням;

бачення, що міжнародно-правовий звичай надалі продовжує розвиватись, заповнюючи прогалини, які не врегульовані договірним правом, та має стійку здатність до розширення сфери використання у міжнародному праві.

Наукове і практичне значення одержаних результатів. Одержані в процесі дослідження результати можна використати в таких сферах: науково-дослідній – як основу для подальшого дослідження звичаєвого міжнародного права та його джерел загалом; правотворчій – для розробки міжнародно-правових документів у процесі міжнародної кодифікації звичаєвих норм, а також для розробки внутрішнього законодавства України; правозастосовній – для поширення знань про міжнародне право та особливості його функціонування та під час

застосування окремих норм звичаєвого міжнародного права в міжнародних і національних судових органах; навчальному процесі – для викладання курсів «Міжнародне публічне право», «Міжнародне кримінальне право», «Міжнародне право прав людини», «Міжнародне правосуддя», а також під час підготовки відповідних розділів підручників, навчальних посібників і методичних вказівок.

Апробація результатів дисертації. Основні теоретичні положення дослідження викладено в наукових публікаціях автора, а також доповідалися й обговорювалися на Міжнародних наукових читаннях, присвячених пам'яті В. М. Корецького (м. Київ, 17 лютого 2011 р.), Міжнародній науково-практичній конференції «Юридична наука в XXI столітті: перспективи та пріоритетні напрями досліджень» (м. Запоріжжя, 13–14 травня 2016 р.), V щорічній міжнародній науково-практичній конференції «Сучасні тенденції міжнародних відносин: політика, економіка, право» (м. Львів, 22 квітня 2016 р.), Всеукраїнській науково-практичній конференції «Правове регулювання суспільних відносин в умовах демократизації української держави» (м. Одеса, 8–9 квітня 2016 р.).

Роботу обговорено на кафедрі міжнародного права Львівського національного університету імені Івана Франка.

Публікації. Основні положення дисертації знайшли відображення у п'яти статтях, з яких чотири опубліковано у наукових фахових виданнях, перелік яких затверджено МОН України та одній статті у зарубіжному періодичному виданні, а також у чотирьох тезах доповідей на наукових конференціях.

Структура роботи зумовлена метою, предметом і завданнями дослідження. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, які разом містять 9 підрозділів, висновків та списку використаних джерел. Загальний обсяг дисертації 237 сторінок, із них 31 сторінка список використаних джерел, який складається із 317 найменувань.

Розділ 1. МІЖНАРОДНИЙ ЗВИЧАЙ ЯК КОМПОНЕНТ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

1.1. Поняття та зміст звичаєвого міжнародного права

Діяльність міжнародних судів значно впливає на міжнародне право, його галузі та інститути. Аналізуючи міжнародну судову практику, яка сьогодні породжує жваву академічну дискусію, пророчими є слова судді Міжнародного Суду ООН (надалі – МС ООН) та видатного науковця Х. Лаутерпахта щодо перспектив діяльності міжнародного судочинства. Роздумуючи над початковими процесами створення міжнародних судів, він зазначив: «Хоча потреба у такому трибуналі, який би забезпечував своєю стабільною роботою розвиток міжнародного права, була головним аргументом на користь створення Постійної палати міжнародного правосуддя, цілком можливо, що ті юристи та державні діячі, які у 1920 році створювали проект її Статуту, не повністю оцінювали потенціал створюваного ними суду»¹. Беручи до уваги, що сучасні міжнародні спори ідентифікують нові виклики та проблеми правового регулювання міжнародних відносин, необхідне глибше та гнучкіше розуміння багатьох питань права та його джерел, серед яких особливе місце посідає міжнародний звичай.

Варто зазначити, що реалізуючи свої інтереси та беручи до уваги існування інших суверенних держав, виникає потреба дотримання певних правил (норм), які б давали можливість здійснювати привілей суверенітету усім його носіям. Однією із форм результату міжнародної взаємодії є створення відповідних правових норм, що покликані забезпечити мирний та стабільний розвиток людства. Міжнародно-правові норми отримують своє закріплення у певних формах, які прийнято вважати джерелами права. До міжнародного права як комплексної системи входить значна кількість напрямів співпраці суб'єктів. Наслідком цього є створення норм, галузей та інститутів права, що мають особливості нормотворення і правозастосування.

¹Lauterpacht H. The development of international law by the International Court. Cambridge University Press, 1982. P. 8

З цієї причини доцільно визначити основні дефініції термінів, використаних у дослідженні. В процесі розкриття особливостей звичаю у міжнародному праві та суміжних із ним визначень, наголошено на термінологічних, лінгвістичних особливостях таких понять: міжнародний звичай (англ. international custom), звичаєва норма міжнародного права (англ. rules of customary international law), узвичаєння (англ. usage), міжнародне звичаєве право (англ. customary international law). Вказані дефініції, на нашу думку, можуть мати кілька рівнів міжнародно-правової визначеності, які варто класифікувати як *доктринальний, конвенційно-установчий та некодифікований*.

Доктринальна визначеність будь-якого поняття чи терміна міжнародного права, враховуючи і міжнародний звичай, має певні особливості, які обумовлені історичним розвитком світової спільноти, що відобразилось у різнобарв'ї філософських та юридичних течій науки міжнародного права та їхніх представників. У заяві щодо принципів, які застосовують під час створення загального звичаєвого міжнародного права, Комісія Міжнародної асоціації права встановила, що, незважаючи на визнання звичаєвого права одним з базових джерел, існує загалом два найбільш дискусійні напрями: питання неформального нормотворення та суперечності глибинної юридичної теорії й ідеології². Застереження Мартенса, метод прогресивної інтерпретації Лаутерпахта, модель Бялецького–Жені є яскравими прикладами академічного моделювання норми та принципів звичаєвого міжнародного права, які з часом отримують визнання у міжнародних договорах. *Конвенційно-установча* дефініція міжнародного звичаю може міститися у кількох рівнях. Наприклад, у *статутах* відповідних міжнародних судових органів, які здебільшого мають договірну правову природу чи які приймають у межах повноважень міжнародної організації для досягнення її цілей (суди *ad hoc*). Такі міжнародні звичаї можуть встановлювати як предметну юрисдикцію суду, так і особливості процедури його діяльності. Також норми міжнародного звичаю містяться у міжнародних договорах різних галузей права,

² London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, with commentary: Resolution 16/2000 (Formation of General Customary International Law), adopted at the sixty-ninth Conference of the International Law Association, in London, on 29 July 2000). URL: <https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf>

кодифікуючи їхній зміст. Водночас кодифікація звичаєвого міжнародного права не поглинає суті звичаю як правової норми. Кодифіковане вираження є лише стандартом, еквівалентом звичаєвої (неписаної) форми норми права, які існують паралельно один з одним, відрізняючись лише суб'єктами, на які вони розповсюджуються. Як зазначив МС ООН у рішеннях щодо Застосування Конвенції із недопущення та покарання злочинів геноциду 2015 р. (Хорватія проти Сербії) та Військових та напіввійськових формувань 1986 р. (Нікарагуа проти США): «У випадку, коли договір містить зобов'язання, яке також існує в межах звичаєвого міжнародного права, тоді договірне зобов'язання та зобов'язання згідно зі звичаєвим правом є відокремленими та різним за природою (англ. *the treaty obligation and the customary law obligation remain separate and distinct*)³. Статті 3, 38, 43 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. теж передбачають одночасне регулювання правових питань нормами договірної та звичаєвої міжнародного права⁴.

Некодифікований рівень визначеності звичаєвого права охоплює міжнародні звичаї, що не увійшли до міжнародних угод у процесі кодифікації як прогресивного розвитку міжнародного права або ті, які отримали інше, недоговірне оформлення. Прикладом некодифікованої визначеності міжнародних звичаїв може бути, по-перше, перелік норм міжнародного гуманітарного права, укладений Міжнародним комітетом Червоного Хреста (надалі – МКЧХ)⁵ чи деякі міжнародні правила застосування торгових термінів «Інкотермс», прийняті Міжнародною торговою палатою⁶, а також роботи Комісії міжнародного права ООН (надалі – КМП), звіт спеціального доповідача Майкла Вудса (Michael Wood) з питань формування та доказів міжнародного звичаєвого права (англ. *First report on formation and evidence of customary international law 2013*)⁷. По-друге, розуміння

³Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment of 3 February 2015, para. 88: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, P. 96, para. 179.

⁴Талалаев А. Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий / под ред. Н. В. Захарова. Москва: Юрид. литер., 1997. С. 19, 104, 123.

⁵Customary International Humanitarian Law / International Committee of the Red Cross; Edited by Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck. Vol. 1: Rules. Vol. 2 (in 2 books): Practice. Cambridge University Press, 2005.

⁶Правила Міжнародної торгової палати (ICC) Incoterms 2010. Київ: Форум, 2013. 110 с.

⁷ A/CN.4/663 ILC. First report on Formation and evidence of customary international law by Michel Wood, P. 19–22. URL: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/663&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml&Lang=E

міжнародного звичаєвого права розкривають міжнародні судові установи у вирішенні конкретних судових справ, зокрема через тлумачення його норм.

Запропоновану доктринальну двоскладову модель міжнародного звичаю, яка стала відома завдяки працям А. Я. Бялецького у 1872 р. та Ф. Жені (Francois Geny) 1899 р.⁸, у наступному столітті взяв на озброєння Консультативний Комітет юристів Ліги націй, які 1920 р. сформували міст між академічним та офіційним розумінням міжнародного звичаю та його елементів у Статуті Постійної палати міжнародного правосуддя (надалі – ППМП).

Рівень розуміння звичаєвого міжнародного права *доктриною* пропонуємо розпочати з визначення цього поняття, яке подають теоретики позитивістської юридичної науки. П. М. Рабінович визначає, що правовий звичай – санкціоноване (забезпечуване) державою звичаєве правило поведінки загального характеру⁹. Як бачимо, науковець наголошує, що звичай як юридично обов’язкове правило поведінки має бути «санкціоноване державою». На нашу думку, такий підхід не зовсім сприйнятий для звичаєвого міжнародного права, оскільки важко встановити механізм і процедуру санкціонування. Безумовно для того, щоб набувати характеру юридичної норми, звичай мають визнати такі суб’єкти права, передусім держава, а тому, напевно, не варто стверджувати про якийсь формальний механізм таких дій у внутрішньому праві, що містить термін «санкціонування» звичаю. Своєю чергою, С. Алексєєв трактує звичай як «загальні правила, які в результаті тривалої дії стають звичкою, що не суперечить узвичаєнням»¹⁰. Можна помітити, що науковець не розмежовує поняття «звичай» та «узвичаєння», оскільки він не є представником науки міжнародного права і свої припущення формулював з позиції теорії права. Про співвідношення цих двох понять у цьому дослідженні йтиметься далі.

На думку С. Болгової, правовий звичай, або звичаєве право – це правила, що їх фактично склали протягом тривалого часу, в результаті багаторазового повторення, правила, які регулюють суспільні відносини у певній сфері та які

⁸Щокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії та практики: монографія. Харків:Право, 2012. С. 37.

⁹Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посіб. 5-те вид., зі змінами. / П. М. Рабінович. Київ: Атіка, 2001. С. 104.

¹⁰Алексєєв С. С. Государство и право. Начальный курс. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Юрид. лит., 1994. С. 51.

визнає суспільство і держава як загальнообов'язкові норми права¹¹. У цьому випадку дослідниця так само ототожнює дві різні правові категорії: «правовий звичай», який є джерелом права, і «звичаєве право», яке є сукупністю звичаєвих норм, їхнім об'єднанням в окрему систему.

Загалом, якщо проаналізувати наведені визначення звичаю з теорії права, то можна виділити кілька ключових елементів. По-перше, звичай у вузькому сенсі розглядають як «правило поведінки»; по-друге, він набуває характеру юридично обов'язкової норми лише внаслідок відповідної практики (тривалої дії, багаторазового застосування); по-третє, для його остаточного юридичного оформлення як правової норми необхідне визнання такої його якості, усвідомлення його юридичної обов'язковості.

Під час наукового дослідження вдалось з'ясувати¹² особливості академічних підходів, спадкоємцем та до певної міри заручником яких стала школа міжнародного права в Україні, про що досить об'єктивно говорять відомі фахівці-практики¹³. Поява договірних норм на зорі міжнародного права була лише документальним оформленням наявних на той час звичаїв. До того ж один із головних принципів міжнародного права – *Pacta sunt servanda* – тривалий час існував як звичаєво-правова норма. Період існування кожного договору переважно визначає він сам. Тривалість існування звичаєвої норми не є обмеженою в часі. По-друге, не всі держави беруть участь у кодифікації, а сам процес кодифікації має низку особливостей, як наприклад, введення договору в дію, що не дає змогу договірним нормам відразу після їхнього створення ефективно впливати на практику міждержавних відносин. Час як один із критеріїв норми можна розглядати у двох аспектах. З одного боку, це може означати, що певна норма, пройшовши через випробування часом, підтвердила доцільність свого існування в силу того, що держави її дотримуються. Водночас ця характеристика ставить цілком слушне питання – наскільки ця норма відповідає сучасним обставинам чи

¹¹Болгова О. С. Основные источники права. *Известия Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена*. 2009. № 92. С. 50.

¹²Андрейків А. Звичаєві норми як елемент нормативної системи міжнародного права. *Вісник Львівського університету. Серія Міжнародні відносини*. 2004. Вип. 11. С. 129–138.

¹³Буткевич В. Г. Становлення професора О. В. Задорожного як вченого та педагога. *Український часопис міжнародного права: науково-практичний журнал*. Київ: Інститут міжнародних відносин КНУ ім. Т. Шевченка, 2017. С. 10–41.

вимогам часу. Однією з головних доктрин, яка домінувала у радянській школі міжнародного права, була так звана волюнтариська теорія. Згідно з нею норми міжнародного права – договірні та звичаєві – утворюються в результаті лише угоди, яку виробляють через погодження воль держав щодо змісту та форми поведінки, яку визнають за обов’язкову. Власне поняття «волі» було визначальним, а норми представляли як результат погодження воль держав щодо предмета міжнародно-правового регулювання, а також як зміст правил поведінки, за якою таке регулювання здійснюють. Головними представниками цього напрямку є Г. І. Тункін, В. А. Василенко, І. І. Лукашук та інші. За Тункіним, норми – це результат процесу погодження воль держав, кожна з яких має свій класовий зміст, що відображається у її волі¹⁴. Сучасна українська наука зазначає, що у теорії, яку висував проф. Тункін, немає чіткого визначення поняття «воля». Його замінили на «міжнародно-правову позицію», що призвело до необхідності розгляду категорій «воля» та «позиція» у контексті формування норми як неподільної¹⁵. Саме трактування позиції висвітлено у двох аспектах – як загальний підхід, перспективна ціль; як інтереси (вимоги) держав під час підготовки угоди. Але досягнення угоди означає досягнення спільного інтересу на основі міжнародно-правової позиції. Частково такий підхід застосовували у німецькій правовій доктрині, яка допускала існування спільної волі (*Gemeinwille*)¹⁶, що, за Тріпелем, є основою утворення міжнародно-правової норми. Крім погодження, норма до певної міри має і лімітне значення. Міжнародно-правова норма не є результатом повного узгодження воль держав. Узгодження воль обмежене самою нормою. Однак міжнародне право обмежує свободу дій держав, але в жодному разі не їхній суверенітет формувати правову позицію та погоджувати її зміст¹⁷. Така позиція є сукупністю фактів поведінки, яка поєднується із переконанням, що відрізняє норму звичаєвого права від простої звичаєвості. Практика як один із конституційних елементів такої норми може складатись з юридичних актів – односторонніх та багатосторонніх (договори), рішень міжнародних судів та актів національного

¹⁴Тункін Г. І. Теория международного права: монографія. Москва: Зерцало, 2000. С. 75–86.

¹⁵Міжнародне публічне право / за ред. А. І. Дмитрієва, А. І. Муравйова. Київ, 2001. С. 165.

¹⁶Triepel. H. Völkerrecht und Landesrecht. Lpg. 1899. S. 32; Zorn. A. Juristische Grundlehre. Bonn, 1947. S. 88–91.

¹⁷Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. Москва, 1999. С. 6, 29.

законодавства, які сумарно демонструють ставлення суб'єктів до певного стану правовідносин. Процедуру звичаєвого нормотворення інколи називають «неформалізованим консенсусом», вказуючи на відсутність чіткого погодження воľ держав-учасниць, а тому є підстави говорити про практику «правових претензій»¹⁸ у формі висловленого бачення, ставлення, побажання змісту права. Таким чином практика держав щодо звичаєвого правотворення та докази існування звичаєвої норми не є тотожними. Доказова база існування норми міжнародно-правового звичаю – ширше поняття, оскільки потребує застосування інших (допоміжних) засобів та врахування чинників та умов формування такої норми.

Аналізуючи *норму міжнародного звичаю як різновид правової норми*, Ганс Кельзен (Hans Kelsen) стверджував, що неможливо застосовувати саме «звичай», оскільки він є звичаєвою поведінкою, а поведінку не можна застосовувати до конкретного випадку. Під час вирішення спорів суд може застосовувати лише правову норму, створену звичаєм, тобто – звичаєву норму міжнародного права¹⁹. Він вважав, що, спираючись на доктрину і практику міжнародного права, термін «звичай» має два різні розуміння. По-перше, це *процес створення* норм права, а по-друге, це *прямий його результат* у вигляді створеної звичаєвої норми²⁰. У доктрині права правовий звичай розглядають здебільшого як традиційне правило поведінки, забезпечене силою її примусу²¹.

Подібної думки дотримувався П. Лукін, який вважав, що під час винесення своїх рішень суд застосовує не сам міжнародний звичай, а юридичну норму, що міститься в ньому.²² Як зазначав Г. Тункін, у міжнародно-правовій доктрині та практиці термін «звичай» вжито у двох значеннях: як звичаєве правило, що не є правовою нормою, і як звичаєва норма міжнародного права. Для розмежування цих значень він пропонує у першому випадку говорити про «міжнародний звичай», а в

¹⁸Даниленко Г. М. Соотношение и взаимодействие международного договора и международного обычая. Советский ежегодник международного права. Москва: Наука, 1984. С. 13–15.

¹⁹Kelsen H. The law of the United Nations; a critical analysis of its fundamental problems. London, 1950. P. 533.

²⁰Kelsen H. Theorie du droit international coutumier. Rev. intern de la theor. du droit. 1939. Vol. 1. P. 262.

²¹Большая юридическая энциклопедия / [авт. Додонов В. Н., Ермаков В. Д., Крылова М.]. Москва: Инфра-М, 2001. С. 348.

²²Лукін П. И. Источники международного права / отв. ред. В. М. Шуршалов. Москва: Изд-во АН СССР, 1960. С. 79

другому – про «міжнародно-правовий звичай»²³. Щодо визначення міжнародного звичаю як джерела права, треба зазначити, що він більш властивий англосаксонській та звичаєво-общинній правовій системі. Своєрідні погляди на міжнародне звичаєве право має Джек Голдсміт (Jack Goldsmith) та Ерик Познер (Eric Posner)²⁴. Вони вважають, що держави дотримуються норм міжнародного звичаєвого права не через відчуття обов'язку (морального чи юридичного), тобто вони взагалі заперечують такі поняття, як *opinio juris*, легальність тощо. Їхня думка ґрунтується на «доведенні від протилежного».

Звичай виконують не через його обов'язковість, а через те, що певна поведінка держави найбільш раціональна у цій ситуації. Як справедливо зазначає О. О. Мережко, згідно з цією концепцією, звичаєве право не є екзогенною (зовнішньою) силою, що керує поведінкою держав. Навпаки, це ярлик щодо ендогенної поведінки (із внутрішніх джерел), тобто із взаємодії держав, що реалізують свої національні інтереси²⁵. А. Н. Талалаєв наводив подібне, проте дещо ширше визначення. На його думку, міжнародним звичаєм є «правило поведінки держав, що набуває для них обов'язкового характеру внаслідок тривалого одноманітного застосування і визнання державами як обов'язкової норми»²⁶. Як бачимо, науковець розкриває певні вимоги, які потрібно ставити елементам звичаєвих норм: тривале й одноманітне застосування для практики і необхідність визнання їхньої обов'язковості саме державами як суб'єктами міжнародного права.

Одне з найкращих визначень міжнародного звичаю знаходимо в І. Лукашука, який вважав, що міжнародний звичай – «це неписане правило поведінки, що склалося в міжнародній практиці і за яким суб'єкти міжнародного права визнають юридично обов'язковий характер». Він наголошував, що звичай втілює мовчазну згоду суб'єктів міжнародного права²⁷. Пітер Маланчук (Peter Malanczuk) зазначає, що це формулювання породжує складні теоретичні запитання. Як практика може створювати правові норми? Як щось може бути визнане правом, перш ніж воно

²³Тункин Г. И. Теория международного права / под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. Москва: Зерцало, 2006. С. 102. (Русское юридическое наследие; т. 29).

²⁴Goldsmith J., Posner E. A Theory of Customary International Law. Chicago, John M. Olin Law & economics working Paper. No. 63. 83 p.

²⁵Мережко О. О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права. Київ: Юстиніан, 2010. С. 74.

²⁶Талалаев А. Н. Международное право и современность / отв. ред. В. Ф. Губин. Москва: Наука, 1984. С. 30. (Серия «История и современность»).

²⁷Міжнародне право / за заг. ред. І. І. Лукашука та В. А. Василенка. Київ: Вища шк., 1971. С. 11.

стало правом²⁸? Попри деякі зауваження, які висловлюють, визначення звичаю загалом цілісне. Головним підтвердженням того, що це формулювання повною мірою відповідає доктринальним поглядам на сутність міжнародного звичаю та практичним вимогам міжнародного життя, на нашу думку, є той факт, що воно вже майже 100 років залишається незмінним, попри пропозиції щодо внесення змін до нього.

У доктрині міжнародного права містяться визначення цього джерела міжнародного права. Ф. Мартенс зазначав, що міжнародними звичаями називаються ті правила і порядки, які встановлюються в міжнародних відносинах на підставі постійного й одноманітного застосування їх до однакових за їхньою суттю випадків²⁹. Як бачимо, в цьому визначенні «міжнародний звичай» розглядають лише з погляду практики його застосування (постійної, одноманітної), тобто зауважують лише матеріальну складову звичаю, без вказування на інші необхідні елементи міжнародного звичаю, такі як психологічна складова. Відповідно, це визначення можна вважати неповним, оскільки лише практика сама собою не може творити звичаєві норми, про що ще йтиметься в цій роботі. Критична позиція, що «концепція звичаю в тому вигляді, в якому вона застосовується в міжнародній практиці та розглядається в доктрині міжнародного права, має мало спільного з уявленнями про звичай, заснованими на особливостях цього джерела у внутрішніх системах права»³⁰. Наприклад, коли розглядають юридичну природу звичаєвих норм у теорії та практиці, існує різноманіття визначень та термінів щодо того самого предмета дослідження.

Разом із численними теоретичними поглядами на значення та функцію звичаю у системі міжнародного права єдиним *інституційно-визначеним* тлумаченням міжнародного звичаю як джерела права є положення пункту «1 б» статті 38 Статуту МС ООН. У ньому міжнародний звичай (англ. international custom) трактують як доказ загальної практики, визнаної як правова норма³¹

²⁸Malanczuk P. Akehurst's modern introduction to international law. 7th rev. ed. London; New York: Routledge, 1997. P. 95.

²⁹Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов: в 2-х т. Москва: Зерцало, 2008. Т. 1. С. 104–105.

³⁰Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве / отв. ред. А. П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С. 5.

³¹Устав Организации Объединенных Наций и Статут Международного Суда от 26.06.1945 г. – п. b ст. 38. – Организация Объединенных Наций. Сборник документов / отв. ред.: В. В. Бахрушев. Москва: Наука, 1981. 647 с.

Поширена думка, що положення згадуваної статті Статуту Суду містять перелік джерел міжнародного права взагалі, хоча насправді вона насамперед перелічує джерела права власне самого Суду. На нашу думку, термін «міжнародний звичай» вживають у згадуваній статті Статуту для позначення джерела права загалом, до якого належать окремі норми. Водночас окремі міжнародні звичаї коректно і правильно називати звичаєвими нормами міжнародного права. На користь цієї тези відомий факт, що в Статуті його було вжито саме в однині: «international custom» – в англійському варіанті та «la coutume internationale» – у французькому, на відміну від інших джерел, які наведені в множині³².

Аналіз діяльності інших міжнародних судових установ вказує на неоднорідне співвідношення правової природи установчих актів, визначеності міжнародного звичаю в них та наступній практичній діяльності. Наприклад, Статут ППМП 1920 р., прийнятий як *окремий* від установчих документів організації договір, розробляли відповідно до статті 14 Статуту Ліги націй; він містив початкове визначення міжнародного звичаю як джерела права³³. Статут МС ООН, на відміну від ППМП, прийнятий разом із установчим актом про заснування ООН у формі єдиного міжнародного договору, теж має відоме визначення у статті 38 документа. Трибунал для покарання головних військових злочинців європейських країн осі,³⁴ створений відповідно до багатосторонньої міжнародної угоди між Урядами СРСР, США та Великобританії та Франції, містив у статті 6 перелік предметної юрисдикції, а сам процес був безпосередньо пов'язаний із застосуванням та тлумаченням норм та принципів звичаєвого права щодо злочинів проти миру, порушення законів та звичаїв війни, злочинів проти людства.

Не ставлячи під сумнів необхідність судового переслідування військових за злочини, які вчинила Японія у Другій світовій війні, існує низка істотних особливостей організаційно-правової форми Токійського трибуналу для Далекого Сходу. Статут цього судового органу затверджено 19 січня 1946 р. спеціальною

³²Устав Организации Объединенных Наций и Статут Международного Суда от 26.06.1945 г. – п. b ст. 38. – Организация Объединенных Наций. Сборник документов / отв. ред.: В. В. Бахрушев. Москва: Наука, 1981. 647 с.

³³Statute of the Permanent Court of International Justice. URL: <http://www.refworld.org/docid/40421d5e4.html>

³⁴ Устав для Международного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_201

складу міжнародних злочинів, які називають ще «злочини за загальним правом», визнаючи власне як їхню звичаєву природу, так і підтвердження основних принципів міжнародно-кримінальної відповідальності фізичних осіб. Римський статут міжнародного кримінального суду³⁸, який не ратифікувала Україна³⁹, містить у статті 21 положення про право, яке Суд може застосовувати. Її положення визначають, що Суд застосовує, по-перше, сам Статут, елементи злочинів та правила процедури і доказування; по-друге – у відповідних випадках, міжнародні договори, принципи і норми міжнародного права, враховуючи загальновизнані принципи міжнародного права збройних конфліктів; якщо це неможливо, то суд застосовує загальні принципи права, які він взяв із національних законів правових систем світу, до яких входять, відповідно, національні закони держав, що за звичайних обставин здійснювали б юрисдикцію щодо конкретного злочину за умови, що ці принципи не є несумісними зі Статутом, міжнародним правом чи міжнародно визнаними нормами і стандартами⁴⁰.

Однак можливість застосування міжнародного звичаю впливає з частини, яка передбачає можливість використовувати принципи і норми міжнародного права. На відміну від МС ООН, тут встановлено чітку ієрархію джерел, і звичаєві норми, як і договірні, посідають друге місце після Статуту й інших документів суду. Однак таке формулювання аж ніяк не заперечує можливість активно використовувати у своїй практиці звичаєві норми⁴¹. Тому, враховуючи активну діяльність попередніх трибуналів, які вирішили досить багато питань, МКС встановлює наявність звичаєвих норм, досліджуючи практику та *opinio juris* та використовує здобутки попередників⁴².

Тому статути міжнародних судових органів, зважаючи на їхнє створення у різних часових та політичних умовах, не володіють єдиною, уніфікованою правовою природою. Однак тією чи іншою мірою установчі документи містять або

³⁸ Римський статут міжнародного кримінального суду. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588

³⁹ Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський статут). *Вісник Конституційного Суду України*. 2001. № 4. Ст. 35–45.

⁴⁰ Meron, T. International law in the Age of Human Rights: General Course on Public International Law. *Recueil Des Cours*, 2007. P. 301.

⁴¹ Теорія та практика міжнародного кримінального права: підручник / Н. А. Зелінська, С. С. Андрейченко, Н. В. Дрьоміна-Волок, Д. О. Коваль; за ред. Н. А. Зелінської. Одеса: Фенікс, 2017.

⁴² Barzegarzadeh A., Karveh M., Raisi L. Principle of Legality and Its Relation with Customary Law in International Criminal Law. *Mediterranean Journal of Social Sciences*. Vol 6. No. 5. September 2015. P. 398.

пряме посилення на міжнародно-правовий звичай як джерело права, або суди застосовують норми міжнародного звичаю через тлумачення положення про «інші норми міжнародного права», або «норми загального міжнародного права», які у судовій практиці демонструють здебільшого як міжнародно-правові норми звичаєвого спрямування.

Положення щодо звичаю у Статуті ППМП запропонував бельгієць, барон Едуард Декан (Édouard Descamps), який керував підготовкою проекту Статуту Постійної палати. Історичні та хронологічні особливості переговорного процесу узгодження положень про звичай як про джерело права Палати правосуддя, а згодом і МС ООН, розглянемо у наступному розділі, однак треба зазначити, що подальша діяльність Суду після його створення є певною мірою тлумаченням пункту «1.б» статті 38. Заслуговує уваги аналіз автентичності текстів статті в англійському, французькому та російському варіантах, який провів проф. Н. Н. Полянський⁴³. Річ у тому, що у російському перекладі йдеться про обов'язок Суду, натомість в англійському варіанті – про функцію (*function is to decide*), у французькому – про призначення (*la mission est de regler*) вирішувати передані йому спори, застосовуючи звичаї, відповідно до підпункту «б». З цього випливає, що за російським варіантом Суд обтяжений імперативом застосування міжнародно-правових звичаїв, які доведено існують як джерела права на момент розгляду справи, що не дає Суду гнучкості для правовстановчої та інтерпретаційної практики.

За англійським та французьким текстом, застосування звичаю має функційне значення, яке дає можливість тлумачити звичай, що не передбачено Статутом Суду, але підтверджено на практиці. У такий спосіб складається враження, що в різних варіантах перекладу те саме завдання Суду сформульовано по-різному. З цього приводу І. І. Лукашук теж виокремив певні особливості перекладу цієї статті щодо поняття «загальна практика», вказуючи на рішення Суду, де зазначено, що загальна практика означає її «загальну прийнятність у практиці держав»,⁴⁴ що

⁴³Полянський Н. Н. Международный Суд. Изд. Акад. Наук СССР. Москва, 1951. С. 116.

⁴⁴Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. Москва, 1999. С. 74.

не встановлює чіткості застосування партикулярних звичаїв. Водночас Г. Даниленко критикує це визначення, оскільки, на його думку, основна хиба її формулювання полягає в тому, що, відповідно до нього, звичай є доказом загальної практики, тимчасом як навпаки – практика є доказом існування звичаю⁴⁵.

Подібні зауваження прозвучали вже на 2-й сесії Комісії міжнародного права ООН (надалі – КМП), що відбулась 1950 року, на якій її голова М. О. Хадсон (Manley O. Hudson) зазначив, що положення щодо звичаю не зовсім вдало сформульоване (англ. *was not very happily worded*), та сказав, що краще говорити про «міжнародну практику як доказ загального звичаю» (англ. *international practice, as evidence of a general custom etc*). Хадсон також зазначив, що «для виникнення принципу або норми звичаєвого права потрібно кілька умов, серед яких він акцентував на *практиці*, що має стосунок до міжнародного спілкування, на *тривалості періоду* її існування, на *усвідомленні*, що дотримуватися практики зобов'язує та допускає право, а також на *загальному мовчазному погодженні* практики іншими державами⁴⁶». Ця позиція, що озвучена 70 років тому, насправді встановлює майже усі юридичні критерії звичаєвої норми. Цікавий факт, що науковець встановив знак рівності між нормами та принципами звичаєвого характеру.

Девід Бедерман (David Bederman) пише про те, що невдовзі після прийняття Статуту ООН у доктрині міжнародного права з'явилися думки про те, що визначення міжнародного звичаю, яке міститься в цьому положенні, є неповним і не відображає зміст цього поняття повною мірою. Проте Комісія міжнародного права ООН відкинула пропоновані зміни, залишивши цю норму в тій редакції, в якій її прийняли⁴⁷. Відомий польський юрист-міжнародник Людвік Ерліх (Ludwik Ehrlich) наголошував, що визначення звичаю у чинній редакції Статуту МС ООН загалом вдале. Він це обґрунтовував тим, що, з погляду міжнародного права, норма зобов'язує не тому, що вона є звичаєвою і належить до звичаєвого права, а тому,

⁴⁵Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве / отв. ред. А. П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С. 99.

⁴⁶Yearbook of International law Commision, 1950, Summary record of the second sessionA/CN.4/SER.A/1950/vol.1. par. 5. P. 4. URL: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v1.pdf

⁴⁷Bederman D. J. Custom as a source of law. Cambridge; New York: CambridgeUniversity Press, 2010. P. 143.

що її такою визнають держави під час застосування⁴⁸. Інший науковець – британець Джеймс Браєрлі (*James Brierly*) стверджував, що в цьому визначенні проявляється прагнення до загального визнання державами певної практики як обов'язкової⁴⁹.

Проте зрозуміло, що кожна система права має власну специфіку створення, тлумачення і правозастосування, яка враховує як визначення цього поняття, так і його розуміння. Як наслідок, деякі науковці зазначають, що визначення звичаю як джерела права, надане Палатою, було нормативно точнішим, ніж положення Статуту МС ООН. На основі положення Статуту МС ООН вони наголошують, що не практика є доказом звичаю, а звичай є доказом певної практики, а це порушує традиційну логіку та причинно-наслідковий зв'язок складових самої звичаєвої норми⁵⁰.

Чимало науковців вважають, що статтю 38 Статуту МС ООН слід розглядати не як термінологічне визначення, яке виконує винятково технічну функцію для Суду, а як «виклад способів формування права, незважаючи на його недосконалість»⁵¹. Можна припустити, що сучасне трактування звичаю Статутом обумовлено тим фактом, що робота Комісії, яка працювала над створенням Статуту Суду перебувала під більшим впливом представників англосаксонської системи права, де прецедент як одне з основних джерел права виникає через практику попередніх судових рішень.

Щодо розуміння міжнародного звичаю як джерела міжнародного права треба зазначити, що у науці міжнародного права можна знайти і думки дослідників із приводу того, що поняття «міжнародний звичай» має ширше значення не просто як джерело права, а в сукупності з процесами і механізмами, що супроводжують його формування та застосування. Г. Даниленко загалом погоджувався з таким підходом. Він стверджував, що особливість звичаю як джерела міжнародного права полягає в тому, що, на відміну від міжнародного договору, в ньому не так

⁴⁸Ehrlich L. Prawo miedzynarodowe. Warszawa: Wydawnictwo prawnicze, 1958. S. 20.

⁴⁹Brierly J. L. The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace (6th ed.) / J. L. Brierly; [ed. by Sir Humphrey Waldock.]. Oxford: Clarendon Press, 1967. P. 26.

⁵⁰Лукашук И. И. Нормы международного права. Москва: Спарк, 1997. С. 218; Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве. Москва: Наука, 1988. – С. 10–11.

⁵¹S. Sur, International Law, Power, Security and Justice: Essays on International Law and Relations (Hart Publishing, 2010), P. 166; R. Y. Jennings, «The Identification of International Law», in B. Cheng (ed.), International Law: Teaching and Practice (Stevens & Sons, 1982), 3, 9.

легко розрізнити правотворчу процедуру і нормативний результат. Норми, які регулюють створення звичаю, одночасно є критеріями процедур, за допомогою яких встановлюється існування звичаю в конкретних ситуаціях⁵². В. Лісовський під міжнародним звичаєм розумів «вираз спільних засад та елементарних понять і принципів міжнародного права»⁵³. Таке твердження демонструє підхід до розуміння звичаю як форми зовнішнього виразу правосвідомості, правових переконань. Зазначений погляд має своїх прихильників у теорії міжнародного права, але, на наш погляд, він не відповідає сучасному теоретичному і практичному розумінню звичаєвих норм міжнародного права. Ці норми є не просто виразом «засад та принципів міжнародного права» – їх створюють унаслідок практики застосування його суб'єктами правил поведінки та визнання їх юридично обов'язковими. Тому визначення В. Лісовського видається надто загальним і таким, що не відповідає практиці міжнародного права загалом та створенню і застосуванню його звичаєвих норм зокрема.

Практика використання міжнародними судами термінів «міжнародний звичай», «звичаєва норма міжнародного права» чи «звичаєве міжнародне право» не є типовою чи такою, що відповідає певним правилам. Наприклад, у *Консультативному рішенні щодо законності погрози ядерною зброєю чи її застосуванням 1996 р.*, МС ООН зазначив, що «термін «допустимості» погрози, на думку деяких держав, може мати застосування лише у разі наявності дозволу у договірних положеннях чи звичаєвому міжнародному праві» (англ. *only be permissible if authorization could be found in a treaty provision or in customary international law*)⁵⁴. Говорячи про право на самооборону, яке визначене у статті 51 Статуту ООН, у контексті обставин справи *Військових та напіввійськових формувань 1986 р.* (Нікарагуа проти США), МС ООН уже говорить про особливу норму права звичаєвого характеру, яка встановлює «міри самооборони, співвідносні збройному нападу та необхідні для дій у відповідь» (англ. *specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed*

⁵² Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве/отв.ред. А.П.Мовчан. Москва. Наука, 1988. С. 9

⁵³ Лісовський В. И. Международное публичное право / под ред. Ф. И. Кожевников. Москва: Междунар. кн., 1949. С. 28.

⁵⁴ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports. 1996. P. 238, para. 21.

attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law)⁵⁵. У справі правомірності рибних промислів 1951 р. (Велика Британія проти Норвегії) суддя Рід вказав на «звичаєве право, яке може перерости із практики в історичне правило», вказавши, що переконливий доказ державної практики його застосування є у факті затримання, де у випадку арешту іноземного корабля прибережна держава відстоює свою незалежність у морській сфері⁵⁶». У позиції КМП, зокрема звіті спеціального доповідача Майкла Вудса (Michael Wood) з питань формування та доказів міжнародного звичаєвого права (англ. First report on formation and evidence of customary international law 2013), неодноразово наголошено на різноманітті термінологій. Звіт Вудса демонструє, що іноземні фахівці значно більше уваги звертають на окремі елементи міжнародного звичаю, їхнє співвідношення та процедуру застосування, ніж на чітке термінологічне окреслення понять «міжнародний звичай» чи «міжнародне звичаєве право». КМП, провівши дослідження багатьох доктринальних підходів щодо визначення звичаєвого міжнародного права, встановили, що термін «міжнародне звичаєве право», або «норми міжнародного звичаєвого права» об'єднують «норми міжнародного права» у розумінні пункту 1(b) статті 38 Статуту Міжнародного Суду»⁵⁷.

Така особливість дає підстави стверджувати про наявність норм звичаєвого права матеріального та процесуального видів. Звичаєвою нормою матеріального характеру є, наприклад, імунітет вищих посадових осіб від переслідування під час реалізації ним посадових обов'язків. У справі ордеру на арешт (Конго проти Бельгії) 2012 р. Конго, представляючи свою позицію в усних дебатах, зазначає, що «Бельгія порушила норми міжнародного звичаєвого права щодо Демократичної Республіки Конго відносно повної недоторканості та імунітету від кримінально-процесуального переслідування особи, яка обіймає посаду міністра закордонних справ, таким чином порушивши принцип суверенної рівності між державами»⁵⁸.

⁵⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) I.C.J. Reports 1986, p. 94, para. 176.

⁵⁶ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgment, I.C.J. Reports 1951, P. 116, at P. 131.

⁵⁷ A/CN.4/663 ILC First report on Formation and evidence of customary international law by Michel Wood. P. 19–22. URL: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/663&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml&Lang=E

⁵⁸ Arrest warrant of 11 April 2000, Democratik Republic of Congo v. Belgium. Summary of Judgment of 14 February 2002. para. 1–12.

Доводячи свою позицію на основі звичаєвої норми, на держав-учасниць спору покладається процесуальний обов'язок представити доказову базу існування звичаєвої норми. Суд підтвердив це у *справі про притулок 1951 р.* (Колумбія проти Перу), зазначивши: «Сторона, яка покликається на такий звичай, має довести, що цей звичай набув обов'язкового характеру для іншої Сторони. Уряд Колумбії повинен довести, що застосовувана ним норма узгоджується з постійним та однорідним застосуванням у відповідних державах, і що це застосування є вираженням права, що належить державі, яка надає притулок, і обов'язку, що покладається на Державу територіальної юрисдикції. Це впливає зі статті 38 Статуту Суду, що стосується міжнародного звичаю «як свідчення загальної практики, яку застосовують на рівні із законом».⁵⁹

Іншою звичаєвою нормою процесуального характеру є обов'язок держави-позивача довести предмет спору та його юридичну природу. Така норма автоматично виводить з-під юрисдикції Суду спори неюридичні, зокрема політичні. Необхідне підтвердження того, що застосування способів досудового вирішення спору, наприклад проведення дипломатичних переговорів, не дало результатів⁶⁰. Звичаєвою нормою є право кожної держави робити застереження щодо обов'язкової юрисдикції Суду, навіть у випадках, прямо не передбачених статтею 36 Статуту МС ООН.

Як уже було наголошено, від звичаєвих норм міжнародного права важливо відрізнити так звані «узвичаєння» (лат. *usus*, англ. *usage*, рос. *обыкновение*). Є випадки, коли поняття «міжнародний звичай» і «звичаєве міжнародне право», «узвичаєння» вживаються у різних значеннях без врахування правового контексту. Наприклад, ООН у рекомендаційних матеріалах для свого персоналу говорить про «міжнародне звичаєве право» (або просто «звичай»)⁶¹. Проте, як зазначав А. Фердросс (Alfred Verdross), слід проводити диференціацію між цими поняттями, оскільки лише таке узвичаєння стає нормою звичаєвого міжнародного права, яке

⁵⁹ Colombian-Peruvian asylum case (Colombia/ Peru), Judgment, I.C.J. Reports 1950, p. 266, at P. 274.

⁶⁰ Кожевников Ф. И., Шарманазашвили Г. В. Международный Суд ООН. Организация, цели, практика. Москва, 1971. С. 36.

⁶¹ Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff. Report / UN Office of the High Commissioner for Human Rights, 2000. P. 2–5.

відповідає правовому відчуттю і правосвідомості⁶². Узвичаєння (вживають також термін «звичаєвість») є загальною міжнародною практикою, яка не має юридично обов'язкового характеру (не відображає правового зобов'язання⁶³. Серед найпоширеніших прикладів узвичаєнь виділяють, наприклад, положення дипломатичного етикету⁶⁴ чи морський церемоніал⁶⁵.

Міжнародні узвичаєння існують у різних сферах міжнародних правовідносин. Так, у праві зовнішніх зносин до міжнародних узвичаєнь належать правила міжнародної ввічливості, міжнародного етикету та протоколу; у міжнародному морському праві – морські сигнали, які подають кораблі один одному під час зустрічі у відкритому морі тощо. На необхідності диференціації звичаєвих норм та узвичаєння наголошено в доктрині міжнародного права. Так, Я. Броунлі писав, що, незважаючи на те, що інколи ці терміни вживають як рівнозначні, кожен із них є спеціальним терміном і їхнє значення різне⁶⁶. Альфред Фердросс (Alfred Verdross) наводив приклад, що регулярне використання білого паперу для дипломатичних нот не створює звичаєвої норми міжнародного права⁶⁷.

На думку Л. Оппенгейма, про «міжнародний звичай» можна говорити тільки тоді, якщо є зрозуміла і тривала практика вчинення певних дій, що склалася внаслідок впевненості в тому, що такі дії обов'язкові або правильні. За відсутності цього може йтися тільки про «міжнародне узвичаєння», а не «міжнародний звичай».⁶⁸ Отже, *саме юридична необов'язковість правила поведінки, яке є основою узвичаєння і ключовою відмінністю між цією категорією і звичаєвими нормами.*

З цього погляду, чи не найвдаліше визначення поняття «узвичаєння», яке зробив Г. Даниленко. На його думку, *узвичаєння – юридично необов'язкове звичаєве правило поведінки, що встановилося в результаті одноманітної*

⁶²Фердросс А. Международное право / под ред. Г. И. Тункин (предисл.); пер. с нем. Ф. А. Кублицкий, Р. Л. Нарышкина. Москва: Инстр. лит., 1959. С. 154.

⁶³Мережко О. О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права. Київ: Юстиніан, 2010. С. 73.

⁶⁴Міжнародне право: навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського. Київ: Юрінком Інтер, 2005. С. 47.

⁶⁵Мережко О. О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права. Київ: Юстиніан, 2010. С. 73.

⁶⁶Броунлі Я. Международное право: Кн. 1–2. / пер. с англ. С. Андрианов; под ред. и со вст. ст. Г. И. Тункина. – Москва: Прогресс, 1977. Кн. 1. 1977. С. 26.

⁶⁷Фердросс А. Международное право / под ред. Г. И. Тункин (предисл.); пер. с нем. Ф. А. Кублицкий, Р. Л. Нарышкина. Москва: Инстр. лит., 1959. С. 154.

⁶⁸Оппенгейм Л. Международное право: в 2 т. / пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом; под ред. и с предисл. С. Б. Крылова. Москва: Государственное издательство иностранной литературы, 1948. (Библиотека внешней политики). Т. I: Мир, полутом 1. С. 46.

практики.⁶⁹ Так, Д. Самхарадзе пише, що порушення міжнародного звичаю розглядають суб'єкти міжнародного права як *правопорушення*, а порушення міжнародного узвичаєння – лише як *недружній акт*⁷⁰. Формою відповідальності за порушення є сатисфакція, яку можна здійснити як визнання порушення, офіційне вибачення, виявлення співчуття чи в іншу подібну форму, і вона не повинна набувати форми, принизливої для держави, що має відповідальність⁷¹.

Історія показує приклади, коли нехтування вимог міжнародних узвичаєнь, особливо у сфері дипломатичного протоколу та міжнародної ввічливості було наслідком породження криз та конфліктів. Наприклад, невдоволення французького уряду формулюваннями так званої «Емської депеші», в якій викривлено зміст переговорів між французьким послом та королем Пруссії Вільгельмом I, призвело до оголошення Францією війни Пруссії у 1870 р.⁷²

У доктрині міжнародного права є й інші думки стосовно існування міжнародного узвичаєння. Так, його відкидали швейцарський правник-міжнародник Пауль Гугенхайм (Paul Guggenheim) та американський науковець Олівер Ліссіцин (Oliver Lissitzyn). Останній, зокрема, не бачив відмінності між міжнародними звичаєвими нормами та міжнародним узвичаєнням, оскільки заперечував визнання юридичної обов'язковості звичаєвих норм як необхідного елемента звичаєвих норм, називаючи таку конструкцію «штучною»⁷³.

Проте практика міжнародного права підтверджує існування міжнародних узвичаєнь. Так, КМП ООН під час підготовки проекту Конвенції про дипломатичні зносини визнала, що поширена практика звільнення дипломатів від митних зборів на предмети, що ввозять для їхнього особистого користування, і її можна визнати як норму міжнародного права. Проте її не визнано як правову норму, оскільки заснована на міжнародній ввічливості, тобто йдеться саме про міжнародне узвичаєння⁷⁴.

⁶⁹ Даниленко Г. М. Применение международного права во внутренней правовой системе России: практика Конституционного Суда. Государство и право. 1995. № 11. С. 118.

⁷⁰ Самхарадзе Д. Г. Обычай как источник международного права. *Право и политика*. 2005. № 4. URL: www.lawmix.ru/comm/1263/

⁷¹ Проект статей об ответственности за международно-противоправные деяния от 12.12.2001 г. Ст. 27. / Лукашук И. И. Право международной ответственности: монография. Москва: Волтерс Клувер, 2004. 432 с.

⁷² Крип'якевич І. Всесвітня історія: у 3-х кн. Кн. 3. Найновіші часи. Київ: Либідь, 1995. С. 152–154.

⁷³ Lissitzyn O. J. *International Law Today and Tomorrow*. Dobbs Ferry, New York: Oceana Publications, 1965. P. 34.

⁷⁴ Yearbook of International Law Commission 1958. Documents of the tenth session. Vol. I / United Nations Publications. New York, 1958. P. 26–28.

Надалі відповідне положення внесли до Віденської конвенції про дипломатичні зносини 1961 р., але сьогодні через загальне визнання воно стало звичаєвим правом. Відомий правник Жан Тускоз (Jean Tuscoz) зазначає, що існує багато теоретичних суперечок із приводу юридичної природи міжнародного звичаю. Для одних науковців це лише мовчазна згода, яку вони зараховують до тієї самої юридичної категорії, що й договори, для інших – форма стихійного розвитку права, повторення певної позиції, яку підхоплюють інші суб'єкти права, займаючи таку саму позицію, законне очікування такої самої поведінки⁷⁵.

Досліджуючи міжнародний звичай та особливості його правозастосування, не варто шукати протиставлення звичаю до міжнародного договору, а потрібно розглядати допустимість паралельних процесів правового регулювання обома з них. Такий підхід пропонують розглядати як «правову синхронізацію». Порівнюючи ці дві категорії у аспекті юридичної сили їхніх норм, необхідно зазначити, що особливої відмінності в цьому аспекті ні доктрина, ні практика міжнародного права між договірним та звичаєвим правом не вбачає. До прикладу, польський юрист-міжнародник Кароль Вольфке (Karol Wolfke) наголошував, що як загальне правило доктрина однастайна в тому, що обов'язкова сила договірної і звичаєвої права є однаковою⁷⁶.

Багато науковців протиставляють звичай і договір, хоча в них є кілька спільних моментів. Як справедливо зауважує І. Городиський, одним із таких можна вважати «...згоду держав. Як відомо, згода держав як суверенних та незалежних суб'єктів міжнародного права є обов'язковою передумовою створення та застосування норм міжнародного права.

Водночас встановити наявність чи відсутність такої згоди можливо винятково в разі наявності договірних чи звичаєвих норм міжнародного права. Щодо інших джерел ...встановити наявність такої згоди неможливо або проблематично. Саме факт згоди, яку держави дають на обов'язковість міжнародного договору та міжнародного звичаю, й обумовлює їхнє значення як

⁷⁵Тускоз Ж. Міжнародне право: підручник. Київ: АрТек, 1998. С. 205.

⁷⁶Wolfke K. Custom in Present International Law / K. Wolfke. – Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1964. P. 98.

основних джерел міжнародного права щодо інших»⁷⁷. Водночас чимало міжнародних конвенцій, що діють зараз, фактично є результатом кодифікації звичаєвих норм, що вироблені протягом тривалого часу і підтверджені у практиці держав.

Мовлячи про відмінність між правом «юридичним» та правом «звичаєвим», Г. Кельзен зазначав, що якщо перше створюється шляхом відносно централізованої процедури, то друге – шляхом відносно децентралізованої. На його думку, «право закону» та «право звичаю» обмежують одне одного згідно з правилом *lex posterior*⁷⁸. На його думку, чинність звичаєвого права в межах правової спільноти обмежується так, як і застосування індивідуальних норм, створених шляхом узвичаєння через загальні норми, і це може відбуватися щодо конкретних випадків тільки через запроваджене право.

Така ситуація, на думку Г. Кельзена, виникає з огляду на те, що звичаєві норми можна застосовувати тільки через рішення правозастосовчих органів, наприклад – судові рішення⁷⁹. У міжнародному праві міжнародне звичаєве право визначають як «здійснювану державами загальну та послідовну практику, яка впливає зі змісту правового зобов'язання»⁸⁰. Е. Хіменес де Аречага вказує, що якщо договірне право ототожнюють з писаним зафіксованим правом *lex scripta*, то, відповідно, звичаєве міжнародне право, навпаки, визначають як неписане *lex non scripta*, стихійне, передбачуване право, що характеризується невпорядкованістю і неточністю⁸¹.

У доктрині міжнародного права також часто відображено кардинально різні погляди на те, як співвідносяться договірне і звичаєве міжнародне право та на роль і значення останнього. Наприклад, шведська дослідниця Інgrid де Люпіс (Ingrid de Lupis) вважає, що «звичаєве право в сучасному міжнародному праві є неприйнятною фікцією... Насправді ж звичаєве міжнародне право, яке вважають

⁷⁷ Городиський І. М. До питання ієрархії джерел міжнародного права у світлі ст. 38(1) Статуту Міжнародного Суду ООН. Альманах міжнародного права. 2015. № 9. С. 73–81, 78.

⁷⁸ Кельзен Г. Чисте правознавство: 3 дод.: Проблеми справедливості / пер. з нім. О. Мокровольського. Київ: Юніверс, 2004. С. 253–255. (Філософська думка).

⁷⁹ Кельзен Г. Чисте правознавство: 3 дод.: Проблеми справедливості / пер. з нім. О. Мокровольського. Київ: Юніверс, 2004. С. 254–255. (Філософська думка).

⁸⁰ Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff. Report / UN Office of the High Commissioner for Human Rights, 2000. P. 2–5.

⁸¹ Хіменес де Аречага Э. Современное международное право / под ред.: Г. И. Тункин (вступ. ст.); пер. с исп. Ю. И. Папченко. Москва: Прогресс, 1983. С. 42.

наріжним каменем системи, не існує в сучасному міжнародному праві, за винятком обмеженого застосування під час територіального врегулювання»⁸². З цим погоджуються і деякі інші представники доктрини міжнародного права.

Так, Річард Бакстер (Richard Baxter) писав, що «договірне право все більше і більше переважатиме над міжнародним звичаєвим правом»⁸³. Х'ю Терлвей (Hugh Thirlway) зазначав, що «значення міжнародних договорів, особливо багатосторонніх договорів, постійно збільшується за рахунок міжнародного звичаєвого права»⁸⁴. Проте багато науковців, і цілком обґрунтовано, дотримуються протилежної думки. Так, Е. Хіменес де Аречага вказував, що «...сучасні методи кодифікації та прогресивного розвитку міжнародного права зовсім не відсунули звичаєве право на другий план, але навпаки – пришвидшили темпи його розвитку, надавши йому новий імпульс і об'єднали в одне гармонійне ціле договірне і звичаєве право, які підтримують одне одного»⁸⁵.

Частина Женевських конвенцій 1949 року та Додаткових протоколів до них, в яких відображені норми звичаєвого права, були основою становлення та подальшого розвитку міжнародного гуманітарного та кримінального права і закріплення концепції «міжнародної кримінальної відповідальності». Міжнародна кримінальна відповідальність може базуватися на звичаєвому праві за умови, що застосовуваний звичай відповідає вимогам «загальної практики, прийнятої як закон», як це передбачено статтею 38 Статуту МС ООН, а також статтею 3 Статуту Гаазького міжнародного кримінального трибуналу, який закріплює однакове ставлення до законів і звичаїв війни як основи судового розгляду та засудження винних осіб. Сьогодні кримінальна відповідальність за міжнародні злочини може ґрунтуватися як на договірних нормах, так і на нормах звичаєвого права, про що свідчить практика міжнародних кримінальних трибуналів.

Якщо говорити про створення звичаєвих норм міжнародного права, то варто відштовхуватися від базових умов (особливостей), що є основою такого процесу чи

⁸²De Lupis I. D. The Concept of International Law. Stockholm: Norstedt, 1987. P. 115–116, 134.

⁸³Baxter R. Treaties and Custom. Rec. Cours, 1970 (1). P. 101.

⁸⁴Thirlway H.W.A. International customary law and codification; an examination of the continuing role of custom in the present period of codification of international law. Leiden, A. W. Sijthoff, 1972. P. 31.

⁸⁵Хіменес де Аречага Э. Современное международное право / под ред.: Г. И. Тункин (вступ. ст.); пер. с исп. Ю. И. Папченко. Москва: Прогресс, 1983. С. 42.

зумовили його. Звичаєва норма може бути наслідком «мовчазної згоди», якщо її визнано певним колом суб'єктів. Водночас інші звичаєві норми обов'язкові до виконання, незалежно від їхнього визнання, оскільки вони є основою системи міжнародного права (*jus cogens*). Незважаючи на те, що в науці і практиці міжнародного права використовують різні позначення звичаєвих правил поведінки, на нашу думку, найоптимальнішим варіантом є вживання терміна «звичаєва норма міжнародного права».

Розкриття міжнародно-правового звичаю як юридичного феномена через норму дає можливість визначати зміст права, а через визначення його як джерела права – зрозуміти зовнішнє оформлення та форму міжнародно-правового зобов'язання, що виникає через визнання його обов'язковості. Для позначення окремих звичаєвих правил поведінки в міжнародному праві варто вживати термін «звичаєві норми міжнародного права».

Беручи до уваги позиції згадуваних дослідників та судову практику, поняття «звичаєва норма міжнародного права» (англ. *rule (norm) of customary international law*) можна визначити як *юридично обов'язкове, позадоговірне, правило поведінки, яке взаємно встановлюють суб'єкти міжнародного права шляхом усвідомленого правозастосування їхніх суверенітетів для регулювання взаємних відносин*.

Це положення враховує, по-перше, юридичну природу звичаєвої норми, що резюмує відповідальність за її порушення. По-друге, створення звичаєвої норми є багатостороннім позадоговірним процесом, у якому суб'єкти реалізують свій правовий статус та юрисдикції. Третьою особливістю є взаємне усвідомлення наслідків створення норми звичаєвого права.

На нашу думку, таке усвідомлення має прояв через міжнародно-правову позицію держави з конкретного питання правовідносин та проявляється у діях компетентних органів або у мовчазній згоді. Терміном «міжнародний звичай» (англ. *international custom*) запропоновано джерело міжнародного права, яке складається із практик суб'єктів міжнародного права та визнання обов'язковості їхнього змісту. Узвичаєння (англ. *usage*) – це послідовні способи ведення

міжнародних відносин, які схвалюють сторони, без визнання їхнього юридичного характеру.

Розвиток звичаєвого міжнародного права у майбутньому перебуватиме під впливом глобального дослідження, яке проводить КМП ООН щодо звичаєвого міжнародного права в рамках довгострокової програми «Ідентифікація міжнародного звичаєвого права», розпочатої 2012 року. У розділах I та IX Третьої доповіді Комісії на 67 сесії, яка відбулась у 2015 р. в Женеві, зазначено, що майбутні дослідження будуть здійснені задля забезпечення більшого доступу до матеріалів звичаєвого міжнародного права, підготовки комплексу висновків щодо підходів з питань формування і доказів його існування в різних галузях, термінології, практики держав і міжурядових суб'єктів, прецедентного права МС ООН та інших судів та трибуналів, узагальнення досвіду, отриманого у попередній діяльності⁸⁶.

Матеріали роботи дослідницької групи констатують значний інтерес представників різних країн до результатів її роботи, що обов'язково повинна враховувати наша держава, зважаючи на зростання кількості справ, ініційованих Україною у міжнародних судових установах.

1.2. Становлення та розвиток доктрин міжнародного звичаю та міжнародного судочинства

Історія права – це і хронологія конфліктів, які з розвитком людства змінювали форму їхнього вирішення. Сьогодні важливе осмислення постбіполярного світу⁸⁷. Сучасність демонструє нам виклики, які мають глибоке історичне коріння та не завжди відповідне розуміння їхніх причин. У багатьох дослідженнях міжнародного звичаєвого права тему його періодизації вважають найскладнішою з погляду застосування традиційних підходів до проблеми історичного розвитку правових норм.

Вивчення окремих питань розвитку міжнародного права, особливостей

⁸⁶ ILC, Sixty-seventh session, Third report on identification of customary international law by Michael Wood, Special Rapporteur. URL: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/682&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml&Lang=E

⁸⁷ Буткевич О. В. Характеристика постбіполярного міжнародного права. *Сучасні проблеми міжнародного права* / Liber Amicorum до 60-річчя проф. М. В. Буроменського : монографія / авт. кол.; за ред. В. М. Репецького та В. В. Гутника. Львів; Одеса: Фенікс, 2017. С. 46–54.

періодизації його історії охоплені роботи науковців, таких як О. В. Буткевич,⁸⁸ А. І. Дмитрієв та У. Е. Батлер⁸⁹, Д. Коваль⁹⁰, Р. Люка Т. Лі⁹¹, Нумелін⁹², Ф. Л. Оппенгейм⁹³, Л. А. Комаровський⁹⁴, М. Шо⁹⁵ та інших. У їхніх працях визначено чимало теоретичних проблем генези права, яка має враховувати надто багато чинників, щоб бути об'єктивним, а саме: базові правові критерії в періодизації, мінімізація невизначеності історії державної практики як свідчення існування норм права та історії існування доктрин міжнародного права⁹⁶.

Прийнято вважати, що однією з характеристик новітнього етапу розвитку міжнародного права є поява міжнародних судових установ на початку ХХ століття. Цьому періоду характерна поява нових форм міжнародних судових інституцій, головною особливістю яких є постійна діяльність та визначена статутними документами юрисдикція. Але цей факт абсолютно не означає, що історія до створення ППМП чи МС ООН менш цінна з погляду дослідження метаморфоз способів та форм вирішення спорів. Історичний та порівняльний аналізи дають змогу краще з'ясувати зміст, виявити основні концепції, які формувалися на різних історичних етапах, досягнути чинники, що вплинули на правову доктрину щодо міжнародного звичаєвого права та реалізацію міжнародного звичаю суб'єктами права. Г. Тункіна зазначав, що «питання щодо звичаєвих норм міжнародного права було предметом постійної уваги фахівців протягом століть»⁹⁷. Справді, протягом усієї історії людства звичаєві норми відігравали важливу роль у регулюванні міжнародних правовідносин.

М. Мінасян наголошував, що протягом тривалого часу звичай мав важливе значення для розвитку міжнародного права і був його головним джерелом⁹⁸. Малькольм Шо констатував, що з розвитком суспільства створюються нові

⁸⁸ Буткевич О. В. У истоков международного права. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2008. 881 с.

⁸⁹ История международного права / под ред. А. И. Дмитриева, У. Е. Батлера. 2-е изд., доп., перераб. Одесса: Феникс, 2013. 574 с.

⁹⁰ Коваль Д. В ім'я мистецтва: міжнародно-правовий контекстуальний аналіз захисту культурних цінностей у зв'язку зі збройним конфліктом: монографія. Одеса: Фенікс, 2016. 418 с.

⁹¹ Luke T. Lee. Consular Law and Practice. Clarendon Press, 1991, 739 p.

⁹² Numelin R. The beginig og Diplomacy. Oxford University Press, 1950.

⁹³ Оппенгейм Л. Международное право : в 2 т. / пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом; под. ред. и с пред. С. Б. Крылова]. Москва: Государственное издательство иностранной литературы, 1948. (Библиотека внешней политики). Т. I: Мир, Полутом 1.

⁹⁴ Комаровский Л. А. О Международном Суде / под ред. Л. Н. Шестакова. Москва: Зерцало, 2007. 488 с.

⁹⁵ Shaw M. N. International law. 6th ed. / M. N. Shaw. Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press, 2008.

⁹⁶ История международного права / авт. кол.; под ред. А. И. Дмитриева, У. Е. Батлера. 2-е изд., доп. перераб. – Одесса: Феникс, 2013. С. 31.

⁹⁷Тункин Г. И. Теория международного права / под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. Москва: Зерцало, 2006. С. 99. (Серия «Русское юридическое наследие»; т. 29).

⁹⁸Минасян Н. М. Источники современного международного права / отв. ред. А. М. Ладыженский. Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. ун-та, 1960. С. 99–100.

інструменти юридичного механізму, такі як суди чи законодавство. Міжнародний звичай як форма права можна розглядати як спосіб реального вираження потреб і цінностей суспільства в будь-який час⁹⁹.

Окреме застосування критеріїв ідентифікації періоду становлення права, як наприклад, історичні конференції, укладання відомих договорів, завершення воєн, класовість суспільства, географічні відкриття, неповною мірою дають змогу розкрити динаміку змін норм, інституцій, правосвідомості та культури. У доктрині сформовано чимало підходів періодизації, які так чи інакше синхронізуються із розвитком звичаєвого міжнародного права. Л. А. Комаровский, досліджуючи історію міжнародного суду в дореволюційну епоху, виокремлював епохи давності, середні віки, Новий час¹⁰⁰. Ф. І. Кожевников пропонував поділ на періоди рабовласницького, феодального, капіталістичного міжнародного права та період після Жовтневої революції як окремий феномен¹⁰¹. Ф. Ф. Мартенс у роботі «Современное международное право цивилизованных народов» розглядав розвиток міжнародного права через призму давніх та середніх віків, пізніше – від Вестфальського миру до Віденського Конгресу 1815 р., від Віденського Конгресу до Нового часу¹⁰². А. Кассезе пропонує чотири основні етапи історії: від його появи до Першої світової війни; створення Ліги націй та закінчення Другої світової війни; поява ООН та «Холодна війна; сучасний період»¹⁰³. Найвдаліший принцип, запропонований авторами дослідження історії міжнародного права під керівництвом А. І. Дмитрієва та У. Е. Батлера, які на підставі комплексного вивчення праць з історії міжнародного права розділили її на дві глобальні епохи: локального (регіонального) та універсального міжнародного права, відповідно окресливши у кожній особливі періоди. В епосі локального права розглядають норми, протоінститути та культуру давнього періоду (Дворіччя, Єгипет, Китай. Індія, Греція) та європейське міжнародне право до 1648 р. Епоха універсального права охоплює Вестфальський період до 1815 р., період від Віденського конгресу

⁹⁹ Shaw M. N. International law. 6th ed. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2008. P. 72–73.

¹⁰⁰ Комаровский Л. А. О Международном Суде / под ред. Л. Н. Шестокова. Москва: Зерцало, 2007. С. 84–181.

¹⁰¹ Международное право / под. ред. Ф. И. Кожевникова. Москва, 1957. 471 с.

¹⁰² Современное международное право цивилизованных народов: в 2-х т. / под ред. и с биографическим очерком В. А. Томсинова. – Москва: Зерцало, 2008. (Серия «Русское юридическое наследие»). Т. 1. С. 24–31.

¹⁰³ Cassese A. International Law. Oxford. 2001. P. 19.

до 1919 р., право Ліги націй до 1946 р. та універсальне право ООН від 1945 р. до наших днів¹⁰⁴. Вочевидь, достеменно встановити, коли виникли перші звичаєві норми міжнародного права, достатньо складно. Ю. Колосов та В. Кузнецов, розглядаючи питання про становлення міжнародного права, стверджують, що перші його звичаєві норми зароджувалися ще в період первісного ладу, до становлення державності¹⁰⁵. Є. Кананикіна зазначає, що «з'явившись задовго до правової форми суспільного буття, саме він був основною формою соціального регулювання поведінки членів первісного суспільства»¹⁰⁶.

Український дослідник Ю. В. Щокін зазначає, що звичаї застосовувалися упродовж усього розвитку людства, починаючи з міжплемінних відносин. Звичай безумовно передував договірному регулюванню, оскільки більшість народів просто не мала власної чи запозиченої писемності. Однак уже тоді застосовували усні угоди, які регулювали звичаєве право¹⁰⁷.

Разом зі становленням та прогресивним розвитком міжнародного права змінювалися значення та функції звичаю у міжнародному праві. Практика розгляду справ у міжнародних судах нерідко демонструє важливість розуміння не лише сучасних процесів правовідносин між державами, але і їхню історію, нерідко давню. У рішенні про острови Менк'є та Екліхос 1953 р.¹⁰⁸ (Сполучене Королівство проти Франції), МС ООН, формуючи пропозицію щодо належності острівних територій, провів аналіз так званих «норманських звичаїв» щодо управління васальних земель *dominium patronale*, які поширились в епоху завоювань Англії герцогом Вільгельмом у XII столітті та договорів того періоду – Договору Кале 1360 р., Договору Труа 1420 р., Конвенції про рибальство 1839 року та інших. Суд також брав до уваги рішення Маноріальних судів 1616–1692 років щодо статусу кораблів, сплати податків, середньовічні звичаї органів місцевого самоуправління.

Продемонстрований у цій справі глибокий аналіз історичних документів,

¹⁰⁴ История международного права / авт. кол.; под ред. А. И. Дмитриева, У. Е. Батлера. 2-е изд., доп. перераб. Одесса: Феникс, 2013. С. 66–67.

¹⁰⁵ Международное право: учебник. Издание 2-е, доп. и прераб. / Отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. Москва: Международные отношения, 1998. С. 5–15.

¹⁰⁶ Кананикіна Е. Правовые традиции анализа источников (форм) права / Е. Кананикіна // Право и политика. 2004. № 10. С. 14.

¹⁰⁷ Щокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії та практики: монографія / Ю. В. Щокін. Харків, Право, 2012. С. 11

¹⁰⁸ The Minquiers and Ecrelzos case, Judgment of November 17th, 1953: I. C. J. Reports 1953, p. 62.

дослідження старовинної практики та звичаїв під час винесення судового рішення є, з одного боку, підтвердженням важливості для міжнародних судів доказів будь-якої історичної епохи, а з іншого – необхідності висунення особливих критеріїв та принципів історичної періодизації конкретного дослідження.

В умовах первісного суспільства, коли сучасні інститути держави та права, та й держава як форма політичної організації суспільства загалом ще не оформилися, звичай був уособленням права. У цей період його освячувала багаторічна традиція, коли тривалість його застосування справді була вагомим аргументом на користь існування звичаєвої норми. Він відігравав важливу роль у відносинах між родоплемінними суспільствами того часу. До того ж навіть після виникнення договірних норм досить багато питань, пов'язаних з їхнім укладенням і дотриманням, зокрема і принцип добросовісного виконання зобов'язань, закріплювалися у звичаєвому праві¹⁰⁹.

На думку О. В. Буткевич, звичай як правове джерело виник спочатку для регулювання міжнародних відносин, і тільки згодом його дія поширилася на відносини в середині окремих соціумів, які були менш розвинуті, ніж міжнародні відносини, врегульовувалися не правовими, а моральними, етичними та релігійними нормами¹¹⁰.

В античні часи (II тис. до н. е. – I пол. I тис. н. е.), коли практика укладення міжнародних договорів не набула широкого поширення, значення звичаєвих норм було особливо великим. У давні часи міжнародний звичай був основним джерелом міжнародного права, котре складалося переважно зі звичаєвих правових норм¹¹¹. Відомий британський правник Коулмен Філіпсон (Coleman Phillipson), який досліджував роль звичаю в античній Греції та Римі, наголошував на його важливості як джерела права в той час. Давня Греція складалася із великої кількості міст-держав, тому звичай виконував роль не лише джерела внутрішньодержавного права, а й регулятора відносин між містами-державами. Варто звернути увагу на той факт, що розуміння звичаю, зокрема й міжнародного,

¹⁰⁹Буткевич О. В. У истоков международного права. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2008. С. 207–208.

¹¹⁰Буткевич О. В. У истоков международного права. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2008. С. 235.

¹¹¹Талалаев А. Н. Международное право и современность / отв. ред. В. Ф. Губин. Москва: Наука, 1984. С. 30. (Серия «История и современность»).

суттєво відрізнялося від сучасного. Якщо нині звичай є одною з форм закріплення норми права, то для античного світу він був радше проявом моралі, а обов'язкова сила такої норми ґрунтувалася на релігійних чи інших неправових нормах.

Так, грецький мислитель Фукидід (460 до н. е. – 396 до н. е.) згадує про договір, укладений між двома полісами 418 р. до н. е., для вирішення міжнародних розбіжностей способом арбітражу, відповідно до родових та інших звичаїв сторін¹¹². Суди тих періодів перевіряли власне дотримання норм міжнародного звичаю представниками полісів як головного регулятора міжнародних відносин. Тобто тогочасне розуміння звичаю є надзвичайно відмінним від нинішнього. У цьому контексті варто погодитися з думкою О. В. Буткевич, яка стверджує, що в давній період основними етапами розвитку міжнародно-правових поглядів були «міфологічний», «ідеологічний», «правовий» та «міжнародно-правовий». Кожен із них характеризується особливим розумінням міжнародно-правової дійсності, що згодом вплинуло на формування загально-правової та міжнародно-правової науки¹¹³.

Саме до античності належать перші відомі висловлювання стосовно значення та ролі звичаєвих норм. К. Філіпсон наводить думку відомого давньогрецького поета та мислителя Піндара (V–IV ст. до н. е.) про те, що «звичай – король усіх речей!». Подібну позицію підтримував один із найвидатніших філософів в історії Аристотель (384–322 до н. е.), який вважав, що звичаєве право має більшу силу і стосується важливіших речей, ніж писане право¹¹⁴. Уже тоді були ознаки поділу права на партикулярне та універсальне. Партикулярний закон визначався як писане право, тобто закони та інші акти держави, водночас як універсальним є неписане право, сформоване на основі загальновизнаних принципів моральності та справедливості. До того ж універсальне право має безперечну перевагу над партикулярним, тому у випадку будь-якої колізії завжди слід застосовувати перше. Тому не дивно, що Демосфен (384–322 до н. е.) прирівнює звичаєве право до

¹¹²Фукидид. История / пер. и прим. Г. А. Стратановского. URL: <http://royallib.com/read/fukidid/istoriya.html>

¹¹³Буткевич О. В. Теоретичні аспекти походження та становлення міжнародного права. Київ, 2003. С. 13. 800 с.

¹¹⁴Phillipson C. The international law and custom of ancient Greece and Rome. Vol. 1 / C. Phillipson. London: MacMillan, 1911. P. 54–55.

закону, що є обов'язковим для всіх людей, тоді як статутне (писане) право зобов'язує одиниці¹¹⁵.

Одним із найдавніших інституційних форм вирішення спорів між містами-полісами та сусідніми племенами були амфіктонії як форма союзу, що їх укладали грецькі держави для спільного звершення культу в загальному святилищі та як інститут мирного врегулювання спірних питань¹¹⁶. Водночас вони слугували арбітражем, до складу якого входили релігійні діячі. Утворення амфіктоній було завершенням процесу примирення між фаселійськими племенами Греції та їхніми гірськими сусідами. У Давній Греції існувало кілька амфіктоній: у Антелі, Фермопілах, Дельфах. Серед їхніх завдань було і спільне контролювання, і збереження храмів Деметри та Аполлона. Під час скликання засідань амфіктонії припиняли війни та суперечки, а предметом обговорень ставали загальні потреби міст-держав. Яскравий приклад так званого «Делійського процесу» між афінянами та делійцями щодо Храму Аполлона на острові Делос. Амфіктонії отримували міжнародне значення як судова інституція, яка інколи за вибором сторін відігравала роль третейського суду.

Разом з амфіктоніями існувала ще одна форма посередництва – дельфійський оракул, рішення якого були більш дорадчими чи рекомендаційними, однак він цікавий одним із найдавніших проголошень усієї землі спільною Батьківщиною для людей. До оракула за потреби вирішення конфлікту звертались не лише представники грецьких республік, а також і правителі та купці Заходу та Сходу¹¹⁷. Інколи оракул визначав, хто має бути суддею у певному спорі – представників дружніх міст, місцевих громадських авторитетів чи переможців Олімпійських ігор. Справи, що розглядав арбітр, якого визначив оракул, вирізнялись спеціальною звичаєвою процедурою. Там також провадили діловодство, а суддю, якого обирали сторони, призначали на підставі їхнього договору, сторони посиляли своїх комісарів (представників), які озвучували позиції та надавали докази. Рішення суду

¹¹⁵Плутарх. Порівняльні життєписи. Київ: Дніпро, 1991. С. 316–377. 448 с.

¹¹⁶ Древний мир / сост. Д. В. Кузнецов. Благовещенск: БГПУ, 2013. С. 186.

¹¹⁷ Комаровский Л. А. О Международном Суде / под ред. Л. Н. Шестокова. Москва: Зерцало, 2007. С. 86.

виготовляли у двох примірниках: один зберігали у храмі, другий вивішували у публічному місці.

Так, звичаєве право відігравало важливу роль у регулюванні суспільних відносин. Однак у той період не існувало поділу права на національне і міжнародне, що зумовлювало певну специфіку такого регулювання. Звичаєве право виконувало домінуючу роль в ієрархії джерел права. Суттєво іншою була ситуація зі звичаєм як джерелом міжнародного права в Давньому Римі. Перше, на що слід звернути увагу, – саме регулювання і використання звичаєвого права залежить від періоду розвитку цієї держави. У період її становлення Римська держава підтримувала відносини з іншими державами. По суті, Рим успадкував всю правову спадщину Давньої Греції та продовжував її розвивати. Однак пізніше, в період імперії, роль міжнародного права значно зменшується. І це не дивно, адже Рим завоював усі тогочасні «цивілізовані» держави, а відносини з варварами будувалися на праві сили.

У Римській державі (VIII ст. до н. е. – V ст. н. е.) склалася специфічна система регулювання відносин з іноземними державами та громадянами – право народів (лат. *jus gentium*). Л. Алексідзе відзначав, що фактично в епоху розвинутого суспільства Давнього Риму право народів розглядали як природне право, втілене ...у звичаях більшості народів світу¹¹⁸. Дослідник давньоримського права британець Генрі Мен (Henry Maine) вважав, що «*jus gentium* є сукупністю спільних елементів, відображених у звичаях та узвичаєннях стародавніх італійських общин». Він вказує, що саме ці общини стали першими завоюваннями Риму, і їхні звичаї стали основою правового регулювання усіх відносин з іншими народами в Римській державі¹¹⁹. Водночас варто зазначити, що, як і греки, римляни пов'язували юридичну обов'язковість норм права з їхнім божественним характером. Особливо часто це робили саме стосовно звичаєвих норм. Як приклад слід навести позицію останнього римського імператора Юстиніана, який фактично провів першу в історії кодифікацію римського права, яка серед іншого враховувала

¹¹⁸Алексидзе Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Тбилиси: И-во Тбилисского университета, 1982. С. 113.

¹¹⁹Maine H. S. Ancient law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas. With introduction and notes by Sir Frederick Pollock. London: J. Murray, 1906. P. 52.

і звичаєві норми. Проте він чітко відрізняв позитивне і природне право. Природне право, яке він називав моральним, містило насамперед звичаєві норми та загалом ґрунтувалося на принципі справедливості, тоді як позитивне – на принципі законності, який нерідко суперечив справедливості¹²⁰.

Типовими способами посередництва цього періоду були інститути претора, комісара Сената, рекуперації, проксена, простета, феціала. Будучи центром цивілізації, Давній Рим за своєю ідеологією не потребував жодних рівних судів у питаннях будь-якого спору. Характерним для часу ранньої імперії є звернення до Сенату Риму представників сусідніх держав із проханням посередництва чи сприяння вирішення конфлікту. Спір могли розглядати у Сенаті або за допомогою посланця-комісара Сенату на місці, котре визначали сторони. Однак, на думку Л. А. Комаровського такі суди не демонстрували об'єктивності та безсторонності. У 445 р до н. е. жителі Арицини та Ардеї обрали третейський суд, який, усупереч протестів сенату та консула, прийняв сумнівне рішення у питанні розмежування кордону, неправильно приєднавши територію та піддавшись на спокусу невідомого Сканція. В іншому спорі щодо територій між Неаполем та Нолою близько 180 р. до н. е. комісар сенату не розширив, а звузив прикордонну територію обох сторін, а нейтральну зону присудив римському народу. Цицерон назвав це рішення *Decipere hoc quendam est, non judicare* (Рішення яке є обманом, а не правом)¹²¹.

Інститут рекуперації (*recuperatio*) став наслідком розширення територій та появи значної кількості іноземців, ставлення до яких видозмінилося від ворогів на початку до союзників у пізніші часи Імперії. Суть судової діяльності полягала у встановленні на підставі договору з іноземною державою порядку розгляду справ між громадянами та претензій до них. Особливою формою провадження у справах про злочини був обов'язок скерувати підозрюваного до країни вчинення проступку. Розглядали такий вид проваджень феціали. Їхніми завданнями також була охорона укладених договорів та видача злочинців державі потерпілого. Вказане правило стосувалось не лише пeregинів, але й громадян Риму та є

¹²⁰Phillipson C. The international law and custom of ancient Greece and Rome. Vol. 1. London: MacMillan, 1911. P. 54–55.

¹²¹ Комаровский Л. А. О Международном Суде / под ред. Шестоква Л. Н. Москва: Зерцало, 2007. С. 86.

свідченням зародження інституту екстрадиції у часи Давнього Риму. Іноземці вели свої справи у судах рекуперації через своїх патронів (*hospites*). Рекуператори застосовували як римське право та звичаї, так і вимушені були враховувати звичаї країн перемців. Таким чином відбувалась процедура інкорпорації римським правом звичаїв інших держав. Згодом ці суди відійшли від спорів між особами та почали розглядати питання взаємовідносин віддалених територій та провінцій.

Крім Європи, звичаєві норми відігравали важливу роль у регулюванні міждержавних відносин і в інших давніх суспільствах. Так, індійський науковець-правник Б. Праматанат (B. Pramathanath) зазначає, що в Давній Індії не було окремого зводу правових норм, який би регулював міждержавні відносини. У цій сфері діяли правила «дхарми» – універсального фундаментального закону буття, який містив і з якого випливали усі інші правила поведінки. Науковець вказує, що поняття «дхарма» можна трактувати, зокрема, в значенні «право» і в значенні «звичай». Він також наводить думки деяких інших дослідників про розуміння «дхарми» саме як правового звичаю¹²². Один із найдавніших індійських законів Ману, вперше перекладених із санскриту на англійську 1796 р., передбачав укладення між капітаном аварійного та рятувального кораблів договору Бодмер – форми надання допомоги на морі шляхом передавання припасів і постачання під заставу судна або вантажу¹²³.

Аналогічною була ситуація у Давньому Китаї. Більшість китайських мислителів того часу тяжіли до позитивізму, однак допускали існування звичаєвих норм. До того ж позитивні норми мали будувати на законах вищого порядку, які є дивними поєднанням релігійних, моральних та правових звичаїв і норм. Особливо важливою роль звичаєвих норм була в ті історичні періоди, коли міждержавні відносини були ускладнені і їхнє регулювання за допомогою міжнародних договорів практично не здійснювали, зокрема в період Середньовіччя (V–XV ст.). Так, після розпаду Західної Римської імперії у 476 р. перестали застосовувати

¹²²Pramathanath B. *International law and custom in ancient India*. Calcutta: Calcutta University Press, 1920. P. 14–16.

¹²³Кириленко В. П., Сидорченко В. Ф. *Мореплавання и предотвращение загрязнения мирового океана*. Москва, 1985. С. 81.

позитивне римське право, зокрема *jus gentium*, повернулися до використання норм звичаєвого права, у міждержавних відносинах теж¹²⁴.

Важливу роль у формуванні звичаєвих норм відігравала церква, зокрема церковні собори, які проводили в період раннього Середньовіччя (V–X ст.). Як приклад можна навести Карфагенський собор 438 р., на якому як звичаєву норму сформовано один із найважливіших принципів сучасного міжнародного права – принцип добросовісного виконання міжнародних зобов’язань (*pacta sunt servanda*)¹²⁵. Загалом у Середньовіччі звичаєві норми були одним з основних регуляторів міжнародних відносин. У багатьох сферах правове регулювання за допомогою звичаєвих норм мало вирішальне значення і заклало основу для їхнього подальшого розвитку, наприклад регулювання збройних конфліктів. Як приклади звичаєвих норм у цій сфері, що постали в Середньовіччі, можна навести звичаєві норми, що регулюють порядок оголошення війни, звичай «Божого миру» – припинення військових дій у дні християнських свят тощо¹²⁶. Наприклад, «батько міжнародного права» Гуго Гроцій (1583–1645) (Hugo Grotius) у праці «Про право війни і миру» (1625 р.) активно і часто посилався на звичай як на джерело міжнародно-правового регулювання відносин під час війни¹²⁷.

Після розпаду Римської імперії відбулося зміщення центру європейської цивілізації до Константинополя. На відміну від Риму, у Візантії роль права як такого була іншою. У Візантії фактично існувало два правопорядки – світський і церковний. І якщо у світському основну роль відігравало позитивне право, то церковний будувався переважно на неписаному праві, враховуючи значну частину звичаєвих норм. До того ж Візантія вела досить цікаву зовнішню політику, яка була спробою поєднати непоєднуване – з одного боку, експансіонізм, який передбачав активну участь у міжнародних відносинах та поширення власних правових поглядів далеко за межі імперії, а з іншого – ізоляціонізм, який зумовлював досить високий ступінь внутрішньої закритості. І перша, і друга

¹²⁴Сафронова Е. И. Становление обычного права. *Известия Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена*. 2007. Т. 14. № 37. С. 176.

¹²⁵Бирюков П. Н. *Международное право: учеб. пособ.* Москва: Юристъ, 1998. С. 20.

¹²⁶Глебов И. Н. *Международное право.* Дрофа, 2006. С. 35–40.

¹²⁷Гроций Г. *О праве войны и мира.* Три книги, в которых объясняется естественное право и право народов, а также принципы публичного права / пер. с лат.; под общ. ред.: С. Б. Крылов; пер.: А. Л. Сакетти. Москва: Юрид. лит., 1956. 867 с.

політика були побудовані на використанні звичаєвого права. Треба зауважити, що звичай розглядали як прояв волі Бога, тобто існування звичаєвих норм, які суперечать християнській доктрині, що в принципі було недопустимо.

У період розвитку торгівлі XII–XVI та початком географічних досліджень Нового світу на перше місце виходить правове регулювання діяльності портів, каперства та ведення морських воєн. В. М. Корецький зазначає, що кожен порт мав свої звичаї, а конкуренція портів була конкуренцією звичаєвого права. Відносини, що складались між судновласником та торговцем, капітаном та екіпажем, відображалась у звичаях, які акумулювали в собі як тогочасне розуміння правовідносин, так і бажання суверенної влади кожної країни чи правителя контролювати їх¹²⁸. У Середньовіччі відомим був також укладений наприкінці XIII ст. в м. Барселона (Іспанія) збірник міжнародних звичаєвих норм «Кодекс добрих звичаїв моря» (іт. *Consolato del Mare*), яким користувалися європейські середземноморські держави. У ньому містилися звичаєві норми морського права, котрі застосовували на північно-західному узбережжі Середземного моря. Вони були переважно приватноправовими, але були й норми публічного права, зокрема положення про нейтралітет під час морської війни, воєнну контрабанду та деякі інші правила¹²⁹. У період Середньовіччя звичай був основним джерелом правового регулювання міждержавних відносин. І саме в цих умовах, коли римське право втрачало своє значення, а практика укладення міжнародних договорів ще не поширилась, звичаєві норми виступали за правила, яких повинні були дотримуватися учасники міжнародних відносин. Збірники правових норм, які були укладені тоді, в основі переважно мали саме звичаєві норми.

Особливе місце у формуванні міжнародного правопорядку відігравав Ватикан. Опис ієрархії канонічних норм належить Матфею Властарію, який в Алфавітній синтагмі вказує, що у разі відсутності «писаного закону слід дотримуватись звичаю і практики, що узгоджується з ним, а коли немає звичаю,

¹²⁸ Андрейків А. І. Значення наукових поглядів академіка Корецького В. М. при дослідженні міжнародно-правового звичаю. *Міжнародні наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького* (17 лютого 2011 р., м. Київ). С. 319–322; Корецький В. М. История систематизации норм международного морского права. *Избранные труды*: в 2-х т. – АН УССР. Ин-т государства и права; редкол. В. Н. Денисов и др. Київ: Наук. думка, 1989. Кн. 2. С. 306.

¹²⁹Талалаев А. Н. Международное право и современность / отв. ред. В. Ф. Губин. Москва: Наука, 1984. С. 31. (Серия «История и современность»).

слід шукати найбільшу схожість з тим, що ми шукаємо»¹³⁰. У давній Церкві звичай ототожнювали з Переданням – або з апостольським, або з переданням місцевої церкви. Церковне передання, разом із приписами, було основою канонічного права та мало статус законодавчих постанов як за своїм джерелом, так і за юридичною важливістю. На це вказують тексти канонів, укладачі яких покликаються на звичай як на найвищий авторитет¹³¹.

Відповідно до канонічних норм юрисдикція пап мала обмежуватись питаннями віри, однак усе світське життя підпорядковували життю духовному та все узгоджували з ним. Таким чином поступово вплив Церкви вийшов за межі лише канонічного права. Беручи до уваги, що місця перебування представництв – церков, монастирів, господарств – були у різних країнах, церковне законодавство Ватикану та світське, цивільне окремої країни перебували під взаємним впливом. Вагомим авторитетом користувались легати пап, які під приводом захисту духовенства втручались у перебіг світського життя монархів та органів самоврядування. Важливим інструментом Церкви були інтердикти або відлучення, якому передувала канонічна процедура. Діяльність папської влади, враховуючи судову, мала неоднозначну реакцію в Європі того часу. У Франції перші Генеральні Штати, що їх скликав Філіп Красивий, визнали незалежність від судових переслідувань папи Боніфація VIII, у 1301 році англійські лорди визнали, що їхній володар не підсудний жодному світському чи духовному суду, а отже, і суду Ватикану. 1339 року Франкфуртський сейм оголосив, що імператор, обраний курфюрстами, не вимагає визнання Папою своїх повноважень. Водночас були численні приклади посередництва Церкви у врегулюванні конфліктів та воен. Філіп Красивий та Ричард Левине Серце обрали в 1298 р. третейським суддею папу Боніфація VIII, а Олександр VI у відомій суперечці щодо володінь Нового Світу між королями Іспанії та Португалії провів лінію від одного полюсу до іншого, таким чином розмежувавши сфери впливу обох сторін. Той, хто займав кафедру святого Петра, був свого часу не лише посередником між Богом і людьми, але й

¹³⁰ Матфей Властарь. Алфавитная синтагма. 2-е изд., Симферополь, 1901, с. 183.

¹³¹ Місце і роль Католицької церкви у міжнародному правопорядку: монографія / М. І. Отрош; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ; Одеса: Фенікс, 2017. 596 с.

суддею у спорах світського та державного життя монархів. Л. А. Комаровський наводить цитату Ворда, який називав папський суд праобразом «загальноєвропейського суду», а факти звернення за посередництвом Церкви згодом стали міжнародним звичаєм вирішення спору за допомогою нейтральних сторін (арбітражу)¹³².

У період Нового часу (XV–XIX ст.) створюють усе більше договірних норм. Відповідно, предмет дії міжнародних договорів стає ширшим: крім питань війни і миру, починають укладати договори з приводу торгівлі, території та населення, співпраці тощо. Проте і в цьому випадку дуже часто норми цих міжнародних договорів створювали саме на основі чинних звичаєвих норм. Фридрих-Карл фон Савіньї (Friedrich Carl von Savigny) (1779–1861) у книзі «Система сучасного римського права» (1840 р.) розглядав звичай не як основу, на якій виникає право, а як доказ його існування¹³³. Інший німецький науковець Август-Вільгельм Гефтер (August-Wilhelm Heftner) (1796–1880) у праці «Європейське міжнародне право» (1844 р.) вважав, що міжнародне право є переважно звичаєвим за своєю природою. Він писав, що «міжнародне право неписане в юридичному значенні цього слова»¹³⁴. На тлі цих подій саме в цей період починають з'являтися перші доктринальні концепції міжнародного права

Наприкінці XIX ст. розпочинається кодифікація міжнародного права, а міжнародний звичай стає основою для її проведення. На міжнародних конференціях (Гаазькі мирні конференції 1899 та 1907 рр.) розробляють та ухвалюють міжнародні договори на основі чинних звичаєвих норм міжнародного права. Великий внесок у розвиток доктринальних поглядів на значення та місце звичаєвих норм у міжнародному праві зробили російські науковці наприкінці XIX – на початку XX ст. Наприклад, Ф. Мартенс (1845–1909) наголошував, що міжнародні звичаї мають велике значення, оскільки їхнє визнання і повага держав є доказом тієї взаємності інтересів цивілізованих націй і єдиної правосвідомості, що

¹³² Комаровский Л. А. О Международном Суде / под ред. Шестокова Л. Н. Москва: Зерцало, 2007. С. 93.

¹³³ Savigny F. K. von System des heutigen romisches rechts. Bd. 1. Berlin, Veit und comp., 1840. 419 s.

¹³⁴ Гефтер А.-В. Европейское международное право / пер.: К. Таубе; предисл.: Ф. Ф. Мартенс / А.-В. Гефтер. Санкт-Петербург: Тип. В. Безобразова и Комп., 1880. С. 17.

об'єднує їх, на чому і ґрунтується сучасне міжнародне право¹³⁵. У книзі «Сучасне міжнародне право цивілізованих народів» (1882 р.) він зазначає, що створення міжнародних звичаєвих норм виявляє сутність міжнародного права, і міжнародні звичаєві правила встановлюють більше за розрахунком, свідомо. Це зумовлено тим, що ті начала, які в міжнародній практиці утверджуються як звичаєве право, спочатку проголошує видатний юрист чи політичний діяч¹³⁶.

На важливості того факту, що міжнародні звичаї створюють свідомо, наголошував і сучасник Ф. Мартенса, науковець-правник Л. Камаровський (1846–1912). У праці «Основні питання міжнародного права» (1885 р.) він наголошує, що саме міжнародні звичаї від національних відрізняє те, що перших встановлюють свідомо. На його думку, їх слід вважати «виявом правосвідомості держави, що їх застосовує», що виявляється у діях урядів та органів влади¹³⁷.

Прикладом широкого застосування законів та звичаїв ведення морської війни та пов'язаних з нею питань, стало впровадження у XVI столітті інституту призових судів та каперства. Каперство було приватною військовою діяльністю, яку здійснювали цивільні судна та їхні команди проти військово-морських сил ворога та його комерційних вантажів. Л. А. Камаровський наводить приклад праці «Про право морських призовів» з детальним описом його процедури та юрисдикції. Науковець зазначає, що у Англії на початку військової компанії уряд давав окреме розпорядження (commission) Адміралтейському суду вирішувати компетенції призових судів. Каперство велось на підставі свідоцтва, яке називалось призом (англ. prize) відповідно до закону (*Prize Act*). Суди, які створювались для врегулювання процедури каперства та були спробою систематизації та контролю з питань ведення морської війни, статусу військових суден, ведення морської торгівлі, конфіскацій, нейтралітету, широко застосовували міжнародні морські, торговельні звичаї, були предметом його окремого дослідження¹³⁸. Найвідомішою судовою справою, яка розглядала також правомірність каперства, є справа США

¹³⁵Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов: в 2-х т. Москва: Зерцало, 2008. Т. 1. С. 104–105.

¹³⁶Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов: в 2-х т. Москва: Зерцало, 2008. Т. 1. С. 105.

¹³⁷Камаровский Л. А. Основные вопросы науки Международного Права. *Ученые записки Императорского Московского Университета. Отдел юридический*. 1895. Вып. 10. С. 106.

¹³⁸ Камаровский Л. А. О Международном Суде / под ред. Л. Н. Шестокова. Москва: Зерцало, 2007. С. 103–109.

проти Великобританії 1871 року щодо судна «Алабама». Цей корабель збудований у Великобританії для військ Конфедерації всупереч попереднім зобов'язанням тогочасного британського уряду притримуватись нейтралітету. Порухення договірних зобов'язань та спричиненні у зв'язку з цим збитки, були предметом розгляду третейської палати у Женеві протягом тривалих засідань протягом року. Великобританія була визнана винною із обов'язком компенсації 15,5 млн доларів.

Водночас Л. А. Камаровський досить скептично оцінював майбутнє міжнародного звичаю. Науковець визнавав, що багато основних інститутів та норм міжнародного права виникли через звичай, зокрема він наводив приклади міжнародного морського права, права війни, договірної і посольського права. Проте, на його переконання, після виникнення позитивного міжнародного права міжнародні звичаї стають другорядною формою його норм і до них слід звертатися лише в разі відсутності договірної регуляції або наявності прогалин у ньому. Керуючись цими обставинами, він стверджував, що разом з нарощуванням процесу кодифікації норм міжнародного права, все менше місця залишатиметься для самостійної ролі звичаїв¹³⁹.

Його підтримував інший тогочасний російський правник, професор П. Казанський (1866–1947). У праці «Вступ до курсу міжнародного права» (1901 р.) він писав, що «міжнародний звичай – це форма утворення права, яка не відрізняється усвідомленістю», а «майбутнє належить звичайно не звичаю, а договору народів»¹⁴⁰. Попри це, практика відбувалася зовсім іншим шляхом. Офіційне закріплення міжнародного звичаю як одного з джерел міжнародного права відбулося після Першої світової війни (1914–1918 рр.). За її результатами було підписано Версальський мирний договір 1919 р., який передбачав також створення Ліги націй. У межах Ліги для вирішення спорів між її членами вирішили створити Постійну палату міжнародного правосуддя.

Проте створення на початку XX ст. постійних органів міжнародної юстиції не тільки дало змогу офіційно закріпити міжнародний звичай як джерело

¹³⁹ Камаровський Л. Основные вопросы науки Международного Права. Ученые записки Императорского Московского Университета. Отдел юридический. 1895. Вып. 10. С. 107–109.

¹⁴⁰ Казанский П. Введение в курс международного права. Одесса: Экон. тип. и лит., 1901. С. 110–114.

міжнародного права. Дискусії велися стосовно того, чи можна міжнародний звичай використовувати як джерело вирішення спорів міжнародними судовими установами. Таким чином це було питання не тільки теорії, а й практики міжнародного права. Статут ППМП 1920 року прийнятий як окремий від установчих документів організації договір, розроблявся відповідно до статті 14 Статуту Ліги Націй. Влітку 1920 р. в м. Брюссель (Бельгія) зібрався Консультативний комітет юристів (англ. *Advisory Committee of Jurists*) для розроблення проекту Статуту Постійної палати міжнародного правосуддя. Підготовці проекту Статуту Палати передували безмежна кількість засідань окремого Комітету та груп. Стаття 38, яка містить положення про застосування у своїй діяльності міжнародних звичаїв, має дещо спрощене формулювання, у якому йдеться, що Суд застосовує («shall apply») звичаї¹⁴¹ без будь-якої інтерпретації цілей діяльності судового органу на використання ним джерел права.

Як зазначає Д. Бедерман, проаналізувавши відповідні документи Комітету з підготовки Статуту Постійної палати, можна побачити, що спочатку міжнародний звичай не розглядався як одне з джерел, якими мала керуватися Постійна палата у своїй діяльності. Основну увагу звертали на договори, укладені між сторонами спору, які (прямо чи опосередковано) повинні були стати підставами для прийняття Палатою рішення у справі.

Барон Е. Декан, який очолював Консультативний комітет, був прихильником застосування звичаєвих норм міжнародного права Постійною палатою під час вирішення спорів. Він вважав, що «коли чітко встановлено факт існування звичаю чи правила, створеного тривалим і загальним застосуванням, яке внаслідок цього отримало обов'язкову юридичну силу – обов'язком судді є застосовувати його». Таку позицію голови Комітету розглядали як лобіювання звичаєвих норм щодо їх застосування у практиці ППМП. Йому опонував представник США Еліху Рут (Elihu Root), який стверджував, що держави не визнають норми стосовно міжнародного звичаю і «держави не будуть підкорятися таким принципам, які не було перетворено на позитивні норми за допомогою угоди між всіма державами».

¹⁴¹ League of Nations, *Treaty Series*, Vol. 6, p. 379 and p. 390 (Statute).

Значними також були розбіжності у трактуванні юридичної природи звичаю між представниками держав англосаксонської правової системи Рут (США), Лорд Філімор (Великобританія) та континентальної правової системи Декан (Бельгія), Фернандеш (Бразилія)¹⁴². У проекті Рута–Філімора звичай мав тлумачення: «Міжнародний звичай як свідоцтво загальної практики, використовуваної в стосунках між державами та прийнятої ними як правова норма». Однак в підсумку Редакційний комітет представив такий текст: «Міжнародний звичай як доказ загальної практики, яка визнана як правова норма». Саме ця редакція представлена на розгляд Ліги націй і затверджений з незначними змінами. Загалом формулу п. b ст. 38 пізніше залишили без змін і її було прийнято як частину Статуту Постійної палати^{143,144}. Надалі саме ст. 38 розглядали як офіційно закріплений перелік джерел міжнародного права, а міжнародний звичай, відповідно, отримав офіційне визнання як його основне джерело.

ППМП під час своєї діяльності (1921–1945 рр.) неодноразово використовувала звичаєві норми міжнародного права упродовж свого функціонування. Найвідомішими її рішеннями, які значно вплинули на формування сучасної доктрини міжнародного звичаю, були рішення у «Справі «Лотос» (Lotus case) та у «Справі про фабрику в Хожуві» (Case Concerning the Factory at Chorzów). Той факт, що Постійна палата широко використовувала звичай і зробила суттєвий внесок до розвитку міжнародного права, відзначали такі науковці: Л. Оппенгейм, Герш Лаутерпахт (Hirsch Lauterpacht) та ін.¹⁴⁵. Практику Постійної палати в цьому напрямі докладніше буде розглянуто далі в роботі.

На початку ХХ ст. відбулися й інші події, які вплинули як на міжнародні відносини, так і на їхнє міжнародно-правове регулювання. Більшовицький переворот у Росії в жовтні 1917 р. призвів надалі до створення Союзу Радянських Соціалістичних Республік – держави з панівною комуністичною ідеологією. Ця ідеологія впливала не тільки на внутрішню політику СРСР, а й на дії Союзу на

¹⁴²Bederman D. J. Custom as a source of law. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2010. P. 140–142.

¹⁴³Bederman D. J. Custom as a source of law. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2010. P. 142, 147.

¹⁴⁴Київцев О. В. Правова невизначеність міжнародного звичаю: проблеми теорії та практики. *Наше право*. 2011. № 1. Ч. 1. С. 173.

¹⁴⁵Оппенгейм Л. Международное право: в 2 т. / пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом; под ред. и с предисл. С. Б. Крылова. Москва: Государственное издательство иностранной литературы, 1948. (Библиотека внешней политики). Т. I: Мир, полутом 1. С. 46.; Lauterpacht H. The Development of International law by the Permanent Court of International Justice / H. Lauterpacht. London, New York [etc.]: Longmans, Green and co., 1934. P. 13–15.

міжнародному рівні, зокрема й на застосування ним певних міжнародно-правових норм та виконання їхніх зобов'язань.

Одним із ключових питань, до якого зверталися представники науки і практики у сфері міжнародних відносин, було питання про те, чи буде СРСР визнавати та виконувати звичаєві норми міжнародного права. З цього приводу в доктрині міжнародного права існували різні думки. Так, американський правник Філіп Маршал (Philip Marshall) у 1934 р. стверджував, що СРСР не бажає визнавати міжнародний звичай як джерело міжнародного права¹⁴⁶. А. Фердрос писав, що Радянський Союз визнає не все міжнародне звичаєве право, що існувало до нього, а лише окремі звичаєво-правові норми¹⁴⁷.

Треба зазначити, що комуністична ідеологія не відкидала звичаєві норми як джерело міжнародного права. Головний теоретик комунізму К. Маркс у найвідомішій праці «Капітал» писав: «Якщо форма проіснувала впродовж тривалого часу, то вона утверджується як звичай і, зрештою, санкціонується як позитивний закон». Радянська доктрина міжнародного права заперечувала ці факти. Так, М. Мінасян вказував, що Радянський Союз послідовно і чітко у своїй зовнішній політиці застосовує і дотримується міжнародних звичаїв від початку свого існування. Одночасно він наголошував, що «СРСР відкидає ті міжнародні звичаї..., зміст яких суперечить інтересам миру, правосвідомості народів»¹⁴⁸. Ідеологічно це було досить переконливо на міжнародному рівні. І справді, як практика, так і міжнародно-правова доктрина СРСР визнавали міжнародний звичай. Науковці, серед них Г. Даниленко, І. Лукашук, П. Лукін, М. Мінасян та інші, активно досліджували цю проблематику. Їх напрацювання використано в цьому дослідженні і вони були для нього визначальними.

Головною особливістю універсального звичаєвого міжнародного права епохи після Другої світової війни є синхронізація інституційного та нормативного забезпечення його розвитку. Інституційно право отримало новий підхід із

¹⁴⁶Минасян Н. М. Источники современного международного права / отв. ред. А. М. Ладыженский. Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. ун-та, 1960. С. 67.

¹⁴⁷Фердрос А. Международное право / под ред.: Г. И. Тункин (предисл.); пер. с нем.: Ф. А. Кублицкий, Р. Л. Нарышкина. Москва: Иностран. лит., 1959. 652 с.

¹⁴⁸Минасян Н.М. Источники современного международного права / отв. ред. А. М. Ладыженский. Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. ун-та, 1960. С. 102–104.

створенням широкого кола міжнародних організацій та установ міжнародного судочинства. Зростає кількість справ, розглянутих міжнародними судами. Якщо з 1921 р. по 1945 р. ППМП винесла 31 рішення, 25 ухвал по суті (*substantive order*) і 27 консультативних висновків, то з 1946 р. по 1990 р. МС ООН розглянув та прийняв рішення щодо 52 справ, виніс 60 ухвал по суті й 21 консультативний висновок¹⁴⁹. Згідно з доповіддю Меморандуму Секретаріату (Memorandum by the Secretariat) КМП ООН 2016 р. щодо ролі національних судів у прецедентному праві міжнародних судів та трибуналів для цілей визначення звичаєвого міжнародного права (англ. The role of decisions of national courts in the case law of international courts and tribunals of a universal character for the purpose of the determination of customary international law), норми міжнародного звичаєвого права застосовано у 64 із 667 постанов, рішень та консультативних висновків, винесених МС ООН з 31 липня 1947 р. по 1 січня 2016 р.¹⁵⁰.

Водночас кількісний індикатор є відносним критерієм оцінки. Суть застосування міжнародного звичаю в практиці МС ООН полягає у тому, що він відкрив нові горизонти права. У Консультативному висновку *про відшкодування збитків, що виникли на службі ООН* 1949 р., МС ООН визнав право міжнародній організацій на захист персоналу та започаткував у міжнародному праві концепцію «припустимих повноважень», яка пізніше стала юридичною основою для підтвердження здійснення миротворчих операцій та створення міжнародних трибуналів¹⁵¹. Г. Лаутерпахт у зв'язку з цим рішенням вказав на «гетерогенність цілей», які обумовлені тим, що «інституції, які утворювались для одних завдань, починають реалізовувати повноваження у інший спосіб, ніж уявляли, законодавці». Згадуваний суддя сказав, що «було б перебільшенням стверджувати, що Суд виправдав себе як важливий інструмент підтримки міжнародного миру, він... зробив вагомий внесок у розвиток і уточнення норм і принципів міжнародного

¹⁴⁹ Janis Mark W. International Courts for the Twenty-First Century / ed. by W. Mark Janis. Martinus Nijhoff Publishers, 1992. P. 19.

¹⁵⁰ Identification of customary international law / The role of decisions of national courts in the case law of international courts and tribunals of a universal character for the purpose of the determination of customary international law. URL: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/691&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml&Lang=E

¹⁵¹ Advisory opinion on Reparation for the injuries suffered in the service of the United Nations. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>

права»¹⁵².

Нормативний розвиток активно продовжився через процес кодифікації в межах роботи КМП ООН та проведення міжнародних конференцій із обговорення та підготовки проектів галузевих багатосторонніх договорів. Установи міжнародного правосуддя XX століття мали складніші як історичні, так і процедурні передумови їхнього створення, що як наслідок впливало і на застосування міжнародного звичаю у практиці міждержавних відносин.

Статут МС ООН 1945 року¹⁵³ у статті 38, фактично не змінюючи визначення звичаю як правового інструментарію Суду, водночас доповнив вступне положення цієї статті, що «Суд, обов'язком якого є вирішення переданих на його розгляд спорів на основі міжнародного права, застосовує...» серед іншого міжнародний звичай. Цим розширенням, на відміну від редакції статті 38 Статуту ППМП, формулюванням функціонального обов'язку застосування звичаю у тих справах, що передані на розгляд («whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply») породжено широку наукову дискусію щодо співвідношення «загальності практики» до окремої практики сторін спору та лінгвістичний дискурс, що розглянуто окремо в цій роботі.

Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі (надалі – Нюрнберзький Трибунал)¹⁵⁴ є багатостороннім договором, укладеним 8 серпня 1945 року між СРСР, США, Великобританією та тимчасовим Урядом Французької Республіки та відповідно до статті 2 цього документа є невід'ємною частиною зобов'язання із переслідування військових злочинів. Цікавим є факт приєднання до угоди про створення суду до завершення Нюрнберзького процесу ще 19 країн, що є унікальним випадком в історії світового судочинства¹⁵⁵.

Договірне право про звичаї ведення війни та заборони агресії існувало до підписання статутів Токійських та Нюрнберзьких трибуналів та відображено у

¹⁵² Janis Mark W. *International Courts for the Twenty-First Century* / ed. by Mark W. Janis. Martinus Nijhoff Publishers, 1992. P. 30.

¹⁵³ Статут Міжнародного Суду ООН. URL: <http://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-ru.pdf>

¹⁵⁴ Статут Нюрнберзького трибуналу. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/998_201

¹⁵⁵ Соглашение между Правительствами СССР, Соединенных Штатов Америки и Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Правительством Французской Республики о судебном преследовании и наказании главных военных преступников европейских стран осей. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/998_200

низці актів: в Гаазьких конвенціях з мирного врегулювання суперечок між країнами 1899–1907, Статуті Ліги націй (у його преамбулі й статтях містилися положення, спрямовані на запобігання війнам), типовому договорі про взаємну допомогу (1923 р.), Женевському протоколі про мирне вирішення міжнародних суперечок (1924 р.), Декларації про агресивні війни (1927 р.), Договорі Бріана–Келлога (Паризький Пакт 1928 р.) та інших. Практично усі зазначені документи передбачали неприпустимість агресії, війни як способу вирішення спору. Паризький пакт про відмову від війни як знаряддя національної політики 1928 року мав усі ознаки багатостороннього договору.

Однак усі вище перераховані документи не можна вважати безапеляційно зобов'язаннями договірної природи, через їхні особливості укладання, ратифікації кожною із сторін. Ще однією проблемою, яка мала актуальність на час підписання статутів Нюрнберзького, а потім і Токійського трибуналів та процедури розгляду злочинів стало співвідношення низки базових принципів права. Нормативне обґрунтування неправомірності діяння на час його вчинення «не має злочину без закону» (*nullum crimen sine lege*), «відповідальності виключно за законом» (*nulla poena sine lege*) зворотної дії в часі правових норм, що визначають покарання за злочини (*ex post facto*), тощо породили не лише судові дебати, але й непросту наукову дискусію щодо правомірності покарання за дії, які не мали форми чіткої неправомірності чи недопустимості (заборони) у позитивному праві.

Після Другої світової війни (1939–1945 рр.) відбулися значні зміни в практиці міжнародних правовідносин. Насамперед вони були пов'язані з тим, що міжнародно-правовий механізм, який існував до війни на чолі з Лігою націй, виявився неефективним. Тому було вирішено створити нову універсальну міжнародну організацію, яка б забезпечувала ефективне виконання завдань, що постають у міжнародному житті. Такою організацією стала створена у 1945 р ООН та МС ООН як новий універсальний судовий орган.

Діяльність МС ООН значно вплинула на формування доктрини міжнародного звичаю, визначення його ролі та значення в міжнародному праві. Так, усе частіше лунала думка, що вплив Міжнародного суду на становлення

міжнародного звичаю полягав лише в тому, щоб авторитетно підтверджувати сам факт його існування¹⁵⁶. Не лише випадки дотримання норм міжнародного права, але й їх порушення вплинули на формування сучасної доктрини міжнародного звичаю.

Е. Хіменес де Аречага розділяв практику МС ООН із застосування звичаєвих норм міжнародного права на два основні етапи. На першому (1945–1969 рр.) Суд займався переважно справами, пов'язаними з тлумаченням та застосуванням міжнародних договорів та класичних звичаїв. На другому етапі – з 1969 р., після рішення у «Справі про континентальний шельф Північного моря, ФРН проти Данії», на його думку, «Суд має справу практично в кожному випадку з «аморфною і неосязною медузою міжнародного звичаєвого права»¹⁵⁷. Практика Суду отримала схвальні відгуки серед науковців, зокрема польська дослідниця Кристина Марек (Krystyna Marek) виокремила як перевагу детальний аналіз питання про звичай як джерело міжнародного права¹⁵⁸.

На сучасному етапі ухвалення міжнародних договорів призводить до того, що у міжнародному праві зменшується кількість сфер, у яких регулювання здійснювалося винятково за допомогою звичаєвих норм. Але значення їх не зменшується. Так, у період «холодної війни» (1945–1991 рр.), коли відбувалося протистояння західного блоку держав на чолі з США та соціалістичного блоку, підкреслювалося, що «звичай відіграє важливу роль у забезпеченні мирного співіснування двох систем»¹⁵⁹.

У резолюціях і рішеннях міжнародних організацій, передусім ООН та її спеціалізованих установ, нерідко фіксуються вже сформовані звичаєво-правові норми, а також заохочуються певні дії суб'єктів міжнародних відносин, що веде до виникнення нових норм і звичаїв¹⁶⁰.

О. Мовчан наводить приклад декларацій Генеральної асамблеї ООН, які

¹⁵⁶Международное право: учеб. для вузов / отв. ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунов. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Норма, 2005. С. 122–124.

¹⁵⁷Хименес де Аречага Э. Современное международное право / под ред.: Г. И. Тункин (вступ. ст.); пер. с исп. Ю. И. Папченко. Москва: Прогресс, 1983. С. 20.

¹⁵⁸Marek K. Le problem dessources dudro it international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord. *Revue belgededroit international*. 1970. № 6. Р. 45.

¹⁵⁹Минасян Н. М. Источники современного международного права / отв. ред.: А. М. Ладыженский. Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. ун-та, 1960. С. 98.

¹⁶⁰Международное право: учеб. 2-е изд. доп. и пререраб. / отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. Москва: Международные отношения, 1998. С. 10–20.

можуть стати звичаєвими нормами міжнародного права, якщо держави у своїй практиці ставитимуться до них як до юридично обов'язкових міжнародних стандартів поведінки, тобто розцінювати їх на основі звичаєво-правової практики як міжнародно-правові норми, обов'язкові для дотримання всіма державами¹⁶¹. На його думку, так було з Загальною декларацією прав людини 1948 р., прийнятою в результаті голосування, під час якого не відбулося одностайного її схвалення. Попри це, з часом її визнали важливим міжнародно-правовим документом, який містить стандарти або норми, які отримали загальне визнання як правові норми, що підлягають загальному дотриманню усіма учасниками міжнародних відносин, насамперед державами¹⁶². Цю позицію підтримують досить багато сучасних науковців¹⁶³.

Важливим чинником також є і діяльність ООН та її органів із кодифікації міжнародного права. На думку Е. Хіменеса де Аречаги, така діяльність під час процедури підготовки кодифікованих договорів надає всім державам широкі можливості активнішої участі в кодифікації та прогресивному розвитку міжнародного права¹⁶⁴. Поль Ретер (Paul Reuter) зазначав, що під час цього процесу відбувається щось на зразок «другого хрещення» чи конфірмації звичаєвого міжнародного права¹⁶⁵. Про роль міжнародних організацій у міжнародному звичаєвому правотворенні докладніше йтиметься у цій роботі нижче, зокрема у главі «Вплив міжнародних судових установ на міжнародне звичаєве правотворення та правозастосування».

Позиція з приводу того, що звичаєві норми втрачають свою роль як одне з провідних джерел міжнародного права завжди знаходила своїх опонентів. Так, сучасник Г. Тункіна – радянський науковець А. Талалаєв (1928–2001) у дослідженні «Міжнародне право і сучасність» писав, що і сьогодні міжнародний звичай зберігає своє значення як одне з основних джерел міжнародного права¹⁶⁶.

¹⁶¹Мовчан А. П. Международный правовой порядок. Москва: Изд-во ИГиП РАН, 1996. С. 95.

¹⁶²Мовчан А. П. Международный правовой порядок. Москва: Изд-во ИГиП РАН, 1996. С. 38.

¹⁶³Лисик В. Вплив Загальної декларації прав людини на розвиток міжнародного гуманітарного права. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2008. № 11–12. С. 259–263.

¹⁶⁴Хіменес де Аречага Э. Современное международное право / под ред. Г. И. Тункин (вступ. ст.); пер. с исп. Ю. И. Папченко. Москва: Прогресс, 1983. С. 26.

¹⁶⁵Reuter P. La Convention de Vienne du 20 mai 1969 sur le droit des traités. Paris: A. Collin, 1970. P. 8. (Dossiers U2; No. 133. Probleme internationaux).

¹⁶⁶Талалаев А. Н. Международное право и современность. / отв. ред. В. Ф. Губин. Москва: Наука, 1984. с. 31. (Серия «История и современность»).

Серед представників західної науки міжнародного права того часу висловлювалися скептичні оцінки стосовно ролі та значення звичаєвих норм у міжнародному праві. Наприклад, Вольфганг Фрідмен (1907–1972) (Wolfgang Friedman)¹⁶⁷ зазначав, що він є надто громіздким, не може динамічно пристосуватися до нових умов, які постають під час прогресивного розвитку міжнародного права.

Подібну позицію отримувався французький науковець П. Петер (1911–1990). На його думку, процес створення звичаєвих норм не відповідає умовам сучасного світу, який швидко розвивається¹⁶⁸. Ентеа Робертс (*Anthea Roberts*) нещодавно висловила думку, що «звичаєві норми міжнародного права, як правило, характеризуються високим рівнем зобов'язань, але низьким рівнем точності, ясності»¹⁶⁹. Відповідно, в сучасних умовах це породжує багато ризиків. Інший відомий науковець Шарль де Вішшер (1884–1973) (*Charles de Visscher*) визнавав цінність звичаю, оскільки він створюється через поведінку і є реакцією на ті виклики, які постають перед суспільством. Водночас він зазначає, що роль звичаю зменшується, оскільки міжнародне право на сучасному етапі має справу зі зростанням темпів та обсягів діяльності держав і покликане привести до згоди різноманітні культурні та політичні традиції, а звичаєві норми, своєю чергою, не здатні динамічно вирішувати назрілі питання¹⁷⁰.

Так, граф Л. Камаровський висловив свою позицію наприкінці XIX ст., а на початку XXI ст. роль міжнародного звичаю попри те, що зазнала деяких змін, продовжує залишатися стабільно високою. До того ж у деяких сферах, зокрема регулювання питань, пов'язаних із веденням збройних конфліктів, суттєво зростає¹⁷¹. Зрештою, в доктрині міжнародного права були і оптимістичніші висловлювання з цього приводу. Так, у пострадянській доктрині міжнародного права фахівці дотримувалися вже не такої скептичної позиції стосовно міжнародного звичаю. Зокрема, Р. Каламкарян погоджується з тезою про те, що

¹⁶⁷Friedmann W. *The Changing Structure of International Law*. London, Stevens, 1964. P. 121–123.

¹⁶⁸Reuter P. *Principes de droit international public*. Recue il des cours del' académie dedroit international de la Haye. 1961. Vol. 103, Is. II, P. 466.

¹⁶⁹Roberts A. Who killed article 38(1)(b)? A reply to Bradley & Gulati. *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2010. Vol. 21:30. P. 1760.

¹⁷⁰Visscher C. de Théories de réalités en droit international public. Paris: A. Pedone, 1960. P. 161–162.

¹⁷¹Customary International Humanitarian Law / International Committee of the Red Cross; Edited by Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck. Vol. 1: Rules. Vol. 2 (in 2 books): Practice. Cambridge University Press, 2005.; Гнатівський М. М. Нове народження звичаєвого міжнародного гуманітарного права. *Український часопис міжнародного права*. 2006. № 2. С. 17–22.; Лисик В. Вплив МКЧХ на формування звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 4. С. 340–345.

договірний процес створення міжнародно-правових норм має переваги порівняно з процесом створення звичаєвих норм. Проте, він наголошує на тому, що звичай продовжує відігравати чималу роль у розвитку міжнародного права, який поки що проходить шляхом взаємодії договірних і звичаєвих процесів створення норм¹⁷².

Окремо хотілось би наголосити на ролі у формуванні звичаєвого нормотворення вітчизняних суддів-практиків. Велике значення для вивчення формування української державності мають дослідження, які провів суддя МС ООН В. М. Корецький. Він обґрунтував положення правосуб'єктності України в складі Радянського Союзу, які, незважаючи на певне ідеологічне навантаження, були прогресивними, якщо не сказати революційними для того часу. Науковець наголошував, що за своїм статусом, Україна, навіть у складі Союзу була повноправним членом міжнародної спільноти як суб'єкт міжнародного права із власною юрисдикцією, щодо введення зовнішніх зносин, участі в діяльності міжнародних організацій, договірно-правовою суб'єктністю. В. М. Корецький виокремив право України укладати та денонсувати міжнародні договори. Незважаючи, що такої норми не було в Конституції УРСР, він обґрунтовував її як похідну із принципу суверенітету держави¹⁷³.

Надаючи хронологічний огляд діяльності першої сесії Комісії міжнародного права, обраної Генеральною асамблеєю ООН у 1949 році, В. М. Корецький з-поміж процедурних питань її діяльності особливо виділяє напрями кодифікації міжнародних договорів, арбітражного судочинства, режиму відкритих морів та розгляд проекту Декларації прав та обов'язків держав. Заторкуючи питання міжнародно-правової визначеності прав та обов'язків держав, В. М. Корецький передає гостроту дискусії, яка зародилась у наукових колах після Другої світової війни щодо запровадження «нюрнберзьких принципів» відповідальності фізичних осіб за порушення правил та звичаїв війни, процедури притягнення до відповідальності військових злочинців та проблему співвідношення внутрішньодержавного та міжнародного права, зокрема у галузі кримінального

¹⁷²Каламкарян Р., Мигачев Ю. Международное право. Москва: ЭКСМО, 2004. С. 98–99.

¹⁷³ Андрейків А. І. Значення наукових поглядів академіка Корецького В. М. при дослідженні міжнародно-правового звичаю. *Матер. Міжнар. наук. читань, присвячених пам'яті В. М. Корецького (17 лютого 2011 р., м. Київ)*. С. 319–322.

судочинства в злочинах проти людства.

Досліджуючи особливості міжнародного морського права, В. М. Корецький надав комплексний аналіз різних інститутів цієї галузі. Критикуючи певні погляди західних науковців щодо «вибіркової доцільності» застосування права або аргументації дії на основі «доцільності», а не юрисдикції, науковець підтверджував свої аргументи на підставі порівняльно-правових, історичних методів дослідження¹⁷⁴.

Розглядаючи проблеми кодифікації міжнародного права, В. М. Корецький звернув окрему увагу на так званий проект Філда та проаналізував історію проектів кодифікації міжнародного права. Зважаючи на той факт, що вказаний проект містив визначення багатьох звичаєвих норм країн Нового світу, зокрема правил та звичаїв ведення військових дій, статусу рухомого та нерухомого майна на окупованих територіях, розмежування цивільної та військової юрисдикції у правовідносинах, що виникають під час збройних конфліктів, наукова позиція академіка щодо положень зазначеного проекту є цікавою з погляду розвитку звичаєвого правотворення і співвідношення міжнародних договорів та звичаїв.

Як суддя МС ООН, В. М. Корецький звертався до міжнародно-правових звичаїв для аргументації позиції, яка інколи навіть контрастно відрізнялась від рішення Суду. Так, у спорі *Континентального шельфу Північного моря 1969 р.* (ФРН проти Данії та Нідерландів) в окремій думці він зазначає, що відсутність ратифікації з боку ФРН Женевської конвенції про континентальний шельф, поєднувалось із практикою ведення переговорів, домовленостей із Нідерландами та Данією, яка вказувала на обов'язковість норм міжнародного права щодо визначення меж континентального шельфу, але не як конвенційних, а як норм міжнародно-правового звичаю. Він вказував на необхідності розгляду принципу рівновіддалення за делімітації континентального шельфу у поєднанні із наявністю чи можливістю угоди та особливих обставин, наявні в кожному окремому випадку.

Науковцям також подавалось власні бачення щодо характеристик елементів

¹⁷⁴ 48-я конференция Ассоциации международного права / В. М. Корецкий. Избранные труды: в 2-х т. – АН УССР. Ин-т государства и права; редкол. В. Н. Денисов и др. Київ: Наук. думка, 1989. Кн. 2. С. 214–222.

міжнародно-правового звичаю, а саме практики та *opinio juris* у питаннях розмежування морського, підводного та повітряного простору на підставі дослідження процесу кодифікації та договірної практики найбільших морських держав світу¹⁷⁵.

Як зазначала французький фахівець у сфері міжнародного права Сюзанна Бастід (1906–1995) (Suzanne Bastid), надаючи власний огляд динаміки міжнародного права, основною метою КМП ООН стало розроблення на основі консенсусу кодифікувальних міжнародно-правових актів у певних сферах. Проте такий підхід зазнав критики, оскільки існували побоювання, що зміст цих актів може виявитися біднішим і вужчим за наявні звичаєві норми міжнародного права¹⁷⁶. Російська дослідниця М. Ушакова зазначає, що внаслідок кодифікації звичай «не втрачає свого значення, оскільки для сторін кодифікаційних конвенцій діють норми цих договорів, а для держав, які не є їхніми сторонами, ці норми продовжують діяти як звичаєві»¹⁷⁷.

Прийнята Конвенції ООН з морського права 1982 р. не містить положень щодо статусу морських просторів під час війни, хоча сама проблема була відома розробниками. Водночас вона визначила статус просторів, які не були відомі Гаазькій конвенції 1907 р., такі як континентальний шельф та виняткова морська зона, що стало наслідком застосування МС ООН під час розгляду справи *Про військові та напіввійськові формування 1986 р.* (Нікарагуа проти США) звичаєвих норм VIII Гаазької конвенції 1907 р. які регламентують правомірність встановлення мін¹⁷⁸.

Кодифікація є безумовно позитивним процесом розвитку міжнародного права, одночасно до яких позицію щодо збереження важливості ролі звичаєвих норм у міжнародному праві відображено у двох формах. Через надання писаної форми нормам звичаєвого права через включення у положення статей (так зване «обрамлення» міжнародного звичаю або встановлення положень про те, що

¹⁷⁵North Sea Continental shelf Case Judgment o 20 February 1969 / Dissenting opinion of Vice-President Koretsky. P. 151–170. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-07-EN.pdf>

¹⁷⁶Bastid S. Observations sur la pratique du consensus. Multitudo Regum, Jus unum. Festschrift fur W. Wengler. 1973. Vol. 1. P. 11–15.

¹⁷⁷Ушакова Н. А. Международное право: учеб. Москва: Юрист, 2000. С. 10–11.

¹⁷⁸Короткий Т. Р. Кориневич О. А. Право війни на морі: Основні джерела та інститути / Сучасні проблеми міжнародного права. Liber Amicorum до 60-річчя проф. М. В. Буроменського : монографія / авт. кол.; за ред. В. М. Репецького та В. В. Гутника. – Львів; Одеса: Фенікс, 2017. С. 527–528.

звичаєве міжнародне право здійснює паралельне регулювання предмета договору для неприєднаних сторін або доповнює його. Наприклад, у Віденській конвенції про дипломатичні зносини 1961 р., зазначено, що «норми міжнародного звичаєвого права будуть продовжувати регулювати питання, прямо не передбачені положеннями цієї Конвенції»¹⁷⁹. Водночас положення статей про агреман (ст. 4), громадянство дипломатичного персоналу (ст. 8), недоторканість приміщень посольства (ст. 22), звільнення від сплати мит та податків (ст. 28) стали кодифікацією міжнародних звичаїв. КМП ООН розробила проект статей 3, 38, 43 Віденської конвенції про право міжнародних договорів, 1969 року які встановлювали застосування звичаєвого міжнародного права у процесах укладання, реалізації та тлумачення договорів.

Особливістю кодифікації міжнародного права у післявоєнний період з 1945 р. є створення не лише нормативної моделі регулювання відносин, але й інституційного механізму забезпечення та захисту міжнародних норм на прикладі судових установ загального та регіонального рівня. Цей чинник кардинально відрізняє епоху універсального та партикулярного звичаєвого міжнародного права. Найпомітнішими є прикладами є Конвенція ООН з морського права 1982 року та створення Міжнародного трибуналу з морського права, статут якого визначений Додатком VI вказаної Конвенції. Усвідомивши наслідки Другої світової війни, Європа визнала необхідність верховенства прав людини, ухваливши Європейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. та заснувавши для цілей її забезпечення Європейського Суду з прав людини.

Такої позиції дотримується зокрема американський науковець Е. Д'Амато, який обґрунтовує її тим, що звичаєві норми, на відміну від договірних, є нормами універсального застосування¹⁸⁰. Звичайно, що в цьому випадку йдеться про певний максималізм, який не має належного підґрунтя. Підсумовуючи погляди різних представників доктрини міжнародного права європейських держав та США на роль та значення звичаєвих норм міжнародного права на сучасному етапі, Малкольм Шо

¹⁷⁹Венская конвенция о дипломатических сношениях от 18.04.1961 г. Преамбула / Ведомости Верховного Совета СССР. 29.04.1964. № 18, С. 221.

¹⁸⁰D'Amato A. A. The concept of custom in international law. Foreword by Richard A. Falk. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1971. P. 12.

(Malcolm Shaw) зазначає, що раціональні елементи наявні в кожному з цих підходів.

Справді, звичаєві норми міжнародного права не завжди є найкращим інструментом регулювання складних питань, що постають у міжнародних відносинах. Важко встановити, коли виникає і чи виникає звичаєва норма, існують величезні проблеми, пов'язані зі збором всієї необхідної для цього інформації¹⁸¹. Проте М. Шо немає сумнівів у тому, що звичаєві норми зберігають важливе значення в системі джерел міжнародного права. Він вказує, що саме застосування звичаєвих норм є оптимальним за деяких непередбачуваних ситуацій міжнародного життя. Науковець наводить приклад «моментального звичаю», який може поставати без обов'язкового тривалого періоду його застосування, а також вказує на факт, що за допомогою звичаєвих норм відбувається ідентифікація та прогресивний розвиток принципів міжнародного права¹⁸².

Якщо узагальнити усі підходи, котрі були наведені вище, необхідно констатувати, що попри те, що роль звичаєвих норм міжнародного права з різних причин (кодифікація, укладення великої кількості міжнародних договорів, зростання динаміки міжнародних правовідносин та ін.) змінилася, їхнє значення як джерела регулювання міжнародних правовідносин залишається високим. Однозначно не можна на початку XXI ст. застосовувати до звичаєвих норм міжнародного права ті самі підходи, що й у Середньовіччі чи у XVIII–XIX ст. і розглядати їх значення так, як його розглядали тоді. Але це не означає, що значення звичаєвих норм зменшилося: воно просто змінилося, звичаєві норми пристосувалися до тих вимог, які пред'являє сучасність. Як справедливо зазначає швейцарський правник Марк Філлігер (Mark Villiger), звичай пристосувався до змін у структурі міжнародних відносин і продовжує слугувати одним з основних джерел міжнародного права¹⁸³.

Навіть кодифікація міжнародного права, яку часто представники доктрини використовують як аргумент на користь зменшення ролі звичаєвих норм

¹⁸¹Shaw M. N. International law. 6th ed. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2008. P. 74.

¹⁸²Shaw M. N. International law. 6th ed. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2008. P. 76–77.

¹⁸³Villiger M. E. Customary international law and treaties. Dordrecht, 1985. P. 297.

міжнародного права, якщо подивитися під іншим кутом, не є настільки критичною. Багато науковців наводять приклади застосування звичаєвих норм у все більшій кількості галузей міжнародного права сьогодні.

Наприклад, уругвайський правник, один із найвідоміших представників латиноамериканської доктрини міжнародного права Е. Хіменес де Аречага проаналізував практику МС ООН і виявив, що він розглядав питання щодо використання звичаєвих норм міжнародного права у достатньо великій кількості сфер. Так, у рішенні в «Справі про Барселонську компанію, Бельгія проти Іспанії» 1962 р. Суд мав справу зі звичаєвими нормами права міжнародної відповідальності, у «Справі про юрисдикцію щодо риболовства, Великобританія проти Ісландії» 1974 р. – міжнародного морського права, у «Справі щодо юрисдикції Ради ІКАО, Індія проти Пакистану» 1971 р. – права міжнародних договорів та ін.¹⁸⁴.

На думку відомого американського правника Джона Гембла (John Gamble), «на сучасному етапі відбувається відродження і зростання ролі міжнародного звичаю як джерела міжнародного права». Він обґрунтовує це тим, що, на його думку, на сучасному етапі існує тенденція до зменшення кількості нових міжнародних договорів, оскільки більша частина відносин, які можуть бути предметом договірної регуляції, вже регулюються договірними нормами¹⁸⁵.

У подібному ключі висловлюються також і деякі інші науковці. Нідерландський дослідник проблеми міжнародного звичаю Херман Меєрс (Herman Meijers) писав, що «значення міжнародного звичаєвого права зростає»¹⁸⁶. Індійський науковець Т. С. Рама Рао (T. S. Rama Rao) вважав, що «відносини між різними групами держав здебільшого регулюються міжнародним звичаєвим правом»¹⁸⁷.

Американський науковець Д. Бедерман наголошує, що, незважаючи на критику з боку представників усіх шкіл науки міжнародного права, сьогодні міжнародний звичай у багатьох випадках є найпрогресивнішим із джерел

¹⁸⁴Хіменес де Аречага Э. Современное международное право / под ред. Г. И. Тункин (вступ. ст.); пер. с исп. Ю. И. Папченко. Москва: Прогресс, 1983. С. 20.

¹⁸⁵Gamble J. K. The Treaty Custom - Dichotomy: An Overview. *Texas International Law Journal*. 1981. Vol. 16. P. 314, 314–315.

¹⁸⁶Meijers H. How is International Law Made? *Netherlands Yearbook of International Law*. 1978. Vol. 9. P. 3–4.

¹⁸⁷Rama Rao T. S. International Custom. *India Journal of International Law*. 1979. Vol. 19. P. 516.

міжнародного права. На його думку, головним викликом, який стоїть перед звичаєвим міжнародним правом на сучасному етапі, є питання про те, щоб не втратити свій динамізм та свою легітимність¹⁸⁸.

Висловлено також і заперечення стосовно того, що звичай є неприйнятним джерелом в умовах сучасного динамічного світу. Е. Хіменес де Аречага вказує, що «ця антитеза, можливо і правильна в національних рамках, де законодавство справедливо протиставляється звичаєвому праву, не може бути, однак, застосована тією самою мірою в сфері міжнародного права»¹⁸⁹.

Принципи правосуддя, сформовані на основі звичаєвого міжнародного права у Нюрнберзі та Токію, отримали своє підтвердження та новий поштовх у трибуналах щодо колишньої Югославії та Руанди. Доктрина взяла до уваги напрацювання та попередній досвід, вдосконаливши концепції міжнародних злочинів. Якщо Нюрнберзький та Токійський трибунали були сконцентровані на злочинах проти миру, людяності та воєнних злочинах, то трибунали щодо колишніх Югославії та Руанди переслідували за геноцид, а Римський статут Міжнародного кримінального суду додатково кодифікував ще злочин агресії.

Важливими є передумови їх створення та їх визначення в актах Ради безпеки ООН. Отримавши інформацію про масові вбивства, етнічні чистки, системне порушення прав людини, у резолюціях 808 від 22.02.1993 р. та 827 від 25.05.1993 р. Рада безпеки ООН визнала загрозу міжнародному миру і безпеці та «серйозних порушеннях міжнародного гуманітарного права на території колишньої Югославії».

Переліки предметної юрисдикції щодо вчинених міжнародних злочинів містився в ст. 25 Статуту МКТЮ. МКТР заснували резолюцією Ради безпеки ООН 955 від 8.11.1994 р. Перелік міжнародних злочинів зафіксований у ст. 2–4 його Статуту. Трибунали у Нюрнберзі, Токію, щодо колишніх Югославії та Руанди були судовими органами *ad hoc*. Прийняттям 17.07.1998 р. Римського статуту МКС ознаменовано створення постійного судового органу для переслідування осіб, які

¹⁸⁸Bederman D. The death of customary international law. *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2010. Vol. 21:30. P. 31–45.

¹⁸⁹Хіменес де Аречага Э. Современное международное право / под ред. Г. И. Тункин (вступ. ст.); пер. с исп. Ю. И. Папченко. Москва: Прогресс, 1983. С. 25.

вчинили міжнародні злочини. Прикладом подальшого розвитку звичаєвого міжнародного права є схвалений КМП ООН на 48-й сесії прийняла остаточний проект Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства (англ. *Draft, Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*), який доповнено новим видом міжнародного кримінально-караного діяння – злочини проти персоналу ООН і пов’язаного з нею персоналу¹⁹⁰. Документ складається з 20 статей. Частина I окреслює загальні підходи та положення: сферу дії та застосування цього Кодексу (ст. 1), питання покарання (ст. 3), видачі передбачуваних злочинців (ст. 10), судові гарантії обвинуваченим (ст. 11), обставини, що виключають (ст. 14) і пом’якшувальні (ст. 15) факт вини. У цих статтях фактично відбулось відтворення прийнятих у 1973 р ГА ООН Принципів міжнародного співробітництва щодо виявлення, арешту, видачі і покарання осіб, винних у військових злочинах і злочинах проти людства.

Сучасна українська доктрина міжнародного права так само наголошує на важливості звичаєвих норм міжнародного права на сучасному етапі. Наприклад, М. Косогутова вважає, що, «не протиставляючи міжнародні договори і звичаї, слід зазначити, що останні відіграють дуже важливу роль у міжнародному житті»¹⁹¹. М. Баймуратов наголошує, що «після початку активних кодифікаційних процесів у сучасному міжнародному праві роль міжнародного порядку значно знизилася, проте й у сучасний період... норми міжнародного звичаєвого права, як і раніше, регулюють найважливіші питання міжнародних відносин»¹⁹². В. Буткевич погоджується з тим, що міжнародний звичай зберігає свою роль основного джерела міжнародного права. Він вказує, що «звичай заповнює відповідні прогалини в міжнародному праві на випадок відсутності конвенційного регулювання»¹⁹³. Підсумовуючи, можна констатувати, що в епоху Нового часу починають формуватися концепції стосовно ролі та значення звичаєвих норм міжнародного права в доктрині міжнародного права, розпочинається кодифікація звичаєвих норм під час міжнародних конференцій. У XX ст. відбувається офіційне

¹⁹⁰ Draft, Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind. URL: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf

¹⁹¹ Косогутова М. Роль практики держав у розвитку міжнародного звичаю. *Наукові записки НАУКМА*. 2001. Спец. вип. Т. 19-1. С. 244.

¹⁹² Баймуратов М. О. Міжнародне право: підручник. Харків: Одісей, 2002. С. 35.

¹⁹³ Міжнародне право. Основи теорії: підручник / за ред. В. Г. Буткевича. Київ: Либідь, 2001. С. 12.

закріплення звичаєвих норм як джерела міжнародного права, зростання динамічності призводить до змін у процесі їх створення та застосування.

Низка науковців залишаються і надалі прихильниками того, що «держави зазвичай надають перевагу договорам, оскільки вони чітко сформульовані, передбачають визначеність сторін, механізм контролю»¹⁹⁴. Водночас генеза практики судових установ засвідчує розширення застосування звичаєвих норм усе більшим колом суб'єктів. Більшість підходів до проблем міжнародного звичаю є спільною для всіх елементів системи міжнародного правосуддя, розкриваються у діяльності МС ООН. Таслім Еліас, аналізуючи діяльність міжнародних судів зазначав, що ППМП «сприймалась в уяві світової спільноти (*imagination*) з європейським судом, а суд, що почав роботу після 1945 р., вважається світовим судом через універсальність його членства та юрисдикційну орієнтацію»¹⁹⁵.

Актуалізуючи вироблені підходи згадуваних науковців, з урахуванням інституційного (через призму установ міжнародного судочинства) та нормативного критеріїв, найоптимальнішим, для періодизації міжнародного звичаю, пропонується дослідження його розвитку через поділ на епохи партикулярного (до 1815 р.) та універсального міжнародного звичаєвого права (1815 р. до наших днів). У наступних розділах буде обґрунтовано, що епосі партикулярного звичаєвого міжнародного права характерні певні особливості – наприклад, низький рівень кодифікованого звичаєвого права, наявність «протоорганів» міжнародного судочинства непостійного характеру; низький рівень суб'єктної взаємодії, яка здебільшого обмежувалась лише регіонально-галузевим чинником. Епосі універсального звичаєвого міжнародного права властиві високий рівень інституційного та нормативного забезпечення правовідносин, кодифікація норм та принципів, наявність постійно чинних організаційно-спеціалізованих установ, враховуючи судові; високий рівень комунікації та взаємодії суб'єктів правовідносин. Загалом представники української доктрини міжнародного права здебільшого дотримуються позицій, що міжнародний звичай продовжує

¹⁹⁴ Антонович М. М. Міжнародне публічне право. Київ, 2003. С. 45.

¹⁹⁵ New trends in contemporary international law (1985). *Contemporary issues in international law. A collection of the Josephine onoh. Memorial lectures* / ed. by D. Freestone, S. Subedi and S. Davidson. 2002. P. 1.

залишатися на рівні з договором, основним джерелом міжнародного права. Підкреслено його значення для заповнення прогалин у міжнародному праві та регулюванні найважливіших питань міжнародного життя. До того ж М. В. Буроменський, аналізуючи питання про співвідношення міжнародного і національного права, наголошує на важливості імплементації міжнародно-правових норм у національний правопорядок України та необхідності використання такого джерела національними органами правосуддя¹⁹⁶.

1.3. Практика держав та *opinio juris* як основні елементи міжнародно-правового звичаю

Однією з найбільших особливостей, що характеризують процес формування норм міжнародного звичаєвого права, є відсутність попередньо встановлених формальних процедур. Саме тому констатація та доведення існування звичаєвої норми є досить складним процесом. Як зазначила КМП ООН, «...необхідно розглянути загальні питання методології для виявлення норм міжнародного звичаєвого права, віддавши належне емпіричному дослідженню практики держав порівняно з дедуктивними висновками (англ. *relative weight to be accorded to empirical research into State practice, as against deductive reasoning*).

Слушно й те, що методологія може відчувати вплив практичних уявлень, особливо в світі з майже 200 державами (разом з іншими міжнародними суб'єктами), проте ця проблема насправді не нова. Треба також зазначити властиві цій темі складності, насамперед саму природу міжнародного звичаєвого права як написаного закону, нерідко виникають у зв'язку з нею ідеологічні та теоретичні суперечності»¹⁹⁷.

Міжнародний звичай містить два елементи, які мають різне доктринальне тлумачення. Більшість науковців, які досліджували формування міжнародного звичаєвого права, виокремлювали певні критерії – елементи, наявність яких

¹⁹⁶Буроменський М. В. Українська доктрина співвідношення міжнародного та національного права / Правова доктрина України: у 5-ти т. Т. 2. Публічно-правова доктрина України / за заг. ред. Ю. П. Битяка. Харків, 2013. С. 659–660, 632–662.

¹⁹⁷ International Law Commission. Sixty fifth session. Geneva, 6 May–7 June 2013. First report on formation and evidence of customary international law by Michael Wood, Special Rapporteur. P. 9. URL: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/663&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml&Lang=E

необхідно неподільно довести для встановлення існування звичаєвої норми. Терміни «практика» та «визнання її за обов'язкову» не завжди допомагають зрозуміти суть звичаєвої норми. Треба наголосити, що весь обсяг фактів, обставин, за яких вони виникли, умови реалізації та інші фактори і є практикою в широкому розумінні. Вкрай важливо, щоб серед усього переліку хронології подій та наявності їх документального підтвердження, встановити власне юридично значущі факти, які вказують на їхнє міжнародно-правове значення та які є вираженням правової компетенції суб'єкта правовідносин чи їхніх представників. Саме набір проаналізованих актів, що демонструють реалізацію влади та суверенітету за певних умов та відповідно до компетенції її офіційних представників (конклюдентної чи вербальної форми) і є практикою в розумінні елемента для оцінки наявності звичаєвої норми. А вже чітко встановлені, виокремлено-диференційовані факти такої практики, які виражають ставлення до певної міжнародної проблеми, висловлені від імені держави, вираження погодження, підтримки, покарання чи засудження, можуть свідчення про визнання норми за обов'язкову. На нашу думку, визнання – це завжди демонстративний акт. Можна лише з великим застереженням та обережністю обумовлювати акти «демонстративної незгоди» або нехтування. Але вкрай складно стверджувати, що визнання обов'язковості норми суверенним суб'єктом правовідносин можна встановити на підставі відсутності інформації від суб'єкта, тому що він мовчить. Необхідно зазначити, що положення ст. 38 Статуту МС висвітлює умову «загальності» практики, але відсутність умови «загальності» її визнання. Така особливість, на нашу думку, потребує додаткового уточнення з боку доктрини та практики.

Р. Мюлерсен, вказавши на необхідності встановлення двох елементів міжнародного звичаю, зазначив, що практика та *opinio juris*, «як дві сторони монети, ці два елементи можна розподілити для аналітичних цілей, однак вони не можуть існувати окремо один від одного. Питання існування звичаєвої норми без якогось з цих елементів є штучним. Завжди існує варіант *реальної практики*, в іншому випадку неможливо говорити про моделі поведінки, які можуть

встановлювати або не встановлювати юридичні зобов'язання» (англ. *like heads and tails, [the two elements] may be separated for analytical purposes but cannot exist independently from each other... the question whether there are customary norms without any of the two elements – practice and opinio juris – is an artificial (imagined) question. There is always some 'actual' practice, otherwise one could not simply speak of patterns of behaviour which may be (or may not be) legally binding*)¹⁹⁸.

Практика як елемент звичаєвої норми завжди була предметом дискусії щодо традиційного розуміння звичаєвого міжнародного права. Тривалий час міжнародні судові органи під час розгляду справ зосереджувались саме на об'єктивному елементі звичаєвої норми і намагалися визначити певні моделі державної поведінки та встановити їхні ознаки. Так, правозастосовчу практику звичаєвого права зводили до індуктивного підходу, за допомогою якого збирали та систематизували факти про поведінку держави. Науковці Гуггенхайм та Кельзен пропонували знехтувати *opinio juris* (переконаність у правомірності) як елементом звичаю і покладатися лише на практику¹⁹⁹.

Водночас міжнародні судові установи виробила набір критеріїв ідентифікації складників міжнародного звичаю – практики як матеріального «об'єктивного» елемента та *opinio juris*, який називають ще «психологічним», «суб'єктивним» чи «інтелектуальним» елементом звичаю. Власне необхідність чіткого поєднання встановленої практики та прояву її усвідомленого визнання за обов'язкове правило є базовим принципом, яким керується МС ООН у застосуванні норм міжнародного звичаєвого права.

Для позначення психологічної складової міжнародного звичаю в доктрині міжнародного права вживається термін «*opinio juris*» – у перекладі з латинської «переконання в правильності». Деякі автори використовують також термін «*opinio juris et necessitates*» (переконання в правильності та необхідності). Вважається, що вперше цей термін застосував у 1899 р. французький юрист Франсуа Жене (Francois Geny). У праці «Методи тлумачення джерел позитивного

¹⁹⁸ R. Mullerson. On the Nature and Scope of Customary International Law. *Austrian Review of International & European Law*. 2, 1997. P. 341, 344–345, 346–347

¹⁹⁹ Paul Guggenheim. *Les Deux Eléments de la Coutume en Droit International*, Charles Rousseau ed., 1950. P. 275; Hans Kelsen. *Principles of INTERNATIONAL LAW*, Robert W. Tucker 2^d ed. 1966.

приватного права» (*Methode d'interpretation et sources en droit prive positif*) він вперше заговорив про нематеріальний або ж психологічний компонент створення звичаю²⁰⁰. Щоправда, в його праці вжито дещо інший термін: *opinio juris seu (sive) necessitatis* – «переконання у правильності чи необхідності», проте надалі в доктрині почали використовувати латинський прийменник «et» (і) замість «seu» (sive) (або, чи).

Ф. Жене вивів цю складову з метою розмежування юридично обов'язкових звичаїв від простих суспільних моральних чи інших узвичаєнь. Проте французький науковець працював винятково у сфері внутрішньодержавного права і його напрацювання не вплинули на формування поглядів стосовно значення і ролі *opinio juris* у випадку саме міжнародних звичаїв. Український науковець Ю. В. Щокін дослідив ранішу модель міжнародного звичаю, що її запропонував 1872 р. А. К. Бялецький. Вона передбачала, що «юридичне переконання та сталість факту (*opinio juris frequentia casuum*) мають неодмінно збігатися, щоб надати звичаю характер матеріалу права»²⁰¹.

Водночас у доктрині міжнародного права виділяють також й інші переліки елементів міжнародного звичаю та ширше трактування практики. Зокрема Я. Броунлі виділяє тривалість існування; одноманітність та постійність; всезагальність та переконаність у правомірності та необхідності (*opinio juris et necessitatis*)²⁰². Д. Бедерман зазначав, що на розсуд КМП ООН виносили пропозиції щодо іншого переліку необхідних елементів міжнародного звичаю, наявність яких повинен встановити компетентний міжнародний орган, і перегляду на цій підставі п. 1 б ст. 38 Статуту МС ООН. А саме: 1) узгоджену практику певної кількості держав у ситуаціях, що підлягають міжнародно-правовому врегулюванню; 2) здійснення такої практики протягом тривалого періоду; 3) сумісність цієї практики з чинним міжнародним правом; 4) визнання такої практики іншими державами. Проте Комісія одразу відкинула таку концепцію. Насамперед вона

²⁰⁰Geny F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique. Précédé d'une préface de m. Raymond Saleilles*. Paris: A. Chevalier-Marescq & cie, 1899. P. 110.

²⁰¹Щокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії та практики: монографія. Харків: Право, 2012. С. 37–38.

²⁰²Броунлі Я. *Международное право*: Кн. 1–2. / пер. с англ. С. Андрианова; [под ред. и со вст. ст. Г. И. Тункина]. Москва: Прогресс, 1977. Кн. 1. 1977. С. 28–30.

вказала, що встановлення присутності всіх цих елементів для визначення факту існування звичаєвої норми суперечить нормальному процесу звичаєвого правотворення. Крім того, висловлені заперечення проти другого елемента, оскільки неможливо встановити конкретні терміни, які необхідні для того, щоб правило було визнане як звичаєва норма міжнародного права²⁰³. Д. Голдсміт та Е. Познер вважали, що звичай формується в результаті чотирьох видів поведінки держави: 1) збіг інтересів; 2) примус (змушуванням потужніших держав вчинити певні дії слабшими державами); 3) двостороння взаємовигідна співпраця; 4) координація (зусиль держав у певному напрямі). Як бачимо, ці автори взагалі не виокремлюють елементів звичаєвих норм міжнародного права. З погляду теорії міжнародного права та практики міжнародних правовідносин, на нашу думку, доцільно виділяти лише два елементи міжнародного звичаю: практику та *opinio juris*, що і зазначено в п. б ст. 38. Усі інші елементи важко назвати самостійними – вони лише відображають окремі аспекти згаданих двох ключових елементів. Тому в цьому дослідженні як елементи міжнародного звичаю виділяються лише *opinio juris* та практика суб'єктів права.

Необхідно зауважити, що дискусії стосовно деяких проблемних аспектів, пов'язаних з елементами міжнародного звичаю, існують і зараз. Сучасний британський науковець Джейсон Беккет (Jason Beckett), говорячи про елементи міжнародного звичаю, констатує, що ключове питання, яка з цих складових: *opinio juris* чи практика, повинна переважати у формуванні норм звичаєвого права. Він вказує, що класичні теорії міжнародного звичаю розглядають обидва ці елементи як взаємопов'язані, такі, що впливають один з одного. Вони не є протилежними категоріями, які протиставляються, навпаки: одне не може існувати без іншого.

Водночас сучасні теорії міжнародного звичаю розглядають обидва елементи як незалежні, які спільно творять міжнародний звичай. На думку Д. Беккета, у випадку *opinio juris* ключовим питанням у сучасній доктрині міжнародного права є не: «Для чого потрібен *opinio juris*?», а: «Що таке *opinio juris* і як він виникає?». Аналогічне твердження справедливе і щодо іншого елемента міжнародного звичаю

²⁰³Bederman D. J. Custom as a source of law. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2010. P.143.

– практики²⁰⁴.

Отже, складовими міжнародного звичаю, які визначають його сутність та зміст як джерела міжнародного права, є матеріальний (практика) та нематеріальний (*opinio juris*) елементи. Тому для кращого розуміння поняття «звичаєві норми міжнародного права» та його значення варто окремо дослідити кожен з цих елементів.

Ведучи мову про практику як про елемент звичаєвих норм міжнародного права, слід також визначитися, чию саме практику маємо на увазі, тобто які суб'єкти міжнародного права своїми діями створюють її. Ж. Тускоз, наголошуючи на існуванні різних думок з цього приводу, вважає, що оскільки міжнародне право має широку сферу дії, така практика може походити від усіх суб'єктів міжнародного правопорядку: держав, міжнародних організацій, ТНК та навіть фізичних осіб²⁰⁵. Вище вже йшлося про міжнародні узвичаєння, які теж є правилами поведінки у міжнародних відносинах, але через те, що їх застосування відбувається без усвідомлення їхньої обов'язковості, тобто за відсутності психологічної складової, вони не є звичаєвими нормами. Одним з найскладніших питань стосовно практики як елемента звичаєвої норми міжнародного права завжди було питання її мінімальної тривалості, чи часовий критерій присутній і чи взагалі він необхідний.

Наприклад, Деметре Негулеско (Demetre Negulesco) в окремій думці у Консультативному висновку Постійної палати міжнародного правосуддя 1927 р. «Про юрисдикцію Європейської дунайської комісії» стверджував, що витoki практики як елемента звичаєвих норм міжнародного права «повинні належати до незапам'ятних часів»²⁰⁶. Едуардо Хіменес да Аречага (Eduardo Jiménez de Aréchaga) вважав, що «практика держав, що нараховує близько п'ятнадцяти років є вже достатньою для виникнення звичаєвої норми міжнародного права»²⁰⁷.

На нашу думку, практика міжнародного права доводить нелогічність такого

²⁰⁴Beckett J. A. Countering Uncertainty and Ending Up/Down Arguments: Prolegomena to a Response to NAIL. The European Journal of International Law. 2005. Vol. 16, № 2. P. 231.

²⁰⁵Тускоз Ж. Міжнародне право: підручник. Київ: АртЕк, 1998. С. 204.

²⁰⁶Case Relating to the Jurisdiction of the European Commission of the Danube Between Galatz and Braila. *PSIJ, Series B.*, No. 14. P. 114.

²⁰⁷Хименес де Аречага Э. Современное международное право / под ред. Г. И. Тункин (вступ. ст.); пер. с исп. Ю. И. Папченко. Москва: Прогресс, 1983. С. 42.

підходу. Тривалість практики застосування звичаю була справді дуже важливою в умовах первісного суспільства, і поступово її роль зменшувалася. Але в XX ст., коли динамічність міжнародних правовідносин зросла і звичаєві норми створюються швидше, ніж 100 чи 200 років тому, до того ж йдеться вже про можливість так званого «моментального звичаю», який створюють внаслідок одноразового застосування, можна стверджувати, що для створення звичаєвої норми міжнародного права не потрібно тривалої, а в деяких випадках навіть повторюваної практики.

У теорії міжнародного права загалом склалася негативна думка з цього приводу. Так, Л. Оппенгейм вважав, що питання, з якого моменту правило поведінки стає звичаєвою нормою міжнародного права, є питанням факту, а не теорії. Він писав: «Все, що може бути сказано теорією з цього приводу, зводиться до такого: щоразу і як тільки лінія міжнародної поведінки, що її часто застосовують держави, розглядають як юридично обов'язкову чи юридично правильну, норма, яку можна вивести з цієї поведінки, стає нормою міжнародного звичаєвого права»²⁰⁸.

Подібної позиції дотримувався І. І. Лукашук. Він вважав, що «коли йдеться про звичаї, то потрібно брати до уваги не тривалість часу, а розумність їх існування»²⁰⁹. Практика міжнародних правовідносин підтверджує цей підхід. Так, Міжнародний суд ООН у 1969 р. в рішенні у *справі про континентальний шельф Північного моря* зазначив, що «короткий період часу не є обов'язково або сам по собі перешкодою для створення нової звичаєвої норми міжнародного права»²¹⁰. Крім того, не варто встановлювати мінімальний чи максимальний часовий критерій у цьому випадку, оскільки неможливо визначити, коли виникає те чи інше правило, коли його починають застосовувати і коли з'являється усвідомлення його як юридично обов'язкової норми. Саме тому часовий критерій під час встановлення факту існування міжнародного звичаю є зайвим. Проте до практики однаково пред'являють певні вимоги. Так, Міжнародний суд ООН у своєму

²⁰⁸Оппенгейм Л. Международное право: в 2 т. / пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом; под. ред. и с предисл. С. Б. Крылова. Москва: Государственное изд-во иностранной литературы, 1948. (Библиотека внешней политики). Т. I: Мир, полутом 1. С. 46.

²⁰⁹Лукашук И. И. Обычные нормы современного международного права. *Московский журнал международного права*. 1994. № 2. С. 34.

²¹⁰North Sea Continental Shelf. *I. C. J. Reports. The Hague*, 1969. P. 43.

рішенні у справі про континентальний шельф Північного моря встановив, що для появи нової звичаєвої норми міжнародного права є необхідним, аби практика була частою та практично одноманітною²¹¹. Тут варто погодитися з думкою М. В. Буроменського, що звичай може підтверджуватися лише «однаково стійкою практикою»²¹², а будь-які посилання на інші елементи сьогодні є необґрунтованими.

Г. Даниленко як суб'єкти такої практики розглядає держави та міжнародні організації. Він вважає, що «при аналізі звичаєво-правової практики передусім мова має йти про практику держав та міжнародних організацій... як доктрина, так і практика міжнародного права визнають значення практики міжнародних організацій для міжнародної нормотворчості»²¹³. Крім того, значення практики міжнародних організацій для міжнародного звичаєвого правотворення визнали представники КМП ООН²¹⁴. На нашу думку, можна погодитися з твердженням, що для виникнення звичаєвої норми міжнародного права слід аналізувати правотворчу практику держав та міжнародних судів.

Існує багато оцінок впливу міжнародних організацій на формування міжнародного звичаю. Проте навряд чи доцільно надто розширювати їхній перелік, враховуючи до нього також і практику тих суб'єктів, щодо яких у доктрині міжнародного права ведеться дискусія стосовно володіння ними всіма необхідними ознаками для того, щоб вважати їх суб'єктами міжнародного права (ТНК, фізичні особи²¹⁵, Мальтійський Орден²¹⁶, Міжнародний комітет Червоного Хреста²¹⁷ та ін.). Їхня практика, безумовно, відіграє свою роль у міжнародному звичаєвому правотворенні, про що мовитиметься нижче. Відомо, що у праві діє диспозитивний принцип правового регулювання. Відповідно, звичай за такого розуміння створюється за посередництва «мовчазної згоди» суб'єктів міжнародного права.

²¹¹North Sea Continental Shelf. I. C. J. Reports. The Hague, 1969. P. 43.

²¹²Буроменський М. В. Українська доктрина співвідношення міжнародного та національного права / Правова доктрина України: у 5-ти т. Т. 2. Публічно-правова доктрина України / за заг. ред. Ю. П. Битяка. Харків, 2013. С. 659. (С. 632–662).

²¹³Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве. отв. ред. А. П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С. 66.

²¹⁴Yearbook of International Law Commission 1950. Documents of the second session. Vol. II / United Nations Publications. New York, 1957. 372 p.

²¹⁵Лисик В. М. Роль фізичних осіб у міжнародному звичаєвому правотворенні. *Митна справа*. 2012. № 6. С. 302–306.

²¹⁶Отрош В. М. Міжнародна правосуб'єктність Суверенного Мальтійського Ордену: автореф. дис. ... канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.11 – міжнародне право. Київ: Інститут держави і права імені В. М. Корецького, 2016. – 20 с.

²¹⁷Лисик В. Правовий статус Міжнародного комітету Червоного Хреста у міжнародному праві: монографія. Одеса: Фенікс, 2012. (Серія «Міжнародне право»). С. 136–145.

Якщо функцію встановлення факту існування звичаю «доручити» якійсь наддержавній міжнародній інституції, це автоматично означитиме наділення її певними функціями, що суперечитиме диспозитивності міжнародних правовідносин. Обґрунтованою видається також і негативна позиція КМП ООН стосовно ідеї передати функції зі встановлення того, чи є те чи інше правило звичаєвою нормою міжнародного права якомусь окремому міжнародному органу чи організації. Попри це можна констатувати, що саме практика держав та міжнародних організацій як основних учасників міжнародних правовідносин є найважливішою під час встановлення факту існування звичаєвої норми міжнародного права. Г. Кельзен констатував, що звичаєві норми створюють через певну поведінку підпорядкованих правовому порядку суб'єктів, тобто по суті – через практику²¹⁸.

Судові органи під час вивчення обставин справи та доказів особливу увагу звертають на практику як елемент звичаю у світлі позиції, яку та чи інша держава приймала під час обговорення питань права в межах діяльності міжнародних організацій. Такий підхід є зрозумілим. Як зазначено вище, положення ст. 38 Статуту ООН говорить про умову «загальності» практики, але там не йдеться про умову «загальності» визнання. Простіше, і на це потрібно менших зусиль, проводити аналіз практики та її визнання, коментуючи правові наслідки тієї чи іншої резолюції, ніж вивчати колективну практику з певного питання у всіх її комплексних проявах. На основі позиції МС ООН рішення міжнародних організацій та їхні документи, позиції делегатів на конференціях ООН, резолюції, які приймають органи або участь у голосуваннях від імені держави, є частиною практики держав, які сприяють формуванню звичаю²¹⁹.

Наприклад, ЄСПЛ у справі *Цудак проти Литви* у питанні поширення юрисдикційного імунітету на правовідносини найму працівника посольства та власне самої дипломатичної установи вдався до аналізу фактів голосування представників відповідача у Комісії міжнародного права ООН з питань кодифікації

²¹⁸Кельзен Г. Чисте правознавство: 3 дод.: Проблеми справедливості / пер. з нім. О. Мокровольського. Київ: Юніверс, 2004. С. 255. (Філософська думка).

²¹⁹ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1974, p. 3, at p. 26;

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I. C. J. Reports 1970, p. 3, at pp. 302–303 (Separate Opinion of Judge Ammoun).

юрисдикційного імунітету держав та їхньої власності. Суд вивчав особливості прийняття низки проектів, які представлені державам для зауважень, зокрема статтю 11 – про договори найму. У 2004 р. ГА ООН прийняла Конвенцію про юрисдикційні імунітети держав та їхньої власності. У звіті, доданому до Проекту Статей 1991, стверджено, що норми, сформульовані в Статті 11, узгоджують з новою тенденцією в законодавчій і договірній практиці все більшої кількості держав²²⁰. ЕССЛ у цій справі вказав, що загальновизнаним принципом міжнародного права є слідування принципам та нормам загальновизнаного міжнародного звичаю, навіть за відсутності ратифікації договору, який містить визначення звичаєвого правила. Такий звичай може бути обов’язковим для неї на основі одного з положень, тією мірою, якщо таке положення відображає міжнародне звичаєве право, «кодифікуючи» його або формуючи нове звичаєве право. Для підтвердження своєї позиції ЄСПЛ навів прецедентну практику МС ООН (справу континентального шельфу Північного моря) та хронологію роботи КМП ООН. Суд вказав, що з порушених питань у відповідача не було жодних особливих заперечень як суб’єкта – учасника нормотворчого процесу. Що стосується Конвенції, у якій трудові спори вилучені з юрисдикційних імунітетів 2004 р., то, незважаючи на факт, що Литва загальновизнано її не ратифікувала, але і не голосувала проти її прийняття²²¹. Тому Суд у рішенні вказав, що: «...можна стверджувати, що Статтю 11 Проекту Статей Комісії міжнародного права 1991 року, на яких засновано Конвенцію 2004 р., застосовують до держави-відповідача відповідно до міжнародного звичаєвого права. Суд повинен взяти це до уваги під час розгляду того, чи було дотримане право на доступ до суду в значенні Статті 6»²²². У відомій справі *Обвинувачення проти Тадіча* МКТЮ, обґрунтовуючи власну юрисдикцію, звернувся до практики діяльності ООН та її органів – Генасамблеї та Ради безпеки. Захист Тадіча стверджував, що компетенція, яку має Рада безпеки, є недостатньою для створення органу, що має кримінальну юрисдикцію. Таким чином, Міжнародний суд не міг здійснювати кримінальне

²²⁰ Yearbook of CIL, 1991, Т. II, Ч. 2, С. 44, § 14).

²²¹ Цудак проти Литви, (№ 15869/02), [GC] 23.3.2010, § 64–66.

²²² Цудак проти Литви, (№ 15869/02), [GC] 23.3.2010, § 67.

переслідування обвинувачуваного. Такий суд можна було створити на підставі міжнародної угоди або через внесення змін до ООН. Звернуто увагу на те, що Генеральну асамблею ООН, яка принаймні могла б представляти «міжнародне співтовариство», не залучено до його заснування. Відкидаючи аргументи захисту, Судова камера МКТЮ також зазначила, що Глава VII Статуту ООН і зокрема стаття 41 надає Раді безпеки широку компетенцію визначення наявності загрози миру. Але Рада безпеки обмежена тим, що діє в межах цілей і принципів Статуту ООН, а про дії РБ ООН щодо створення Трибуналу було відомо широкому загалу. В цьому контексті треба зазначити, що справді Статут ООН не визначає компетенцій РБ ООН, що робити для забезпечення прав та свобод фізичних осіб у разі масових вбивств чи інших порушень загального права, а Глава VII Статуту ООН визначає порядок співпраці держав у межах РБ, а не захист індивідів. Однак очевидно, що рішення про створення Трибуналу щодо Югославії засновано на широкому, відкритому консенсусі щодо тлумачення норм Статуту ООН. У цьому аспекті важливою була легітимація дій Ради безпеки через мовчазну згоду держав-членів ООН²²³. Зважаючи на практику органів міжнародного правосуддя та положення доктрини щодо мовчазної згоди як вияв волевиявлення, оцінювати міжнародно-правову позицію держави щодо визнання чи не визнання міжнародного звичаю пропонують за допомогою індуктивного аналізу її практики щодо участі в міжнародних організаціях. Пропонують вважати таких підхід принципом «оптимального» волевиявлення як найзначущіший з погляду підтвердження або спростування широкої, предметної та послідовної практики та її визнання, які можна здійснити одночасно, в колі рівнозначних суб'єктів, відповідно до встановленої організацією процедури.

У рішеннях щодо справ Континентального шельфу Північного моря (1969 р.), Військових та напіввійськових формувань (1986 р.), Юрисдикційних імунітетів держави (2012 р.) МС ООН неодноразово наголошував, що відповідні діяння не тільки повинні бути рівнозначні установленій практиці, вони також повинні бути такими або здійснюватися таким чином, щоб могли вважатися

²²³ Лукашук И. И. Международное право. Т. II: Особенная часть. Москва: Волтерс Клувер, 2005. С. 441.

доказом впевненості в тому, що саме ця практика є обов'язковою в силу норми, яка встановлює межі правового регулювання²²⁴. Для встановлення та виявлення звичаєвих норм першочергове значення має практика держав або поведінка, яку їм присвоюють (атрибуції). Практика держави складається із поведінки, яку присвоюють державі під час реалізації законодавчої, виконавчої, судової юрисдикції чи власного суверенітету у міжнародних правовідносинах. Видами практики, що їх досліджували міжнародні суди як елемент міжнародного звичаю вважають фактичні дії, які ще називають поведінкою «на місці» затримання суден у справі *Протоки Корфу 1948 р.*²²⁵, надання дипломатичного притулку у про надання притулку «*Asylum Case*» 1950 р. (Колумбія проти Перу)²²⁶, проведення досліджень у справі про ядерні випробовування 1974 р. (Австралія проти Франції)²²⁷ та позиція у зв'язку з наявністю ядерної зброї та заяви про її можливе використання у консультативному висновку щодо правомірності погрози використання ядерної зброї 1996 р.²²⁸, прохід суден міжнародними водними у справі про навігаційні юрисдикції та пов'язані з ними права 2009 р. (Коста Ріка проти Нікарагуа)²²⁹ чи використання сухопутних шляхів сполучення у справі права проходу територією Індії 1960 р. (Португалія проти Індії)²³⁰ та інші. Акти державної влади (нормативні акти, заяви, звернення уряду); позиції органів влади у національних та міжнародних судах; дипломатичні акти та кореспонденція (вербальні ноти, циркуляри); рішення національних судів; резолюції органів міжнародних організацій та участь учасників у голосуваннях; бездіяльність як різновид «пасивної» практики; поведінка недержаних агентів теж є видами практики як елемента міжнародного звичаю, які аналізуватимуть надалі.

Як інший елемент міжнародного звичаю – вимога юридичного вираження загальної практики як норми (*opinio juris*), означає визнання дозвільного припису

²²⁴ North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I. C. J. Reports 1969, p. 3, at pp. 28–46, para. 37–82; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 1986, p. 14, at p. 27, para. 34, at pp. 92–115, para. 172–220, at p. 126; Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99, at p. 120, para. 50, at pp. 122–135, para. 54–79, at pp. 136–139, para. 83–91.

²²⁵ Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I. C. J. Reports 1949, p. 4, at p. 99.

²²⁶ Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 277.

²²⁷ Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I. C. J. Reports 1974, p. 253, at p. 305.

²²⁸ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 226, at p. 312.

²²⁹ Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I. C. J. Reports 2009, p. 213, at p. 280.

²³⁰ Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I. C. J. Reports 1960, p. 6, at pp. 40–41.

норми або її зобов'язальність. Докази *opinio juris* встановлюють міжнародні суди через дослідження публічних актів держав, офіційних публікацій, урядових заяви та проектів, дипломатичного листування, рішення національних судів, міжнародно-правову позицію у діяльності міжнародних організацій та їхніх органів.

Преференційна увага міжнародних кримінальних судів до виявлення власне *opinio juris* у жодному випадку не нівелює процедуру встановлення та перевірки державної практики для кваліфікації міжнародних злочинів, які посягають на норми звичаїв міжнародного гуманітарного права. У процесі формування норм звичаєвого права, прояви державної практики можуть еволюціонувати від узвичаєнь або практики в широкому сенсі до засвідчення визнання державою обов'язковості припису відповідної норми.

Раніше практику розглядали тільки відповідно до активних дій держав. Проте, як відзначає М. Косогубова, на сучасному етапі деякі автори вважають, що саме розуміння поняття практики змінилось: вона перетворилася з того, що відбувається у реальному світі, на «практику на папері» – на слова, тексти, декларації, публічні вибачення тощо²³¹. Окрім того, як «практику» розглядають також бездіяльність держав та їхніх органів, негативну практику – заперечення проти певних дій та ін.

Науковці зазначають, що рідше почали використовувати як докази активні дії держав і все частіше наводять міжнародні договори, резолюції міжнародних органів, доктрину та ін. Водночас ту практику, яка суперечить змісту звичаєвої норм, відкидають як її порушення²³².

Професор М. В. Буроменський цілком справедливо стверджував, що доказом існування звичаю може бути дотримання державою певного правила поведінки, відсутність з боку держав заперечень щодо такої поведінки, закріплення таких норм в авторитетних резолюціях міжнародних організацій, відображення звичаєво-правової практики в рішеннях міжнародних судових органів, а також в

²³¹Косогубова М. Роль практики держав у розвитку міжнародного звичаю. *Наукові записки НАУКМА*. 2001. Спец. вип.. Т. 19-1. С. 245.

²³²Bradley C. A., Gulati M. Customary international law and withdrawal rights in an age of treaties. *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2010. Vol. 21:30. P. 6.

авторитетній науковій доктрині²³³.

Г. Даниленко вказує, що Комісія міжнародного права вважає, що будь-який документ, який свідчить про поведінку держав щодо «різних проблем, які виникають у міжнародних відносинах, можна використовувати як доказ елемента практики»²³⁴. Отож Комісія не вказує, що повинно йтися саме про практику позитивного (визнання тих чи інших звичаєвих норм) чи негативного (їх заперечення) спрямування.

Це питання: які саме докази практики визначають її як елемент звичаєвих норм міжнародного права, викликає значні дискусії в доктрині. Зокрема багато аргументів «за» і «проти» наводять щодо доцільності визначення як «практики» бездіяльності держав, їхніх заперечень проти певних дій та ін. Багато провідних дослідників із цієї проблеми, наприклад Ентоні Д'Амато (Anthony D'Amato), вважали, що негативні дії не можуть бути доказом практики держав. Проте, на нашу думку, на сучасному етапі доцільно вживати широке тлумачення поняття «практика», яке б містило як дії (позитивні й негативні), так і бездіяльність.

Такий підхід знаходить підтвердження і в міжнародних правовідносинах. Так, МС ООН у своєму рішенні у «Справі про притулок» (Asylum Case) зазначав, що «практика, в процесі якої формуються звичаєві норми міжнародного права, означає дії чи утримання від дій суб'єктів, їх органів»²³⁵. Докладніше проблему практики як елемента звичаєвих норм міжнародного права та її тлумачення буде розглянуто в наступних розділах роботи.

О. О. Мережко цілком слушно стверджує, що практика має бути достатньо визначеною, послідовною та однаковою, щоб з неї можна було вивести загальне правило²³⁶. Подібної позиції дотримується Я. Броунлі, що стверджував, що для констатації існування звичаєвої норми слід довести наявність таких критеріїв: тривалість практики; однаковість та сталість практики; її загальний характер; *opinio juris*²³⁷.

²³³Буроменський М. В. Українська доктрина співвідношення міжнародного та національного права / Правова доктрина України: у 5-ти т. Т. 2. Публічно-правова доктрина України / за заг. ред. Ю. П. Битяка. Харків, 2013. С. 659–660. (С. 632–662).

²³⁴Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве / отв. ред. А. П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С. 64.

²³⁵Asylum Case. I. C. J. Reports. The Hague, 1950. P. 277.

²³⁶Мережко О. О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права. Київ: Юстиніан, 2010. С. 72.

²³⁷Броунли Я. Международное право. Книга 1 / под ред. Г. И. Тункина. Москва: Прогресс, 1977. 535 с. С. 28–33.

З нашого погляду, однозначно практика є необхідним та невід'ємним елементом звичаєвих норм міжнародного права. Питання про те, наскільки тривалим і частим він має бути найчастіше є другорядним. Звичаєва норма з'являється як відповідь на ті виклики, які стоять перед міжнародним правом. Головним завданням будь-якої норми міжнародного права є ефективне регулювання вимог, які пред'являються міжнародним життям. Відповідно, якщо з'являється норма, яка принаймні одним прецедентом довела, що може здійснювати таке регулювання, вона може претендувати на статус звичаєвої норми та обов'язкову юридичну силу. Однак норми міжнародного звичаю слід відрізнити від поведінки міжнародних суб'єктів, яке не породжує якихось юридичних прав або зобов'язань і не тягне за собою подібні правові наслідки. Не всі міжнародні акти є юридично значущими: так, акти ввічливості та люб'язності або прості звичайні дії перебувають за межами міжнародного права.

Практика безумовно є надзвичайно важливим елементом звичаю, проте самих лише дій держави недостатньо для того, щоб певне правило ставало звичаєвою нормою міжнародного права і набувало юридично обов'язкового характеру. Як уже йшлося вище, крім практики, необхідним елементом також є визнання правомірності того чи іншого правила поведінки та необхідного його застосування.

М. Антонович зазначає, що проблема полягає в тому, як відрізнити поведінку, що викликана правовими нормами, від поведінки, зумовленої низкою інших причин, починаючи з доброї волі, ідеологічної підтримки і аж до політичного шантажу. І якщо обмежити звичаєве право тільки діями держав, то цю проблему не вирішити²³⁸. Для цього потрібен другий – психологічний елемент міжнародного звичаю, який полягає у переконанні суб'єкта міжнародного права в необхідності та правомірності виконання певного правила поведінки.

Можна констатувати, що в сучасному міжнародному праві термін «*opinio juris*» можна вживати у двох значеннях: для позначення волі держави, спрямованої

²³⁸ Антонович М. М. Міжнародне публічне право. Київ, 2003. С. 46.

на визнання обов'язковості юридичної норми та для позначення результату процесу узгодження волей держав щодо визнання того чи іншого правила поведінки як звичаєвої норми міжнародного права²³⁹. Те, що *opinio juris* є невід'ємним елементом звичаєвих норм міжнародного права, на сучасному етапі загальноновизнано.

Якщо говорити про те, що є доказом існування *opinio juris*, то в доктрині найпоширенішою є думка, що таким доказом є загальна та одноманітна практика. Макс Соренсен (Max Sorensen), який був суддею *ad hoc* від Данії у МС ООН по справі про континентальний шельф Північного моря 1969 р. (Німеччина проти Данії) вказував «безпосередня практика держав може вважатися достатнім доказом існування необхідного *opinio juris*»²⁴⁰ та наголошував, що існує «необхідність розглядати відповідні елементи як взаємопов'язані частини одного процесу»²⁴¹. Цю думку загалом підтримує французький науковець Рене-Жан Дюпюї (René-Jean Dupuy), який стверджував, що обидва фактори – і історичний (практика), і психологічний (*opinio juris*) тісно взаємопов'язані²⁴².

Водночас у справі військової та напіввійськової діяльності 1986 р. МС ООН дотепер визначав звичаєве право як таке, що складається з державної практики та *opinio juris* (переконаності у правомірності). У своєму подальшому аналізі фактів МС ООН зосереджувався винятково на суб'єктивному елементі без спрямування аналізу в напрямі наявної державної поведінки. Таким чином, суд загалом підтвердив законність традиційного двостороннього підходу, але насправді, лише розглянув *opinio juris*.

Проте таке бачення має і своїх опонентів. На їхню думку, по-перше, в цьому випадку *opinio juris* втрачає свою традиційну функціональну роль як критерій розмежування між звичаєвими нормами і узвичаєнням, а по-друге, він фактично заперечує необхідність другого елемента²⁴³. Наприклад, Г. Кельзен стверджував, що допущення виведення *opinio juris* з наявної та постійної практики означає

²³⁹Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве / отв. ред. А. П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С. 107.

²⁴⁰North Sea Continental Shelf. I. C. J. Reports. The Hague, 1969. P. 176.

²⁴¹North Sea Continental Shelf. I. C. J. Reports. The Hague, 1969. P. 246.

²⁴²Хименес де Аречага Э. Современное международное право / под ред. Г. И. Тункин (вступ. ст.); пер. с исп. Ю. И. Папченко. Москва: Прогресс, 1983. С. 41.

²⁴³Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве / отв. ред. А. П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С. 110.

фактичну відмову від існування цього елемента²⁴⁴.

Вбачаємо, що виведення *opinio juris* з практики не заперечує необхідності в ньому і жодною мірою не применшує його значення. На наш розсуд, у цьому випадку «практика» вживається не в значенні фактичних дій, а враховує саме її нематеріальні складові: постійність, одноманітність, усвідомленість²⁴⁵. До того ж така ситуація є свідченням взаємопов'язаності цих двох елементів. Докладніше про співвідношення практики та *opinio juris* як елементів звичаєвих норм міжнародного права в цьому розділі мовитиметься нижче.

Одним з перших прикладів тлумачення *opinio juris* у міжнародно-правовій практиці стало рішення ППМП Справі «Лотус», Туреччина проти Франції» 1927 р. У цьому рішенні Постійна палата зазначила, що навіть якби було доведене існування практики, це не робило б її автоматично звичаєвою нормою. Для того, щоб певне правило набувало характеру звичаю, навіть за наявності відповідної практики, необхідно, щоб ця практика: «...базувалася на усвідомленні державами відповідного обов'язку²⁴⁶».

Г. Даниленко виділяє два основні підходи до розуміння *opinio juris* у доктрині міжнародного права. Відповідно до першої, традиційної концепції, *opinio juris* – почуття чи переконання, яке супроводжує практику і свідчить про те, що ця практика відображає приписи вже наявної норми права. Згідно з іншим підходом *opinio juris* – це свідомий акт, спрямований на визнання норми права, що виникає (так звана «теорія згоди»)²⁴⁷.

На нашу думку, для вирішення цього випадку варто починати з першоджерела. Якщо *opinio juris* походить від визнання певним колом суб'єктів, то його можна вважати результатом волі та погодження, що виникли в результаті мовчазної згоди. В інших випадках *opinio juris* не залежить від визнання, оскільки норми, елементом яких він є, становлять основу системи міжнародного права.

Розглянувши детальніше обидва елементи звичаєвих норм міжнародного права, варто надалі зупинитися на їх співвідношенні. Д. Самахарадзе зокрема

²⁴⁴Kelsen H. Theorie du droit international coutumier/ H. Kelsen // Rev. intern de la theor. du droit. 1939. Vol. 1. P. 265.

²⁴⁵Обычное международное гуманитарное право. Т. I.: Нормы. Москва: МККК, 2006. С. XLIII-LI.

²⁴⁶The case of the S. S. «Lotus». PCIJ, Series A, № 10, 1927. P. 28.

²⁴⁷Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве / отв. ред.: А. П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С. 100–101.

виділяє три міжнародно-правові доктринальні концепції співвідношення практики та *opinio juris*: 1) рівнозначність обох елементів та їхня однакова цінність для встановлення факту існування звичаєвої норми; 2) заперечення значення *opinio juris* як елемента звичаєвої норми; 3) заперечення значення практики як елемента звичаєвої норми.

Перша концепція виходить з розуміння *opinio juris* як елемента звичаєвих норм, зміст якого полягає у визнанні державою юридичної сили за сформованим на практиці правилом²⁴⁸. Якщо проаналізувати такий підхід, то можна дійти висновку, що вказана концепція розглядає практику застосування певного правила поведінки як необхідну попередню умову утворення звичаєвої норми міжнародного права. Обидва елементи в цьому випадку розглядають як рівнозначні. Цю тезу підтверджено в практиці міжнародного права. Наприклад, у рішенні МС ООН у «Справі про континентальний шельф, ФРН проти Данії» 1969 р. Відповідно до другої концепції, *opinio juris* – це переконання держави в тому, що вона діє відповідно, оскільки це є юридично обов’язковим, а в іншому разі до неї можуть застосувати санкції²⁴⁹. Згідно з таким підходом, *opinio juris* не має саме юридичного значення, а звичаєві норми міжнародного права складаються у практиці без будь-якого *opinio juris*.

Таке бачення відповідає баченню ролі *opinio juris* у попередні періоди. Як відзначає М. Косогутова, згідно з традиційним розумінням міжнародного звичаю, об’єктивний елемент, тобто практика, має пріоритет над *opinio juris*. Вона вказує, що такі видатні правники, як Кельзен і Гугенхайм у своїх ранніх працях доводили, що міжнародне звичаєве право має своїм джерелом виключно практику²⁵⁰. А. Д’Амато пропонує замість *opinio juris* формулу, згідно з якою повинне бути проголошення або характеристика того, що та чи інша практика є юридично обов’язковою²⁵¹.

На противагу їй, третя концепція, яка зародилася в другій половині XX ст.,

²⁴⁸Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве / отв. ред.: А. П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С. 87–99.

²⁴⁹Villiger M. E. Customary international law and treaties : a study of their interactions and interrelations, with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Dordrecht; Boston: M. Nijhoff; Hingham, MA: Distributors for the U.S. and Canada, Kluwer Academic, 1985. P. 20.

²⁵⁰Косогутова М. Роль практики держав у розвитку міжнародного звичаю. Наукові записки НАУКМА. 2001. Спец. вип. Т. 19-1. С. 245.

²⁵¹D’Amato A. A. The concept of custom in international law. Foreword by Richard A. Falk. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1971. P. 104.

наголошує на важливості *opinio juris*. Відповідно до неї, для створення звичаєвої норми міжнародного права немає необхідності в попередній практиці, а єдиним елементом норми може бути *opinio juris*. Наприклад, Бін Ченг (Bin Cheng) зазначає, що «роль практики в процесі створення норм міжнародного звичаєвого права є доказовою... Отже, міжнародне звичаєве право має фактично лише один констатувальний елемент – *opinio juris*»²⁵².

Справді, в доктрині часто порушують питання про те, що практика втрачає свою роль як елемент міжнародного звичаю. Зокрема Гельмут Штребель (Helmut Strebel) вважав, що «звичаєве міжнародне право може також виникати як спонтанна реакція держав на нові, виключно небезпечні проблеми». Таким чином, з його погляду, в результаті тільки колективного волевиявлення більшості держав у подібних обставинах звичаєве міжнародне право можна створювати без будь-якої практики²⁵³. На нашу думку, обґрунтованою і логічною з погляду теорії та практики міжнародного права є саме перша концепція. Не варто нівелювати роль жодного з цих елементів, оскільки в такому випадку звичаєві норми втрачають свій юридичний вимір. Лише практика, без *opinio juris*, є всього лише певною сукупністю, послідовністю дій, яка накладає на суб'єктів щонайбільше певні моральні або політичні зобов'язання.

Складно також погодитися з тим, що звичаєва норма може виникнути без будь-якої практики. У цьому разі нематеріальний елемент міжнародного звичаю – *opinio juris* – є всього лише ідеєю, яка не має свого підтвердження у вигляді застосування як юридично обов'язкового правила поведінки. Звичаєва норма, на відміну від договірної, не може постати з нуля, вона повинна мати, хай навіть і мінімальне, але попереднє застосування.

Раніше вважали, що звичаєва норма, на відміну від договірної, не може постати з нуля, вона повинна мати, хай навіть і мінімальне, але попереднє застосування. Наводився у зв'язку з цим класичний приклад, яким може бути так званий «миттєвий звичай». Зокрема, таким вважається звичаєва норма про те, що

²⁵²Big Cheng, United Nations Resolution on Outer Space: «Instant» International Customary Law? *India Journal of International Law*. 1965. Vol. 5, № 1. P. 36.

²⁵³Strebel H. *Quellendes Rechtsordnung*. *ZaoRV*. 1967. Bd. 36, No. 1. S. 345.

проліт космічних об'єктів над територіями держав не порушує їхнього територіального суверенітету. Вважається, що він виник у 1957 р. після того, як перший штучний супутник Землі здійснив політ на орбіту²⁵⁴, отримавши загальне визнання права безперешкодного прольоту над повітряними просторами інших країн для космічних цілей. Вважалось, що в цьому випадку *opinio juris* та практика мали одночасну визначеність у короткий термін.

Однак дослідженням МКЧХ практики держав щодо заборони застосування лазерної зброї, призначеної для використання у бойових діях з'ясовано, що Протокол IV Конвенції про заборону чи обмеження конкретних видів звичайних озброєнь, які можуть вважаються такими, що наносять надмірні пошкодження чи мають вибірккову дію 1980 р., розроблявся в особливих умовах. Встановлено, що до початку обговорення проекту документа вже велись дослідницькі роботи зі створення лазерної протипіхотної зброї. Проект протоколу в 1995 році прийняли усі країни, які розробляли протипіхотні лазерні системи, перелік яких досліджувала організація «Хюмен райтс воуч» (англ. Human Rights Watch, HRW). Треба зазначити, що вказана організація має позаурядовий статус як недержавний агент та діє на громадських засадах у сфері захисту прав людини. За результатами співпраці HRW та МКЧХ та прийняття Протоколу IV, США, які не підписали протокол, вилучили із обігу лазерні системи, зазначивши, що немає сенсу витратити кошти на зброю, яка заборонена до використання. Цей приклад є свідченням динамічного розвитку та становлення звичаєвого міжнародного права, яке виникає на стадії обговорення проектів²⁵⁵. І *opinio juris* може виникнути раніше, ніж факти тривалої практики.

Докази *opinio juris* встановлюють міжнародні суди через дослідження публічних актів держав, офіційних публікацій, урядових заяв та проектів, дипломатичного листування, рішень національних судів, міжнародно-правової позиції у діяльності міжнародних організацій та їхніх органів. Оскільки міжнародним організаціям властиве широке представництво держав, то проявом

²⁵⁴Міжнародне право: навч. посібник. За ред. М. В. Буроменського. К.: Юрінком Інтер, 2005. С. 46.

²⁵⁵ Жан_Маон Хенкерст, Луиза Досвальд-Бек и др. Обычное международное гуманитарное право. Т. 1. Нормы (пер. с англ). МККК. 2006. С. 373–375.

оптимального виявлення зобов'язання, яке держави беруть на себе за звичаєвою нормою через участь у діяльності міжнародних організацій, є результати їхніх голосувань, участь у засіданнях, робочих групах та комітетах.

У доктрині наводять низку аргументів на користь звичаєвих норм міжнародного права, що засновані на тривалій попередній практиці. Так, М.Косогубова вважає, що «звичаї, засновані практикою, є більш стійкими і тривкими, джерелом їх виникнення була тісна взаємодія між державами»²⁵⁶. Такі звичаї також дають змогу точніше спрогнозувати характер їх правозастосування, оскільки, як відзначає Г. Кельзен, «держави мають поводитись так, як вони звикли поводитись»²⁵⁷. Саме тому вважаємо, що *opinio juris* тісно взаємопов'язаний із практикою і ці два елементи лише в сукупності творять звичаєві норми міжнародного права. Роль *opinio juris* під час встановлення факту існування звичаєвої норми міжнародного права є високою, що зумовлене необхідністю підтвердження факту юридичної обов'язковості певного правила поведінки, що, власне, і відбувається через визнання та усвідомлення її такою суб'єктами у вигляді, тобто через *opinio juris*. Як зазначив МС у своєму рішенні по справі про *імунітети держави 2012 р.* (ФРН проти Італії та Греції): «Хоча у деяких випадках держави приймають рішення про надання ширшого імунітету, ніж той, що передбачений міжнародними правом, для цілей справи основний момент полягає у тому, щоб надання імунітету не супроводжувалось необхідним елементом *opinio juris* і тому, не додає ясності у питанні, що його розглядає суд»²⁵⁸. Відповідно, можна говорити про фактичну наявність принципу партикулярності (взаємного співвідношення) загальної практики та форми визнання (*opinio juris*) до практики та волевиявлення окремого суб'єкта на обов'язковість норми під час встановлення елементів звичаєвої норми міжнародного права.

Отже, загальноновизнано звичаєві норми міжнародного права структурно складаються з двох невід'ємних елементів: практики застосування і усвідомлення їхньої юридичної обов'язковості (*opinio juris*). Спроби розширити цей перелік

²⁵⁶Косогубова М. Роль практики держав у розвитку міжнародного звичаю. *Наукові записки НАУКМА*. 2001. Спец. вип. Т. 19-1. С. 245.

²⁵⁷Kelsen H. *Principles of International Law*. New York: Rinehart, 1952. P. 418.

²⁵⁸ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99, at p. 123, para. 55.

успішними не були. Практика застосування доводить існування правила поведінки, а *opinio juris* підтверджує, що воно є обов'язковим з погляду права. Обидва ці елементи є тісно взаємопов'язані, їхнє значення у творенні та застосуванні звичаєвих норм є рівнозначним, а спроби наділяти якийсь з них перевагою над іншим чи заперечувати його необхідність є недоцільно.

Загалом міжнародно-правова доктрина і практика виробили декілька підходів до розуміння поняття звичаю та його структурних елементів. Домінантною є позиція, згідно з якою звичай розуміють відповідно до статті 38 Статуту МС ООН, а саме, як «доказ загальної практики, визнаної як правова норма». Так утвердилася її двокомпонентна (двоелементна) структура. До того ж до кожного з елементів є специфічні вимоги. Зокрема практика, яку розглядають як фактичний (об'єктивний) елемент, повинна бути загальною, однорідною та повторюваною. Тоді як визнання наявності звичаєвої норми як суб'єктивного елемента має бути втілене в діяльності суб'єкта міжнародного права. Інші чинники, такі як час (тривалість), протягом якого формуються звичаї, хоча і є необхідними, проте не мають визначального спрямування і можуть суттєво відрізнятися.

Розділ 2. ВПЛИВ МІЖНАРОДНИХ СУДОВИХ УСТАНОВ НА МІЖНАРОДНЕ ЗВИЧАЄВЕ ПРАВОТВОРЕННЯ ТА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

2.1. Співвідношення звичаєвого правотворення та практики міжнародних та національних судів

Попередньо розглянувши особливості звичаєвого міжнародного права, зміст його норм та відповідно їхніх елементів, слід окреслити підходи міжнародних судових установ із застосування міжнародного звичаю. Одним із проявів змісту практики міжнародних судових органів є встановлення, підтвердження завершення процесу формування звичаєвих норм міжнародного права.

Особливості та принципи судового органу ґрунтуються на його юрисдикції та повноваженнях. Визначенням того, чи існує норма міжнародного права, є пошук «практики, яка отримала настільки широке визнання держав, що тепер може визнаватись як обов'язком відповідності зі загальним міжнародним правом»²⁵⁹. Однак не завжди питання права, що ставлять перед судами, мають чітку юридичну визначеність та доктринальну підтримку. Сьогодні міжнародне право і нормативна система загалом визначають не лише формальні структури відносин держав, але й їхній зміст²⁶⁰.

Стаття 59 Статуту МС ООН визначає, що його рішення є обов'язкові для сторін спору і лише у цій справі. Доктрину та судові прецеденти традиційно зараховують до другорядних джерел права Суду. Стаття 296 Конвенції з морського права 1982 року теж обмежує сферу прийнятих рішень арбітражними судами та судами, які створені відповідно до її положень. Як зазначає І. П. Бліщенко: «теорія та практика держав, що беруть участь у міжнародному спілкуванні, відрізняються різними підходами до рішень конкретних питань міжнародних відносин»²⁶¹. Оскільки звичаєве міжнародне право не володіє формальними критеріями, які б визначали процедуру, суди вимушені формувати власне бачення того, як

²⁵⁹ Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I. C. J. Reports 2010, p. 14, at p. 83, para. 204.

²⁶⁰ Лукашук І. І. Нормы международного права. Москва: Спарк, 1997. С. 45.

²⁶¹ Бліщенко І. П., Дориа Ж. Прецеденты в международном публичном и частном праве. Москва, 1999. С. 5.

відбувається остаточне оформлення звичаєвої норми. Вони вивчають та оцінюють докази кожного елемента, оскільки саму практику, без визнання обов'язковості, не можна визнавати звичаєвою нормою. У такому разі суди повинні шукати та обґрунтовувати власні підходи та розуміння питань спору чи звернення.

Водночас аксіомою вважалось, що міжнародні суди не наділені нормотворчими повноваженнями. Відома позиція Г. Тункіна, що «рішення Міжнародного Суду ООН входять у систему нормотворення як частина міжнародної практики щодо констатації існування норм міжнародного права або їх тлумачення»²⁶². Раніше вважали, що у розумінні установчих документів жоден із наявних міжнародних судів не є безпосереднім творцем міжнародного права: в статуті жодного з них немає нормотворчих юрисдикцій. Судді Онієма, Ділард, Арачега та Вальдок, в окремій думці щодо справи *ядерних випробувань 1975 р.* (Австралія проти Франції) зазначили, що, використовуючи міжнародний звичай, МС «виконує свою абсолютно звичайну функцію щодо оцінювання різних елементів практики держав та надання юридичних висновків щодо питань становлення норми звичаєвого права»²⁶³. Розроблення внутрішніх регламентів та процедур раніше не сприймалось як правотворча діяльність судових установ. Тепер усе частіше представники західної школи права висловлюють думку, що зважаючи на реалії міжнародного кримінального судочинства, національним правовим системам варто пристосовуватись до міжнародного кримінального права²⁶⁴. Ця ситуація обумовлена, з одного боку, специфікою органу судочинства, а з іншого – динамічністю процесів у галузі права. Судові органи виконують фундаментальну функцію «сигналу» про зміни в міжнародному праві. І в цьому випадку слід починати з досвіду реалізації положення статті 15 Статуту МКТЮ, яка прямо передбачала, що МКТЮ затвердить правила процедури та отримання доказів для досудової фази розслідувань, слідства й апеляції, зняття показань, захисту свідків і жертв, а також щодо інших подібних питань²⁶⁵. Є підстави вважати, що це

²⁶² Тункин Г. И. Теория международного права. Под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова М.: Зерцало, 2006. С. 163.

²⁶³ *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, at p. 367, para. 112 (Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Arechaga and Waldock).

²⁶⁴ *Substantive and Procedural aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts* (Kirk McDonalds G., Swaak-Goldman O. eds.), Одеса, 2000.

²⁶⁵ S. C. Res. 827, U. N/ SCOR, 48 th Sess., 3217th mtg., Annex, U.N. Doc S/Res/827 (May 25, 1993).

положення фактично встановило повноваження Трибуналу щодо Югославії формувати норми міжнародного процесуального кримінального права без засновника – РБ ООН та вказує на можливу «квазіправотворчість» міжнародних судових органів. Поль Таверньє зазначив: «Правила процедури і доказування, розроблені ними, можна вважати Міжнародним кодексом кримінального процесу»²⁶⁶. З огляду на особливості функцій та практики міжнародних кримінальних судів є підстави для актуалізації поглядів доктрини щодо впливу органів міжнародного судочинства на процеси правотворчості.

Сучасна позиція органів міжнародного кримінального судочинства засвідчує, що в умовах вчинення міжнародних кримінальних злочинів, принципи міжнародного гуманітарного права можуть виникати через звичаєво-правовий процес у відповідь на вимоги поточної ситуації, що характеризуються оцінкою практики бойових дій у неміжнародному збройному конфлікті. У *справі Обвинувачення проти Купречкіца* МКТЮ зазначив, що «принципи міжнародного гуманітарного права можуть виникати через звичаєво-правовий процес у відповідь на вимоги щодо гуманності або веління суспільної свідомості, навіть за наявності незначної та непослідовної державної практики. Другий елемент у формі *opinio juris*, що виникає в результаті імперативу гуманності та суспільної свідомості може бути вирішальним елементом, який повідомляє про появу загальної норми або принципу гуманітарного права»²⁶⁷. Під час слідства у *справі обвинувачення Брджанина та Талич* Трибуналу довелося вирішувати питання про наявність у журналістів привілеїв не розкривати джерела інформації, яке звичайно передбачено в національному праві, але не має прямого закріплення в міжнародній судовій процедурі (*balance the public interest in accommodating the work of war correspondents with the public interest in having all relevant evidence available to the court*) на підставі звичаєвого міжнародного права.²⁶⁸

²⁶⁶ Таверньє Поль Опыт Международных военных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде. *Международный журнал Красного Креста*. 1997. № 19. С. 699–719.

²⁶⁷ Prosecutor v. Kupreskić et al. (Judgement), Case No. IT-95-16-T (Trial Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), Judgement of 14 January 2000, para. 527

Prosecutor v. Brdjanin & Talic, Case No It-99-36-AR73.9 (ICTY App. Chamber Dec. 11, 2002).

²⁶⁸ Prosecutor v. Brdjanin & Talic, Case No It-99-36-AR73.9 (ICTY App. Chamber Dec. 11, 2002).

Інший приклад стосується Компенсаційної комісії ООН, яку вповноважено РБ ООН сформулювати правила для проведення компенсаційних виплат особам, що зазнали шкоди в результаті вторгнення Іраку в Кувейт і його окуповування. Комісія, звичайно, застосувала механізм делегованої правотворчості в цілях найточнішого виконання резолюцій Ради безпеки²⁶⁹. Однак вона також урахувала позицію МС ООН у консультативному висновку *про відшкодування збитків, що виникли на службі ООН 1949 р.*, де започатковано концепцію «припустимих повноважень» та принципи миротворчих операцій та трибуналів *ad hoc*²⁷⁰.

Практика міжнародних судів під час застосування міжнародних звичаїв може проявлятися за кількома напрямками. У низці справ вони застосовують відомі міжнародні звичаї через актуалізацію встановленого прецеденту або перевірку завершення процесу формування та наявності двоелементної структури звичаєвої норми. Вивчення діяльності судів за останній час демонструє дотримання міжнародними судами прецедентної практики. Як було свого часу зазначено, ППМП «немає причин відхилятися від тієї конституції, яку побудовано на попередніх рішеннях, якщо Палата вважає аргументацію, покладену в основу рішень, розумною»²⁷¹. Палата покликала також на «прецедент, представлений її консультативним висновком»²⁷². У деяких випадках Суд приходить до висновку, що норма міжнародного звичаєвого права існує (або не існує), без проведення широкого вивчення елементів звичаю. Це може відбутися тоді, коли висновок про існування звичаю вважається очевидним, оскільки він заснований на попередньому дослідженні Суду або на безперечній, з погляду Суду, нормі права. Прецедентна практика суду може сприяти формуванню як звичаєвої норми, так і процесам кодифікації. У низці справ вони встановлюють право через відомі міжнародні звичаї. У деяких випадках Суд приходить до висновку, що норма міжнародного звичаєвого права існує (або не існує) без проведення широкого вивчення елементів звичаю. Це може відбутися тоді, коли висновок про існування звичаю вважається

²⁶⁹ Owen L. C. Note: Between Iraq and Hard Place: The U. N. Compensation Commission and Its Treatment of Gulf War Claims. 31 Vand. J. Transnat'l L. V. 31, 1998. P. 499.

²⁷⁰ Advisory opinion on Reparation for the injuries suffered in the service of the United Nations. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>

²⁷¹ Case of Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions, Jurisdiction, 1927. P. C. I. J. (ser. A), No. 11, at 18 (Oct. 10).

²⁷² Exchange of Greek and Turkish Populations, 1925 P. C. I. J. (ser. B). No. 10, at 21 (Feb. 21).

очевидним, оскільки він заснований на попередньому дослідженні Суду або на беззаперечній, з погляду Суду, нормі права. Прикладом такого підходу є дослідження права, яке регулює предмет спору в рішенні МС ООН *визначення меж територіального та морського простору 2012 р.* (Нікарагуа проти Колумбії), у якому зазначено, що «Твердження Нікарагуа про надто малий QS, щоб вважатись островом за суттю цього визначення, встановленого міжнародним правом, оскільки він складається із коралів, є безпідставним... Факт того, що острів надто малий, нічого не змінює, оскільки міжнародне право не встановлює якого-небудь мінімального розміру для того, щоб той чи інший об'єкт вважати островом. Суд вважає, що визначення континентального шельфу міститься у пункту 1 ст. 76 Конвенції з морського права, є частиною звичаєвого міжнародного права ... Суд встановив, що сторони погодились з тим, що кілька найважливіших положень конвенції відображають міжнародне право. Зокрема, вони погодились з тим, що положення статей 74 та 83 щодо делімітації виняткової морської економічної зони та континентального шельфу та ст. 121 щодо правового режиму островів вважаються нормами міжнародного звичаю»²⁷³. Таким чином спочатку МС досліджував норми, що регулюють предмет спору та факт згоди сторін з їхніми положеннями. Пізніше суди вдавалися до широкої практики тлумачення міжнародних звичаїв. Щоб визначити власну позицію щодо цієї справи, МС ООН звернувся до прецедентного права Трибуналу з морського права та проаналізував численні власні прецеденти. Відтак він визнав суверенітет Колумбії над низкою островів.

У інших випадках МС ООН широко застосовує власний досвід розгляду попередніх рішень, актуалізуючи їх у наступних справах. Наприклад, позиція МС ООН у відомій *справі про континентальний шельф Північного моря 1969 р.* щодо тривалості періоду формування звичаєвої норми, можливості переходу форми вираження змісту від договору до звичаю, участі зацікавлених сторін була згодом відтворена у багатьох рішеннях. Наприклад, у *справі військової та напіввійськової діяльності 1986 р.* (Нікарагуа проти США), у якій він заявив: «Як зазначено у

²⁷³ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment of 19 November 2012, para. 37, 118, 138, 139.

справі *Континентального шельфу Північного моря*, для становлення нової норми міжнародного права, дії повинні не лише становити утверджену практику, але й супроводжуватись переконанням *opinio juris sive necessitates*... необхідність переконання, тобто наявність цього елемента виходить з його змісту»²⁷⁴. У своєму консультативному висновку *щодо законності загрози ядерною зброєю або його використання* МС ООН від початку вказує на власний прецедент, зазначивши, що «суть права слід шукати головню в фактичній практиці й *opinio juris* держав»²⁷⁵.

Окремо варто наголосити, що, встановивши право чи підтвердивши правомірність правової позиції, поведінки, це право з боку суб'єктів є складним та комплексним завданням, яке тією чи іншою мірою визначається сферою правового існування звичаю або історичними особливостями формування звичаю.

Як відомо зі згадуваних вище рішень, МС ООН чітко й одноманітно визнавав (так само, як і до нього ППМП), що міжнародне звичаєве право формується на основі практики держав в поєднанні з *opinio juris* державами. Він, своєю чергою, констатує факт існування відповідної норми.

Низка науковців оцінювали частоту застосування власних прецедентів МС. Т. Гінсбург вказує на майже 30 випадків звернень до власних рішень цим органом станом на 2001 рік²⁷⁶. Маючи високий авторитет, рішення та консультативні висновки МС ООН, є вагомим базисом для формування власної позиції іншими органами судочинства. Прийнято вважати, що нормотворення властиве лише державам як суб'єктам міжнародного права.

Тим не менше, і науковці, і практики визнають, що суди беруть участь у нормотворенні міжнародного звичаю в напрямках: через створення прецедентів як фундаменту для звичаю та впливу на кодифікацію правових норм.

Така діяльність містить дві дискретні (окремі) судові процедури: спочатку суди через вивчення *практики держави* та *визнання обов'язковості* зобов'язань (*opinio juris*) встановлюють наявність загальної (партикулярної) звичаєвої норми

²⁷⁴ North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at pp. 43–44, para. 74, 77; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1986, p. 14, at p. 97, para. 183.

²⁷⁵ Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I. C. J. Reports 1985, P. 29–30. para. 27.

²⁷⁶ Ginsburg T. Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking. *Virginia Journal of International Law*. Va. J. Int'l L. V. 45, Spring, 2005. P. 638.

міжнародного права, яка регулює правовідносини, які є предметом спору, а вже потім досліджують відповідність звичаєво-правовому зобов'язанню фактичних дій держав-учасниць судового процесу. Важливо розуміти причини, за яких міжнародні суди вибирають міжнародний звичай як правовий інструментарій для врегулювання справи. Г. Даниленко, вважаючи, що звичай є «сучасним і активно функціонуючим джерелом права» та «незамінним інструментом міжнародно-правового регулювання на сучасному етапі розвитку міжнародного права», виділяв три основні випадки, в яких застосування звичаєвих норм має прикладне значення. На його думку, такими є:

- 1) ситуація, коли наявні прогалини в договірно-правовому регулюванні відносин у певній сфері;
- 2) ситуація, коли регулюються відносини держави-учасниці кодифікуючої конвенції з державою, що не є її стороною;
- 3) ситуація, коли після кодифікації звичаєві норми продовжують зберігати свою звичаєву природу²⁷⁷.

Перший випадок найчастіше виникає, коли в певних сферах правового регулювання немає або його недостатньо. Наприклад, попри більш ніж півстолітній процес кодифікації норми права міжнародно-правової відповідальності не отримали конвенційної форми. Особливості інститутів права тоді визначають через методологію формування і доказування існування міжнародного звичаєвого права, а не договору. Але навіть за наявності «проектної моделі» договірної норми, яка дає розуміння диспозиції звичаю, кожен факт встановлення його наявності через практику держави є складним процесом.

Щодо застосування права, дотримання якого має бути підтверджене судом, то у практиці міжнародних трибуналів нерідко трапляються ситуації, коли договірні норми ще не набули чинності, але їх уже застосовують, оскільки є звичаєвими. Водночас чинні договірні норми можуть набувати звичаєвого спрямування і ставати юридично обов'язковими і для держав, що не є сторонами

²⁷⁷Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве / отв. ред. А. П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С. 49–66.

кодифікуючих міжнародних договорів²⁷⁸. Як приклад можна назвати Женевські конвенції 1949 р. та Додаткові протоколи до них 1977 р., які, на думку МС ООН, через їх загальне визнання слід вважати звичаєвими нормами²⁷⁹. У тій самій сфері правового регулювання може бути встановлено межі дії звичаєвих і договірних норм. Прикладом такої ситуації може бути право міжнародних договорів. Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. стала кодифікуючим актом у цій сфері, але до неї було приєднано ст. 4, відповідно до якої її застосовують тільки щодо договорів, укладених після її вступу в силу²⁸⁰. Відповідно, до всіх інших договорів, які укладені державами, що не є учасниками Конвенції 1969 р., будуть застосовані звичаєві норми міжнародного права. Проект статей щодо відповідальності держав за міжнародно-протиправні діяння у 2001 р. як кодифікуючий міжнародно-правовий акт досі не став договором. Відповідно, в цій сфері продовжують діяти звичаєві норми міжнародного права, разом із МГП.

Іншим прикладом може бути звичаєво-правове регулювання у сферах, у яких до того регулювання на міжнародному рівні не було зовсім. Наприклад, звичаєві норми міжнародного повітряного чи міжнародного космічного права постали значно раніше, ніж з'явилося відповідне договірно-правове регулювання²⁸¹. На сучасному етапі цілком можливі аналогічні ситуації, коли звичаєві норми міжнародного права з'являтимуться в певних сферах до появи договірних норм з цього приводу. Серед таких сфер можна назвати відносини, що виникають з приводу мережі Інтернет, інформаційного права тощо. А це зумовлює і актуальність застосування звичаєвих норм для вирішення цих проблем.

Формування міжнародного звичаю у різних галузях міжнародного права має певні особливості²⁸². Суддя Грінвуд у справі *МКТЮ Прокурор проти Тадіча* (*Prosecutor v. Tadić*) зокрема зазначив, що «Міжнародне право не є набором фрагментарних спеціальних і самодостатніх звітів права, кожен з яких функціонує

²⁷⁸Лисик В. Вплив МКЧХ на формування звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 4. С. 340–345.

²⁷⁹ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion. *International court of Justice*. 1996. URL: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>>.

²⁸⁰Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р. ст. 4. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1986. № 17. С. 343.

²⁸¹Травников А. И. Обычай в международном воздушном праве. *Закон и право*. 2013. № 6. С. 75–76.; Danilenko G. M. Outer Space and the Multilateral Treaty-Making Process. URL: <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol4/Danilenko/HTML/text.html>.

²⁸² Андрейків А. Тлумачення норм звичаєвого права у практиці міжнародних та національних судових установ. *ПравоUA*. 2016. № 1. С. 159.

ізолювано від інших, – це загальна єдина система права. Тому, щоб оцінити формування норм звичаєвого права або загальні принципи гуманітарного права, треба розуміти, що, з огляду на внутрішню природу розглядуваного предмета, необхідно спиратися насамперед на такі елементи, як офіційні заяви держав, військові настанови і судові рішення»²⁸³.

Щодо складності вивчення процесу створення норми та пошуку ознак завершення її формування багато що залежить від галузі міжнародного права. На нашу думку, є важливим розуміння того, що практика у морському праві та практика в МГП різна та потребує окремих методик оцінювання та фіксації. Наприклад, з метою встановлення факту існування певної звичаєвої норми або загального принципу МГП складно, якщо не неможливо, відшукати конкретні приклади поведінки солдатів на полі бою, що дають можливість оцінити, чи дотримуються вони певних стандартів законів та звичаїв війни. Цей аналіз надзвичайно ускладнюється не тільки тим, що незалежним спостерігачам (МКЧХ), як правило вкрай важко потрапити в зону бойових дій, а інформація від сторін конфлікту може бути вкрай суперечливою. У справі щодо права проходу територією Індії 1960 р. (Португалія проти Індії) лише після вивчення більш ніж сторічного досвіду взаємин МС ООН зміг сформулювати власну позицію та зазначив: «Беручи до уваги більш ніж 125-літню практику використання проміжної території та зміну урядів від часу отримання Індією незалежності Суд з урахуванням усіх обставин справи впевнюється у тому, що практика отримала визнання як норми та призвело до виникнення права та відповідного зобов'язання»²⁸⁴.

У справі Ахмада Діалло МС ООН вказав, що «звертається до питання про компенсацію за порушення прав людини пана Діалло, закріплених у своєму рішенні від 30 листопада 2010 р. та знову нагадує, що він один раз встановив розмір компенсації у справі про Протоку Корфу. У цій справі Гвінея здійснює дипломатичний захист стосовно одного з її громадян, пана Діалло, і вимагає відшкодування шкоди, заподіяної йому. Як зазначила Постійна палата

²⁸³ Prosecutor v. Tadić, ICTY Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995, para. 99.

²⁸⁴ Prosecutor v. Tadić, ICTY Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995, para. 99.

міжнародного правосуддя у справі про «Фабрику Хожув» (Правова оцінка, Рішення № 13, 1928, ППММ, Серія А, № 17, с. 27–28), «Принципом міжнародного права є те, що відшкодування шкоди може складатися з компенсації, яка відповідає шкоді, заподіяній громадянам потерпілої держави внаслідок дії, що суперечить міжнародному праву». Суд враховує практику інших органів та установ, таких як Міжнародний трибунал щодо морського права, Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ), Міжамериканський суд з прав людини (МАСПЛ), Ірано-Американський трибунал щодо претензій, Комісія з розгляду взаємних претензій Еритреї та Ефіопії та Компенсаційна комісія Організації Об'єднаних Націй), які застосували загальні принципи, що визначають компенсацію під час встановлення її суми, зокрема щодо шкоди, заподіяної незаконним затриманням та висланням»²⁸⁵.

МС ООН, який у своїх рішеннях встановлює критерії, що слід враховувати під час формування міжнародного звичаю: загальності, однотипності, послідовності в межах певного періоду. Акти Суду (рішення та консультативні висновки) з цього приводу часто використовують як у практиці міжнародних правовідносин, так і в доктрині міжнародного права²⁸⁶. Прецедентами застосування міжнародного звичаю МС ООН є справи:

- протоки Корфу (Албанія проти Великобританії), у якій Суд вказав, «що загальновизнаним фактом, який відповідає міжнародному звичаю, є те, що в мирний час держави мають право переправляти свої військові кораблі через протоки між двома частинами відкритого моря, які використовують для міжнародного мореплавства, без попереднього дозволу прибережної держави. Якщо інше не передбачено міжнародною конвенцією, прибережна держава не має права в мирний час забороняти такий перетин протоки»²⁸⁷;

- про надання притулку 1950 р. (Колумбія проти Перу), відповідно, у якій зазначено вимогу доведення стороною, яка покликається на звичай, що став обов'язковим для іншої Сторони. МС ООН у цій справі вказав Уряду Колумбії, що застосовувана ним норма узгоджується з постійним та однорідним застосуванням у

²⁸⁵ Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2007, p. 582, at p. 599, para. 39 and 42, at p. 606, para. 64, and at pp. 614–616, para. 86–94.

²⁸⁶ T. Meron, *The Making of International Criminal Justice: A View from the Bench: Selected Speeches* (Oxford University Press, 2011), P. 32.

²⁸⁷ Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment, I. C. J. Reports 1949, p. 4, at p. 22, and at p. 28.

відповідних державах, яке є вираженням права, що належить державі, яка надає притулок, і обов'язку, що покладається на Державу територіальної юрисдикції. У цій справі суд виокремив особливості партикулярних міжнародних звичаїв, зазначивши, що «навіть якщо б можна було припустити, що такий звичай існував тільки між деякими латиноамериканськими державами, його дію не можна було б поширити на Перу, котра своїм ставленням не підтверджувала дотримання такого звичаю, а навпаки, відмовилася від нього, утримуючись від ратифікації Конвенцій Монтевідео 1933 р. та 1939 р., до складу яких вперше було введено правило про кваліфікацію правопорушень у питаннях надання дипломатичного притулку»;²⁸⁸

– справа *правомірності рибних промислів 1951 р.* (Великобританія проти Норвегії). У ній зазначено, що «...уряд Сполученого Королівства визнає, що Норвегія має право вважати внутрішніми водами всі фйорди та протоки, які підпадають під поняття бухти, як визначено в міжнародному праві, не залежно від того, чи довжина лінії замикання бухти більша чи менша, ніж десять морських миль. За цих обставин Суд вважає за необхідне вказати, що хоча «правило десяти миль» окремі держави ввели як у національне законодавство, так і в їхні договори та конвенції та його застосовано в окремих арбітражних рішеннях у спорі між цими державами, інші Держави дотримуються інших меж. Отже, «правило десяти миль» не набуло статусу загального положення міжнародного права»²⁸⁹.

Іншим важливим прецедентом щодо порядку атрибуції державі порушення є рішення щодо справи *монетарного золота вивезеного з Риму 1954 р.* (Італія проти США, Великобританії та Франції). Відповідно до позиції Суду, рішення про міжнародну відповідальність Албанії без її згоди суперечитиме усталеному принципу міжнародного права, закріпленому в Статуті Суду, який передбачає, що Суд може здійснювати юрисдикцію над Державою лише за її згодою. У цій справі МС ООН розкрив особливості власної процедури для зацікавлених сторін. Згідно з положеннями ст. 62 Статуту МС ООН третій державі, яка вважає, що вона «має юридичний інтерес, на який може вплинути рішення у цій справі», надається право

²⁸⁸ Colombian-Peruvian asylum case (Colombia/Peru), Judgment, I. C. J. Reports 1950, p. 266, at p. 274, and at pp. 276–278.

²⁸⁹ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgment, I. C. J. Reports 1951, p. 116, at p. 131, and at p. 139.

вимагати дозволу на вступ у справу. Суд зазначив: «якщо третя Держава, в цьому випадку Албанія, не прийняла рішення про вступ у справу, це не повинно позбавляти Суд можливості ухвалювати рішення щодо прав у відносинах між Сторонами»²⁹⁰.

Рішення щодо уже згадуваних справ *Континентального шельфу Північного моря 1969 р.* (ФРН проти Данії та Нідерландів); *захоплення в заручники дипломатичного персоналу в Тегерані 1980 р.* (США проти Ірану); *військових та напіввійськових формувань 1986 р.* (Нікарагуа проти США); *дипломатичного захисту та консульської допомоги братів Ла Грандів 2001 р.* (ФРН проти США); *реалізації кримінальних процедур та юрисдикцій 2003 р.* (Конго проти Франції); *застосування Конвенції щодо запобігання та покарання за злочини геноциду 2007 р.* (Боснія та Герцеговина проти Сербії); *юрисдикційних імунітетів держави 2012 р.* (ФРН проти Італії) мають досить значну прецедентність.

Особливу увагу під час аналізу результату формування міжнародного звичаю суди звертають на вивчення бездіяльності як прояву пасивної практики у формах мовчазної згоди або упущення дії (аберації) та як стійкому запереченню. Обов'язковість дотримання чи зобов'язання дотримання норми міжнародного права впливає не лише з факту виразно вираженого «вольового» погодження держави в результаті угоди чи то договору. Акт відмови від дій за певних обставин, що здійснюється у формі пасивної поведінки, може призвести до створення зобов'язання, яке можна представити як юридичну норму²⁹¹. Прийняття обов'язку можна здійснювати й односторонньо, через волевиявлення однієї держави, набуваючи форму таких односторонніх юридичних актів, як визнання, «обіцянка», декларація про прийняття міжнародного зобов'язання в односторонньому порядку. В цьому випадку правові наслідки настають у силу дії звичаєво-правових норм. Міжнародні-звичаєві норми покладено в основу правових наслідків, що виникають з виступом держави з одностороннім актом відмови та протесту²⁹². Акт відмови Україною від її ядерного статусу породив низку зобов'язань, які обумовлювались

²⁹⁰ Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom and United States), Preliminary Question, Judgment, *I. C. J. Reports* 1954, p. 19, at p. 32;

²⁹¹ Тункин Г. И. Теория международного права: монография. М. Зерцало. 2000, С. 101.

²⁹² Каламкарян Р. А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств. Москва: Наука, 1984. С. 3.

практичною реалізацією без'ядерного статусу держави. Як зазначив МС ООН у справі юрисдикційних імунітетів держави 2012 р. (Німеччина проти Італії та Греції) «Повна відсутність судової практики, яка є свідченням відмінної позиції має таке саме значення, як і будь-якої заяви з боку держави» (англ. *The almost complete absence of contrary jurisprudence is also significant, as is the absence of any statements by States*)²⁹³.

Важлива для дослідження взаємна «переплетеність» національних та міжнародних судових практик. Ст. 18 Конституції України зазначає, що зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом мирної та взаємовигідної співпраці за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права». Міжнародно-правові норми є інструментом здійснення цілей зовнішньої політики держави. У ст. 12 п. 1 «Закону про міжнародні договори України» зазначено, що міжнародні договори України підлягають неухильному дотриманню Україною відповідно до норм міжнародного права»²⁹⁴. Чинне українське законодавство не містить положень, які б чітко регулювали питання співвідношення між українським законодавством та міжнародним звичаєм. Українські науковці-правники неодноразово висловлювали жаль з цього приводу²⁹⁵. І. Лукашук вважає, що звичаєві норми міжнародного права в порядку загальної трансформації входять в право країни через їх загальне визнання та об'єктивну необхідність. Колізії з внутрішнім правом виникають рідко. Проте він також зазначав, що визнавши звичаєве міжнародне право частиною національного права, держави, водночас, по-різному визначають їх місце у правовій системі²⁹⁶.

Загальне міжнародне право спирається на презумпцію універсальності дії його норм, оскільки є правом міжнародного співтовариства загалом. Тому будь-яка держава, зокрема й новоутворена, зобов'язана поважати це право, оскільки це необхідна умова членства в міжнародній спільноті²⁹⁷. Теоретично держави, що

²⁹³ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99, at p. 135, para. 77.

²⁹⁴ Відомості Верховної Ради. 1994. № 10. С. 45.

²⁹⁵ Мережко О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права. Київ: Юстініан, 2010. С. 123.

²⁹⁶ Лукашук И. И. Международное право. Т. 1: Общая часть. Москва: Волтерс Клувер. 2005. С. 267.

²⁹⁷ Лукашук И. И. Международное право. Т. 1: Общая часть. Москва: Волтерс Клувер. 2005. С. 77.

увійшли у міжнародне співтовариство, як суб'єкти права можуть висловити свою незгоду з тими чи іншими нормами, участі у створенні яких вони не приймали. Але які це могло б мати наслідки, беручи до уваги існування імперативних норм?! Ця ситуація частково стосується і України. Про це згадує А. І. Дмитрієв та В. І. Муравйов²⁹⁸. Важливо наголосити, що для України принципи та норми, зокрема і звичаєві, які виникли як до так і після 1945 р. в межах ООН чи міжнародних організацій, до яких входила Україна, є дійсним як однієї зі засновниць ООН. По-друге як правонаступниця СРСР Україна підтвердила у ст. 6, 7 Закону про правонаступництво свої права та обов'язки за міжнародними договорами Союзу РСР²⁹⁹. Якщо, гіпотетично, можна буде підтвердити, що ці договори є свідченням якоїсь звичаєвої норми, як це нерідко бувало в практиці МС ООН, то такі звичаї будуть обов'язкові і для України. Усе частішою є практика національних судів (верховних та конституційних) звертатись до того, як трактують ті чи ті питання правовідносин органи міжнародної юстиції. У цьому випадку доводиться констатувати «взаємність» судової діяльності та звичаєвого міжнародного правотворення, оскільки рішення національних судів у певних випадках міжнародні суди трактують як підтвердження визнання норми міжнародного звичаю. Водночас міжнародні суди активно включають у свою практику не лише аналіз внутрішнього законодавства країн, сторін спору, але й практику національних судів. Як зазначено у рішенні МС ООН щодо справи *юрисдикційних імунітетів держави 2012 р.* (ФРН проти Італії та Греції) «для розгляду цієї справи найдоцільнішими прикладами держави є рішення національних судів»³⁰⁰. МС ООН неодноразово вивчав позицію національних судів під час прийняття власних рішень. У справі *Ноттебома 1955 р.* (Ліхтенштейн проти Гватемали) Суд, досліджуючи надання дипломатичного захисту, мав встановити, які норми міжнародного звичаєвого права в контексті розгляду практики й *opinio juris* загалом регулюють набуття громадянства через натуралізацію. У такому разі Суд розглянув практику судів третіх держав, що

²⁹⁸ Міжнародне публічне право: навч. посіб. / під ред. А. І. Дмитрієв, А. І. Муравйова. К., 2001. С.168.

²⁹⁹ Вісник Верховної Ради України. № 46. С. 617.

³⁰⁰ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment, 3 February 2012, para. 73

стикались з подібною ситуацією, а також і положення внутрішнього законодавства країн³⁰¹. Крім того, Міжнародний Суд також покликався на рішення національних судів у справі про юрисдикційні імунітети під час оцінювання як практики держав, так і визнання практики як правової норми (*opinio juris*)³⁰². Апеляційна камера Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії в справі Тадіча також покликала загалом на «національну судову практику» як доказ формування міжнародного звичаєвого права³⁰³.

Особливість національних доктрин щодо міжнародного звичаю демонструє практика Конституційного Суду України який широко застосовує міжнародні норми та прецеденти, зокрема ЄСПР. У рішенні за конституційним зверненням жителів м. Жовті Води від 25 грудня 1997 р. він вказав, що ч.1 ст. 55 Конституції України є зобов'язаннями, які виникли, у зв'язку з ратифікацією Україною Міжнародного пакта про громадянські і політичні права та Конвенції, що згідно зі статтею 9 Конституції України є частиною національного законодавства України³⁰⁴. Іншим випадком застосування міжнародних та європейських стандартів є рішення від 14 листопада 2001р., у якому Суд зазначив, що допустимість обмеження свободи пересування, вільного вибору місця проживання в межах держави та право вільно залишати територію країни визнається і міжнародним правом, підтвердивши це статтею 2 Протоколу 4 до Конвенції 1950 р.³⁰⁵

Так, якщо говорити про Сполучені Штати Америки, то в їхній правовій доктрині та правозастосовній практиці існує розмежування між положеннями міжнародних договорів і звичаєвими нормами міжнародного права. Діяльність з розвитку та імплементації звичаєвого міжнародного права належить до сфери відповідальності Президента США, проте Конгрес США і судова система також

³⁰¹ Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment, I. C. J. Reports 1955, P. 4, at P. 21–23.

³⁰² Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99, at p. 123, para. 55 and at p. 135, para. 77.

³⁰³ Prosecutor v. Dusko Tadić, Judgement, Case No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 July 1999, para. 292.

³⁰⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадян Проценко Раїси Миколаївни, Ярошенко Поліни Петрівни та інших громадян щодо офіційного тлумачення статей 55, 64, 124 Конституції України (справа за зверненнями жителів міста Жовті Води) від 25 грудня 1997 року No. 9зп/1997. *Вісник Конституційного Суду України*. 1998. No. 1. С. 36.

³⁰⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення підпункту 1 пункту 4 Положення про паспортну службу органів внутрішніх справ, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України (справа щодо прописки) від 14 листопада 2001 року No. 15рп/2001 // *Вісник Конституційного Суду України*. 2001. No. 5. С. 33.

³⁰⁶ Рыхтикова Л. Ю. Конституционно-правовые основы имплементации норм международного права в Российской Федерации. Москва, 2004. URL: http://www.pravo.vuzlib.ru/book_z493_page_6.html

наділені повноваженнями стежити за виконанням Сполученими Штатами своїх зобов'язань за звичаєвим міжнародним правом³⁰⁶. Конституція США не містить положень щодо звичаєвих норм міжнародного права. Це ускладнює розуміння того, чи є звичаєві норми міжнародного права частиною права США, чи наділені суди США повноваженнями розглядати спори на основі звичаєвого міжнародного права, що робити, коли рішення Президента США чи Конгресу суперечать міжнародному звичаю. Проте у судовій практиці звичаєві норми застосовують лише в разі відсутності відповідного міжнародного договору, акту законодавчої чи виконавчої влади чи судового рішення³⁰⁷. Такий підхід по суті перетворює міжнародний звичай ледь не на треторядне джерело права США і робить його застосування в правовідносинах достатньо рідкісним явищем. У правовій доктрині США тривають дискусії з цього приводу. Зокрема, на думку американського дослідника Д. Бедермана: «Найбільш оптимальною думкою з цього приводу в сучасних умовах є те, що звичаєве міжнародне право є частиною федерального права. Це означає, як мінімум, що позовні заяви, які стосуються прав і обов'язків, котрі виникають на основі звичаєвих норм міжнародного права (наприклад, у сфері дипломатичних імунітетів), розглядатимуть федеральні суди»³⁰⁸.

У європейських державах континентальної (нормативної) правової системи імплементація звичаєвих норм у внутрішнє законодавство держав зазвичай відбувається на конституційному рівні. Ст. 10 Конституції Італії визначає, що «правовий порядок Італії узгоджується із загальновизнаними нормами міжнародного права»³⁰⁹.

Щодо Німеччини, то ст. 25 Основного Закону (Конституції) Федеративної Республіки Німеччина проголошує звичаєві норми міжнародного права частиною федерального права³¹⁰. Вони наділені пріоритетом перед законами і створюють права та обов'язки для жителів федеральної території безпосередньо. У Німеччині

³⁰⁶ Рыхтикова Л. Ю. Конституционно-правовые основы имплементации норм международного права в Российской Федерации. Москва, 2004. URL: http://www.pravo.vuzlib.ru/book_z493_page_6.html

³⁰⁷ *Paquete Habana, The Lola*, U. S. Supreme Court Judgement, 175 U. S. 677 (1900). URL: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=175&page=677>.

³⁰⁸ Bederman D. J. *International Law Frameworks*. N.Y.: Foundation Press, 2001. P. 165.

³⁰⁹ *Costituzione Italiana*. Art. 10. Офіційний сайт Сенату Італійської Республіки. URL: http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf.

³¹⁰ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Art. 25. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>.

Федеральному конституційному суду надано право тлумачити ту чи іншу правову норму для вирішення питання, чи належить вона до звичаєвих норм міжнародного права. Звичаєве право застосовують у національному праві з метою інтенсифікації взаємодії двох правових систем, врахування такого впливу внутрішньодержавного права, яке б могло суперечити загальновизнаним нормам мирного співіснування³¹¹. Федеральний конституційний суд Німеччини постановив, якщо відповідну зобов'язальну норму прийняли більшість держав, вона є обов'язковою для ФРН. Суд зазначив, що її загальність стосується застосування, а не змісту, до того ж визнання усіма державами не є обов'язковим. Як і не є обов'язковим, щоб Федеративна Республіка Німеччини, зокрема, визнавала цю норму»³¹².

На прикладі цих країн можна побачити, що ставлення держав до реалізації міжнародних звичаєвих норм відрізняється, залежно від їхньої належності до правової системи. Якщо в країнах континентальної системи міжнародний звичай здебільшого вважається частиною національного законодавства, то у країнах англосаксонської системи, як ми помітили на прикладі США, він є другорядним джерелом права і пріоритет віддається внутрішнім актам держави. У державах континентальної системи пріоритет звичаєвих норм надає їм своєрідного, особливого статусу. Вони слугують імперативними нормами, орієнтиром для національного законодавства. Цей статус закріплений і в законодавстві, і в рішеннях органів конституційної юстиції.

Проте в будь-якому випадку держави залишають за собою прерогативу визначити способи, обсяг імплементації звичаєвих норм міжнародного права в національне законодавство. Саме в актах внутрішнього законодавства держав визначено правовий статус звичаєвих норм міжнародного права у внутрішньодержавному законодавстві.

З цієї позиції суперечливим виглядає рішення Конституційного суду Російської федерації від 14 липня 2015 р. у справі *про застосовність рішень ЄСПЛ на території РФ*³¹³. У рішенні зазначено, що виконання рішень ЄСПЛ на території

³¹¹ Caytas I. G. Vorrang des Völkerrichtes im Landrecht? Ungeloste Grundfragen der schweizerischen Position. Berlin, 1983. S. 2.

³¹² Order of the Second Senate of 8 May 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, para. 33(BVerfGE 15, 25 (34)).

³¹³ Постановление по делу о применимости решений ЕСПЧ на территории РФ от 14 июля 2015 года. Конституционный Суд РФ.

РФ потрібно виконувати з урахуванням верховенства Конституції РФ³¹⁴. Тобто фактично Росія може ухилитися від виконання будь-якого рішення міжнародних судових органів на тій підставі, що воно суперечить Конституції РФ. До того ж не має значення, чи таке рішення засноване на договірному чи на звичаєвому праві. Так, можемо констатувати, що Росія може повністю ухилитися від виконання не лише звичаєвих норм міжнародного права, але й судових рішень, у яких констатується таке порушення.

Прецедентне право МС ООН широко використовують суди національних юрисдикцій, що підтверджує думку, згідно з якою національні судді повинні відігравати важливу роль у розробленні міжнародного звичаєвого права³¹⁵.

Наприклад, у справі Вищого Суду Англії *Р. проти Джоунз (Маргарет)* Палата лордів заявила, що до кінця XX століття, злочин агресії став злочином «міжнародного звичаєвого права». Представляючи цю позицію, лорд Бінгхем аналізував багато матеріалів («основні віхи»), враховуючи проекти договорів, резолюції міжнародних організацій, роботу Комісії міжнародного права, рішення Міжнародного суду у справі *Нікарагуа 1986 року і праці Броунлі*³¹⁶.

Верховний суд Сінгапуру у справі *Юн Вуї Кун проти Прокурора* у 2010 році ухвалив рішення, де зазначив, що «відсутня загальна і майже однакова практика держав для підтвердження заяви про те, що міжнародне звичаєве право забороняє обов'язкову страту як негуманне покарання. Він пояснив, що судові рішення і висновки експертів можуть слугувати «субсидіарним засобом для визначення існування або не існування норм міжнародного звичаєвого права» Покликаючись на Статут МС ООН та його рішення стосовно підходу до виявлення норми міжнародного звичаєвого права, Суд заявив, що «загальна і майже однакова практика усіх держав... разом з *opinio juris* – ось, що необхідно для того, щоб правило стало нормою міжнародного звичаєвого права».³¹⁷

³¹⁴ 14 июля 2015 года Конституционный Суд РФ провозгласил Постановление по делу о применимости решений ЕСПЧ на территории РФ. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/news/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=3244>

³¹⁵ Roberts A. Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law. *International and Comparative Law Quarterly*. No. 60. 2011. P. 57–92.

³¹⁶ UKHL 16; [2007] 1 AC 136, para. 13–19. Se R (*European Roma Rights Centre*) v Immigration Officer at Prague Airport [2004] UKHL 55, para. 23 (Lord Bingham). URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041209/roma-1.htm>

³¹⁷ [2010] 3 S.L.R. 489, [2010] SGCA 20 (Supreme Court of Singapore – Court of Appeal, 14 May 2010), para. 95–98. URL: <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement>

У справі *Хабана* 1900 року Верховний суду США в питанні про те, які матеріали є актуальними для аналізу чи існує норма міжнародного звичаєвого права, вказав, що «в силу стародавнього звичаю в стосунках між цивілізованими націями, сформованого багато століть тому і поступового перетворення на норму міжнародного права, судно прибережної країни, здійснюючи промисел і доставку свіжої риби, їхній вантаж і екіпажі, як виняток, не можуть бути військовим трофеєм», Суд спробував відстежити історію формування звичаю, починаючи з найдоступніших джерел»³¹⁸.

У Конституційний суд ЮАР у справі *Каунди та інших проти президента Південно-Африканської Республіки та інших* (2004 рік) покликався на доповідь КМП ООН, роблячи висновок про те, що «на цей час склалася загальна практика держав, відповідно до якої дипломатичний захист існує як права людини»³¹⁹.

Верховний суд Сальвадору покликався на формування міжнародного звичаєвого права в одній з конституційних справ 2007 року, яке стосувалося конституційності статті Трудового кодексу країни (Código de Trabajo) у світлі права на мінімальну заробітну плату. Під час обговорення правового значення міжнародної декларації на відміну від міжнародного договору Суд зазначив, що «міжнародні декларації виконують непряму нормативну функцію в тому сенсі, що вони пропонують варіант необов'язково, а бажаної поведінки... Декларації передбачають *opinio juris* (переконаність в обов'язковості), який держави повинні дотримуватися, щоб у короткотерміновій або довготерміновій перспективі виник міжнародний звичай»³²⁰.

Спеціальний Верховний суд Греції у справі *Федеративна Республіка Німеччина проти Маргеллоса та інших* (2002 рік) зазначив, що «під час визначення існування такої норми можна звернутися до відповідних свідчень, таких як міжнародні конвенції, документи і листування міжнародних організацій, рішення міжнародних і національних судів, законодавчі тексти держав, дипломатичне листування, письмові правові висновки юрисконсультів міжнародних організацій і

³¹⁸ The Paquete Habana, 175 U.S. 677 (1900). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/175/677>

³¹⁹ Case CCT 34/04 (4 August 2004), para. 25–29. URL: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/5.pdf>

³²⁰ Corte Suprema de Justicia, Case No. 26-2006 (12 March 2007), p. 14–15 (Part VI.2.A).

держав, а також кодифіковані тексти міжнародних організацій, міжнародних комітетів та інститутів міжнародного права. Такі дані потрібно розглядати як окремо, так і загалом. З урахуванням інформації, наданої йому Грецьким інститутом міжнародного та іноземного права, а також судових рішень Європейського суду з прав людини і Міжнародного Суду, міжнародних документів, враховуючи тексти, підготовлені Комісією, національні прецеденти, законодавство і роботу фахівців, Суд потім заявив, що стан розвитку міжнародного права в той момент надавало Німеччині державного імунітету в розгляді, що стосується деліктної відповідальності за дії німецьких збройних сил (в цьому разі дії, імовірно скоєні в одному з грецьких сіл у 1944 році)»³²¹.

Як засвідчує практика органів міжнародного судочинства, норми міжнародного звичаєвого права виконують комплементарну функцію щодо міжнародних правовідносин, які не врегульовані договірним правом. Зважаючи на особливість проблем, які можуть виникати під час формування і доказування існування міжнародного звичаєвого права в різних галузях, є сенс подумати про можливі відмінності в значеннях, які мають ознаки елементів звичаю, залежно від галузі, яку вони регулюють.

Отже, одним із завдань міжнародних судових органів є встановлення, підтвердження, завершення процесу формування звичаєвих норм міжнародного права. Особливості установчих документів судового органу визначають юрисдикції та впливають на формування звичаєвого міжнародного права у формах прецеденту та «квазіправотворчої» діяльності. Суд визнає партикулярні звичаї, які пізніше отримують загальне визнання. Застосування міжнародного звичаю суттєво різняться та визначаються галуззю правового регулювання. Практика міжнародних судів має принципове значення для індикації завершення правотворення через аналіз *opinio juris*, яке може міститися у рішеннях національних судів, які застосовують норми міжнародного звичаю.

³²¹ Judgment No. 6/2002, 17 September 2002 (2007) 129 *ILR* 525, 528, para. 9.

2.2. Реалізація міжнародними судовими установами звичаєвого міжнародного права

Особливий характер та природа звичаєвих норм міжнародного права зумовлюють специфічність механізму їх реалізації. Це виявляється як у міжнародних правовідносинах, так і в їх застосуванні у внутрішньому законодавстві держав. Специфіка міжнародного звичаю жодним чином не впливає на ефективність реалізації звичаєвих норм, порівняно з договірними, хоч і робить її дещо складнішою. Правозастосування компетентними органами держав звичаєвої норми відображено в доктрині міжнародного права. Зокрема, Г. Кельзен писав, що «питання, існує звичай чи ні... може вирішувати лише правозастосовчий орган»³²². Крім того, він зазначав, що «з цієї тези часто робили висновок, що норми звичаєвого права створюють саме суди, стаючи правовими нормами, через визнання такими судом, який їх застосовує»³²³.

Статути міжнародних судових органів через створення у різних часових та політичних умовах не мають єдиної, уніфікованої правової природи. Але водночас установчі документи містять або пряме посилання на міжнародно-правовий звичай, як джерело права або суди застосовують норми міжнародного звичаю через реалізацію положень про «інші норми міжнародного права», або «норми загального міжнародного права». Так, відоме положення пункту 1 «б» Статуту МС ООН, у якому міжнародний звичай (англ. international custom) трактується як доказ загальної практики, визнаної як правова норма³²⁴. Статут ППМП 1920 р. містив подібне положення у редакції, яку проаналізовано в розділі 1.1³²⁵. Статути МС ООН та ППМП прийняті у формі міжнародного договору широкого представницького рівня, що дає підстави вважати визначення звичаю як проявом загального консенсусом світової спільноти. Трибунал для покарання головних військових злочинців європейських країн осі містив у статті 6 перелік предметної

³²²Кельзен Г. Чисте правознавство. Київ: Юніверс, 2004. С. 254.

³²³Там само.

³²⁴Устав Организации Объединенных Наций и Статут Международного Суда от 26.06.1945 г. – п. б ст. 38. – Организация Объединенных Наций. Сборник документов / отв. ред.: В. В. Бахрушев. Москва: Наука, 1981. 647 с.

³²⁵Statute of the Permanent Court of International Justice. URL: <http://www.refworld.org/docid/40421d5e4.html>

юрисдикції, із застосуванням та тлумаченням норм та принципів звичаєвого права щодо злочинів проти миру, порушення законів та звичаїв війни, злочинів проти людства³²⁶. Статут Токійського трибуналу для Далекого Сходу від 19 січня 1946 р. у положеннях статті 5 визначав, що переслідуванню суду підлягають особи за вчинення злочинів проти миру, порушення законів та звичаїв війни, злочинів проти людяності³²⁷. ЄСПЛ визначає, що відповідно до статті 32, його юрисдикція поширюється на всі питання щодо тлумачення і застосування Конвенції та Протоколів до неї³²⁸. Реалізація міжнародних звичаєвих норм практикується лише під час застосування окремих положень Європейської конвенції 1950 р.

Римський статут міжнародного кримінального суду, своєю чергою, встановлює у статті 21 право, яке підлягає реалізації: елементи злочинів та правила процедури і доказування; по-друге – у відповідних випадках, міжнародні договори, принципи і норми міжнародного права, враховуючи загальновизнані принципи міжнародного права збройних конфліктів; якщо це неможливо, то суд застосовує загальні принципи права, які він взяв із національних законів правових систем світу³²⁹.

Маючи певні відмінності в установчих документах, суди реалізують свої повноваження із *встановлення, перевірки підтвердження* міжнародного звичаю через конкретні правовідносини в межах судової справи. Механізм реалізації міжнародного звичаю є особливою та невід’ємною складовою механізму реалізації норм міжнародного права загалом та, як наслідок, презюмує уніфікованість низки підходів та принципів. Доцільно проаналізувати суть реалізації юридичних норм та те, що ж розуміють під цим поняттям правники.

Термін реалізація походить від лат. *realis* (що означає речовий). Поняття реалізації права розуміють різні науковці неоднозначно. Деякі науковців реалізацію права визначають як здійснення правових приписів через поведінку суб’єктів (право реалізується у поведінці людини та забезпечується гарантіями з

³²⁶ Устав для Международного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_201

³²⁷ Special proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo January 19, 1946; charter dated January 19, 1946; amended charter dated April 26, 1946 Tribunal established January 19, 1946. URL: http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf

³²⁸ Відомості Верховної Ради України. 1997. № 40. С. 263.

³²⁹ Римский статут международного уголовного суда. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588

боку держави). Так, до прикладу, П. Рабінович розглядає реалізацію правових норм як здійснення їхніх приписів у практичних діях (бездіяльності) суб'єктів³³⁰. Інші розглядають реалізацію права як процес здійснення юридично закріплених і гарантованих державою можливостей, втілення їх у життя під час діяльності людей та їхніх організацій³³¹. Існують також альтернативні погляди: реалізація як зовнішній прояв правового регулювання чи кінцевий результат правового регулювання³³².

Якщо говорити про форми реалізації правових норм, відповідно щодо цього питання існують кілька поглядів. Так, П. Рабінович виділяє такі форми як *використання; виконання; дотримання*³³³. Цю позицію підтримують також О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко. Інші вчені висловлюють дещо різні погляди. Зазвичай основною спірною позицією є зарахування до форм реалізації права застосування. Як правило, науковці-теоретики виокремлюють категорію, яку застосовують паралельно до поняття реалізації. Що ж стосується спеціалістів у сфері міжнародного права, то вони, як правило, зараховують застосування права до форм його реалізації. Так, В. Буткевич, говорячи про реалізацію норм міжнародного права, стверджує, що системі міжнародного права властиві дві форми реалізації норм права: 1) через правовідносини; 2) поза правовідносинами. А як способи реалізації норм міжнародного права, він наводить: а) використання; б) виконання; в) дотримання; г) застосування³³⁴. На нашу думку, обидва погляди передбачають під «формами» і «способами» одне правове явище. Проте позиція В. Буткевича виглядає ціліснішою, оскільки він зараховує до цих способів і застосування правових норм, яке П. Рабінович розглядає паралельно з реалізацією правових норм. Застосування міжнародних правових норм є ключовим способом їхньої реалізації. Розглядати паралельно з реалізацією, на нашу думку, недоцільно, оскільки це може привести до розмивання цих понять. Тому надалі як форми

³³⁰ Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посіб. 5-те вид., зі змінами. Київ: Атіка. 2001. С. 129.

³³¹ Теория государства и права. Под ред. С.С. Алексеева. Москва: Норма, 1998. С. 316.

³³² Зайчук О. В., Оніщенко Н. М. Теорія держави і права. URL: http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part3/2101.htm

³³³ Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посіб. 5-те вид., зі змінами. Київ: Атіка. 2001. С. 129.

³³⁴ Задорожній О., Буткевич В., Мицик В. Конспект лекцій з основ теорій міжнародного права. Київ: Інститут міжнародних відносин, 2001. С. 87.

реалізації звичаєвих норм міжнародного права розглядатимуть виконання, дотримання, використання і застосування.

Коло суб'єктів реалізації звичаєвих норм тотожне суб'єктам міжнародного права. Основними суб'єктами цієї реалізації будуть відповідно держави і міжнародні організації та їхні органи. Відповідно до кола суб'єктів реалізація звичаєвих норм відбувається на міжнародному та внутрішньодержавному рівнях. Таким чином обґрунтований розгляд кожної з форм реалізації звичаєвих норм окремо, а також механізмів реалізації звичаєвих норм суб'єктами міжнародного права. І. Лукашук називає це явище міжнародним та внутрішньодержавним методами застосування норм міжнародного права³³⁵.

Першою з форм реалізації норм міжнародного права, зокрема і звичаєвих норм, є *використання* – форма реалізації уповноважувальних юридичних норм, яка полягає в активній поведінці суб'єктів, що здійснюється за їхнім власним бажанням³³⁶. У контексті міжнародного права йдеться про реалізацію суб'єктивних юридичних прав, серед яких суб'єкт сам обирає варіант поведінки під час реалізації визначених можливостей. Воно є характерним переважно для диспозитивних норм міжнародного права³³⁷. Наприклад, попри те, що Конвенція ООН з морського права встановлює ширину територіального моря у 12 морських миль,³³⁸ низка південноамериканських держав, зокрема Перу, Еквадор, Бразилія та ін. вважають територіальним морем територію в 200 морських миль³³⁹. Ця норма є звичаєвою для держав Південної Америки. Тобто в цьому випадку держави, за їхнім власним бажанням, використовують наявні міжнародні звичаєві норми, про що свідчить їхня власна активна поведінка.

Так у *справі розмежування морських та сухопутних кордонів 2002 року* (Камеруном проти Нігерії) МС ООН не погодився з аргументом, що Маруаська Декларація була недійсним договором, використав норму щодо альтернативності вибору для суверенної держави способу та часу визнання зобов'язання. Суд вказав,

³³⁵ Лукашук І. І. *Міжнародне право*. Т. 1: *Общая часть*. Москва: Волтерс Клувер. 2005. С. 224–232.

³³⁶ Рабінович П. М. *Основи загальної теорії права та держави*: навч. посіб. 5-те вид., зі змінами. Київ: Атіка. 2001. С. 129.

³³⁷ Задорожній О., Буткевич В., Мицик В. *Конспект лекцій з основ теорії міжнародного права*. Київ: Інститут міжнародних відносин, 2001. С. 88–89.

³³⁸ Конвенція ООН по морському праву 1982. С. 55. Офіційний сайт ООН. URL: <http://www.un.org/russian/document/convents/lawsea.pdf>.

³³⁹ *Міжнародне право*: навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського. Київ: Юрінком Інтер, 2005. С. 120.

що «звичаєве міжнародне право, як і Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 року, цілком залишають за державами вибір процедури, якої вони хочуть дотримуватися під час укладання договорів. Оскільки сторони домовились про продовження визначення морського кордону за Декларацією, вона набула чинності відразу після її підписання»³⁴⁰.

Виконання – форма реалізації зобов’язальних норм, яка полягає в активній поведінці суб’єктів, яку вони здійснюють незалежно від власного бажання³⁴¹. Активна поведінка суб’єкта є обов’язковою складовою виконання. Зазвичай відповідні норми і встановлюють порядок дій суб’єкта для їх виконання. Серед галузей міжнародного права, для яких характерне виконання звичаєвих норм, як спосіб їх реалізації, можна назвати міжнародне гуманітарне право, право прав людини та ін.

Виконання звичаєвих норм є неодмінною складовою процесу їх реалізації. Якщо держава визнає існування звичаєвої норми, вона повинна своїми активними діями засвідчити, що вона не просто декларує її визнання, а й виконує вказану норму. До прикладів можна зарахувати зобов’язання держави перебування поважати дипломатичні привілеї та імунітети дипломатичних представників на своїй території. Ця норма є як договірною, так і звичаєвою, і її виконання є обов’язком будь-якої держави під час її вступу в зовнішні зносини. У своєму рішенні у справі *прикордонної активності Нікарагуа* (Коста Ріка проти Нікарагуа) МС вказав, що «принцип запобігання, як норма звичаєвого права, має корені у концепції належного ставлення (*due diligence*), що реалізовується в межах державної території. Також завданням кожної держави є недопущення свідомого використання власної території для вчинення дії, які суперечать інтересам інших країн»³⁴².

Дотримання – форма реалізації негативних (заборонних) юридичних норм, яка полягає у пасивній поведінці суб’єктів, вчинюваній незалежно від їхнього

³⁴⁰ Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening). Judgment of 10 October 2002. *I.C.J. Reports*. 2002. para. 263–264.

³⁴¹ Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посіб. 5-те вид., зі змінами. Київ: Атіка. 2001. С. 129.

³⁴² Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua). Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment of 16 December 2015, para. 101, 104, 106, 118, 153.

власного бажання. З погляду реалізації міжнародних звичаєвих норм, вказана форма полягає в утриманні від дій, заборонених міжнародним звичаєм. Якщо говорити про дотримання як про елемент реалізації звичаєвих норм, то тут треба зазначити, що пасивна поведінка держави, яка виражається у непорушенні нею відповідних звичаєвих правил поведінки є надзвичайно важливою для реалізації цих норм. Звичаєві норми, за своїм характером, часто можуть вимагати не активних дій з метою свого виконання, а пасивної поведінки, яка б виявлялася у їх дотриманні. Як приклад, можна навести один з галузевих звичаїв міжнародного економічного права. У цій галузі звичаєвою нормою є невід’ємний суверенітет держави над своїми природними ресурсами і багатствами. Своєю поведінкою, яка виявляється у повазі до суверенітету держави над природними ресурсами, суб’єкти міжнародного права дотримуються цієї звичаєвої норми³⁴³.

Наступною важливою формою реалізації міжнародних звичаєвих норм є їх *застосування*. І. Лукашук визначав застосування норм міжнародного права як «цілеспрямовану діяльність суб’єкта, покликану забезпечити здійснення норм міжнародного права»³⁴⁴. Паралельно з цим терміном, у теорії і практиці міжнародного права використовують також термін *імплементація* (англ. – *implementation*, від лат. *impletum* – застосування). За змістом вони означають те саме юридичне явище.

Зокрема В. Суворова стверджує, що термін «імплементація» має право на існування як синонім поняття «реалізація» – втілення норм міжнародного права у практичну діяльність держав та інших суб’єктів³⁴⁵. Але у доктрині міжнародного права ширше використовують поняття «застосування», а термін «імплементація» застосовують у значенні реалізації міжнародно-правових норм, зокрема і звичаєвих, на внутрішньодержавному рівні. Застосування можна розглядати в широкому і вузькому значенні. У широкому значенні – це застосування правових норм загалом. У вузькому значенні, це застосування правових норм у разі спору чи їх порушення. На нашу думку, для звичаєвих норм міжнародного права

³⁴³ Опришко В. Міжнародне економічне право. Київ: КНЕУ, 2004. С. 46.

³⁴⁴ Лукашук И. И. Международное право. Т. 1: Общая часть. Москва: Волтерс Клувер. 2005. С. 222.

³⁴⁵ Суворова В. Я. Обеспечение реализации договорных норм международного права (юридическая природа). Советское государство и право. 1991. № 9. С. 116.

доцільнішим є використання широкого значення поняття «застосування», у зв'язку з тим, що їхнє значення як джерела міжнародного права є надзвичайно високим і вичерпного переліку випадків їх застосування не існує.

Актами застосування міжнародних звичаєвих норм можуть бути дії або бездіяльність держав, міжнародних організацій та їхніх органів. До актів застосування зараховують односторонні акти держав, рішення міжнародних організацій та їхніх органів, рішення міжнародних судів та арбітражів та ін. Застосування звичаєвих норм є найбільшою за обсягом формою їхньої реалізації та їхньою остаточною метою. Як писав колишній віце-президент Міжнародного Суду ООН Т. Еліас, «будь-яке право, будь-то внутрішнє або міжнародне, досягає своєї мети тільки після імплементації»³⁴⁶. Застосування є свідченням існування та чинності міжнародного звичаю.

У разі відсутності практики застосування відповідних звичаєвих норм, вони можуть перейти у «сплячий» стан, коли вони існуватимуть тільки формально. Сповна реалізація міжнародних звичаєвих норм, перетворення їх на реальне джерело міжнародного права може відбутися тільки у разі їх застосування. Як уже зазначено вище, реалізація норм міжнародного права здійснюється як на міжнародному, так і на національному рівні. На нашу думку, доцільно детальніше розглянути механізм реалізації норм міжнародного права, зокрема і звичаєвих норм, на кожному з цих рівнів. У доктрині міжнародного права існує кілька підходів до визначення міжнародного механізму реалізації норм міжнародного права. Найобґрунтованішим і найповнішим нам видається визначення українського вченого правника М. Баймуратова, який визначав міжнародний механізм імплементації (реалізації) міжнародно-правових норм як систему правових і організаційних засобів як створюваних спільними зусиллями держав, так і використовуваних індивідуально з метою всебічної, своєчасної й повної реалізації прийнятих відповідно до міжнародного права зобов'язань³⁴⁷.

³⁴⁶ Elias T. *New Horizons in International Law*. Boston: M. Nijhoff, 1992. P. 382.

³⁴⁷ Баймуратов М., Максименко С. Імплементація норм міжнародного права про свободу пересування і вибір місця проживання у право України. *Право України*. 2003. № 9. С. 133.

Звичаєві норми міжнародного права на міжнародному рівні реалізують через діяльність держав у межах міжнародного співтовариства, а також у діяльності міжнародних організацій та органів. Як зазначає І. Лукашук, одна з характерних ознак міжнародного права полягає в тому, що воно формувалося за відсутності постійних міжнародних інститутів, покликаних реалізовувати його норми. Тому в наш час ці норми застосовуються самими суб'єктами міжнародних правовідносин в індивідуальному або колективному порядку³⁴⁸. Головна роль тут належить державі, проте можна спостерігати тенденцію до зростання значення міжнародних організацій та органів.

Реалізація норм міжнародного права, зокрема і міжнародних звичаєвих норм, є однією з головних функцій держави як суб'єкта міжнародних правовідносин. Держава відповідає за діяльність у цьому напрямі органів державної влади, посадовців, фізичних і юридичних осіб. Вона повинна створити відповідні умови для того, щоб у межах сфери її юрисдикції ніхто і ніщо не створювало перешкод у реалізації міжнародно-правових норм. Такі зобов'язання держави щодо забезпечення реалізації норм міжнародного права є важливою умовою функціонування системи міжнародного права. Ці зобов'язання неодноразово підтверджувалися у практиці міжнародних правовідносин. Організація і діяльність органів держави щодо застосування норм міжнародного права регламентуються внутрішнім правом³⁴⁹.

На думку В. Буткевича, в міжнародно-правовому механізмі реалізації норм міжнародного права можна виділити два компоненти: нормативно-правовий: спрямований на юридичне забезпечення реалізації норм міжнародного права, зокрема міжнародних звичаєвих норм; інституційний, який сприяє такій реалізації³⁵⁰. Подібну позицію підтримує А. Гавердовський³⁵¹. Обидва ці компоненти є взаємопов'язаними. Нормативно-правовий компонент встановлює підстави та процедуру реалізацій міжнародно-правових норм, тоді як інституційний – забезпечує їх застосування в міжнародних правовідносинах. Від

³⁴⁸ Лукашук І. І. *Международное право. Т. 1: Общая часть*. Москва: Волтерс Клувер. 2005. С. 227.

³⁴⁹ Реализация международно-правовых норм во внутреннем праве. Отв. ред. В. И. Денисов, В. И. Евинов. Киев, 1992. С. 56.

³⁵⁰ Задорожній О., Буткевич В., Мицик В. *Конспект лекцій з основ теорій міжнародного права*. К.: Інститут міжнародних відносин, 2001. С. 89.

³⁵¹ Гавердовський А. С. *Имплементация норм международного права*. К.: Выща шк., 1980. 318 с.

злагодженості обох цих механізмів залежить ефективність реалізації норм міжнародного права загалом.

У такому разі необхідно зазначити, що нормативно-правовий компонент складається з кількох окремих елементів. До них належать правозабезпечення, правотлумачення, правозастосування міжнародно-правових норм та міжнародних контроль за їх виконанням³⁵².

Правозабезпечення – полягає у визначенні кола суб'єктів, відповідальних за реалізацію норм міжнародного права, та їхніх функцій і повноважень у цій сфері. У міжнародному звичаю правозабезпечувальною нормою можна вважати положення Статуту МС ООН, у якому зазначено, що Суд застосовує під час вирішення спорів, переданих йому на розгляд, «міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як правова норма». Щодо *правозастосування*, то, як неодноразово наголошено вище, суб'єктами застосування звичаєвих норм є суб'єкти міжнародного права: держави, міжнародні організації та органи.

Розглядаючи питання *правотлумачення* міжнародно-правових норм, необхідно зазначити, що в науці і практиці міжнародного-права, значно більшу увагу звертають на тлумачення саме договірних норм, аніж звичаєвих. Як зауважує І. Лукашук, у літературі прийнято пов'язувати тлумачення лише з договорами, хоча тоді тлумачення звичаєвих норм є не менш складним і необхідним, ніж тлумачення договірних норм³⁵³. Головні аспекти тлумачення будуть розглянуті у наступній частині дослідження, оскільки значну увагу в своїх рішеннях суди звертають саме на тлумачення тих чи інших звичаєвих норм³⁵⁴.

Реалізуючи норми міжнародного звичаю, судові установи виконують фундаментальні завдання міжнародного права для його розвитку. Зокрема, судові інституції інформують світову спільноту не лише про встановлені правила поведінки, але й про тенденції та динаміку змін правового регулювання. У *справі щодо шельфу Північного моря 1969 р.* (ФРН проти Данії). У цьому рішенні Суд

³⁵² Задорожній О., Буткевич В., Мицик В. Конспект лекцій з основ теорій міжнародного права. Київ: Інститут міжнародних відносин, 2001. С. 89.

³⁵³ Лукашук І. І. Международное право. Т. 1: Общая часть. Москва: Волтерс Клувер. 2005. С. 233.

³⁵⁴ Asylum Case (Colombia v. Peru), International Court of Justice, Judgment, 20 November 1950, ICJ Reports 1950.; Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), International Court of Justice, Judgment 18 December 1951. I. C. J. Rep. 1951.; North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), International Court of Justice, Judgment, 20 February 1969. та ін.

ретельно дослідив відповідні положення Женевської конвенції про континентальний шельф та окреслив можливості трансформації договірної норми у звичаєву, зазначивши, що положення угоди, прийняте достатньою репрезентативною кількістю держав, може перетворитись на норму звичаєвого міжнародного права практично миттєво³⁵⁵. Загальноприйнята думка, що в Женевських конвенціях про континентальний шельф кодифіковані головні принципи та норми морського права, сформовані під час попередньої судової практики розгляду спорів з морського права. ЄСПЛ, за результатами дослідження матеріалів справи, нерідко вказує на суттєві зміни в правовому регулюванні, зокрема в питанні юрисдикційних імунітетів держави та появи звичаєвих норм, що виключають імунітет у питаннях трудових та в низці цивільно-зобов'язальних відносин. Проекти низки статей КМП ООН 1991 року, на яких засновано Конвенцію 2004 року, застосовують до держави-відповідача відповідно до міжнародного звичаєвого права³⁵⁶.

Окремий спосіб реалізації звичаєвих норм демонструють у разі ухвалення консультативних висновків МС. Характерно, що озвучена судом позиція, первинно не зобов'язує нікого, оскільки є рекомендаційною. Водночас з часом вони стають джерелом для розуміння правозастосування звичаєвого права, як це трапилось з консультативним висновком Міжнародного суду на запит Генеральної асамблеї про відшкодування збитку, завданого працівникам³⁵⁷.

Міжнародні судові установи володіють особливим впливом на діяльність міжнародних організацій як суб'єктів права, серед яких безумовно центральну роль посідає ООН. За допомогою власного організаційно-правового механізму вона бере участь у правотворчому і правозастосовному процесах, але й контролює виконання міжнародно-правових норм, зокрема і звичаєвих. У її межах функціонує низка комітетів, які контролюють дотримання відповідних норм у визначених сферах. Однак не всі питання права мають однозначне розуміння в колах ООН, що змушує цю структуру, як і низку інших, час від часу запитувати консультативні висновки.

³⁵⁵ North Sea continental shelf Judgment. I. C. J. Reports. 1969. P. 54.

³⁵⁶ Цудак проти Литви, (№ 15869/02), [GC] 23.3.2010, § 67.

³⁵⁷ I. C. J. 174 (Apr. 11).

Однією з проблем, яку допомагають вирішити міжнародні суди, є так звана «проблема компетенцій», зокрема, іманентної. Суть її полягає у тому, що діяльність міжнародних організацій не завжди має так звану «статутну» визначеність щодо загальної, предметної та інших компетенцій, тому вони можуть володіти не тільки прямо закріпленими або тими, про які йдеться в їхніх установчих актах, правами, але і повноваженнями, що набуваються за власним розумінням цілей, способів та принципів. Оскільки такі випадки не мають конвенційної основи, то низка науковців, наприклад Г. Вайсберг, М. Шнайдера, виводили її як відповідний міжнародного права. На нашу думку, такий підхід є абсолютно обґрунтованим та пізніше знайшов підтвердження у консультативному висновку МС ООН та інших судових органів.

Як згадано вище, МКТЮ на закиди захисту у *справі Тадіча* вимушений був фактично роз'яснювати право Ради безпеки ООН реалізовувати заходи захисту щодо підтримки миру та безпеки через створення судових установ, хоча такі повноваження у Ради безпеки не передбачені Статутом ООН³⁵⁸. 1954 р. МС ООН дав роз'яснення щодо права ГА ООН створювати незалежний міжнародний трибунал. Суд зазначив, що в Статуті ООН прямо передбачена завдання організацій сприяти забезпеченню свободи і справедливості для індивідів та вказав, що наявність повноважень щодо створення трибуналу забезпечить застосування до його членів вимог ефективності, компетентності та чесності.

1949 року під час розгляду питання про відшкодування збитків, зазнаних на службі ООН, Суд встановив, що згідно з міжнародним правом ООН має якість міжнародної правосуб'єктності, хоча в її Статуті не міститься спеціального положення, в якому закріплювалося б це якість. На основі цього твердження Міжнародний Суд ООН дійшов висновку, що ООН є суб'єктом міжнародного права. Іманентну концепцію підтверджено у висновку МС ООН 1962 р. у питанні про деякі витрати ООН. Позиція Суду полягала в тому, що окремі дії міжнародної організації можуть вважатися правомірними з огляду на виконання однієї з цілей статутної діяльності, навіть, коли очевидно вони виходять за межі повноважень

³⁵⁸ *Prosecutor v. Tadić*. Decision on the Defence Motion on Jurisdiction. ICTY-94-1 (10 August 1995). para. 129

Організації американських держав, Африканського союзу, адже вони здійснюють міжнародний контроль за реалізацією міжнародних звичаєвих норм у своїх регіонах. Це також має особливо важливе значення в умовах існування і регіональних звичаєвих норм.

Міжнародний контроль є важливою умовою забезпечення реалізації норм міжнародного права. Сутність контролю полягає в збиранні й оцінюванні інформації, з'ясуванні фактичних обставин діяльності суб'єктів міжнародного права щодо реалізації міжнародно-правових норм³⁵⁹. Контроль можна здійснювати як через загальну діяльність суб'єктів міжнародного права, так і в межах окремих міжнародних конвенцій (конвенційний контроль), якщо йдеться про договірні норми. Спеціалізовані міжнародні організації здійснюють відповідний контроль у своїх предметних сферах. Так, Міжнародна організація праці наглядає за дотриманням міжнародних договірних і звичаєвих норм у сфері охорони праці, Всесвітня організація охорони здоров'я – у сфері охорони здоров'я тощо. До того ж варто зауважити, що такий контроль здебільшого здійснюють не тільки адміністративні органи, але й досить часто судові та квазісудові органи. Нарешті міжнародні неурядові організації теж здійснюють відповідний контроль у тих сферах, у яких вони діють. У цьому контексті особливо варто зауважити діяльність Міжнародного комітету Червоного Хреста у сфері міжнародного гуманітарного права³⁶⁰. Ця організація активно просуває ідею про те, що не тільки договірні, а й звичаєві норми є невід'ємним джерелом правового регулювання збройних конфліктів³⁶¹. Позиція таких організацій, як правило, обґрунтовується рішеннями міжнародних судових органів.

Що ж стосується звичаєвих норм міжнародного права, то можна сказати, що в ньому немає конвенційного механізму контролю за їх використанням, дотриманням, виконанням та застосуванням і його здійснюють частково через судову діяльність за допомогою дослідження правомірності практики держав та

³⁵⁹ Задорожній О., Буткевич В., Мицик В. Конспект лекцій з основ теорій міжнародного права. К: Інститут міжнародних відносин, 2001. С. 91.

³⁶⁰ Лисик В. Вплив МКЧХ на формування звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 4. С. 340–345.

³⁶¹ Обычное международное гуманитарное право: Вопросы и ответы. Офіційний сайт Міжнародного комітету Червоного Хреста. URL: <http://www.icrc.org/Web/rus/siterus0.nsf/html/customary-law-faq-170305>.

надання їй юридичної оцінки. Якщо говорити про держави, то, як вже йшлося вище, його здійснюють органи державної влади, які наділені для цього відповідними повноваженнями. У спорі щодо права рибальства між Норвегією та Великобританією 1951 р. МС ООН Суд ухвалив рішення, у якому встановлено, неприпустимість одноосібного визначення меж територіальних як це зробила Норвегія декретом від 1935 року³⁶². Вказане рішення змусило низку країн змінити свої підходи та відмовитись від попередньої практики одноосібного встановлення меж риболовних промислів.

Крім реалізації норм звичаєвого міжнародного права на міжнародному рівні, важливою є їх *реалізація і на національному рівні*. Це питання видається особливо актуальним у контексті діяльності регіональних систем захисту прав людини, адже, як відомо, і Європейський, і Міжамериканський суд з прав людини можуть констатувати порушення державою міжнародних норм і зобов'язати державу внести відповідні зміни до національного законодавства. Не виняток, що такі норми (стосовно яких суд констатував порушення) є звичаєвими. Наприклад, у справі, яку розглядав Міжамериканський суд, Ольмедо-Бустос та інші проти Чилі, яку ще називають справою про «Останню спокусу Христа» («The Last Temptation of Christ» (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile)³⁶³. У ній Суд звертався до звичаєвого міжнародного права для з'ясування переліку можливих підстав обмеження свободи слова. Подібні прецеденти, хоча не в такій чітко вираженій формі, можна зустріти і в практиці Європейського суду з прав людини (детальніше про це йдеться в п. 3.2 цього дослідження).

Як відомо, співпраця держав у різних галузях побудована на тісному взаємозв'язку міжнародного та національного права, зокрема в частині реалізації норм міжнародного права на національному рівні, про що неодноразово зазначалось в позиції представників доктрини. Радянський вчений М. Мінасян зазначав, що «не може бути китайської стіни між національним та міжнародним правом... Навпаки, ці поняття тісно пов'язані між собою та взаємообумовлені...

³⁶² Fisheries case (United Kingdom v. Norway). Judgment of December 18, 1951. I.C. J. Reports 1951. P. 116

³⁶³ The Last Temptation of Christ Case, Judgment of February 5, 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 73 (2001) <https://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/73-ing.html>

Збіг окремих загальних принципів міжнародного та національного права тільки підкреслює їхній зв'язок та співвідношення»³⁶⁴.

Механізмом реалізації міжнародно-правових норм у внутрішньому праві держав є імплементація. Як уже йшлося вище, цей термін за своїм лінгвістичним змістом є синонімом терміна «застосування», однак його використовують більше у значенні застосування міжнародно-правових норм саме у внутрішньому законодавстві держав.

Відомий теоретик міжнародного права А. Гавердовський визначав імплементацію як цілеспрямовану організаційно-правову діяльність держав, яку провадять індивідуально, колективно або в межах міжнародних організацій з метою своєчасної, усесторонньої та повної реалізації зобов'язань, прийнятих ними відповідно до міжнародного права³⁶⁵. На його думку, «імплементація норм міжнародного права дуже часто неможлива без додаткових заходів правового характеру, що їх вживають суб'єкти міжнародного права на міжнародному чи на національному рівнях або одночасно на тому й на іншому»³⁶⁶.

Український юрист-міжнародник М. Раскалей визначає імплементацію як фактичну реалізацію міжнародних зобов'язань на внутрішньодержавному рівні, здійснювану за допомогою трансформації міжнародно-правових норм у національні законодавчі та підзаконні акти. На думку вченого, імплементація в національній правовій системі має охоплювати весь комплекс заходів щодо здійснення міжнародного права в державі³⁶⁷.

З погляду іншого українського науковця В. Забігайла, механізм імплементації державою норм міжнародного права потрібно визначити максимально чітко і повно. Треба зробити все, щоб він не ускладнював і не обмежував досягнення цілей, закладених у нормах міжнародного права. Цей механізм повинен охоплювати міжнародно-правові зобов'язання держави, які ґрунтуються на нормах міжнародного права. Відсутність належної чіткості й

³⁶⁴ Минасян Н. Источники современного международного права. Ростов-на-Дону: Из-во Рост. ун-та., 1960. С. 108–109.

³⁶⁵ Гавердовский А. С. Имплементация норм международного права. Київ: Вища шк., 1980. С. 62.

³⁶⁶ Гавердовский А. С. Имплементация норм международного права. Київ: Вища шк., 1980. С. 53.

³⁶⁷ Раскалей М. Особливості імплементації міжнародних договорів у внутрішній правопорядок у галузі повітряного права України. *Віче: Журнал Верховної Ради України*. № 22/2009. Офіційний сайт журналу «Віче». URL: <http://www.viche.info/journal/1744/>.

визначеності в цьому питанні призводить до небажаних наслідків, зокрема таких, як «інфляція права»³⁶⁸.

Імплементація міжнародних звичаєвих норм у внутрішнє законодавство держав є достатньо складним питанням. Дуже часто в практиці міжнародних правовідносин висловлювалися ідеї, які заперечували можливість такого застосування. Зокрема, як наголошував Л. Браво, такі ідеї були притаманні радянській доктрині міжнародного права та діяли в межах соціалістичної правової системи³⁶⁹.

Існують три основні способи імплементації міжнародно-правових норм: трансформація, інкорпорація, відсилання. Трансформація – це введення норми міжнародного права у внутрішньодержавну правову систему в результаті певних процесуальних дій. Інкорпорація – це введення норми міжнародного права у внутрішнє право через видання внутрішньодержавного правового акта, що відтворює норму міжнародного права. У разі відсилання в національному законодавстві немає відповідної норми, а її реалізація здійснюється на підставі відсилання до міжнародно-правового акта, де така норма міститься³⁷⁰.

Як наголошує Л. Рихтікова, звичаєве міжнародне право, як і договірне право, для того, щоб бути безпосередньо застосованим всередині країни, підлягає імплементації в національне право. Звичаєві норми імплементуються до складу джерел права у внутрішнє законодавство і таким чином підлягають безпосередньому застосуванню судами³⁷¹.

Як і реалізація норм міжнародного права загалом, реалізація звичаєвих норм відбувається на двох рівнях: міжнародному та національному. Однак, зважаючи на специфічність таких норм, а саме форму виразу їх реалізація на національному рівні, як правило, опосередкована прийняттям відповідного рішення міжнародним судовим органом чи прийняття національного закону чи підзаконного акту. В

³⁶⁸ Забігайло В. К. Панування права чи інфляція законодавства? *Вісник Київського університету. Суспільно-політичні науки*. 1992. № 6. С. 39–40.

³⁶⁹ Браво Л.Ф. Применение международного права в правовом порядке европейских стран. *Российский Ежегодник международного права*. 1995. Санкт-Петербург. 1996. С. 131.

³⁷⁰ Черкес М. Ю. *Міжнародне право: підручник*. Київ: Знання, КОО, 2000. С. 33–34.

³⁷¹ Рыхтикова Л. Ю. Конституционно-правовые основы имплементации норм международного права в Российской Федерации. М., 2004. URL: http://www.pravo.vuzlib.ru/book_z493_page_6.html

практиці держав були лише поодинокі випадки безпосередньої реалізації норм звичаєвого міжнародного права на національному рівні.

Важливу роль у процесі реалізації звичаєвих норм міжнародного права відіграють міжнародні судові органи. Такі рішення, як правило, констатують існування звичаєвої норми (якщо це не було зроблено раніше іншим судовим органом), але й досить часто встановлюють факт порушення державою чи особою міжнародно-правових зобов'язань, що випливають з цієї норми і передбачають відповідальність правопорушника за такі дії чи бездіяльність. Тобто фактично можна стверджувати, що міжнародні судові установи виконують контрольні функції в механізмі реалізації звичаєвих норм міжнародного права.

Якщо підсумувати, можна зробити висновок, що механізм реалізації звичаєвих норм суб'єктами міжнародного права є спільним з відповідним механізмом дії договірних норм. Водночас його ефективність від цього не стає меншою, а значення і роль міжнародного звичаю в системі джерел міжнародного права не втрачається. Проте існують певні проблеми, пов'язані з реалізацією звичаєвих норм. Зокрема, вони стосуються відсутності чіткого механізму тлумачення цих норм у міжнародному праві, яке зумовлює застосування щодо тих самих підходів, що і до договірних норм, що саме по собі не відповідає юридичній природі та характеру цих норм. Причиною цього є відсутність у національному законодавстві механізмів, які б давали змогу це робити. Так, не зрозуміло, яким чином українські суди чи інші органи могли б констатувати існування звичаєвої норми, щоб потім її реалізувати.

Також кожне рішення суду, яке винесене на підставі міжнародного звичаю, створює додану вартість у виконанні міжнародним правом ціннісно-орієнтаційної функції. У *справі Барселона Трекин 1970 р.* (Бельгія проти Іспанії) МС ООН вказав на звичаєву природу норм захисту прав людини, свободи здійснення інвестиційної діяльності та обов'язок держави створювати механізми їхнього захисту. Суд наголошує, що певні порушення звичаєвого міжнародного права вважаються такими критичними, що про порушення цього виду можна заявляти будь-якій державі, а не лише державі, що безпосередньо постраждала від зобов'язання *erga*

omnes. МС ООН зокрема наголосив: «Коли Держава допускає на свою територію іноземні інвестиції чи іноземних громадян, вона, як зазначено в пункті, зобов'язується брати їх під свій правовий захист. Кожна інвестиція такого роду несе певні ризики. Справжнє питання полягає в тому, чи було порушено таке право, яке могло бути лише правом Держави на те, щоб її громадяни користувалися певним ставленням до себе, гарантованим загальним міжнародним правом, за відсутності договору, що застосовується до конкретної справи. Із зазначеного вище випливає, що коли йдеться про незаконні дії, вчинені проти компанії, яка представляє іноземний капітал, відповідно до загального правила міжнародного права, право на подання позову має лише національна Держава однієї компанії»³⁷².

Нормативно-регулятивний вплив, який демонструє судова практика, полягає в тому, що форма права досягає мети її створення – конкретного впливу на правовідносини. У певних випадках використання міжнародного звичаю як правового інструментарію є підтвердженням завершення процесу нормотворення. Що стосується реалізації звичаєвих норм міжнародного права міжнародними судовими органами, їх рішення, зазвичай, не тільки констатують існування звичаєвої норми (якщо це не зробив раніше інший судовий орган), але й досить часто встановлюють факт порушення державою чи особою міжнародно-правових зобов'язань, що випливають з цієї норми, і за порушення яких передбачена відповідальність. Є підстави стверджувати, що міжнародні судові установи виконують контрольні функції в механізмі реалізації звичаєвих норм міжнародного права.

2.3. Тлумачення звичаєвих норм міжнародними судовими установами

Незалежно від форми правової норми, найважливішим завданням її реалізації є встановлення правильного змісту, який визначає дозвільну, зобов'язальну поведінку чи особливості процедур. Враховуючи положення, що і договори, і звичай є основними джерелами міжнародного права, презюмується однакова

³⁷² Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I. C. J. Reports 1970, p. 3, at p. 46, para. 87–88.

юридична сила їхніх норм у регулюванні того самого питання правових відносин. Застосування норм залежить від правильного розуміння їхнього змісту та цілей, яке забезпечується за допомогою тлумачення. Що складнішою є правова система, до якої належить така норма, то глобальніші проблеми вона покликана регулювати, то важливіша роль процесу тлумачення. Крім того, що складнішою є система, то більша схильність застосовувати суб'єктивний елемент для розуміння такої норми. Тому тлумачення норм міжнародного права видається особливо складною справою. Він має суттєве значення для захисту національних інтересів держави.

Тому допустимість використання підходів та принципів тлумачення, що їх застосовують у праві міжнародних договорів до міжнародного звичаю, є очевидною. Практика міжнародних судів підтверджує цей підхід. Так, у *справі щодо питань взаємної правової допомоги у кримінальних справах 2008 р.* (Джибуті проти Франції) МС зазначив, що у питанні тлумачення договорів, положення статті 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. є кодифікацією міжнародних звичаєвих норм та поряд із контекстом міжнародної угоди враховуються будь-які відповідні норми міжнародного права, які застосовуються у відносинах між учасниками³⁷³. На думку Суду, допустимими є застосування положень статті 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 року, яка встановлює, що під час тлумачення договору «поряд із контекстом» враховують будь-які відповідні норми міжнародного права, які застосовують у відносинах між учасниками. Це положення потрібно розглядати як кодифікацію міжнародного звичаєвого права і тому застосовується до договірних відносин між Джибуті та Францією. Суд зазначив, що норма міжнародного звичаєвого права, відображена у статті 29 Віденської конвенції про дипломатичні відносини, обов'язково застосовується до глав держав, з погляду тлумачення терміна дипломатичних агентів. На таких осіб розповсюджується правило, що особа дипломатичного агента є недоторканною. Він не підлягає арешту або затриманню в будь-якій формі. Держава перебування зобов'язана ставитися до нього з належною повагою і вживати всіх необхідних заходів для запобігання будь-

³⁷³ Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 177, at p. 219, para. 112, at p. 232,

яким посяганням на його особу, свободу чи гідність. Це положення, на думку Суду, слід розуміти як прямий обов'язок держави перебування щодо дій її урядових структур та зобов'язання щодо запобігання можливим діям окремих осіб. Зокрема, воно зобов'язує державу перебування захищати честь і гідність глав держав у зв'язку з їхньою недоторканністю³⁷⁴.

Оскільки характерною особливістю звичаєвих норм, яка має значення для судових органів, є те, що, на відміну від договірних норм, які здебільшого чітко сформульовані (визначені межі та механізми їхньої реалізації), звичаєві норми не мають формального закріплення, на практиці виникають труднощі під час їх реалізації суб'єктами міжнародного права. Як і з більшістю інших понять, «тлумачення» досить по-різному розглядають у доктрині. Так, з позиції загальної теорії права тлумачення найчастіше розглядають як «діяльність зі встановлення змісту норм права». Кожен автор додає інші необхідні з його позиції елементи. Зокрема, російський науковець С. С. Алексєєв розглядає тлумачення як діяльність щодо встановлення змісту нормативних приписів. У зв'язку з цим він наголошує, що тлумачення не слід утотожнювати з пізнанням³⁷⁵. Дещо інший підхід у М. І. Абдулаєва, на думку якого, тлумачення права – це спеціальний вид юридичної діяльності щодо розкриття смислового змісту правових норм, необхідний для законотворчості і реалізації права³⁷⁶. Іноді тлумачення розглядають як діяльність державних органів, різних організацій і окремих громадян, спрямоване на з'ясування, роз'яснення змісту та загальнообов'язкової волі законодавця, вираженої в нормах права³⁷⁷.

Варто погодитися з думкою О. О. Мережка, який справедливо зазначає, що питання тлумачення права ще й тепер належить до найгостріших питань сучасної теорії та практики юриспруденції, одним з яких є питання про існування більш-менш однакових правил і принципів тлумачення для всіх галузей права, враховуючи національне та міжнародне право. ...І хоча можна знайти окремі загальні принципи чи підходи до тлумачення, однак різні галузі та системи права

³⁷⁴ Там само. para. 153, and at p. 238, para. 174.

³⁷⁵ Алексєєв С.С. Общая теория права. Москва, 1982. Т. 2. С. 295.

³⁷⁶ Абдулаев М. И. Теория государства и права. Учебник для вузов. 2-е изд., доп. Москва: Финансовый контроль, 2004. С. 287.

³⁷⁷ Большой юридический словарь / под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Е. Крутских. Москва, 1998. С. 697.

через їхню специфіку й особливості предмета правового регулювання мають більше відмінного, ніж спільного... Ця теза стосується і міжнародного права, що ґрунтується на принципі суверенної рівності держав – принципі, якого немає в інших системах та галузях³⁷⁸. Саме тому слід насамперед використовувати теоретичні напрацювання юристів міжнародників, які відзначають з одного боку рівність міжнародного звичаю та договору як джерел права та відповідно можливість спільності підходів тлумачення їх норм.

Застосовуючи для тлумачення міжнародного звичаю правила статей 31, 32, 33 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р.³⁷⁹, треба пам'ятати, що вони є кодифікацією звичаєвих норм міжнародного права, які обов'язкові навіть для держав, які з тих чи інших причин її не ратифікували. Дотримання низки принципів вказаного документа є базовими для розкриття змісту відповідної норми міжнародного звичаю. Судова практика показує, що судові органи визнають, що міжнародний звичай повинен тлумачитись добросовісно відповідно до звичайного значення, яке слід надавати термінам договору в їхньому контексті, а також з урахуванням об'єкта і цілей правовідносин. Разом із контекстом міжнародної норми враховують: будь-яку наступну угоду між учасниками щодо тлумачення зобов'язань або їхнього змісту.

Здійснюючи правосуддя та застосовуючи міжнародні договори суди враховують, що окремі міжнародні договори містять положення, згідно з якими спори щодо тлумачення або застосування норм відповідного договору вирішуються шляхом переговорів, арбітражними судами, юрисдикційними органами міжнародних організацій, або спеціально створеними органами. Одним з органів, юрисдикція якого поширюється на питання тлумачення міжнародних договорів, є МС ООН.

Низкою угод у межах Ради Європи передбачено можливість врегулювання питань їх застосування чи тлумачення в органах Ради Європи. Зокрема, Комітет з юридичних питань та правової співпраці Ради Європи може вирішувати за

³⁷⁸ Мережко О. О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики. Київ, Таксон, 2002. С. 230.

³⁷⁹ Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р. ст. 4. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1986. № 17. С. 343.

домовленістю держав спори щодо тлумачення чи застосування відповідної конвенції про боротьбу з корупцією 1999 року (стаття 21); Європейський комітет із проблем злочинності Ради Європи уповноважений розглядати за домовленістю держав спори щодо тлумачення чи застосування Конвенції про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом 1990 року (стаття 42), а також сприяти дружньому врегулюванню будь-яких труднощів, які можуть виникнути у зв'язку із застосуванням Конвенції про передачу засуджених осіб 1983 року (стаття 23), Європейської конвенції про міжнародну дійсність кримінальних вироків 1970 року (стаття 65), Європейської конвенції про боротьбу з тероризмом 1977 року (стаття 9), Європейської конвенції про передачу провадження у кримінальних справах 1972 року (стаття 44).

Під час здійснення правосуддя використовують акти та рішення міжнародних організацій, спеціалізованих органів, які уповноважені на тлумачення або врегулювання спорів щодо тлумачення. Наприклад, нормативний зміст поняття «затримання», коли обмежується право індивіда на свободу, розкривається у Зводі принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню або ув'язненню у будь-якій формі, затвердженому Резолюцією 43/173 Генеральної асамблеї ООН від 9 грудня 1988 року, у Правилах Організації Об'єднаних Націй, що стосуються захисту неповнолітніх, позбавлених волі, прийнятих Резолюцією 45/113 Генеральної асамблеї ООН від 14 грудня 1990 року.

Оскільки під час реалізації звичаєвих норм суб'єктами міжнародного права не відбувається формального закріплення цих особливостей, міжнародні, а іноді і національні судові органи в своїй практиці визначають їх та тлумачать звичаєві норми. У спорі Між Німеччиною та Італією щодо юрисдикційних імунітетів 2012 р. МС ООН наголосив на особливості застосування звичаєвих норм за умов, коли сторони не мають зобов'язань, які б впливали з договірного права та вказав, що «будь-яке право на імунітет може тлумачитись лише на підставі міжнародного звичаєвого права, а не договору. Хоча Німеччина є однією з восьми держав-учасниць Європейської конвенції про імунітет держав від 16 травня 1972 року (*Рада Європи, Серія європейських договорів*, Італія не може вважатись її

учасницею, а, своєю чергою, відповідно, Конвенція не є обов'язковою для її виконання. Жодна з цих Держав не є учасницею *Конвенції ООН про юрисдикційні імунітети держав та їх власності, прийнятої 2 грудня 2004 року*, яка в будь-якому випадку ще не набула чинності³⁸⁰.

Широкий підхід до тлумачення підтримує І. І. Лукашук, який з цього приводу пише: «тлумачення норм міжнародного права – це з'ясування змісту норми, її цілей з урахуванням результатів її застосування в конкретній ситуації»³⁸¹. Російська дослідниця Е. Л. Садикова, розвиваючи попередню думку стверджує, що «функція тлумачення пов'язана не тільки з необхідністю проникнення за допомогою зовнішньої форми права в зміст правових приписів, а й з тлумаченням права загалом – його сенсу, принципів, соціально-політичного змісту»³⁸².

У спеціальних дослідженнях проблема тлумачення норм зазвичай розглядають на підставі матеріалів міжнародних договорів. Так, словник міжнародного права пояснює цей термін саме як тлумачення міжнародних договорів. З цієї позиції тлумачення треба розглядати як встановлення їх автентичного змісту з метою якнайповнішої і найточнішої реалізації³⁸³. Таким чином, метою тлумачення норм права є правильне застосування їхніх приписів до конкретних випадків життя. Таку позицію підтримує французький науковець Ш. Руссо, який вважає, що це розумова діяльність, спрямована на розкриття сенсу юридичної норми, встановлення її значення, з'ясування малозрозумілих і двозначних виразів³⁸⁴.

Представники Марксистської школи юриспруденції враховували те, що існують об'єктивні критерії правильного тлумачення норм міжнародного права, ігнорування яких веде до спотворення істинної волі держави³⁸⁵. Прихильники цієї течії вважали, що міжнародне право не є особливою системою права, а тому до тлумачення її норм можна застосовувати всі прийоми тлумачення, відомі в теорії права і внутрішньодержавній практиці. На думку Д. Харашті, тлумачення – це

³⁸⁰ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 120, para. 50, at pp. 122–135, para. 54–79, at pp. 136–139, para. 83–91, at pp. 140–142, para. 92–97, at pp. 146–148, para. 113–118, and at p. 153, para. 137;

³⁸¹ Лукашук И. И. Международное право в судах государств. Москва, 1993. С. 155.

³⁸² Садикова Э. Л. Проблема целевого толкования международных договоров: дисс... канд. юрид. наук. Казань, 1994. С. 22.

³⁸³ Словарь международного права. Москва, 1986. С. 219.

³⁸⁴ Rousseau Ch. Le Droit des Conflits Amies. Paris: Pedone, 1982. P. 632.

³⁸⁵ Талалаев А. Н. Право международных договоров. Москва, 1985. С. 78.

юридична операція, яка у зв'язку із застосуванням договору до реального випадку спрямована на роз'яснення намірів сторін за допомогою пізнання тексту договору та інших відповідних матеріалів³⁸⁶. Тому основною метою тлумачення є забезпечення ефективного застосування норми до конкретної фактичної ситуації. Тлумачення варто відмежовувати від застосування права. Зокрема, тлумачення спрямоване роз'яснити зміст норми, тоді як застосування передбачає встановлення можливих юридичних наслідків, які настануть для сторін конкретних відносин, а в деяких випадках, і для третіх осіб.

Досить оригінальною є позиція Є. Хамбро, який зазначає, що метою тлумачення є встановлення загальних намірів суб'єктів правотворчості. До того ж, на його думку, воля такого суб'єкта має найважливіше, абсолютне значення³⁸⁷. Загалом цю думку підтримує Ч. Хайд, який під тлумаченням розуміє процес з'ясування зв'язків, які сторони мали на увазі встановити між умовами і цілями, і для досягнення яких було встановлено таку норму³⁸⁸.

Попри досить значні розбіжності в визначеннях поняття тлумачення, загалом його розуміння можна звести до з'ясування змісту норми з метою її ефективного застосування. Саме тому видається цілком справедливим розкрити не тільки основні підходи до розуміння поняття тлумачення, але й його зміст. І тут найвдалішою можна вважати позицію І. І. Лукашука та О. І. Лукашук, на думку яких у процесі тлумачення змісту норми міжнародного права необхідно встановити: а) її зміст; б) взаємозв'язок з іншими принципами і нормами; в) взаємозв'язок норми з іншими нормативними явищами, політикою, мораллю. Варто також особливу увагу звернути на зв'язок тлумаченої норми з так званім «м'яким правом», яке створюють резолюції міжнародних органів і організацій³⁸⁹.

Практика Постійної Палати міжнародного правосуддя щодо тлумачення міжнародних звичаєвих норм значно вплинули на формування підходів щодо застосування та тлумачення звичаєвих норм міжнародного права загалом. Вона ввібрала ті прецеденти щодо тлумачення міжнародного звичаю, які виникали до

³⁸⁶ Haraszti G. Some Fundamental Problems of the Law of Treaties. Budapest. 1973. P. 113.

³⁸⁷ Hambro Ed. The Case Law of the International Court. Oxford. 1952. P. 34–35.

³⁸⁸ Хайд Ч. Международное право, его понимание и применение Соединенными Штатами Америки. Москва, 1950. С. 116.

³⁸⁹ Лукашук И. И., Лукашук О. И. Толкование норм международного права. Москва, 2002. С. 15.

того часу. Пізніше рішення Постійної палати використовував Міжнародний суд ООН та інші органи міжнародної юстиції під час розгляду питань, пов'язаних із застосуванням та тлумаченням звичаєвих норм міжнародного права.

Перша із вказаних справ (*Справа «Лотос»*) є одним з найвідоміших прикладів негативного застосування звичаєвих норм міжнародними судовими органами. Сторонами у цій справі були Франція та Туреччина, рішення щодо якої 1927 р. прийняла Постійна палата міжнародного правосуддя. Справа стосувалася юрисдикції над офіцером французького судна «Лотос», обвинуваченим у недбалості, яка призвела до зіткнення «Лотоса» з турецьким кораблем «Боз-Курт» та загибелі людей.

Суд не визнав аргументи Франції щодо того, що існує звичаєва норма, згідно з якою у такому випадку юрисдикцію над обвинуваченим мала держава прапора, і покликала на відсутність практики судових процесів у державах жертви в аналогічних ситуаціях. У цьому випадку суд зазначив, що навіть якби було доведене існування подібної практики, це не робило б її автоматично звичаєвою нормою. Для того, щоб певне правило набувало характеру звичаю, навіть за наявності відповідної практики, необхідно, щоб ця практика «...базувалася на усвідомленні державами відповідного обов'язку³⁹⁰».

Це рішення суду ще раз наголошує на важливості *opinio juris*, тобто усвідомлення обов'язковості певного правила поведінки як невід'ємної і необхідної складової звичаєвої норми. Воно тлумачить зміст цього «усвідомлення» і визначає його ключову роль визначення звичаєвості норм. У разі відсутності такого усвідомлення правило не є звичаєвою нормою і не містить обов'язковості.

Іншим прецедентом, важливим для звичаєвого права, є *справа про фабрику в Хожуві*. У цій справі розглядали питання про належність фабрики в польському місті Хожув. Зокрема, порушено питання про відшкодування збитків і те, чи є це нормою звичаєвого міжнародного права. Постійна палата міжнародного правосуддя визнала, що відшкодування збитків є частиною звичаєвого права як загальновизнаний принцип міжнародного права.

³⁹⁰ The case of the S. S. «Lotus», P. C. I. J., Series A. No. 10, 1927. P. 28; 4 I.L.R. P. 159.

У своєму рішенні вона зазначила, що «принципом міжнародного права є те, що порушення взятого на себе зобов'язання тягне за собою обов'язок відшкодувати збитки... відшкодування повинне, наскільки це можливо, ліквідувати всі наслідки протиправного діяння, і відновити стан, який, вірогідно, існував би, якби це діяння не було скоєне...»³⁹¹.

Рішення в *справі про фабрику в Хожуві* значно вплинуло на формування такої галузі міжнародного права, як право міжнародної відповідальності. Під час його аналізу можна зробити висновок про те, що принцип відповідальності держав – це «один із принципів міжнародного права і до того ж звичаєва норма»³⁹².

Як зазначено вище, правила тлумачення звичаєвих норм не отримали необхідної теоретичної розробки. Причин для цього є кілька. Та найважливішою видається те, що тісний зв'язок встановлення звичаю з визначенням його змісту, тобто з його тлумаченням повинен брати до уваги не лише визначення змісту та суті норми, але й їх визнання широким колом держав. Розуміння суб'єктами змісту норми повинно співпадати з проявами її застосування. А такий аналіз можна здійснювати виключно у рамках загальних теоретичних досліджень. Тому деякі питання тлумачення звичаю розглядають у роботах про звичаєві норми міжнародного права. Спеціальних робіт щодо тлумачення звичаєвих норм практично немає. Однією з найвідоміших таких робіт є стаття німецького вченого А. Блекманна «Встановлення и тлумачення міжнародного звичаєвого права»³⁹³. У ній автор стверджує, що будь-яка інша правова норма, міжнародно-правовий звичай не можливо здійснювати без з'ясування його змісту.

Тлумачення звичаю видається складнішим процесом, ніж тлумачення договорів, і тому породжує низку додаткових проблем. Так, до прикладу, встановлення змісту і сутності звичаєвої норми – її спеціально-юридичне тлумачення і процес з'ясування її змісту – загальне тлумачення, відрізняються один від одного. За допомогою першого виду тлумачення встановлюється факт визнання суб'єктами юридичної обов'язковості за певною нормою, що склалася в

³⁹¹ Czorow Factory Case, Permanent Court of International Justice, Series A, No. 17, 1928. P. 21.

³⁹² Czorow Factory Case, Permanent Court of International Justice, Series A, No. 17, 1928. P. 29.

³⁹³ Bleckmann A. Zur Feststellung und Auslegung von Volkergewohnheitsrecht. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Bd. 1977.

практиці. Такий факт позначають латинською формулою «*opinio juris*». Щоправда, в обох випадках об'єктом тлумачення є матеріали практики³⁹⁴. До них Комісія міжнародного права зарахувала: тексти міжнародних актів (договорів), рішення міжнародних і національних судів, а також національне законодавство, дипломатичну кореспонденцію, думки юридичних радників держав, практику міжнародних організацій.

Однак під час встановлення факту визнання ці матеріали є доказами наявності юридичної сили у звичаєвої норми, а за загального тлумачення – засобом з'ясування її змісту. Інакше кажучи, в першому випадку йдеться про специфічний вид тлумачення, типовий для звичаєвих норм, тоді як у другому випадку матеріали практики використовують так само, що і під час з'ясування змісту договірних норм. Наприклад, у разі зіставлення різних матеріалів практики держав застосовують систематичне тлумачення змісту звичаю, а в разі з'ясування змісту який впливає з письмових актів практики, тоді застосовують граматичне тлумачення тощо.

Тому встановлення існування звичаєвої норми – це по суті спеціально-юридичне тлумачення, в результаті якого визначається факт існування норми, її зміст, сфера дії. Цю думку загалом підтримала Комісія міжнародного права ООН у згаданій вище доповіді про формування і докази міжнародного звичаєвого права.

Досить важливу роль у процесі як встановлення змісту звичаєвих норм, так і їх тлумаченні, відіграють судові органи. Міжнародні, а іноді й національні, судові органи у своїй практиці тлумачать норми звичаєвого міжнародного права, керуючись принципами статей 31, 33 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. *Справа про притулок 1950 р.*, (Колумбія проти Перу) була першою з розглядуваних Судом справ, у якій він глибоко вдався до тлумачення звичаєвого міжнародного права. У рішенні до цієї справи підтверджено значення постійної та чіткої практики держав як необхідного і обов'язкового елемента звичаєвої норми. У цій справі йшлося про те, що Колумбія надала притулок на

³⁹⁴ Bleckmann A. Zur Feststellung und Auslegung von Volkergewohnheitsrecht. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Bd. 1977.

території свого дипломатичного представництва громадянину Перу Айя Де Ла Торре, якого звинувачували в підбурюванні до заколоту.

Колумбія вважала, що вона діє згідно з інститутом притулку, який існував у міжнародному праві американського регіону, і дозволяв надавати політичний притулок на території дипломатичних представництв. Тому посол Колумбії звернувся до перуанського уряду з проханням видати Айя Де Ла Торре спеціальну перепустку, яка б дозволяла йому безперешкодно покинути країну. Перу відмовило, стверджуючи, що Колумбія не мала права здійснювати односторонню кваліфікацію злочину як політичного, і наполягала на тому, що Де Ла Торре вчинив кримінальний злочин, вказуючи на те, що практика односторонньої кваліфікації злочинів не підкріплена відповідною одностайною міжнародною практикою.

У рішенні в цій справі Суд зазначив, вказав на низку суттєвих особливостей міжнародного, зокрема, що поняття «одностайності» повинне тлумачитися як узгодження актів, які послідовно сліднують один за одним і повинні бути подібними. Суд зазначив, що «не може визнати, що уряд Колумбії довів існування звичаю. Але навіть якщо б можна було припустити, що такий звичай існував тільки між деякими латиноамериканськими державами, його дію не можна було б поширити на Перу, що своїм ставленням не підтверджувала дотримання такого звичаю, а навпаки, відмовилася від нього, утримуючись від ратифікації Конвенцій Монтевідео 1933 р. та 1939 р., до яких вперше було включено правило про кваліфікацію правопорушень у питаннях надання дипломатичного притулку». Було також наголошено, що «Сторона, яка покликається на такий звичай, має довести, що цей звичай набув обов'язковості для іншої Сторони. Уряд Колумбії був повинен довести, що використана ним норма права узгоджується з постійним та однорідним застосуванням у відповідних державах і що така практика правозастосування є вираженням права, яке належить державі, котра надає притулок, і обов'язку, що покладається на державу територіальної юрисдикції. Тобто до практики держав, окрім поняття «одностайності», коректним є також застосування терміна «частота» як вимога до матеріального елемента звичаю.

Іншим важливим висновком, який зробив Суд, стало твердження про те, що поняття «міжнародний звичай» у значенні ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН охоплює партикулярні та регіональні звичаї, так само як договірне право стосується двосторонніх та багатосторонніх договорів³⁹⁵.

Не менш цікавою є *Справа про рибальство* (Об'єднане Королівство проти Норвегії) 1951 р. У цій справі Об'єднане Королівство звернулося до Міжнародного Суду з проханням пояснити, чи відповідає міжнародному праву делімітація морських кордонів, проведена урядом Норвегії у 1935 р. Британська сторона стверджувала, що кордони не були проведені згідно з правилами, які існують щодо цього питання в міжнародному праві, а саме щодо того, що в разі, якщо затока заглиблюється в берег більш ніж на 10 км, відповідні зміни мають бути відображені і в морських кордонах. Своєю чергою, Норвегія, не заперечуючи існування такого правила, наполягала на тому, що їх застосування є неприйнятним для неї.

МС ООН встановив, що таке правило і справді закріплене в кількох міжнародних угодах і конвенціях та в національному праві деяких держав, а також застосовано під час арбітражного розгляду спорів, проте інші держави не визнавали його, застосовуючи інші критерії. Відповідно, за відсутності одностайної практики держав це правило не можна визнати звичаєвою нормою. Суд вирішив, що метод, який застосовувала Норвегія, не суперечить міжнародному праву³⁹⁶.

У цьому разі Міжнародний Суд наголосив на важливості одностайності практики держав для існування міжнародної звичаєвої норми. Значення такого підходу полягає в тому, що встановлюється існування і певних обов'язкових критеріїв, яким мають відповідати й елементи звичаєвої норми. Суд також розтлумачив співвідношення національного та міжнародного права в сфері делімітації морських просторів. Він зазначив, що «хоча уряд Сполученого Королівства визнає, що Норвегія має право вважати внутрішніми водами всі фйорди та протоки, які підпадають під поняття бухти, як визначено в

³⁹⁵ Colombian-Peruvian asylum case (Colombia/Peru), Judgment, I. C. J. Reports 1950, p. 266, at p. 274, and at pp. 276–278;

³⁹⁶ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), International Court of Justice, Judgment 18 December 1951. Dissent opinion of the judge Read. I. C. J. Rep. 1951. P. 151.

міжнародному праві, не залежно від того, чи довжина лінії замикання бухти більша чи менша, ніж десять морських миль. Але уряд Сполученого Королівства визнає це лише на підставі історичного права; тому слід вважати, що цей уряд не відмовився від свого твердження, що «правило десяти миль» потрібно розглядати як правило міжнародного права.

За цих обставин Суд вважає за необхідне вказати, що хоча «правило десяти миль» окремі держави додали до національного законодавства, їхніх договорів та конвенцій, і хоча його застосовано в окремих арбітражних рішеннях у спорі між цими державами, інші держави дотримуються інших меж. Отже, «правило десяти миль» не набуло статусу загального положення міжнародного права³⁹⁷.

У рішеннях *щодо справи територіального спору* (Лівія проти Чаду) 1994 р., *делімітації морського кордону та територіальних питань* (Катар проти Бахреїну) 1995 р.³⁹⁸ та *в питанні нафтових платформ* (США проти Ірану) 2003 р.,³⁹⁹ суд ООН звертав увагу, що правила добросовісного тлумачення зобов'язань, які породжені укладанням договорів, мають звичаєву природу. Договір повинен тлумачитись добросовісно відповідно до звичайного значення, яке слід надавати термінам договору в їхньому контексті, а також у світлі об'єкта і цілей договору. Тлумачення повинне насамперед ґрунтуватися на тексті договору. Можливе звернення до додаткових засобів тлумачення, зокрема до підготовчих матеріалів та до обставин укладення договору. Тлумачення повинне передовсім ґрунтуватися на тексті договору.

Можливе звернення до додаткових засобів тлумачення, зокрема до підготовчих матеріалів та до обставин укладення договору. З'ясування змісту звичаєвої норми є по суті спеціально-юридичним тлумаченням норм міжнародного права, у результаті якого визнається не лише факт існування звичаєвої норми але також і сфера її дії у часі, просторі та за колом осіб. У іншій справі суди визначають, що право обирати спосіб набрання чинності міжнародних договорів є правом держав та що тоді як у міжнародній практиці двоетапна процедура, яка

³⁹⁷ Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgment, I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 131, and at p. 139.

³⁹⁸ Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I. C. J. Reports 1994, p. 6, at pp. 21-22, para. 41.

³⁹⁹ Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I. C. J. Reports 1994, p. 6, at pp. 21-22, para. 41.

складається з підписання та ратифікації, часто передбачена положеннями щодо набуття чинності договору, існують також випадки, коли договір вступає в силу відразу після підписання.

Як звичаєве міжнародне право, так і Віденська конвенція про право міжнародних договорів цілком залишають за державами вибір процедури, якої вони хочуть дотримуватися. Таке твердження підтримали представники Комісії міжнародного права ООН у спеціальній доповіді про формування і докази звичаєвого міжнародного права.

Розділ 3. ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ МІЖНАРОДНИМИ СУДОВИМИ УСТАНОВАМИ ЗВИЧАЄВОГО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

3.1. Роль звичаю у практиці Міжнародного суду ООН

Особливістю застосування міжнародно-правового звичаю у процедурі Суду є однакові можливості для аргументації своєї позиції як для сторін спору, так і для Суду. Держава – учасниця справи, яка покладається на формування доказу, обґрунтування наявності обов’язку чи порушення на підставі звичаєвої норми, несе процесуальне обтяження доказування наявності елементів звичаю – практики та *opinio juris*. Досліджуючи позиції сторін спору, Суд по-різному оцінює надані аргументи, беручи до уваги не лише докази сторін, але джерела власної інформації. У рішенні щодо *справи ордеру на арешт Конго проти Бельгії* 2012 р. зазначено, що після аналізу низки договірних норм, на які покликалися сторони спору, він знайшов там лише корисні настанови щодо певних аспектів питання імунітетів. Однак вони не містять жодних спеціальних положень, які б визначали імунітети, якими може користуватись міністр закордонних справ. Надалі, взявши за основу звичаєве міжнародне право, Суд вирішив питання щодо імунітетів, які стосуються цієї справи на підставі власних доводів.

Що ж стосується використання звичаю в практиці Суду, то можна виокремити декілька основних варіантів. Розглянемо їх.

1. Суд своїм рішенням чи консультативним висновком підтверджує існування певного міжнародно-правового звичаю. Як приклад такого можна навести рішення Суду у *справі Конго проти Бельгії*, де Суд зазначив, після аналізу низки договірних норм, на які покликалися сторони спору, він знайшов там лише корисні настанови щодо певних аспектів питання імунітетів, однак вони не містять жодних спеціальних положень, які б визначали імунітети, якими може користуватись міністр закордонних справ⁴⁰⁰.

2. Закріплення двоелементного складу звичаєвої норми. Загальновідомо, що відповідно до ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН звичай є загальною

⁴⁰⁰ Arrest warrant of 11 April 2000, *Democratik Republic of Congo v. Belgium*. Summary of Judgment of 14 February 2002, para. 47–55.

практикою, визнаною як правова норма. Тобто це поняття містить два елементи, наявність яких є необхідною умовою для констатації звичаєвих норм міжнародного права: практики держав та *opinio juris*. Як справедливо відзначає Б. Шліттер, саме цей двоелементний підхід застосовують у практиці Міжнародного суду для встановлення наявності звичаєвої норми міжнародного права⁴⁰¹. До того ж це було підтверджено кількома рішеннями та консультативними висновками Суду. Так, зокрема, Суд зазначає, що з метою встановлення міжнародного звичаю «слід звернути увагу на практику і *opinio juris* держав»⁴⁰². Подібна думка міститься в Рішенні у справі про континентальний шельф (Лівія проти Мальти) від 3 червня 1985 року, де зазначено, що «це є, звичайно, аксіомою, що матерія міжнародного звичаєвого права полягає передусім в наявній практиці й *opinio juris* держав»⁴⁰³. До того ж Суд встановив окремі вимоги до практики й *opinio juris*.

Так зокрема, для того, щоб практика набула здатності виступати конституювальним елементом звичаєвої норми, вона має відповідати певним критеріям. Ці критерії сформулював Суд у Рішенні у справі про континентальний шельф Північного моря 1969 року, де зазначено: «Хоча короткий період сам по собі не обов'язково є перешкодою для формування нової норми звичаєвого міжнародного права на основі того, що з початку було просто звичним правилом, необхідною має бути вимога, щоб протягом цього періоду, яким би коротким він не був, практика держав, враховуючи ті, чиїх інтересів це особливо стосується, повинна бути не лише широкою, але і практично одноманітною в тому, що стосується положення, яке застосовують, і до того ж її потрібно застосовувати так, аби стало очевидним загальне визнання того, що йдеться про норму права або юридичний обов'язок»⁴⁰⁴. На основі цього положення та із урахуванням вивчення практики міжнародних судових установ, яка охоплює різні галузі та інститути міжнародного права, доктриною визначено головні критерії ідентифікації елементів норми міжнародного звичаю та сформовано три обов'язкові вимоги,

⁴⁰¹ Schliitter B. Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International *ad hoc* Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia. Leiden; Boston : MartinusNijhoff Publishers, 2010. P. 33–35.

⁴⁰² Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (NicaraguaM v. United States of America). Merits, Judgment. I. C. J. Reports 1986, P. 14. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>; para. 183; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>. para. 65–73.

⁴⁰³ Continental Shelf (Libyan Arab Jarnahiriya/Malta), Judgment, I. C. J. Reports 1985, p. 13. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/68/6415.pdf>. para. 27

⁴⁰⁴ North Sea Continental Shelf, I. C. J. Reports 1969, p. 3. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/51/5535.pdf>. para. 74.

яким має відповідати практика держав для її визнання конституювальним елементом звичаєвої норми міжнародного права: (1) стійкість та одноманітність; (2) загальність та репрезентативність; (3) здійснення практики протягом певного часу⁴⁰⁵.

Що ж стосується другого елемента, то у вказаному рішенні Суд також встановив і вимоги до *opinio juris*. Суд вказує, що «акти не лише повинні утворювати стійку практику, але й за своїм характером або способом здійснення вони мають свідчити про переконаність у тому, що ця практика стала обов'язковою в силу існування норми права. Необхідність у такому переконанні, тобто існуванні суб'єктивного елемента, міститься у самому понятті *opinio juris sive necessitates*. Зацікавлені держави повинні таким чином усвідомлювати, що вони підкоряються тому, що рівнозначно юридичному обов'язку. Ні повторення, ні навіть звичаєвий характер актів не є достатніми. Існує багато міжнародних актів, наприклад у сфері протоколу, які здійснюються майже однаково, але зумовлені простими міркуваннями ввічливості, доцільності чи традиціями, але не усвідомленням юридичного обов'язку»⁴⁰⁶.

3. Підтвердження існування поряд з універсальними звичаями локальних (партикулярних) звичаєвих норм. Суд визнав наявність регіональних, локальних звичаєвих норм міжнародного права одразу в кількох рішеннях. Наприклад, у рішенні у справі про притулок⁴⁰⁷. Суд за клопотанням Колумбії здійснив дослідження регіональної практики держав, яка могла б призвести до формування звичаєвої норми, визнаючи цим можливість існування таких норм⁴⁰⁸. Крім того, Суд встановив відсутність відповідної локальної звичаєвої норми, спираючись на наполегливе заперечення⁴⁰⁹. Міжнародний суд у Рішенні у справі про військові та воєнізовані дії проти Нікарагуа констатував існування міжнародного звичаєвого

⁴⁰⁵ Обычное международное гуманитарное право. Т. I: Нормы. Москва, МККК, 2006. С. 24.

⁴⁰⁶ North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1969, p. 3. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/51/5535.pdf>. para. 77

⁴⁰⁷ Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I. C. J. Reports 1950, p. 266. URL: <http://www.icj-cij.Org/docket/files/7/1849.pdf>.

⁴⁰⁸ Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I. C. J. Reports 1950, p. 266. URL: <http://www.icj-cij.Org/docket/files/7/1849.pdf>. P. 276–278.

⁴⁰⁹ Mendelson M. The International Court of Justice and the sources of international law. *Fifty years of the International Court of Justice: essays in honour of Sir Robert Jennings* / ed. by Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice. Cambridge: Cambridge University Press, 1996 [Digital printed version 2008]. P. 71–72.

права, характерного для «міжамериканської правової системи»⁴¹⁰. До того ж у справі про право проходу було визнано можливість існування звичаєвої норми, яка сформувалася між двома державами. Суд у відповідному рішенні зазначив: «Складно зрозуміти, чому кількість держав, між якими може виникнути локальний звичай на основі тривалої практики, повинна обов'язково бути більшою ніж дві. Суд не вбачає причин, за якими характер відносин, що повторюється як практика між двома державами, визнана ними такою, що регулює їхні взаємини, не може бути основою обопільних прав і зобов'язань між цими державами». У зв'язку з цим Суд зазначив, що відповідна норма звичаєвого міжнародного права виникла на основі «постійної та одноманітної практики» двох держав, «визнаної ними як правова норма».

4. *Констатація ознак модифікації способів формування міжнародного звичаєвого права.* Як відомо, у післявоєнній історії з'явилося, як мінімум, два нові види звичаєвих норм: «миттєві звичаї» та «розумні звичаї». Перші створюються не в результаті тривалої практики, а в результаті визнання нормою одного чи кількох актів поведінки⁴¹¹. Стосовно другого виду, формування «розумних» звичаїв здійснюється за участю міжнародних організацій та складається з двох стадій: спочатку держави виражають загальну позицію щодо конкретного питання в акті міжнародної організації, який не має обов'язковості, а потім вони починають дотримуватися цієї позиції на практиці»⁴¹². І якщо формування миттєвих звичаїв є достатньо рідкісним явищем, то розумні звичаї трапляються набагато частіше.

І. І. Лукашук зазначає, що «звичаєві норми цього виду спочатку формулюються або у договорах, або у таких неправових актах, як резолюції міжнародних нарад і організацій, а надалі за ними визнається статус норм загального міжнародного права. Юридично вони існують як міжнародний звичай, а відповідні акти слугують як доказ їхнього змісту. Так, резолюції ГА ООН можуть бути доказом існування і змісту звичаєвих норм міжнародного права. Норми

⁴¹⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I. C. J. Reports 1986, P. 14. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>. para. 199.

⁴¹¹ Roberts A. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation. *American Journal of International Law*. October 2001. Vol. 95, No. 4. P. 758–759. URL: <http://www.asil.org/ajil/roberts.pdf>.

⁴¹² Толстых В. И. Курс международного права: учебник. Москва: Волтерс Клувер, 2009. С. 168–169.

другого виду швидко створюються і здатні не лише закріплювати практику, яка склалась, але і формувати її надзвичайно важливо у наш динамічний час»⁴¹³.

На рівні практики можна відслідкувати появу нового порядку формування звичаєвих норм, що зазвичай завжди зафіксовано рішеннями МС ООН, якщо питання було на його розгляді. Так, у Рішенні у справі про військові та воєнізовані дії проти Нікарагуа⁴¹⁴ Суд зазначає, що згода із текстом резолюції може бути «зрозуміла як визнання юридичної сили за певним правилом або правилами, які містяться в резолюції.., тому очевидно, що позиція, про яку йдеться, є вираженням *opinio juris* стосовно такого правила».

Слід також враховувати позицію Суду, висловлену в Консультативному висновку щодо правомірності погрози застосування ядерної зброї чи її застосування⁴¹⁵, де зазначено, що «Резолюції Генеральної асамблеї, навіть якщо вони не зобов'язують, мають іноді нормативну цінність. Вони можуть за певних умов слугувати важливим доказом для встановлення існування норми або появи *opinio juris*. Щоб пересвідчитися, що саме про це насправді йдеться у Резолюції Генеральної асамблеї, необхідно звернутися до її змісту та умов прийняття; також важливо звернути увагу на те, чи існує *opinio juris* в його нормативному значенні.

Низка резолюцій може демонструвати еволюцію *opinio juris*, яка необхідна для появи нової звичаєвої норми». Суд досить часто використовує посилання на рекомендаційні резолюції, які використовують як доказ висловлення державами *opinio juris*. Тому не дивно, що у доктрині вказано на те, що суд схильний вважати голосування за резолюції Генеральної асамблеї як одну з форм практики та доказ існування *opinio juris*. Водночас така позиція Суду вже сформувала теоретичний підхід, за яким у передбаченому Статутом ООН механізмі прийняття резолюцій Генеральної асамблеї відбулися зміни і що вважається можливим, щоб держави під

⁴¹³ Лукашук И. И. Международное право. Общая часть : учеб. для студ. юрид. фак. и вузов. / И. И. Лукашук ; Рос. акад. наук, Ин-т государства и права. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2008. С. 105–106.

⁴¹⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I. C. J. Reports 1986, p. 14. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>, para. 188.

⁴¹⁵ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 226. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>, para. 70.

час прийняття резолюцій не лише схвалювали правила, що в них містяться, а й виражали *opinio juris*⁴¹⁶.

5. Суд опосередковано встановив, що норми *erga omnes* і *jus cogens*, крім договірних, мають і звичаєве спрямування. Протягом кількох останніх десятиліть в теорії та практиці міжнародного права ведеться спір стосовно природи норм *erga omnes* і *jus cogens*. Міжнародний суд розглянув питання про імперативні норми і пов'язані з ним поняття, таких як зобов'язання *erga omnes*, у різних контекстах тісно пов'язаних з міжнародним гуманітарним правом, наприклад, у зв'язку з основоположними правами людини, заборонаю на погрозу силою або її застосуванням і правом народів на самовизначення.

Перша згадка Судом зобов'язання *erga omnes* наявна щодо заборони геноциду. У своєму Консультативному висновку від 21 травня 1991 р. з питання застережень до Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього Суд звертає увагу на особливий вимір цією Конвенцією. Тим самим побічно визнаючи, що заборона геноциду – це зобов'язання *erga omne*. Таке саме рішення Суд ухвалив щодо справи, що стосується військових дій на території Конго 2002 р.

Як справедливо висловився Х. Лаутерпахт щодо справи «Хорватія проти Сербії»⁴¹⁷, заборону геноциду «давно розглядають як одне з небагатьох безперечних прикладів *jus cogens*».

У процесі судового розгляду у справі Барселона трекшн Суд покликався на «істотну відмінність», яка повинна бути окреслена між зобов'язаннями держави щодо міжнародного співтовариства загалом, і тими зобов'язаннями, які виникають перед іншими державами у сфері дипломатичної захисту. Зважаючи на важливість порушених прав, всі держави можуть мати правовий інтерес у їхньому захисті; вони є зобов'язаннями *erga omnes*... Такі зобов'язання ґрунтуються, наприклад, на сучасному міжнародному праві, на забороні актів агресії та геноциду, а також на основі принципів і норм, що стосуються основних прав людини, враховуючи захист від рабства та расової дискримінації. Подібність зобов'язань у сфері

⁴¹⁶ Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе / Рос. акад. наук, Ин-т государства и права. Москва: Спарк, 1997. С. 244.

⁴¹⁷ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), International Court of Justice, Judgement of 2 July 1996. I. C. J. Reports. 1996. Para 440.

гуманітарного права підтверджено у консультативному висновку щодо законності погрози ядерною зброєю та її застосування⁴¹⁸, де вказано, що більшість норм гуманітарного права інкорпорує зобов'язання, які по суті мають характер *erga omnes* і є звичаєвими, а також у справі «Про будівництво стіни на палестинських територіях»⁴¹⁹.

6. Суд *заперечує існування звичаєвої норми міжнародного права*. Нерідко суд заперечує існування звичаю. Подібних випадків було кілька в практиці Суду. Найілюстративнішою у цьому аспекті є *справа рибних промислів* (Великобританія проти Норвегії) 1951 р., в якій Суд відкинув заяви Великобританії, що води затоки можуть вважатись внутрішніми водами лише у випадку ширини входу в затоку не більше ніж 10 миль, вказавши, що «хоча 10-мильну межу підтримала низка держав, як у договорах, так і в конвенціях, і хоча арбітраж інколи в своїх рішеннях щодо спорів між даними державами застосовував цю межу, інші держави її не приймають. Це означає, що вона не стала звичаєвою нормою міжнародного права»⁴²⁰.

Показовою є *справа про Континентальний шельф Північного моря*, у рішенні по якій Суд зазначив, що принцип рівного віддалення, як він закріплений у ст. 6 Женевської конвенції 1958 р., не може вважатись нормою звичаєвого права, що отримала остаточне формування та є обов'язковими для сторін спору. МС ОО зазначив, що не можна стверджувати, що в цій статті відображено або уточнено вказану норму. Це підтверджується тим фактом, що під час підписання, ратифікації або приєднання до Конвенції будь-яка держава може зробити застереження... чого не допускають статті 1–3... Стаття 6 прямо стосується прав на континентальний шельф, і оскільки вона не вилучена зі сфери дії права на застереження, можна зробити закономірний висновок, що її не розглядають як частину загального звичаєвого права, що формується. Найважливішим є те, що Суд вказав як на обов'язкову вимогу врахування обставин формування звичаю та позицію та інтерес кожної сторони спору щодо звичаю, який формується.

⁴¹⁸ Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, International Court of Justice, Advisory Opinion, 8 July 1996, I. C. J. Reports 1996. Para 79.

⁴¹⁹ Advisory Opinion on the Wall in the Occupied Palestinian Territory, International Court of Justice, 9 July 2004, I. C. J. Reports 2004. Para 158.

⁴²⁰ Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland), International Court of Justice, Merits. I. C. J. Rep. 1974. p. 131.

7. Суд, не погодившись з твердженням про наявність певної норми, вказує, що наявна тенденція до її формування. Так, знаковим у цьому аспекті є вже згадуване Рішення у справі про континентальний шельф Північного моря⁴²¹ 1969 р., в якому Суд зробив висновки, що багатостороння конвенція може бути кодифікувальним актом щодо наявних звичаєвих норм міжнародного права. Процес підготовки й укладання міжнародних договорів може сформулювати звичаєву норму, що перед тим лише почала виникати. Крім того, є досить багато випадків перетворення норм, закріплених у договорі, на норми звичаєвого права, які стають частиною загального міжнародного права і обов'язковими навіть для держав, що не є учасниками договору. Як приклад згадаємо Женевські конвенції 1949 р. і Додаткові протоколи до них 1977 р.

Прикладом впливу рішень Міжнародного суду на кристалізацію норм звичаєвого права можна вважати застосування Судом положень Конвенції ООН з морського права 1982 року до моменту набуття нею юридично обов'язкової сили як доказу вираження і формулювання звичаєвих норм. Так, у Рішенні у справі про континентальний шельф (Лівія проти Тунісу)⁴²² 1982 року Суд визнав, що концепція виняткової економічної зони «може вважатися частиною сучасного міжнародного права», а саме міжнародно-правовим звичаєм. Те саме стосується Рішення у справі про континентальний шельф (Лівія проти Мальти) 1985 року⁴²³, в якому Суд постановив, що деякі положення Конвенції ООН із морського права 1982 року є виразом «звичаєвого міжнародного права». У Рішенні у справі про військові і напіввійськові дії проти Нікарагуа Суд стверджував, що ст. 18 Конвенції, яка визначає право мирного проходу, лише «кодифікує звичаєве міжнародне право з цього питання».

8. Суд виносить рішення, застосовуючи і договірні, і звичаєві норми.

Нерідко приймаючи рішення на підставі норм звичаєвого права, Міжнародний Суд ООН одночасно використовує норми договірного права. Так, у справі Ла Гранда (Німеччина проти США) Суд відкинув заперечення США щодо

⁴²¹ North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), International Court of Justice, Judgment, 20 February 1969. I. C. J. Reports. 1969.

⁴²² Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I. C. J. Reports 1982, p. 18. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/63/6267.pdf>.

⁴²³ Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I. C. J. Reports 1985, p. 13. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/68/6415.pdf>.

юрисдикції Суду, оскільки претензії Німеччини, на думку США, базувались на особистих правах братів Ла Грандів, що виходило за межі юрисдикції Суду. Аргументуючи свою позицію на основі Віденської Конвенції з консульських зносин та Додаткового протоколу, Суд вказав, що «дипломатичний захист є концепцією звичаєвого міжнародного права»⁴²⁴. Окрім того, він зазначив, що «Спір, який існує між Сторонами по суті стосується тлумачення, яке має ідентичне формулювання у Статуті кожного суду (за винятком відповідних посилань на Раду Ліги Націй та Раду безпеки). Це тлумачення було предметом значних дискусій у літературі. МС ООН провівши аналіз текстів угоди про консульські зносини, торкнувся і особливостей тлумачення ряду положень міжнародних угод. Як підкреслив Суд, така діяльність має бути здійснена відповідно до міжнародного звичаєвого права, відображеного у статті 31 Віденської конвенції 1969 року про право міжнародних договорів. Відповідно до пункту 1 статті 31, договір необхідно тлумачити на основі принципів сумлінності та взаємної довіри, з урахуванням звичного значення, яке надається умовам такого договору в контексті та в світлі об'єкта та цілей договору.

У французькому тексті статті 41 сказано: «1. La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire. 2. En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil de sécurité». У цьому тексті терміни «indiquer» та «l'indication» можуть вважатися нейтральними з погляду обов'язковості відповідного заходу, на противагу слова «doivent être prises», що мають зобов'язувальне спрямування. Своєю чергою, в англійській версії статті 41 зазначено: «1. Якщо суд вважає, що цього вимагають обставини, він має право вказати будь-які тимчасові заходи, які варто вжити для збереження відповідних прав будь-якої зі сторін. 2. Перед тим, як прийняти остаточне рішення, сторони та Раду безпеки сповіщають про запропоновані заходи». У Сполучених Штатах Америки використання в англійській версії слова «вказати» замість слова «призначити», слова «варто» замість «необхідно» чи

⁴²⁴ I. C. J., Press release. La Grand Case) Germany v. United States of America. Summary of Judgment of 27 June 2001. Para. 42

«потрібно» та слова «запропоновані» замість «призначені» означає, що рішення, прийняті відповідно до статті 41, не є обов'язковими. Проте, беручи до уваги той факт, що в 1920 році французький текст був оригінальною версією документа, можна стверджувати, що терміни «вказати» та «варто» мають значення, яке є аналогічним до «призначити» та «необхідно» чи «потрібно».

Розглядаючи два тексти, які не зовсім співзвучні один з одним, Суд перш за все зазначає, що згідно зі статтею 92 Хартії, Статут є невід'ємною частиною цієї Хартії. Відповідно до статті 11 1 Хартії, французька та англійська версія останнього мають «однакову силу». Те саме стосується Статуту. У разі розбіжностей між версіями Статуту, які мають однакову силу, ні в ньому, ні в Хартії не вказано, як діяти надалі. За відсутності згоди між сторонами щодо цього питання варто розглянути пункт 4 статті 33 Віденської конвенції про право міжнародних договорів, який, на думку Суду, знову ж таки є відображенням норм міжнародного звичаєвого права. У цьому пункті йдеться про таке: «якщо у разі порівняння однакових текстів виявлено розбіжності в їхньому значенні, які не можна прояснити за допомогою статей 31 та 32, необхідно обрати значення, яке найкраще увідповіднює такі тексти, беручи до уваги об'єкт та цілі договору». Тому зараз Суд розгляне об'єкт та цілі Закону в контексті статті 41⁴²⁵. Отже, на основі зазначеного вище розуміємо, що практика Міжнародного суду ООН може значно впливати на розвиток звичаєвого міжнародного права.

Надзвичайно цікавим є питання про методологію встановлення наявності звичаєвої норми міжнародного права. Загалом це питання досить слабо висвітлене в доктрині міжнародного права і не було предметом особливої цікавості Міжнародного суду. Аналіз практики Суду дає змогу дійти висновку, що переважно цей орган використовує індукцію та дедукцію з метою встановлення наявності норми, тобто для виявлення практики й *opinio juris*. Як відомо, індукція – це перехід від конкретного до загального. Це систематичне спостереження і емпіричне узагальнення. Дедуктивний метод, навпаки, слідує від загального до конкретного. І вже після цього суд залежно від випадку може користуватися

⁴²⁵ LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment of 27 June 2001. *I.C.J. Reports*. 2001. para. 99–101.

спеціально юридичними методами для формування самого тексту та його тлумачення.

Загалом більшість науковців, які досліджували методологію встановлення наявності звичаєвих норм у національних та міжнародних судах, вважають, що перевага завжди повинна надаватися індукції⁴²⁶. Аргументуючи цю думку, вчені, як правило, наводять такі аргументи: всі держави повинні дотримуватися звичаєвої норми, чи утверджений у міжнародному праві принцип суверенної рівності повинен узгоджуватися із єдністю міжнародно-правової системи⁴²⁷. Однак найприйнятнішим виглядає аргумент, що саме за допомогою цього методу можна дослідити практику й *opinio juris* кожної окремої держави і встановити на основі цього наявність певного правила, яке і буде міжнародним звичаєм, тобто цитуючи Суд, аксіомою є те, що докази існування звичаєвого міжнародного права слід шукати, передусім, у практиці держав і *opinio juris*.

Тим не менш, виникають певні ситуації, в яких індуктивний метод не можна використовувати. Розглянемо кілька таких випадків.

1. Відсутність практики держав, оскільки питання є надто новим. У *рибних промислів* (Великобританія проти Норвегії) 1951 р. Суд ухвалила, що практика, як і раніше, досить рідкісна, через відносну новизну питання і що це унеможлиблює те, що з її аналізу можна вивести існування звичаєвої норми. Однак у цьому разі варто брати до уваги протилежні міркування, а саме загальні норми і принципи міжнародного права, які можна застосувати⁴²⁸. Тобто відсутність практики може бути підставою для звернення Суду до дедуктивного методу.

2. Практика держав є суперечливою, вона не дозволяє встановити єдиного правила, або занадто несистемною і таким чином не доведеною. Наприклад, не більше, ніж один раз. З приводу цього можна назвати практику розмежування континентального шельфу, якій було присвячено одразу кілька справ. Суд у *справі про континентальний шельф* (Лівія проти Мальти) стикнувся зі ситуацією, коли сторони дотримувалися суперечливої державної практики з питання про спосіб

⁴²⁶ Jenks W. The Prospects of International Adjudication /Inductive and Deductive Reasoning in International Adjudication 1964. P. 617–662.

⁴²⁷ Alvarez-Jiménez Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000–2009 // International and Comparative Law Quarterly. 2011. 60. P. 681–686.

⁴²⁸ Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland), International Court of Justice, Merits - ICJ Rep. 1974).

розмежування континентального шельфу. Загалом, підтвердивши важливість практики, Суд вказав, що через її неоднomanітність не можна стверджувати наявності звичаєвої норми. Подібна ситуація склалася в *справі Катар проти Бахрейну*⁴²⁹, де Суд заявив, що він не виявив єдиної і поширеної практики держав, яка могла б бути доказом існування звичаєвої норми.

3. Коли неможливо встановити наявності *opinio juris*. Як зазначив суддя Соренсен, у *справі про Континентальний шельф Північного моря* наявні міжнародні відносини є настільки складними, що може бути багато випадків, у яких практично неможливо для одного уряду знайти переконливі докази мотивів, які визначили дії та політику урядів інших країн. Це особливо актуально у випадках негативної практики держав, що складаються з утримання та заперечення⁴³⁰.

4. Існує невідповідність між державною практикою і *opinio juris*. Зокрема, у випадку Нікарагуа Міжнародний суд стикнувся з випадками практики держав втручатися в внутрішні справи інших держав, тоді як існувало *opinio juris*, яке забороняло таке втручання⁴³¹. У такому разі Суд виходив із загального правила, тобто використовував дедукцію.

Отже, методологія діяльності суду у встановленні наявності звичаєвих норм виходить з пріоритету індукції, а дедукцію використовують лише у випадках, коли використання індукції є неможливим.

Підсумовуючи зазначене вище, зазначимо, що Міжнародний суд ООН займає центральне місце у встановленні існування та тлумачення звичаєвих норм. По суті наявна концепція міжнародного звичаю ґрунтується на реалізації Статуту Міжнародного Суду. Сам статут формально обмежує інтерпретаційну функцію суду чи можливість застосування ним прецедентів. Разом з тим, рішення, консультативні висновки чи окремі думки суддів вказують на тенденції галузей та інститутів права. А його практика дала змогу не тільки засвідчити наявності низки

⁴²⁹ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, ICJ Reports (2001) 40, at 101–102, para. 205.

⁴³⁰ North Sea Continental Shelf, Dissenting Opinion of Judge Sørensen. See also Asylum (Colombia/Peru), ICJ Reports (1950) 266, para. 17.

⁴³¹ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), International Court of Justice, Judgement of 27 June 1986. I. C. J. Reports. 1986.

звичаєвих норм, але й виявити необхідні умови для кожного з елементів звичаєвої норми. Крім того, Суд опосередковано впливає на формування звичаєвих норм.

У *справі рибних промислів* (Великобританія проти Норвегії) 1951 р. Суд відкинув докази, що води затоки можуть вважатись внутрішніми водами лише у випадку ширини входу в затоку не більше ніж 10 миль, вказавши, що «хоча 10-мильну межу ухвалила низка держав, як у договорах, так і в конвенціях, і хоча арбітраж інколи в своїх рішеннях щодо спорів між даними державами застосовував цю межу, інші держави її не підтримують. Отже, вона не стала загальною нормою міжнародного права». Прикладом комбінованого застосування норм міжнародно-правового звичаю та договору є *справа братів Ла Грандів*, громадян ФРН, які вчинили тяжкі злочини в США та отримали смертні вироки. ФРН зверталась до МС ООН зазначаючи, що США не виконали своїх зобов'язань перед Німеччиною, через не забезпечення реалізації братами Ла Гранд їхнього права на консульський захист та правову допомогу. Суд відкинув заперечення США щодо відсутності юрисдикції Суду, оскільки претензії Німеччини, на думку США, ґрунтувались на особистих правах братів Ла Грандів, а сам спір не був публічно-правовим. Аргументуючи свою позицію Віденською Конвенцією з консульських відносин 1963 р. Суд вказав, що дипломатичний захист є однією із концепцій звичаєвого міжнародного права, фактично вивівши свою позицію з галузі захисту прав людини, яке ще кілька десятиріч тому була за межами міжнародного права.

Практику застосування звичаю Суд пропонує розглядати за напрямками підтвердження, заперечення існування міжнародного звичаю або фіксації суттєвих змін звичаєвого правотворення. Суд своїм рішенням або консультативним висновком підтверджує факт існування певного міжнародно-правового звичаю (*справа про арешт*, Конго проти Бельгії); Суд закріплює двоелементну структуру звичаєвої норми (*про континентальний шельф*, ФРН проти Данії та Лівії проти Мальти); Суд підтверджує існування поряд з універсальними локальних (партикулярних) звичаєвих норм (*Справа про притулок*, Колумбія проти Перу); Суд констатує наявність ознак модифікації способів формування міжнародного звичаєвого права (*справа про військові та напіввійськові дії*, Нікарагуа проти

США); Суд опосередковано встановлює, що норми *erga omnes* і *jus cogens*, крім договірних, мають і звичаєве спрямування (*справа про військові дії на території Конго*, Конго проти Уганди); Суд не погоджується з доводами сторін та дає власне судження розвитку права (*справа про рибні промисли*, Великобританія проти Норвегії); Суд, не погодившись з твердженням про наявність певної норми, вказує на тенденцію щодо її формування (*справа про континентальний шельф Північного моря*, ФРН проти Данії); Суд виносить рішення, застосовуючи паралельно і договірні, і звичаєві норми (*справа братів Ла Грандів*, Німеччина проти США). Міжнародно-правова доктрина розділяє практику МС ООН із застосування звичаєвих норм міжнародного права на два основні етапи. На першому: 1945–1969 рр., Суд займався переважно справами, пов’язаними із тлумаченням та застосуванням міжнародних договорів. На другому етапі – від 1969 р. до сьогодні, після рішення у *справі про континентальний шельф Північного моря*, Суд має справу практично в кожному випадку з нормами звичаєвого права. Методологія діяльності суду під час встановлення наявності звичаєвих норм ґрунтується на пріоритеті індукції, а дедукцію використовують лише у випадках, коли використання індукції є неможливим.

3.2. Роль звичаю у практиці Європейського суду з прав людини

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

Однак діяльність цього Суду породжує теоретичні та практичні проблеми, зокрема щодо місця звичаєвих норм у його практиці. Відповіді на ці питання мають важливе значення для пояснення юридичної природи його рішень, а також ролі і місця міжнародного звичаю в ієрархії джерел міжнародного права. Саме тому в цьому дослідженні спробуємо розкрити практику застосування звичаєвих норм міжнародного права ЄСПЛ. Європейський суд з прав людини (надалі –

ЄСПЛ) створений відповідно до Європейської Конвенції з прав людини та основоположних свобод (надалі – Європейська конвенція 1950 р.). Конвенція 1950 р. та Протоколи до неї встановлюють регіональний механізм захисту основних прав та свобод людини та мають соціальну, політичну, економічну та громадянську спрямованість.

Україна ратифікувала Конвенцію 1950 р. та Протоколи до неї⁴³². Відповідно до ст. 9 Конституції України. У зв'язку з прийняттям Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 року № 3477-IV (надалі – Закону 3477)⁴³³ та відповідно до положень статті 17 Конвенція 1950 та практика є важливим джерело права України. Зі змісту вказаної статті випливає пріоритетне значення для правозастосування в Україні не лише положення Конвенції, а й практики ЄСПЛ. Тому практика ЄСПЛ загалом, а застосування ним міжнародного звичаю зокрема має важливе значення для правоохоронних та судових органів України.

Відповідно до статті 32 Конвенції юрисдикція Європейського суду з прав людини поширюється на всі питання, які стосуються тлумачення та застосування Конвенції та протоколів до неї. Застосування інших джерел міжнародного права, зокрема договорів, звичаєвих норм, рішень інших судових органів може відбуватися лише в процесі тлумачення окремих положень Конвенції. На початку аналізу підходу Європейського Суду до звичаєвих норм міжнародного права варто окреслити принцип, який Суд прийняв загалом стосовно норм міжнародного права.

У своєму рішенні від 1979 року у *справі Маркс проти Бельгії* Суд наголосив, що він застосовує міжнародні акти, оскільки вони вказують на безперервну еволюцію норм і принципів, що їх застосовують у міжнародному праві або у внутрішньому законодавстві більшості держав-членів Ради Європи та в конкретній сфері демонструють наявність спільної позиції сучасного суспільства. Як зазначив ЄСПЛ: «Для суду буде достатньо того, що відповідні міжнародні акти вказують на безперервну еволюцію норм і принципів, що їх застосовують у міжнародному

⁴³² Відомості Верховної Ради України. 1997. № 40. С. 263.

⁴³³ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. С. 260.

праві або у внутрішньому законодавстві більшості держав-членів Ради Європи та в конкретній сфері, показують, що в сучасному суспільстві спільна позиція існує»⁴³⁴.

Треба зазначити, що застосування норм міжнародного права Суд здійснює на основі інтерпретації положень пункту «с» статті 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року, про що зазначено у рішенні *Демінара і Байкари проти Туреччини*. Кемаль Демір та Відждан Байкара оскаржували порушення статті 11 Конвенції (свобода об'єднання у профспілки) та статті 14 (заборона дискримінації), оскільки турецький суд не визнав їхнього права на об'єднання у профспілку та права на укладання колективних договорів.

Суд вказав, що він бере до уваги будь-які відповідні норми і принципи міжнародного права, які застосовують у відносинах між Договірними сторонами, незалежно від того, чи були підписані або ратифіковані державою-відповідачем. ЄСПЛ теж наголосив, що складаючись із норм і принципів, прийнятих більшістю держав, загальні міжнародні або внутрішні стандарти права європейських держав відображають таку реальність, яку Суд не може ігнорувати, коли роз'яснює сферу дії Конвенції, яку більш традиційні засоби тлумачення не дозволили йому встановити з достатньою мірою визначеності. У зв'язку з цим Суд зазначає, що, шукаючи спільну позицію для норм міжнародного права, він ніколи не розрізняв джерела права відповідно до того, чи їх підписала або ратифікувала держава-відповідач⁴³⁵.

Суд завжди заявляв, що він тлумачить Конвенцію 1950 р. відповідно до правил тлумачення договорів, закріплених у Віденській конвенції про право міжнародних договорів. З метою розкриття змісту положень та принципів Конвенції 1950, ЄСПЛ застосовує підходи щодо врахування добросовісного тлумачення змісту, врахування обставин укладання угоди та особливостей реалізації, що визначені статтями 31 та 33 Віденської конвенції про право міжнародних договорів. Такий підхід чітко прослідковується у рішеннях по

⁴³⁴ ЄСПЛ, *Маркс проти Бельгії*, 13 червня 1979, § 41, Серія А № 31.

⁴³⁵ Демір і Байкара проти Туреччини [GC]. § 67. 2008. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22fulltext%22:\[%2234503/97%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]} Russian Translation](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22fulltext%22:[%2234503/97%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]} Russian Translation).pdf

*справах Golderv. the United Kingdom*⁴³⁶, *Johnston and Others v. Ireland*⁴³⁷ й інших. Однак у зазначених вище випадках, судді ЄСПЛ використовували тлумачення міжнародного договору в особливий спосіб та підкреслювали, що «складаючись із норм і принципів, прийнятих більшістю держав, загальні міжнародні та внутрішні положення права європейських держав відображають таку реальність, яку Суд не може ігнорувати, коли роз'яснює сферу дії Конвенції, яку традиційніші засоби тлумачення не дозволили йому встановити з достатньою мірою визначеності. У зв'язку з цим Суд зазначає, що шукаючи спільну позицію для норм міжнародного права, він ніколи не розрізняв джерела права відповідно до того, чи їх підписала або ратифікувала держава-відповідач»⁴³⁸.

Суд пояснив, що «під час визначення термінів і понять у тексті Конвенції він може і повинен брати до уваги елементи міжнародного права, окрім Конвенції, тлумачення таких елементів компетентними органами і практику європейських держав, яка відображає їхні спільні цінності».

Уточнення методу Суду супроводжується нагадуванням про особливий вимір Конвенції як документа про права людини і принцип Конвенції як чинного документа. Суд особливо наголошує у низці своїх рішень, що право є живим організмом, що розвивається відповідно до особливостей міждержавних відносин, наголошуючи, що «діючий характер Конвенції, який повинен тлумачитись у світлі сучасних умов, а також враховувати мінливі норми національного та міжнародного права в тлумаченні положень Конвенції»⁴³⁹. Як зазначено у рішенні щодо справи *Джонсон та інші проти Ірландії*, інтерпретуючи положення Конвенції 1950 р., Суд наголосив, що дану процедуру він проводив винятково відповідно до правил тлумачення міжнародних договорів, закріплених у Віденській конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., стороною якого є відповідач.

ЄСПЛ, покликаючись на практику правозастосування міжнародного звичаю, звертається до фактів на основі діяльності ООН, Комісії міжнародного права та МС

⁴³⁶ *Golder v. the United Kingdom*, no. 4451/70 ECHR 1975

⁴³⁷ *Johnston and Others v. Ireland*, no. 9697/82 ECHR 1986

⁴³⁸ Демір і Байкара проти Туреччини [GC], № 34503/97, § 76, 78, ЄСПЛ 2008.

⁴³⁹ Сорінг проти Сполученого Королівства, 7 липня 1989, § 102, Серія А № 161; Во проти Франції [GC], № 53924/00, § 82, ЄСПЛ 2004-VIII; і Маматкулов і Аскарів проти Туреччини [GC], № 46827/99 і 46951/99, § 121, ЄСПЛ 2005.

ООН. Формуючи власну позицію у справі, ЄСПЛ проводить комплексне дослідження позиції держав у різних процесах правотворення: від дослідження загальних тенденцій питань кодифікації права до вивчення конкретної позиції окремої держави: заяв, заперечень та голосувань, вказуючи на те, що практикою держави вважатиметься поведінка органів державної влади в особі їхніх представників (посадових осіб). Суд застосував таке дослідження у *справі Цудак проти Литви 2010 р.*, у питанні доступу до справедливого правосуддя особи, звільненої із дипломатичного іноземного представництва та застосування імунітетів держави. Окрім того, для підтвердження існування *opinio juris* щодо наявності норми звичаєвого міжнародного права в окремих справах ЄСПЛ досліджує практику певних держав і враховує їх національне законодавство. Зазначена процедура в теорії міжнародного права отримала назву «Європейський консенсус» та її було застосовано у *справі A., B. and C. проти Ірландії*, що дедалі частіше використовують у науковому вжитку.

На цьому етапі зазначимо, що Суд, очевидно, звертає увагу на всі галузі міжнародного права, які містять норми міжнародного звичаєвого права та загальні принципи. Якщо будь-який уповноважений орган встановлює існування правила, що стосується справи, Суд радше його прийме до уваги. Таке судження неминуче впливає з прикладів, коли Суд згадує інші міжнародні суди і їхнє прецедентне право як джерело інформації, що стосується пошуку змісту відповідних норм. Наприклад, твердження про те, що в пошуках спільної позиції для норм, Суд не розрізняє джерела права залежно від того, чи держава їх ратифікувала, потребує окремого дослідження оскільки до Ради Європи входять держави різних правових систем.

Загалом із позиції Суду зрозуміло, що навіть, якщо держава не ратифікувала конкретний договір, це зовсім не означає, що міжнародне право не передбачає будь-яким чином відповідного зобов'язання. ЄСПЛ широко вивчає практику, яка вказує на існування міжнародного звичаю. Однією із найважливіших заяв у згадуваній *справі Деміри і Байкари проти Туреччини* є визнання Судом того, що він «може і повинен» брати до уваги міжнародне право. Позиція Суду, щодо

враховування не лише змісту норм і принципів, які застосовують у відносинах між учасниками, але й загальних міжнародних норм які набули статусу внутрішніх правових стандартів європейських держав, що відображають наявну правову реальність, є ключовим для розуміння правової техніки ЄСПЛ із застосування ним звичаєвого міжнародного права. Суд у багатьох випадках акцентує увагу на неприпустимості самообмеження у тлумаченні права, особливо коли більш звичні способи тлумачення не дозволили б йому встановити з достатнім ступенем визначеності зміст тих чи інших термінів та норм. Таким чином ЄСПЛ дає підстави вважати, що встановлюючи зміст норм міжнародного права, він не має на меті визначення різниці чи пріоритетності джерела права залежно від того, чи їх підписала або ратифікувала держава-відповідач.⁴⁴⁰

ЄСПЛ зазначав, «що, з'ясовуючи зміст термінів і понять, які містяться в тексті Конвенції, Суд може і повинен брати до уваги елементи міжнародного права, що містяться за межами Конвенції, зокрема практику тлумачення таких елементів компетентними органами, а також практику європейських держав, що відображає загальні цінності. Консенсус на основі спеціалізованих міжнародних документів і практики Договірних держав може бути істотним чинником для Суду, коли він інтерпретує положення Конвенції в конкретних випадках. До того ж, на думку Суду, «...цілком достатньо, щоб у певних випадках міжнародні інституції констатували наявність норм чи принципів, що впливають із практики європейських держав для їх використання Судом»⁴⁴¹.

Досліджуючи практику використання міжнародних звичаїв, Суд застосував глибоке дослідження правотворення звичаю у вже згадуваній *справі Цудак проти Литви*. У цьому випадку Суд змушений був досліджувати питання, яке традиційно регулює звичаєве право – імунітет держав у справі щодо незаконного звільнення працівника посольства іноземної держави. Важливо, що питання цієї справи змусили Суд спробувати дати відповідь на питання імунітету держави у випадку правовідносин, що виникли після звільнення працівника дипломатичного

⁴⁴⁰ Андрейків А. Роль звичаєвих норм у практиці Європейського суду з прав людини. *Evropsky politicky apra vni diskurz*. 2015. С. 49–53.

⁴⁴¹ *Demir and Baykara v. Turkey* № 34503/97, ECHR2008 §85.

представництва. Суд у цій справі наголосив, що застосування абсолютного імунітету держави не було необмеженим протягом багатьох років.

У 1979 році Комісія міжнародного права отримала завдання, яке полягало в кодифікації та поступовому розвитку міжнародного права у сфері юрисдикційного імунітету держав та їхньої власності. Вона підготувала низку проектів, які представлено державам для зауважень. Проект Статей, які вона прийняла у 1991 р., містив важливе інноваційне положення. Воно містилось у статті 11 проекту та торкалось вилучення з імунітетів правовідносин, які складаються при реалізації договорів трудового найму. У 2004 році Генеральна асамблея Організації Об'єднаних Націй прийняла Конвенцію про юрисдикційні імунітети держав та їх власності. У звіті, доданому до Проекту статей 1991 р., стверджено, що норми, сформульовані в статті 11, узгоджуються з новою тенденцією в законодавчій і договірній практиці все більшої кількості держав⁴⁴². Відповідно, дана тенденція була врахована при формулюванні проекту Конвенції, який був прийнятий і 2004 році. У справі *Цудак проти Литви* ЄСПЛ зазначив, що загальновизнаним принципом міжнародного права є те, що, навіть якщо держава не ратифікувала договір, він може бути обов'язковим для неї на основі одного з положень, тією мірою, якщо таке положення відображає міжнародне звичаєве право, «кодифікуючи» його, або формуючи нове звичаєве право. В даному випадку ЄСПЛ зіслався на позицію МС ООН у справі *континентального шельфу Північного моря* 1969 року.

Розвиваючи запропонований підхід даного дослідження щодо принципу «оптимального» волевиявлення держав для встановлення практики та її визнання через аналіз правових позицій у міжнародних організаціях є цікавою теза ЄСПЛ у даній справі. Як встановлено Судом, до формулювання Статті 11 Проекту Статей Комісії міжнародного права не було жодних особливих заперечень з боку держав, навіть з боку держави-відповідача. Що стосується Конвенції 2004 року, Литва загальновизнано її не ратифікувала, але і не голосувала проти її прийняття⁴⁴³. Суд

⁴⁴² Yearbook of CIL, 1991, Т. II, Ч. 2, С. 44, § 14).

⁴⁴³ Цудак проти Литви, (№ 15869/02), [GC] 23.3.2010, § 64–66.

вказав у рішенні, що: «...можна стверджувати, що Стаття 11 Проекту Статей Комісії міжнародного права 1991 року, на яких засновано Конвенцію 2004 року, застосовують до держави-відповідача відповідно до міжнародного звичаєвого права. Суд повинен прийняти це до уваги під час розгляду того, чи було дотримане право на доступ до суду в значенні Статті 6»⁴⁴⁴.

Розглядаючи цю справу, ЄСПЛ у широкому сенсі «порушив» пласт як міждержавної практики, так і позицій *opinio juris*, які склались у різних напрямках нормотворення та правозастосування різними державними агентами – працівниками посольств, представниками держав на міжнародних конференціях, а також звернув увагу на значну міжнародну судову практику. У цьому випадку ЄСПЛ, покликавшись на практику МС ООН, пробує встановити наявність міжнародного звичаю. Але робить це не безпосередньо, а опосередковано – покликається на факти, що їх встановили інші органи, зокрема Комісія міжнародного права та Міжнародний суд ООН. Така позиція є цілком виправданою, оскільки ЄСПЛ, на відміну від МС ООН, не має повноважень встановлювати наявність такої норми (принаймні у цій справі), але змушений вирішити питання про порушення ст. 6 Конвенції Литвою. Власне тому ЄСПЛ констатував наявність звичаю, враховуючи практику інших органів.

Не менш важливим для нашого дослідження є аналіз *справи А., В. and С. v. Ireland* ⁴⁴⁵. Справа стосувалася законодавства про аборт в Ірландії і розглядалася судом у контексті статті 8 Конвенції (право на повагу до приватного і сімейного життя). ЄСПЛ у рішенні нагадав, що в таких питаннях держави користуються широкою свободою вибору, яким чином врегулювати це питання у власному законодавстві. Однак перед Судом постало досить контроверсійне питання: наскільки широкі межі такого судження держави і чи ці широкі межі розсуду не є звуженими вже сформованої практики відповідно до наявного європейського консенсусу?

Як відомо, поняття «Європейського консенсусу» вперше вжито ще у *справі*

⁴⁴⁴ Цудак проти Литви, (№ 15869/02), [GC] 23.3.2010, § 67.

⁴⁴⁵ A., B. and C. v. Ireland [GC], no. 25579/05, ECHR 20.

*Tyrer v. the United Kingdom*⁴⁴⁶. І з того часу відіграє досить важливу роль у розвитку й еволюції Конвенції. Оскільки, на думку ЄСПЛ, Конвенцію розглядають як «живий інструмент», Європейський консенсус є одним із засобів, який дає змогу Суду тлумачити її положення щодо сучасних умов. Тобто концепцію Європейського консенсусу створено для того, щоб виправдати «динамічне тлумачення Конвенції»⁴⁴⁷.

На думку ЄСПЛ, у *справі A., B. and C. v. Ireland* існує консенсус серед значної більшості Договірних держав Ради Європи, який дозволяє аборт за більшої кількості підстав, ніж ті, що передбачені в ірландському законодавстві. Враховуючи цей консенсус серед значної більшості держав Ради Європи, на думку Суду, не треба більше шукати підтвердження позицій, які висловили заявники у справі щодо невиправданого звуження ірландським законодавством підстав для абортів. Тобто в цій справі ЄСПЛ вивчив практику договірних держав і використав національне законодавство тих самих держав як підтвердження існування *opinio juris* для встановлення існування звичаєвої норми, яку у цьому випадку Суд називає «Європейським консенсусом».

Значна частина європейських держав не обмежують право жінки на аборт, або встановлюють дуже широкий перелік підстав для аборту, і що в цьому сенсі існує Європейський консенсус. Але одночасно Суд не вказав, що цей консенсус досяг того рівня, коли б він став загальнообов'язковим як регіональна звичаєва норма. Однак альтернативний спосіб тлумачення цього рішення свідчить про те, що Ірландія завжди була проти широкої доступності абортів і таким чином ці її дії можна розглядати як дії непохитного противника абортів.

З позиції розуміння самого поняття європейського консенсусу, рішення показує, що не завжди існування Європейського консенсусу обов'язково може привести Суд до встановлення юридично зобов'язуючого елемента. Тобто хоча у цій справі ЄСПЛ виявив наявність такого консенсусу, він одночасно встановив, що практика Ірландії завжди відрізнялася від загальноєвропейської і передбачала

⁴⁴⁶ *Tyrer v the United Kingdom*, no 5856/72, ECHR 1978.

⁴⁴⁷ *Soering v. the United Kingdom*, no 14038/88, ECHR 1989, § 102.

значно вужчий перелік підстав для абортів, ніж у інших державах. Тому, на думку ЄСПЛ, навіть якщо він встановив існування консенсусу, цей факт не матиме вирішального значення для вирішення справи, оскільки його наявність можна знівелювати постійним запереченням держави, яке у цьому випадку може проявлятися у тому, що її законодавство ніколи не передбачало більшої кількості підстав для абортів.

Однак можливі випадки, коли констатація існування Європейського консенсусу одночасно передбачає існування регіональної звичаєвої норми. Як приклад, можна назвати справу *Sitaropoulos and Others v. Greece*⁴⁴⁸, у якій ЄСПЛ констатував наявність у виборчих правах ознаку міжнародно-правової природи звичаєвого характеру. Хоча здебільшого наявність Європейського консенсусу свідчить про існування звичаєвої норми, іноді така норма стосується не всіх держав, а лише тих, які не заперечували таку практику.

Отже, ЄСПЛ у випадках тлумачення окремих положень Конвенції може констатувати існування того чи іншого міжнародного звичаю. До того ж така констатація, як правило, проявляється у одному з двох варіантів:

- 1) коли наявність звичаю констатується у рішенні іншого уповноваженого органу. У такому разі ЄСПЛ відсилає до звичаю та обґрунтовує його наявність рішенням іншого органу;
- 2) ЄСПЛ самостійно встановлює наявність міжнародного звичаю, аналізуючи практику та *opinio juris* держав, опосередковуючи своє рішення існуванням Європейського консенсусу.

Що ж стосується методологічних аспектів тлумачення звичаєвих норм, то, на жаль, наявна практика в цьому аспекті є досить обмеженою, однак ті нечисленні дослідники, які вивчали питання тлумачення норм міжнародного права ЄСПЛ, стверджують, що жодної особливої методології тлумачення саме звичаєвих норм Суд не застосовує (специфічною є лише методологія встановлення наявності звичаєвої норми міжнародного права). А тому, на їхню думку, для визначення методологічних аспектів тлумачення норм міжнародного права цілком можна

⁴⁴⁸Sitaropoulos and Others v. Greece, no. 42202/07, ECHR 2010.

користуватися практикою тлумачення ЄСПЛ договірних норм.

На нашу думку, в практиці Суду було всього кілька справ, у яких чітко можна простежити методологію тлумачення. Серед таких справ «Лабіта проти Італії»⁴⁴⁹, яку ЄСПЛ розглядав у квітні 2000 року. Заявником у цій справі є громадянин Італії Б. Лабіта, якого у квітні 1992 року було заарештовано за підозрою в тому, що він був членом мафії. Підставою для прийняття рішення про арешт стала непідтверджена інформація, отримана від колишнього члена мафії, який вирішив співпрацювати з поліцією. Заявник перебував під арештом протягом двох років і семи місяців (тобто протягом усього строку судового розгляду справи). Протягом усього строку арешту його утримували у в'язниці міста Пьянозі, де, за його словами, він піддавався нелюдському і такому, що принижує гідність, поводженню. Заявник вирішив поскаржитися на таке ставлення до нього і скерував скаргу судді, на підставі чого розпочато розслідування, проте його незабаром припинили, оскільки неможливо було виявити осіб, відповідальних за таке звернення.

Згодом Б. Лабіта було визнано невинним. Але необхідно зазначити, що до нього було застосовано інші запобіжні заходи: комендантська година та щотижневий звіт у поліції. Після чого від звернувся із скаргою у ЄСПЛ.

Суд констатував, що відбулося порушення ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Водночас було констатовано, що заявник не подав переконливих доказів нелюдського поводження, застосованого до нього службовцями в'язниці міста Пьянозі. Однак ЄСПЛ вказав, що заява про нелюдське поводження підтверджується численними скаргами інших в'язнів на аналогічне звернення, а також тим, що умови утримання у в'язниці міста Пьянозі до того часу перебували в центрі уваги засобів масової інформації. Розслідування, яке проводилося щодо цих фактів, було надзвичайно повільним і недостатньо ефективним. Наприклад, отримання копій фотокарток наглядачів, які працюють у тюрмі міста Пьянозі, зайняло 14 місяців. Заявник перебував у цій в'язниці протягом зазначеного періоду. До того ж, не зважаючи з дворазове повідомлення

⁴⁴⁹*Labita v. Italy*, no. 26772/95. ECHR 2000.

заявника, що він зможе дізнатися про наглядачів, які зловживають своєю владою, нічого не зроблено для надання йому такої можливості.

Можна констатувати, що прийняте ЄСПЛ рішення багато в чому ґрунтувалося не на прямих доказах, наданих заявником або отриманих Судом самостійно, а на непрямих доказах, таких як повідомлення засобів масової інформації про аналогічні випадки. Тому чітке й недвозначне рішення Суду про те, що відбулося порушення ст. 3 Конвенції, є фактично результатом тлумачення Судом не тільки норм конвенції та національного законодавства Італії, але й інших явищ і фактів, і така діяльність спрямована була на вирішення питання: чи могло бути за певних обставин порушення прав Б. Лабіта, гарантованих ст. 3 Конвенції, Суд дійшов висновку, що з урахуванням поданих в'язнями скарг, а також повідомлень у пресі про факти порушення умов утримання арештованих осіб у цій в'язниці права могли бути порушеними.

Відповідно до матеріалів тієї самої справи протягом трьох років було значно обмежено право заявника на свободу пересування. Запобіжні заходи, застосовані до заявника, були передбачені національним законодавством і мали законну мету – запобігти злочинам і забезпечити громадський порядок. ЄСПЛ вважає подібні запобіжні заходи «необхідними в демократичному суспільстві, але за умови, що їх метою є запобігання злочинам і встановлення над особами, підозрюваними у членстві в мафії, спеціального нагляду також слід вважати необхідним у демократичному суспільстві. Виправдання особи судом не обов'язково означає відсутність підстав для застосування подібних запобіжних заходів, оскільки докази, яких виявилось недостатньо для засудження особи, все ж таки можуть свідчити про ймовірність вчинення особою злочинів у майбутньому. До заявника попереджувальні заходи були застосовані на початку розслідування у його справі, коли справді існували підстави підозрювати заявника у членстві в мафії. Однак такі заходи не були скасовані після винесення виправдовувального вироку судом. На думку ЄСПЛ, такі заходи обмеження свободи пересування заявника не можуть вважатися як необхідні і тому відбулося порушення ст. 2 Протоколу № 4 щодо свободи пересування. Ще одним з порушень, яке було констатоване Судом, є

позбавлення заявника виборчого права. У цьому контексті Суд вивчив практику європейських держав щодо допустимості обмеження цього права заарештованим особам.

У Суді не виникло сумніву в тому, що тимчасове позбавлення виборчого права осіб, яких підозрюють у членстві в мафії, має законну мету. Проте Суд зазначив, що хоча Б. Лабіта було позбавлено виборчого права ще на стадії судового розгляду справи, практична реалізація даного заходу порушила фундаментальні права особи та громадянина які мають широке договірне та позадоговірне визнання на європейському континенті. Звуження даного права чи його обмеження не може бути обмежене виключно з причин підозри чи припущення кримінального правопорушення. На момент вилучення імені заявника зі списку виборців не існувало значних доказів, які б свідчили про його членство в мафії. Саме тому, на думку суду, дії органів Італії в цій частині аж ніяк не відповідають їхній меті. Таким чином відбулося порушення ст. 3 Протоколу № 4 до Конвенції щодо позбавлення виборчого права. Підсумовуючи викладену вище практику у цій справі, можна констатувати, що ЄСПЛ у процесі розгляду справ здійснив тлумачення, проаналізував відповідно до обставин справи національне законодавство Італії та інших держав щодо прав арештованих осіб і осіб, що перебувають під слідством; порівняв практику держав, членів Ради Європи та виконання ними зобов'язань міжнародного характеру із забезпечення прав людини та правомірність органів правосуддя Італії. Можна констатувати, що ЄСПЛ використав як загальні (індукція і дедукція), так і спеціальні (формально-юридичні, соціологічні, текстуальні) методи, які дозволили Суду винести обґрунтоване рішення у справі.

Тож Європейський суд з прав людини є дієвим механізмом застосування міжнародно-правових норм, вирішення міжнародних спорів та тлумачення положень міжнародного права в сфері захисту прав людини (в межах окреслених Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.). Аналіз практики ЄСПЛ вказує, що Суд різнопланово використовує міжнародні звичаї, надаючи власну аргументацію та оцінку в світлі принципів

договірному праву, впливу міжнародного права на реалізацію членами Ради Європи положень Конвенції 1950 р. ЄСПЛ вдається до застосування прецедентів МС ООН а також вивченню окремих тенденцій, які мають ознаки формування стійкої тенденції правозастосування певної норми чи галузі права.

3.3. Роль звичаєвих норм у практиці органів міжнародного кримінального правосуддя

Президент Міжнародного комітету Червоного Хреста Якоб Келленбергер (Jacob Kellenberger) у вступному слові до книги «Звичаєве міжнародне гуманітарне право» наголосив на важливості міжнародного звичаю у застосуванні права міжнародних збройних конфліктів ⁴⁵⁰. Келленбергер зазначає, що норми міжнародного гуманітарного права, які трактують як «загальне» міжнародне право, обов'язкові для усіх країн, навіть тих, що не приєднались до відповідних договорів, але що причетні до конфлікту. По-друге, міжнародному гуманітарному праву, яке застосовують до неміжнародних збройних конфліктів, складно забезпечити потреби захисту, які з'являються під час їх проведення. Державна практика дієвіша, ніж домовленості, досягнуті на дипломатичних конференціях щодо зобов'язань договірної природи, таким чином основа звичаєвого права поширюється на всі види збройних конфліктів – як міжнародні, так і неміжнародні. І третя причина, яка, на думку Президента МКЧХ, визначає важливість звичаєвого міжнародного права – це можливість за допомогою міжнародного звичаю тлумачити зміст міжнародних договорів. Вагомим правовим принципом, як вважає Келленбергер, є тлумачення договору із урахуванням добросовісності та всіх пов'язаних звичаєвих принципів. Тому обґрунтованість впливу звичаєвого міжнародного права пояснюється «загальністю» його норм, гнучкішим застосуванням у динамічних умовах міжнародних реалій та можливістю застосовувати міжнародний звичай для тлумачення широкого спектра договірних зобов'язань.

⁴⁵⁰J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck (eds.), Customary International Humanitarian Law, 2 Vol., Vol. I: Rules, Vol. II: Practice (Cambridge University Press & ICRC, 2005), Foreword by Dr. Jakob Kellenberger.

На нашу думку, ці висловлювання є консолідацією тем, які важливі для розуміння, як звичаєве право може регулювати військові конфлікти та оцінювати наслідки, котрі вони породжують. Позиція Келленбергера говорить і про ризики для правозастосувальних органів, першопричиною яких є довготривале тлумачення кримінального переслідування за вчинення міжнародних злочинів та їхня оцінка через призму національних правових систем та теорій. Ця ситуація є частково поясненням сучасного несприйняття з боку багатьох держав особливостей судових процедур Міжнародного кримінального суду.

Судові установи міжнародного кримінального права діють на перехресті кількох галузей – міжнародного гуманітарного, кримінального та прав людини. Це право ґрунтується власне на міжнародних звичаях, які містяться у багатосторонніх конвенціях, зокрема: Женевській конвенції про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях від 12 серпня 1949 р.; Конвенції про поліпшення долі поранених, хворих і осіб, що зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі від 12 серпня 1949 р.; Женевській конвенції про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 р.; Женевській конвенції про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 р. та інших.

Одним з класичних прикладів звичаєвої норми, недотримання якої призводить до притягнення до відповідальності за міжнародним кримінальним правом, є так зване «застереження Мартенса», що міститься у преамбулі Гаазької конвенції про закони і звичаї сухопутної війни 1899 р., проект котрої запропонував юрист-міжнародник Ф. Мартенс. Згодом це положення увійшло до багатьох конвенцій із захисту осіб під час військових міжнародних та неміжнародних конфліктів. Сам зміст «застереження Мартенса» в одному із трактувань визначає, що «у випадках, пов'язаних з неміжнародними угодами, цивільні особи та комбатанти залишаються під захистом і дією принципів міжнародного права, що походять зі сталих звичаїв, з принципів гуманності та з вимог суспільної свідомості». На основі зазначеного вище положення відповідальність за недотримання ведення бойових дій настає не лише у разі порушення прямих конвенційних приписів, але й принципів гуманності та моралі. Зрозуміло, що для

оцінювання конкретних ситуацій ці принципи умовні, однак ідею Ф. Ф. Мартенса неодноразово застосовували суди міжнародної юрисдикції. Зокрема, на неї опирався Міжнародний Суд ООН у Консультативному висновку 1996 р. про законність погрози ядерною зброєю або її застосування⁴⁵¹.

Згаданий прецедент використав МКТЮ у справі *Прокурора проти Тадіча*. У вироку щодо Тадіча трибунал висловив власне розуміння звичаєвого міжнародного права, зазначивши, що: «базові стандарти гуманізму визнаються як обов'язкові мінімальні стандарти поведінки під час будь-якого збройного конфлікту. Ніхто не може ані сумніватися у тяжкості діянь, які розглядають у суді, ані в зацікавленості міжнародного співтовариства у забороні таких діянь»⁴⁵². На підставі наведених вище прикладів є підстави стверджувати про тривале утвердження звичаєвого принципу гуманності від академічних поглядів позаминулого століття до сучасності. Варто зазначити, що звичаєве міжнародне право значно вплинуло як на інституційну визначеність створення та функціонування міжнародної системи притягнення до відповідальності за міжнародні злочини, так і на нормативно-правову базу цих процесів.

За результатами роботи міжнародних судових установ сформовані та успішно розвивались «нюрнберзька», «постнюрнберзька», «гаазька» та «римська» моделі діяльності міжнародних судів. Своєю чергою, термін «право Гааги» та «право Женеви» уособлювало звід прогресивних норм звичаєвого міжнародного права, які з часом отримало універсальне визнання та визначення у відповідних výroках та рішеннях ООН⁴⁵³.

Визначальною особливістю галузі міжнародного кримінального та гуманітарного права є те, що універсальність звичаєвої норми має наслідком відповідальність за її порушення незалежно від території вчинення та статусу суб'єкта. Одним з перших прикладів міжнародно-інституційної процедури притягнення до відповідальності за міжнародні злочини, які мали звичаєво-правову природу, є Нюрнберзький та Токійський Трибунали, що відбулися за результатами

⁴⁵¹ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. *Advisory opinion*. I. C. J. Reports, at p. 259, para. 84.

⁴⁵² *Prosecutor v. Tadić*. Decision on the Defence Motion on Jurisdiction. ICTY-94-1 (10 August 1995). para. 129

⁴⁵³ Зеленская. Н. А. Международные преступления и международная преступность: монография. Одеса: Юрид. літ., 2006. С. 409–435.

Другої світової війни. Перший тривав від 20 листопада 1945 р. до 1 жовтня 1946 р. За вказаний період відбулось 403 відкриті засідання, на яких розглядали приблизно 5 тисяч документів та опитали 200 свідків. Перебіг Трибуналу широко досліджений у науці міжнародного права⁴⁵⁴.

Сам процес мав кілька принципових новацій для переосмислення доктриною тогочасних реалій. У статті 7 Статуту визначено, що «службове становище підсудних, їхнє становище як глави держав або відповідальних чиновників різних урядових відомств не можна розглядати як підставу до звільнення від відповідальності чи пом'якшення покарання». «Той факт, що підсудний діяв за розпорядженням уряду чи наказу начальника, не звільняє його від відповідальності, але його можна розглядати для пом'якшення провини, якщо трибунал визнає, що цього потребують інтереси правосуддя» (стаття 8). Сам трибунал визначав коло осіб, діяння яких підлягали засудженню та створення переліку, яких відповідно до статті 14 Статуту зараховано до компетенції Комітету з розслідування справ і обвинувачення воєнних злочинців, що складався з головних обвинувачів, призначуваних країнами-учасниками Лондонської угоди.

Незважаючи на те, що в основу Статуту покладено принцип індивідуальної кримінальної відповідальності, у ньому зафіксовані положення, що дадуть змогу побачити елементи корпоративної відповідальності: стаття 9 передбачає, що «під час розгляду справи про будь-якого окремого члена тієї чи іншої групи або організації Трибунал може (у зв'язку з будь-якою дією, за яку ця особа буде засуджена) визнати, що група чи організація, членом котрої підсудний був, була злочинною організацією»⁴⁵⁵.

На цьому Трибуналі виникла дискусія щодо зворотної сили кримінального закону, застосування моральних оцінок щодо дій посадових осіб та тлумачення договорів із заборони агресивної війни без визначення самим договором покарання

⁴⁵⁴ Лебедева Н. Как готовился Нюрнбергский процесс. *Международная жизнь*. 1996. № 8. С. 99–108.; Лебедева Н. Неизвестный Нюрнберг. *Родина*. 1991. №. 6/7. С. 123–128.; Полторак А. И. Нюрнбергский процесс и вопрос об ответственности за агрессию. *Советское государство и право*. 1965. №. 6. С. 58–66.; Полянский Н. Н. Международный военный трибунал. – Москва: Ин-т права АН СССР, 1946. 48 с.

⁴⁵⁵ Соглашение между Правительствами СССР, Соединенных Штатов Америки и Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Правительством Французской Республики о судебном преследовании и наказании главных военных преступников европейских стран осн. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/998_200

за недотримання його положень⁴⁵⁶. На той час договірні норми, на які міг опиратися Трибунал, фактично містились лише в Пакті Бріана–Келллога від 1928 р., який у поєднанні з деякими проектами актів Ліги націй, були узяті за основу обвинувачення за злочини проти миру та агресію. Цікаво, що допущені до засідань захисники 24 обвинувачених взяли на озброєння доктрину «державного акта» як дію посадових осіб та намагались таким чином обґрунтувати неможливість звинувачення фізичних осіб – посадовців Вермахту⁴⁵⁷.

Трибунал, своєю чергою, вказував на згадувані вище акти та проекти Ліги Націй та зобов'язання Німеччини в силу міжнародних договорів та норм звичаєвого права про заборону звернення до війни як засобу вирішення міжнародних спорів. Переслідуючи обвинувачених за вчинення військових злочинів, злочинів проти миру та злочинів проти людяності, Нюрнберзький трибунал дав низку викликів усталеній правовій доктрині. Застосування принципу ретроактивної юрисдикції багато фахівців національної кримінальної науки того часу вважали неприйнятним. Адже Статут Трибуналу, який містив у ст. 6 предметну юрисдикцію (злочинів проти миру, військові злочини та злочини проти людяності) схвалено 8 серпня 1945 р., а часову дію положень про злочини визначили з початку Другої світової війни (1 вересня 1939 р.). У такий спосіб впроваджено принцип, що діяння індивіда можуть набути кримінального виміру після факту вчинення правопорушення, зважаючи на те, що сам злочин є протиправним діянням щодо норм загального (звичаєвого) права, а також таким, який складно наперед передбачити⁴⁵⁸. У вироку Нюрнберзького процесу вперше поняття національного права «злочин» було виведено за межі національних правових систем⁴⁵⁹.

Окрім того, за вчинення передбачених Статутом злочинів, зокрема і звичаєвих, були оголошені злочинними дії не лише посадових осіб та військового командування, а й політичних організацій: «Як це визначено Статутом, Трибунал

⁴⁵⁶ Теорія та практика міжнародного кримінального права: підручник / Н. А. Зелінська, С. С. Андрейченко, Н. В. Дрьоміна-Волок, Д. О. Коваль; за ред. Н. А. Зелінської. Одеса: Фенікс, 2017. С.246–247.

⁴⁵⁷ Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками: сб. матер.: в 7 т. / под ред. Р. А. Руденко. Москва, 1957–1961. Т. 7. с. 122.

⁴⁵⁸ Верле Герхард. Принципы международного уголовного права : ученик / Герхард Верле ; пер. с англ. – Одеса: Фенікс; Москва: ТранЛіт, 2011.

⁴⁵⁹ Теорія та практика міжнародного кримінального права: підручник / Н. А. Зелінська, С. С. Андрейченко, Н. В. Дрьоміна-Волок, Д. О. Коваль; за ред. Н. А. Зелінської. Одеса: Фенікс, 2017. С. 239.

оголошує злочинною групу, що складається з тих членів політичного керівництва, які обіймали посади, перелічені в попередньому параграфі або тих, які вступали в організацію чи залишались у ній, знаючи про те, що її використовували для вчинення дій, визначених злочинними згідно зі статтею 6 Статуту, або тих, які були особисто задіяні як члени організації у здійсненні подібних злочинів». Дванадцять підсудних за вироком Трибуналу засуджено до смертної кари через повішення, троє – до ув'язнення довічно, четверо – до різних строків позбавлення волі, виправдані були троє осіб. У Нюрнберзі також були визнані злочинними: керівний склад Націонал-соціалістської партії та її охоронні загони (СС), служба безпеки (СД), державна таємна поліція (гестапо)⁴⁶⁰.

11 грудня 1946 р. Генеральна асамблея ООН у резолюції № 95 підтвердила принципи міжнародного права, які встановлені Статутом Нюрнберзького трибуналу і його вироком, підсиливши їх щодо визнання на рівні міжнародного органу. КМП ООН було доручено розробити проекти уніфікованого кодексу міжнародного кримінального права, який би узагальнював встановлені підходи та методологію, вироблені у Нюрнбергу. Застережує той факт, що ця резолюція сама не надала переліку сформованих принципів, які вона ж ухвалила, а стверджувати, що вони мали чітке окреслення у вироках, не доводиться. У наступні роки КМП ООН розробив проект кодексу злочинів проти миру і безпеки людства у 1954 р., а в наступному етапі – проект статуту постійного міжнародного кримінального суду. Таким чином нюрнберзька модель міжнародного кримінального судочинства започаткувала інститут відповідальності фізичної особи за вчинення злочинів, визначених звичаєвим міжнародним правом, забезпечила відкритий судовий процес над ними та реалізувала визначене покарання. Відсутність у національному законодавстві положень про покарання за злочин за звичаєвим міжнародним правом не вважається підставою для звільнення від відповідальності. Новим у міжнародному праві стало положення про статтю 7 Статуту про нерозповсюдження імунітетів на вищих посадових осіб у зв'язку з вчиненням ними

⁴⁶⁰ International Military Tribunal (Nuremberg), Judgement of October 1946. URL: [https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf]

злочинів за звичаєвим міжнародним правом. Фактично, такий принцип був реалізацією положень статті 227 Версальської угоди 1919 р., яка передбачала здійснення судового процесу над кайзером Німеччини Вільгельмом II, який на той час не відбувся. Такий принцип отримав пізніше кодифікаційне визначення у Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього 1948 р.⁴⁶¹. На наш погляд, діяльність післявоєнних трибуналів не лише підтвердили та розвинули нові принципи та підходи міжнародного права, але й підтвердили його значення для політики та тих, хто робить вибір у формах та способах її реалізації. Як узагальнив В. Г. Буткевич: «Нюрнберзький і Токійський трибунали стали фактично першим значним підтвердженням можливості дії міжнародного кримінального права в наш час»⁴⁶².

Після Нюрнберзького та Токійського трибуналів наступним таким органом став створений у травні 1993 р. Міжнародний кримінальний трибунал для колишньої Югославії (МКТЮ). Після цього створено Міжнародний кримінальний трибунал для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид та інші серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території Руанди, і громадян Руанди, відповідальних за геноцид і інші подібні порушення, вчинені на території сусідніх держав, в період від 1 січня до 31 грудня 1994 року (МКТР), а згодом Міжнародний кримінальний суд (МКС). 25 травня 1993 р. резолюцією РБ ООН № 827 прийнято рішення про створення Міжнародного Трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за значні порушення міжнародного гуманітарного права та вчинені на території колишньої Югославії в період з 1 січня 1991⁴⁶³. Тією самою резолюцією прийнято його Статут, який визначав юрисдикцію на фізичних осіб, які вчинили чи віддали наказ вчинити значні порушення Женевських конвенцій та законів і звичаїв ведення війни, на території колишньої Югославії (крім Словенії) в період з 1 січня 1991 року⁴⁶⁴. Статут МКТЮ містив 34 статті, що визначали компетенцію трибуналу та основні

⁴⁶¹ Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказания за него. Утверждена Резолюцией 260 А (III) Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 9 декабря 1948 года. U.N. Doc. A/RES/260 A (III), приложение (78 UNTS 277).

⁴⁶² Буткевич В. Г., Мищик В. В., Задорожний О. В. та ін. Міжнародне право. Основні галузі / за ред. В. Г. Буткевича. Київ: Либідь, 2004. с. 694.

⁴⁶³ Резолюция № 827 Совета Безопасности ООН. S/RES/827 (1993). Офіційний сайт ООН. URL: <http://www.un.org/russian/document/scresol/res1993/res827.htm>

⁴⁶⁴ Статут Международного криминального трибунала по бывшей Югославии. ст. 1–3, 6, 8. Офіційний сайт ООН. URL: <http://www.un.org/russian/law/icty/charter.htm>.

види злочинів. Пункт «і» ст. 5 вказував на невизначене коло злочинних діянь — «інші негуманні діяння», що давало суддям певну свободу дій у разі кваліфікації будь-якої поведінки як негуманної. Статут визначав територіальну та часову юрисдикцію, індивідуалізацію відповідальності, склад Трибуналу, права обвинувачених, порядок винесення рішення та інші положення. Статут відрізнявся від Статуту Нюрнберзького трибуналу відсутністю заочного судочинства. До юрисдикції Міжнародного трибуналу віддано такі злочини: значні порушення Женевських Конвенцій 1949 року; порушення законів та звичаїв війни; геноцид; злочини проти людяності. Статут не єдиний документ, який визначав порядок діяльності. Згідно зі ст. 15 МКТЮ прийняв Правила процедури і доказування, Правила тримання під вартою, а також Кодекс професійної поведінки захисника у відносинах з Трибуналом. Розроблення цих документів вказує та певну квазіправотворчість МКТЮ. Поль Таверньє зазначив: «Правила процедури і доказування, розроблені ними, можна вважати Міжнародним кодексом кримінального процесу»⁴⁶⁵.

Щоб зрозуміти роль міжнародного звичаю в практиці кримінальних судів та трибуналів, варто насамперед звернути увагу на питання специфіки звичаю в міжнародному кримінальному праві. Як ми зазначали вище, крім класичного міжнародного звичаю, можуть формуватися звичаї за посередництва міжнародних організацій. У міжнародному кримінальному праві звичай формується специфічно⁴⁶⁶. Стандартно, для існування звичаю слід довести наявність практики, яка повинна бути широкою та одноманітною. Проте в сфері міжнародного кримінального права це навряд чи можливо. Кількість прецедентів у цій сфері є досить незначною. Тому в міжнародному кримінальному праві утвердилася позиція про домінуючу роль *opinio juris*, існування якої довести набагато простіше⁴⁶⁷. Г. Метакс досить скептично зауважив, що «державна практика часто тільки допомагає в обґрунтуванні або спростуванні тих чи інших обставин, що містяться у вироках трибуналів. Але таку практику досить рідко сприймають як

⁴⁶⁵ Таверньє Поль Опыт Международных военных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде. *Международный журнал Красного Креста*. 1997. № 19. С. 699–719.

⁴⁶⁶ Dugard J. *International Law: A South African Perspective*, 2005. P. 33.

⁴⁶⁷ Mettraux G. *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, 2005. P. 13.

доказ існування норми»⁴⁶⁸. Існує думка, що разом з національним законодавством, положеннями міжнародних договорів і Статутом Нюрнберзького трибуналу, рішення національних судів становлять основу міжнародного звичаєвого права, що застосовується як щодо особистої відповідальності, так і щодо участі в різних формах, описаних у статті 7 Статуту⁴⁶⁹. Пункт 1 статті 7 МКТЮ передбачає, що особа, котра є виконавцем або співучасником злочину, «індивідуально відповідальна за злочин». В основі цього положення покладено загальний принцип кримінального права, відповідно до якого індивід відповідає за власні дії та бездіяльність. Статут установлює два види особистої відповідальності. Особу притягують до відповідальності як за пряму участь у вчиненні злочину (*individual criminal responsibility*), так і за злочинну бездіяльність, коли злочини вчиняють його підлеглі (*superior criminal responsibility*). Практика МКТЮ наштовхує на справедливі висновки, оскільки Статут МКТЮ не дає чітких роз'яснень, як встановити об'єктивний і суб'єктивний елементи колективної кримінальної відповідальності. Для того, щоб визначити ці елементи, слід проводити ретельний аналіз звичаєвих норм міжнародного права, досліджуючи джерела та враховуючи головні судові прецеденти, конвенційні норми. «Сьогодні така норма звичаю знайшла підтвердження – злочини проти людства не потребують зв'язку з міжнародним збройним конфліктом»⁴⁷⁰.

На наш погляд, статутні повноваження МКТЮ та МКТР значно актуалізували предметну юрисдикцію міжнародного кримінального правосуддя. С. Лауччи зазначав, що «у сфері припинення міжнародних злочинів склався певний поділ праці між міжнародними судовими інстанціями, що займалися тільки головними злочинцями, і національними судами, перед якими появлялися злочинці рангом нижчі, що також брали участь у здійсненні злочинів»⁴⁷¹. Вважалось, що суди *ad hoc* покликані здійснювати юрисдикцію щодо «найбільш високопоставлених лідерів, підозрюваних у найбільшій відповідальності» за

⁴⁶⁸ Mettraux G. International Crimes and the Ad Hoc Tribunals, 2005. P. 13–14.

⁴⁶⁹ Aldrich G. H. Jurisdiction of the International Tribunal for the Former Yugoslavia. *American journal of international law*. 1996. Vol. 90. No. 1. P. 63.

⁴⁷⁰ Фаталієв З. Ф. Понятіє і основні характерні черти воєнних преступлений. *Вестник «ТИСБИ»*, № 1 (2009). URL: <http://www.tisbi.ru/science/vestnik/2009/issue1/Fataliev.html>

⁴⁷¹ Лауччи С. Преследовать в судебном порядке и обеспечивать судебное преследование лиц, совершивших серьезные нарушения международного гуманитарного права. Размышления о задачах международных уголовных трибуналов и средствах их выполнения. *Международный журнал Красного Креста. Сборник статей*. 2001. С. 53.

вчинення злочинів, що підпадають під юрисдикцію трибуналів. Таку позицію озвучено у доповіді Генерального секретаря ООН на П'ятдесят шостій сесії Генеральної асамблеї, де він зазначив: «Що стосується співпраці держав із Трибуналом, то найпомітнішою подією за останній рік було затримання і видання цим Трибуналом 28 червня 2001 року колишнього президента Союзної Республіки Югославії Слободана Милошевича. Це ознаменувало початок нової ери в розвитку міжнародного кримінального правосуддя»⁴⁷².

Водночас МКТЮ та МКТР, порушуючи кримінальні справи проти представників групи осіб, розширив свою практику як на осіб керівного складу так і звичайних виконавців міжнародних злочинів. Трибунали еволюціонували від розуміння, що таке персональна юрисдикція «головних злочинців» до визначення «командної відповідальності» за кваліфікації злочину, вчиненого групою осіб.

Генеральний секретар ООН у доповіді про заснування Трибуналу, який згодом повністю схвалила Рада безпеки, зазначив, що Трибунал може лише застосовувати ті норми міжнародного гуманітарного права, котрі безперечно є частиною звичаєвого права, щоб дотримуватися принципу *nullum crimen sine lege* і щоб не виникало проблем щодо участі в конкретних конвенціях з міжнародного гуманітарного права не всіх, а лише деяких держав⁴⁷³. Як наслідок, застосування і тлумачення звичаєвих норм міжнародного права було одним із пріоритетів МКТЮ під час кваліфікації злочинів у кожній справі.

Ключовою справою і для практики загалом, і для питання про тлумачення міжнародних звичаєвих норм, зокрема, стала *справа Душко Тадіча*. Душко Тадіч – колишній лідер боснійських сербів, який під час збройного конфлікту в Сербії вчинив низку військових злочинів. *Справи Д. Тадіча (Tadić) та Фуруджія (Furundzija)* отримала широкий розголос і серед громадськості, і серед юристів-експертів. Важливою є позиція МКТЮ, яку він озвучив у *справі Д. Тадіча (Tadić)*, вказавши, що «починаючи з 1930-х рр. відбувалося поступове зникнення

⁴⁷² Организация Объединенных Наций. Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты. Пятьдесят шестая сессия. Доклад Генерального секретаря о работе Организации. Дополнение № 1 A/56/1.

⁴⁷³ Фисенко И. Система уголовного преследования за совершение международных преступлений: комиссии по расследованию и международные уголовные суды. *Белорусский журнал международного права и международных отношений*. 1998. № 4. URL: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=195&Itemid=49

відмінностей між нормами звичаєвого міжнародного права, що регулюють міжнародні збройні конфлікти, і звичаєвими нормами, що регулюють неміжнародні збройні конфлікти. У результаті зближення цих норм сучасні внутрішні конфлікти значною мірою регулюються нормами, які раніше застосовували лише в період міжнародних збройних протистоянь»⁴⁷⁴. Однак від початку слухань захист Тадіча зайняв різку позицію, заперечуючи юрисдикцію Трибуналу. Зважаючи, що ця справа стала прецедентом, до якого пізніше звертались неодноразово інші суди, а також особливості голосування членів ООН, як свідчення їхньої можливої згоди із міжнародним звичаєм, вона потребує окремої уваги.

Наслідком заперечення юрисдикції Трибуналу було ретельне дослідження повноважень та організації діяльності РБ ООН. Адвокати Тадіча стояли на позиції, що Рада безпеки не є повноважним органом для створення органу кримінальної юрисдикції. На їхню думку, МКРЮ міг існувати лише відповідно до міжнародної угоди чи шляхом внесення змін до Статуту ООН, але не рішенням РБ ООН. Особливо критичним, на їхню думку, був факт, що Генеральна асамблея ООН, яка принаймні могла б представляти «міжнародне співтовариство», не була залучена до його заснування. На думку захисту, заснування Міжнародного Трибуналу не мало позитивного впливу на збереження миру та безпеки. Як політичний орган РБ ООН не могла утворити незалежний і безсторонній трибунал, а це означає, що принцип судової безсторонності був порушений від початку. За логікою представників обвинуваченого, МКТЮ був належно не створений та не має компетенції здійснювати кримінальне переслідування обвинувачуваного. Вони вважали, що Рада безпеки ООН перевищила свої повноваження, оскільки в Главі VII Статуту ООН немає положень, що санкціонують створення судового органу Радою безпеки як міру для захисту міжнародного миру і безпеки. Спростовуючи аргументи захисту, Судова камера зазначила, що Глава VII Статуту ООН і стаття 41 зокрема надає РБ широку, хоча і не безмежну волю дій для вживання заходів, спрямованих на захист миру і безпеки. Незначні повноваження, відповідно до

⁴⁷⁴Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, 15.7.1999. Appeals Judgment, para. 163.

Глави VII у разі загрози миру обмежені тим, що РБ має юрисдикцію для цілей і принципів Статуту ООН. З огляду на те, що загроза загальній безпеці, зумовлена конфліктом у колишній Югославії, була спричинена масштабними порушеннями засадничих прав та свобод, що вчинили індивіди, Рада безпеки зобов'язана через Міжнародний трибунал впливати на індивідумів, щоб усунути цю загрозу. На заяву захисту про те, що «міжнародне право вимагає, щоб кримінальні суди були незалежні й безсторонні та що жодний суд, створений політичним органом типу Ради безпеки, не може мати такі характеристики» надано відповідь, що порушення міжнародного гуманітарного права під час збройного конфлікту на території колишньої Югославії були явною загрозою міжнародному миру і безпеці, а концепцію персональної кримінальної відповідальності за такі порушення вже давно розглядають як один зі способів запобігання військовим злочинам, унаслідок чого заснування Трибуналу не можна сприймати як перевищення Радою своєї компетенції відповідно до Глави VII. Створення МКТЮ відповідно було спрямоване на досягнення тривалого миру в колишній Югославії. На що Судова камера відповіла: «чи є суд незалежним і безстороннім, залежить не від органу, що створює його, а від суддів і методів функціонування»⁴⁷⁵.

Звернувши значну увагу на спростування доказів захисту щодо легітимності заснування, зазначено, що Міжнародний трибунал не є судом, уповноваженим на те, щоб оцінювати дії органів Організації Об'єднаних Націй, і не може здійснювати над ними судовий контроль. На наш погляд, голосуванням резолюції про створення МКТЮ, підтверджено принцип «оптимального волевиявлення» для визнання звичаєвої норми обов'язковою в межах широкої участі держав як суб'єктів правовідносин у міжнародній організації. Оскільки Статут ООН не регламентує дії РБ ООН стосовно забезпечення прав та свобод фізичних осіб, а вказаний розділ належить винятково до держав, а не до індивідів, то можна побачити, що таке рішення засновувалося на широкому консенсусі щодо тлумачення норм Статуту ООН. У цьому аспекті важливою була легітимація дій

⁴⁷⁵ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Decision on the Defence Motion on Jurisdiction (rule 73). *Prosecutor v. D. Tadic* Case No. IT-94-1. 10 august 1995. (Trial Chamber). para. 1–4, 7–12, 17–24, 24–31.

Ради безпеки, яку можна обґрунтовано довести через принципи теорії мовчазної згоди⁴⁷⁶. У цьому випадку резолюція РБ ООН якою створено МКТЮ, отримала широку підтримку з боку представників Генеральної асамблеї через практичну відсутність заперечень. Як показує практика, МКТЮ та МКТР звертаються до звичаєвого міжнародного права для тлумачення предметної юрисдикції під час кваліфікації міжнародних злочинів. Аналіз практики прийняття ними рішень засвідчує, що трибунали враховують дві головні позиції щодо застосування міжнародного звичаю. По-перше, вони підтверджують, що для формування норми міжнародного звичаєвого права потрібна практика й *opinio juris* держав; по-друге, для виявлення такої норми, як правило необхідне спеціальне дослідження.

На нашу думку, така позиція зумовлена обов'язком трибуналів звертати належну увагу на принцип законності (*nullum crimen sine lege*), на що неодноразово спиралися науковці. Т. Мерон змалював ідеальну модель, коли «міжнародне звичаєве право може слугувати надійною основою для засудження, але тільки, якщо справді вжито всіх необхідних заходів з метою визначення, що на момент скоєння злочину відповідний правовий принцип настільки міцно утвердився в якості звичаю, що злочинець міг би сказати, яку норму він повинен був дотримати»⁴⁷⁷. Водночас реалії практики демонструють, що Трибунали здійснюють аналіз практики й *opinio juris* держав зовсім неідеальних доказів. Як наслідок, вивчення обсягу матеріалу справи, який доводить усі фактичні обставини є вкрай складним. Тому суди акцентують увагу на пошуках підтвердження юридичного обов'язку, який породжує звичай та засвідчують його порушення.

Наприклад, у справі Хаджіхасановича (*Hadžihasanović*) Апеляційна палата зазначила, що «для того, щоб вважати той чи інший принцип частиною міжнародного звичаєвого права, вона повинна упевнитися в визначенні такого принципу в практиці держав на підставі прикладів *opinio juris*»⁴⁷⁸. Але уже в іншій справі – справі Делаліча (*Delalić*) Трибунал доволі критично оцінив ситуацію, коли надання доказів звичаю міжнародного права, на їхню думку, було недостатнім.

⁴⁷⁶ Лукашук И. И. Международное право. Т. II: Особенная часть. Москва: Волтерс Клувер, 2005. С. 441.

⁴⁷⁷ T. Meron, "Revival of Customary Humanitarian Law", *American Journal of International Law*, 2005, p. 817.

⁴⁷⁸ Case No. T-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, para. 12.

«Відсутність свідчень з практики держав, які вказували б на формування в міжнародному звичаєвому праві вимоги про доведення дискримінаційного наміру в складі порушення законів або звичаїв війни, не дає підстав для застосування покарання»⁴⁷⁹. У справі *Тадіча (Tadić)* Апеляційна палата, покликаючись на ретельний розгляд відповідної практики, доводить, що «звичаєве право не вимагає присутності дискримінаційного наміру в складі всіх злочинів проти людськості»⁴⁸⁰.

Проте в деяких випадках МКТЮ висловив готовність визнати, що норма міжнародного звичаєвого права виникає навіть тоді, коли обидва елементи (зокрема, практика держав) чітко не склалися. У справі *Обвинувача проти Купрешкіча (Kupreskic)* судова палата прямо стверджувала, що «принципи міжнародного гуманітарного права можуть складатися за допомогою звичайного процесу під тиском вимог гуманності або диктату суспільної свідомості. Проте в деяких випадках МКТЮ висловив готовність визнати, що норма міжнародного звичаєвого права виникає навіть тоді, коли обидва елементи (зокрема, практика держав) чітко не склалися.

У справі *Обвинувача проти Купрешкіча (Kupreskic)* судова палата прямо стверджувала, що «принципи міжнародного гуманітарного права можна складати за допомогою звичайного процесу під тиском вимог гуманності або диктату суспільної свідомості, навіть, коли практика держав мізерна і не послідовна»⁴⁸¹. Вказану позицію вона аргументувала там, що навіть у разі незначної практики реалізації статті 51 Першого додаткового протоколу 1977 року щодо захисту цивільного населення в зоні бойових дій, звичаєва норма обов'язкова в силу наявності *opinio juris* незначними прикладами.

Цікава позиція апеляційної палати Суду щодо головного питання у справі *Тадіча*, а саме: чи були Збройні сили боснійських сербів агентом Федеративної Республіки Югославії? Покладаючись на встановлену та прийняту норму міжнародного права, судова палата у справі *Тадіча* прийняла рішення, що

⁴⁷⁹ Case No. IT-95-14/1-A, Judgment, 24 March 2000, para. 23.

⁴⁸⁰ Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 287–292; *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Case No. IT-98-34-A, Judgment, 3 May 2006, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Schomburg, para. 15; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, CaseNo. IT-95-14/2-A, Judgment, 17 December 2004, para. 66.

⁴⁸¹ Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000, para. 527.

вирішило питання негативно, бо покладалась на відому позицію Суду ООН у *справі Нікарагуа проти США*⁴⁸². Суд ООН досліджував питання належності певних угруповань, що за підтримки Сполучених Штатів Америки вели боротьбу з нікарагуанським урядом, до державних агентів США. Відповідаючи на це запитання, Суд досліджував базу міжнародного права й оприлюднив судовий тест, відомий пізніше як стандарт ефективного контролю. Відповідно до нього агентські відносини (між організованими недержавними угрупованнями і державою) можуть виникати лише, якщо держава, про яку йдеться, координує і наглядає за угрупованням, а також випускає для інструкції. Апеляційна палата у *справі Тадіча* вчинила зовсім інакше, ніж судова палата, і відкрито відмовилась застосовувати стандарт ефективного контролю, а натомість сформулювала власну норму для визначення того, чи недержавні угруповання, що беруть участь у війні, є насправді агентами іноземної держави. Тест апеляційної палати, знаний як стандарт загального контролю, стверджує, що агентські відносини (між організованими недержавними угрупованнями і державою) виникають лише, якщо держава, про яку йдеться, координує загальне воєнне планування угруповання.

Таким чином обов'язкову вимогу стандарту ефективного контролю – випуск спеціальних інструкцій для угруповання в інтересах держави, про яку йдеться, замінили вільнішою, що передбачає просто певну координацію. На виправдання того факту, що вона явно проігнорувала встановлену норму міжнародного права (тобто, стандарт ефективного контролю суду ООН, апеляційна палата у *справі Тадіча* пояснила свої дії тим, що стандарт ефективного контролю суперечить як судовій, так і державній практиці. Хоч Трибунал і має повне законне право створювати власний тест для визначення того, чи у збройному конфлікті між недержавним угрупованням та державою, визнаною в міжнародному масштабі, існують агентські відносини, є ризик виникнення проблеми, коли експерти вважатимуть цю правову практику не тим, чим вона є, внутрішнім законом автономної системи правового рулювання, а підтвердженням норми міжнародного права. Що стосується стандарту загального контролю, існує чимало доказів того,

⁴⁸² Prosecutor v. Tadic, Appeals Chamber Judgment, para. 116–145.

що це справді так⁴⁸³. Судова практика демонструє на потенційно простому прикладі перетворення договірного міжнародного права на звичаєве, надає меншого значення державній практиці й *opinio juris* та не вважає це за велику проблему⁴⁸⁴. Таке ставлення, хоч і не становить проблеми, коли міжнародні правові норми не конфліктують, зате створює значні проблеми, коли такий конфлікт виникає. Що ж робити у випадках конфліктів права у примітивній, порівняно неієрархічній, міжнародній правовій системі?⁴⁸⁵

Досить часто в практиці трибуналів та Міжнародного кримінального суду судді досліджують наявні звичаєві норми, щоб глибше тлумачити норми статутів, у яких визначено склади окремих міжнародних злочинів. Як правило, таке тлумачення не стільки вживається в обґрунтованій частині вироку, скільки в процесі самих суджень суддів. Д. Мундіс з цього приводу зазначав, що по суті такі судді здійснюють квазізаконодавчу функцію тією мірою, якою це можливо в межах тлумачення відповідного положення, що визначає склад того чи іншого правопорушення. А це означає, що часто вони заповнюють таким чином не лише прогалини в матеріальному праві, але й процедурні (процесуальні) норми⁴⁸⁶. В останньому випадку судді зазвичай глибоко аналізують практику національних судів як доказ практики держав⁴⁸⁷.

Коли Трибунал не знаходив хоча б мінімальної практики, він не констатував існування звичаю. У згаданій справі Фурунджія, Трибунал пробував встановити, які саме акти насильства охоплює поняття зґвалтування як воєнного злочину. Судова палата зокрема констатувала, що в багатьох державах перелік таких актів є максимально докладним. На основі цього зроблено висновок, що звичаєва норма про заборону зґвалтувань не охоплює значної кількості актів. Незважаючи на це, Палата констатувала, що всі ці акти, які не охоплює поняття зґвалтування, здійснюють проти волі особи із застосуванням насильства чи погроз, а отже, їх можна долучити до поняття катування чи інших злочинів, особливо якщо

⁴⁸³ Dorsey, Reflections on the Foreign Sovereign Immunities Act After Twenty Years, 28 J Maritime L & Commerce (1997) 257, P. 257.

⁴⁸⁴ Brownlie I., *Principles of Public International Law*. 4th ed. 1990. P. 326–327.

⁴⁸⁵ Brownlie I., *Principles of Public International Law*. 4th ed. 1990. P. 327.

⁴⁸⁶ Mundis D. The Legal Character and Status of the Rules of Procedure and Evidence of the *ad hoc* International Criminal Tribunals. *International Criminal Law Review* 1. 2001. P. 191.

⁴⁸⁷ Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, 15.7.1999. Appeals Judgment, para. 226.

враховувати той факт, що їх вчиняють під час збройного конфлікту. Таким чином Палата стверджує, що «контекст війни перетворює поведінку, яка могла б перетворити сексуальне насильство в обтяжливих обставинах на воєнний злочин. Тобто вона прагне виправдати своє рішення, покликаючись на важливість захисту людської гідності»⁴⁸⁸.

У результаті звичаєві норми міжнародного кримінального права з'явилися навіть там, де державна практика була рідкісна і далека від послідовної та одноманітної, однак доктрина була і залишається визначальною для звичаєвого правотворення. Як приклад, слушною є думка А. Нолкемпер (Nollkaemper), який зазначає, що трибунали часто обмежувалися аналізом «вкрай обмеженого прецедентного права, тобто використовували надзвичайно малу кількість державної практики»⁴⁸⁹. Об'єктивно маючи величезний обсяг матеріалу та обмежені часові терміни, трибунали відмовилися від індукції як методу встановлення наявності звичаєвої норми і надали перевагу саме дедукції, а отже, «процес встановлення наявності норми перевернутий з ніг на голову»⁴⁹⁰, що загалом є досить небезпечно, оскільки дає змогу в деяких випадках знайти два–три прецеденти з практики держави, які доведуть існування будь-якого звичаю. На основі цього під час встановлення наявності звичаєвих норм, особливо тих, що стосуються відповідальності за вчинення воєнних злочинів, судді таких трибуналів часто обґрунтовують свою позицію «застереженням Мартенса»⁴⁹¹. Як зазначено вище, ідея Мартенса звертає увагу на «закони людства» та «суспільної свідомості» як зовсім неправової категорії, яка потрібно застосовувати у конкретному випадку, що матиме очевидні юридичні наслідки.

Правова ідея Мартенса наголошує на важливості у формуванні та розвитку звичаєвого міжнародного права власне доктрини. На думку А. Кассезе, застереження послаблює вимоги щодо практики держав і водночас підвищує роль *opinio juris* і загалом переконаність у правомірності того чи іншого правила

⁴⁸⁸Prosecutor v. Furundzija, IT-95-17/1, 10.12.1998, para. 162, 253.

⁴⁸⁹Nollkaemper A. The Legitimacy of International Law In the Case Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia Ambiguity In the Rule of Law / The Interface between National and International Legal System / J. A Vandamme, J.-H. Reestman (eds.). 2001, p. 17.

⁴⁹⁰Mettraux G. International Crimes and the Ad Hoc Tribunals, 2005. P. 15.

⁴⁹¹Cassese A. International Law, 2001, P. 126.

поведінки порівняно зі звичайними умовами⁴⁹². Апеляційна палата в Ердемовіча широко розглянула, якою мірою національна судова практика вплинула на доведення існування звичаєвої норми щодо наявності або відсутності примусу як захисту від обвинувачення у вбивстві. Доведено, що немає достатніх доказів, щоб підтримати існування такої норми⁴⁹³. І хоча трибунали значно спиралися на практику національних органів правосуддя щодо визначення наявності звичаю, однак вони не вважали відсутність таких прецедентів нездоланною перешкодою у констатації наявності звичаю. У цьому контексті цікавою є практика Апеляційної палати, яка у *справі Тадіча* зробила посилання на нігерійські судові прецеденти, після чого узагальнила, що існує «багато елементів міжнародної практики, які показують, що держави мають намір ввести кримінальну відповідальність за значні порушення звичаєвих норм і принципів у внутрішніх конфліктах». Як додатковий аргумент використано посилання на військові статuti та національне законодавство загалом⁴⁹⁴.

Іншим цікавим прецедентом є справа Галича, якого обвинувачували в злочині терору, відповідальність за який передбачено Додатковим протоколом I 1977 р. Як відомо, об'єктивна сторона цього злочину полягає у вчиненні дій для поширення терору серед цивільного населення. Судова палата МКТЮ ухвалила, що Станіслав Галич, сербський командир, має відповідати за злочини «терору» як порушення законів чи звичаїв війни.

Однак уже під час розгляду справи Трибунал стикнувся з необхідністю вставити суб'єктивну сторону цього злочину, і для цього слід було проаналізувати як практику, так і *opinio juris*. У результаті встановлено, що суб'єктивна сторона такого злочину вимагає конкретного наміру (умисел) і що цей злочин вчинити неумисно неможливо (*Dolus eventualis* або нерозсудливість є недостатніми)⁴⁹⁵.

Це рішення викликало багато критики, оскільки, на думку значної кількості як теоретиків, так і практиків, Трибунал суттєво вийшов за межі своїх

⁴⁹²Cassese A. International Law, 2001. P. 125–127.

⁴⁹³Prosecutor v. Erdemović, IT-96-22-A, 7.10.1997, Judgment, para. 55.

⁴⁹⁴Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, 15.7.1999 Appeals Judgment, para. 131.

⁴⁹⁵Prosecutor v. Galić, Trial Judgement, IT-98-29-T, 5.12.2003, para. 132–136.

повноважень, оскільки не мав права розширювати матеріальне право⁴⁹⁶. Однак беззаперечним є той факт, що Апеляційна палата, діючи у вказаний спосіб, все-таки цілком справедливо встановила, що заборона терору серед цивільного населення є частиною звичаєвого міжнародного права і дублюють договірні норми, оскільки заборона терору передбачена в ст. 51 Додаткового протоколу I і ст. 13 (2) Додаткового протоколу II 1977 р. Звичаєвий характер цих норм підтвердив Міжнародний суд ООН у консультативному висновку законності застосування ядерної зброї державою у збройних конфліктах.

Ф. Раймондо зазначив з цього приводу, що хоча рішення Трибуналу з цього питання є спірним у частині законності, однак його позитивний вплив важко переоцінити, бо це «призвело до розроблення точного і докладного визначення об'єктивних і суб'єктивних ознак складу злочину зґвалтування, а не виявлення чинного законодавства»⁴⁹⁷.

У справі *Обвинувачення проти Хаджіхасановіча і Кубури* МКТЮ звернулася до результатів дослідження про міжнародне звичаєве право (Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law), яке провів 2005 року Міжнародний комітет Червоного Хреста. Після цього було досліджено ще практику інших судів, де вперше розглянуто «судову практику в період після Другої світової війни» в контексті запобігання вчиненню злочинів командирами, згодом МКТЮ також звернувся до питань про кодифікації норм, що стосуються відповідальності командування, і про існування обов'язків запобігати злочинам⁴⁹⁸. Згідно з позицією Апеляційної камери МКТР у справі *Рвамакуба проти Обвинувача*, що «норми міжнародного звичаєвого права характеризуються двома відомими компонентами – практикою держав і *opinio juris*»⁴⁹⁹.

У деяких випадках МКТР уникав детального аналізу під час вирішення питання про те, чи виникла норма міжнародного звичаєвого права, або покладався замість цього на дослідження і заяви інших судових установ. Наприклад, у справі

⁴⁹⁶Mettraux G. International Crimes and the Ad Hoc Tribunals, 2005. P. 127.

⁴⁹⁷Raimondo F. General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff. 2008. P. 21.

⁴⁹⁸Prosecutor v. Halilović, Judgement, Case No. IT-01-48-T, T. Ch. I. A, 16 November 2005, para. 82–83.

⁴⁹⁹Case No. ICTR-98-44-AR72.4, Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide, 22 October 2004, para. 14.

Наїмана та інших проти Обвинувача Апеляційна камера покликала на пояснювальну заяву в проекті кодексу злочинів проти світу і безпеки людства Комісії міжнародного права, стверджуючи, що позиція, згідно з якою пряме публічне підбурювання до вчинення геноциду карається тільки, якщо такий акт справді був, «не відображає міжнародного звичаєвого права з цього питання».⁵⁰⁰

У справі *Обвинувача проти Акаесу*, коли Судова камера постановила, що «Конвенція про геноцид безумовно вважається частиною міжнародного звичаєвого права, що впливає з висновку Міжнародного Суду щодо положень Конвенції про геноцид і як про це нагадав Генеральний секретар Організації Об'єднаних Націй у своїй доповіді про заснування Міжнародного кримінального суду щодо колишньої Югославії».⁵⁰¹

Суддя Шахабуддін заявив, говорячи про концепцію співучасті у справі *Гакумбітсі проти Обвинувача* (Апеляційна камера) «оскільки одні держави дотримуються однієї теорії, а інші – іншої, то можливо не існує необхідної практики держав і *opinio juris*, що дозволяють зробити будь-яку з цих теорій частиною міжнародного звичаєвого права». Щодо справи Наїмана суддя Мерон мав особливу думку, згідно з якою він заявив, що у разі, коли «консенсус між державами не складається, цілком очевидно, що жодної норми міжнародного звичаєвого права немає».

Що стосується застосовних норм права, то юрисдикція Міжнародного трибуналу щодо Руанди була трохи розширена порівняно з юрисдикцією Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії. Рада Безпеки заснувала Міжнародний трибунал щодо Руанди, опираючись не на проект статуту, якого підготував Генеральний секретар, а на підсумки обговорень, проведені між членами Ради, і «включив в предметну юрисдикцію Трибуналу щодо Руанди міжнародні документи незалежно від того, чи вважаються вони частиною звичаєвого міжнародного права або ж вони зазвичай тягнуть за собою особисту

⁵⁰⁰ Case No. ICTR-99-52-A, 28 November 2007 para. 39-44

⁵⁰¹ Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para. 495

кримінальну відповідальність осіб, які вчинили злочин.

Визначаючи норми міжнародного звичаєвого права, Міжнародний трибунал щодо Руанди покликався на рішення національних судів як на допоміжний засіб для визначення правових норм, хоча і рідше, ніж на власну судову практику і судову практику Міжнародного рідного трибуналу щодо колишньої Югославії та Нюрнберзького та Токійських трибуналів.

Так, найголовнішим результатом тлумачення звичаю стало визнання того факту, що необхідність дотримання законів і звичаїв війни є звичаєвою нормою міжнародного права, застосування якої не залежить від формальних вимог міжнародних договорів, у яких вони можуть закріплюватися (справа Душко Тадіча). У зазначеній справі МКТЮ довів, що міжнародний збройний конфлікт не є необхідною умовою для злочинів проти людяності, з огляду на те, що на них поширюються норми звичаєвого права. Практика МКТЮ сприяє визначенню місця і ролі звичаю у таких галузях міжнародного права, як міжнародне гуманітарне право та міжнародне кримінальне право.

Варто звернути увагу на питання про специфіку звичаю в міжнародному кримінальному праві. Якщо в класичному випадку для існування звичаю слід доводити наявність практики, котра повинна бути широкою і одноманітною, то у сфері міжнародного кримінального права це навряд чи можливо, оскільки кількість прецедентів у цій сфері є незначною. Враховуючи це, в міжнародному кримінальному праві утвердилася позиція про домінантну роль *opinio juris*, існування якої довести набагато простіше, порівняно з практикою.

Необхідно зазначити, що досить часто в практиці Трибуналів та Міжнародного кримінального суду судді досліджують звичаєві норми, щоб чіткіше та точніше інтерпретувати норми Статутів, у яких визначено склади окремих міжнародних злочинів. Зазвичай таке тлумачення не стільки використовують у мотивувальній частині вироку, скільки в процесі самих суджень суддів.

Під час розгляду Судова камера підтвердила, що згідно зі своїм Статутом Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії не повноважний визначати нові кримінальні злочини і що «Трибунал має юрисдикцію щодо будь-якого

злочину лише тоді, коли він був визнаним згідно з міжнародним звичаєвим правом у момент його здійснення». Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії прямо взяв до уваги двоелементний підхід до ідентифікації норм звичаєвого міжнародного права і час від часу використовував рішення національних судів як застосовні форми доказу щодо кожного з елементів.

Застосування норм звичаєвого міжнародного права органами міжнародного кримінального правосуддя має такі специфічні ознаки: переважно практику щодо існування та використання звичаїв створив МКТЮ, інші Суди і трибунали обмежилися лише посиланнями на його практику; на відміну від практики всіх інших судових органів, у міжнародному кримінальному праві хоча і використовують двокомпонентну концепцію звичаєвої норми, але провідна роль належить саме *opinio juris*; на відміну від Трибуналів, статут МКС відводить значно меншу роль звичаєвим нормам, які застосовують за неможливості використання Статуту та інших договірних актів.

МКТЮ і МКТР враховує те, що для формування норми міжнародного звичаєвого права потрібна практика й *opinio juris* держав і що для виявлення такої норми зазвичай необхідно дослідити ці два елементи. Вважають, що цей підхід продиктований обов'язком трибуналів звертати належну увагу на принцип законності (*nullum crimen sine lege*), згідно з яким міжнародне звичаєве право може слугувати надійною основою для засудження, але тільки, якщо справді вжито всіх необхідних заходів з метою визначення, що на момент скоєння злочину відповідний правовий принцип настільки міцно утвердився як звичай, що злочинець міг би сказати, яку норму він повинен був дотримати. Проте деякі автори зазначають, що «в контексті міжнародного кримінального права міжнародне звичаєве право означає щось інше, ніж міжнародне звичаєве право в контексті традиційного міжнародного права», і що судова практика трибуналів часто характеризується відходом «від практичного розуміння звичаю в сторону більшою мірою власне гуманітарного тлумачення звичаєво-правового процесу». Однак, на думку інших авторів, «ідея про те, що судова практика міжнародних кримінальних трибуналів породила нову форму звичаю, у зв'язку з чим практика й

opinio juris держав перестали бути обов'язковими умовами формування звичаю, абсолютно помилкова».

Наголошуючи на важливості цієї події, Генеральний секретар Організації Об'єднаних Націй Кофі Аннан з цього приводу заявив: «Ми сподіваємося на те, що покаравши винних, МКС принесе певну розраду людям, які пережили жахи війни. Та важливішим є те, що Суд стримуватиме потенційних воєнних злочинців і наблизить той момент, коли жоден правитель, жодна держава й жодна армія на земній кулі не зможе безкарно порушувати права людини»⁵⁰².

Предметна юрисдикція МКС обмежується найсерйознішими злочинами, що викликають стурбованість усього міжнародного співтовариства. Суд наділений юрисдикцією щодо таких злочинів: злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини (і потенційно, злочин агресії).

Що ж стосується справ, які розглядав МТКР, то, як згадано вище, практика цього трибуналу була набагато скромнішою. Загалом, якщо аналізувати роль звичаєвих норм у практиці, основним його доробком є *справа Акайесу*⁵⁰³ і *справа Кайішема та Рузінданас*⁵⁰⁴, у яких Трибунал розглядав питання, пов'язані із геноцидом. Аналізуючи практику і *opinio juris*, Трибунал констатував звичаєвий характер Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього 1948 р., а також удосконалив поняття «захищеної групи».

Крім того, Трибунал у *справі Акайесу* встановив наявність кількох звичаєвих норм, які стосуються злочинів проти людяності, а також підтвердив звичаєвість принципу міжнародного права про невідворотність кримінального покарання за міжнародні злочини.

Отже, особливий внесок у теорію міжнародного звичаєвого права зробив Міжнародний кримінальний трибунал для колишньої Югославії (МКТЮ). Інші органи міжнародного кримінального правосуддя здебільшого обмежувалися посиланнями на його практику. У міжнародному кримінальному праві, хоча і використовують двокомпонентну концепцію звичаєвої норми, але провідна роль

⁵⁰²URL: <http://www.un.org/russian/law/icc/question.htm>

⁵⁰³ Prosecutor v. Akayesu, ICTR-96-4-T, Judgment, 2 Sept. 1998.

⁵⁰⁴ Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana Judgment. Case No. ICTR-95-1-A Appeals Chamber 1 June 2001, para. 185–190.

належить саме *opinio juris*. Крім того, на відміну від Трибуналів, Статут МКС відводить значно меншу роль звичаєвим нормам, які застосовують за неможливості використання норм Статуту та інших договірних актів. Обвинувачення *справи Прокурора проти Тадіча*⁵⁰⁵. МКТЮ, підтриманий судом, зазначав, що «ніхто не може ані сумніватися у тяжкості діянь, які розглядають у суді, ані у зацікавленості міжнародного співтовариства у забороні таких діянь», адже принципи та норми гуманітарного права відображають «базові складові розуміння людяності», які у всьому світі визнають обов'язковим мінімальними стандартами поведінки під час будь-якого збройного конфлікту.

Ці норми визначені статтею 3 Женевських конвенцій другого Додаткового протоколу, який прийнятий з метою конкретизувати правовий зміст положень статті 3 та інших міжнародних договорів, що також застосовують під час неміжнародного збройного конфлікту (наприклад, міжнародні договори про озброєння або Гаазька конвенція). Крім визнання звичаєвої природи, спільної для ст. 3 та багатьох положень другого Додаткового протоколу (наприклад, заборона нападу на цивільних осіб, обов'язок поважати та захищати медичний та духовний персонал, медичні формування та транспорт, заборона голоду), звичаєве міжнародне право також поширює дію норм, які застосовують під час міжнародного збройного конфлікту, на неміжнародний збройний конфлікт (наприклад, розрізнення між цивільними об'єктами та військовими цілями і заборона нападу невибіркового характеру та нападів у порушення принципу пропорційності)⁵⁰⁶.

Актуальним залишається для України питання входження до системи міжнародної кримінальної юстиції та ратифікації Римського Статуту. Законодавство України передбачає відповідальність за вчинення міжнародних злочинів, які у Кримінальному кодексі України (ККУ) містяться в розділі XX «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку». Ст. 437 ККУ встановлено, що «планування, підготовка та ведення агресивної війни» є

⁵⁰⁵ Prosecutor v. Tadić (Decision on the Defence Motion on Jurisdiction) ICTY-94-1 (10 August 1995) para. 129.

⁵⁰⁶ Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Jurisdiction and Admissibility) [1986]. I C. J. Rep. 114, para. 218 and 219.

діяння кримінально-карне. Порушення законів та звичаїв війни (ст. 438), застосування зброї масового знищення (ст. 439), геноцид (ст. 442) визначають як склад злочину, так і міру покарання. До діянь, визначених ст. 438 ККУ в частині порушень методів ведення війни, належать лише акти, передбачені міжнародними договорами. Таким чином, ст. 438 ККУ слід удосконалити шляхом актуалізації порушень норм міжнародного звичаєвого права з метою забезпечення повноти заборони та покарань кримінального характеру.

Як показано у дослідженні, звичаєві норми міжнародного права передбачають розширення меж правозастосування і визнання загальних норм, що застосовують як до міжнародних, так і до неміжнародних збройних конфліктів. Застосування підходу, який не передбачає закріплення всіх порушень, передбачених звичаєвими нормами міжнародного права, може призвести до прогалин у системі національного права, особливо в контексті неміжнародного конфлікту.

Стан практики держав з питань формування міжнародного звичаєвого права можна визначити з їхніх позицій у міжнародних судах і трибуналах. У подібних установах держави регулярно демонструють двоелементний підхід, аргументуючи свою позицію як практикою держав, так і *opinio juris*, хоча час від часу вони вдаються і до іншої тактики. Утім, вони нерідко надають багато відомостей про практику держав.

Крім того, існує інтенсивний обмін думками стосовно норм міжнародного звичаєвого права, в режимі регулярних консультацій у міжнародних організаціях під егідою Організації Об'єднаних Націй (КМП ООН) і регіональних організаціях, у групах меншого складу або на двосторонній основі. Про підхід держав можна судити з реакції урядів на спроби кодифікації, які ініціює ООН. Позиція міжнародних організацій теж може виявитися корисною в дослідженні практики з питань формувань та виявлення норм звичайного міжнародного права.

Практика діяльності міжнародних кримінальних судів засвідчує, що із застосуванням міжнародних звичаїв органи міжнародного кримінального судочинства вирішують низку важливих аспектів їхньої діяльності. По-перше, це

визнання порушення норм звичаєвого права як протиправних дій у формі міжнародних злочинів; по-друге, окреслення стандартів у міжнародному праві для визначення того, чи збройний конфлікт є міжнародним (на відміну від неміжнародного); по-третє, питання імунітетів та традиційної недоторканості, передбаченої міжнародним правом для вищого політичного та військового керівництва; по-четверте, процедура визначення психічного елемента, пов'язаного з теорією командної відповідальності як спеціальної категорії злочину, що додається до інкримінованого в міжнародному праві; по-п'яте, формування судами міжнародного кримінального судочинства власної прецедентної практики для формування єдиних підходів та принципів у сферах правового регулювання, де немає чіткої кодифікованої регламентації.

Кожен з цих судових органів по-своєму унікальний та по-різному давав відповіді на поставлені питання, які є постійним предметом наукової дискусії. Створення міжнародних кримінальних трибуналів та Міжнародного кримінального суду у другій половині XX століття суттєво вплинуло на теорію і практику міжнародного права з приводу ролі та значення звичаєвих норм. Важливим було встановлення стандартів класифікації конфлікту, виявлення меж недоторканості, передбаченої міжнародним правом для глав держав, ідентифікації ефективного та загально контролю з боку третіх сторін, яке започатковано МС ООН у *справі про військові та напіввійськові формування* спору Нікарагуа проти США 1986 р. Поточна діяльність МКС суттєво ускладнена позицією низки держав щодо визнання та підтримки його діяльності, що не сприяє розвитку та вдосконаленню звичаєвого міжнародного права. Прийняття певними країнами, як наприклад США, низки внутрішньодержавних актів (*Закон США «Про захист від переслідування посадових осіб США»*, англ. *The American Service-Members' Protection Act (ASPA)*, 2002 р.) ускладнюють реалізацію юрисдикції МКС із затримання підозрюваних та проведення розслідування прокурорами Суду. Наявні факти ігнорування принципів міжнародного кримінального права та неоднозначне бачення майбутньої діяльності МКС із реалізації переслідування осіб з боку країн Африки та Азії.

Правозастосування норм звичаєвого міжнародного права органами міжнародного кримінального правосуддя має специфічні ознаки. Переважну частину практики щодо існування та використання звичаїв створив МКТЮ, інші Суди і трибунали обмежилися лише посиланнями на його практику. Вважають, що міжнародний звичай є основою сучасної міжнародної кримінальної юстиції, а низка його норм отримали статус імперативних норм міжнародного права (*jus cogens*).

ВИСНОВКИ

1. Норми звичаєвого міжнародного права визначено як правила поведінки, які внаслідок неодноразового застосування суб'єктами міжнародного права протягом тривалого періоду та усвідомлення ними правомірності та необхідності їх застосування набувають юридично обов'язкового характеру. Юридична сила цих норм залежить здебільшого від згоди держав, яка може бути явно вираженою або мовчазною. Водночас варто зазначити, що відповідно до загальної практики новоутворені держави не можуть довільно обирати обов'язкові для себе норми міжнародного звичаєвого права, оскільки вони зобов'язані дотримуватися усіх прийнятих звичаєвих норм, що були створені до виникнення цієї держави.

2. Важливу роль у формуванні та розвитку звичаєвого права відіграла доктрина. Саме в працях видатних вчених-міжнародників систематизовано його норми, які були вузькоспеціалізованими й обмежувалися дослідженням окремих галузей: морського, дипломатичного права тощо. Проте роль доктрини значно зменшилася, коли були створені перші міжнародні судові установи. На сучасному етапі розвитку міжнародного права констатація існування звичаєвих норм та їх застосування, як правило, відбувається саме в міжнародних судових установах.

3. Міжнародно-правова доктрина і практика виробили декілька підходів до розуміння поняття звичаю та його структурних елементів. Домінантною є позиція, згідно з якою звичай розуміють відповідно до статті 38 Статуту МС ООН, а саме як «доказ загальної практики, визнаної як правова норма». Тим самим утвердилася її двокомпонентна (двоелементна) структура. До кожного з елементів є специфічні вимоги. Зокрема практика, яку розглядають як фактичний (об'єктивний) елемент, повинна бути загальною, однорідною та повторюваною. Тоді як визнання наявності звичасвої норми як суб'єктивного елемента має бути втілене в діяльності суб'єкта міжнародного

права. Інші чинники, такі як час (тривалість), протягом якого формуються звичаї, хоча і є необхідними, проте не є визначальними, і вони можуть суттєво відрізнятися. Так, на практиці відомі випадки виникнення звичаїв протягом століть і так звані «миттєві звичаї».

4. Перелік форм, за допомогою яких держави беруть участь у формуванні звичаєвих норм міжнародного права, значно розширився за останній період. Якщо раніше до нього входили лише акти органів державної влади та міждержавні угоди, то тепер до цього переліку зараховують також і пасивну поведінку держав та їхнє внутрішнє законодавство. Обидві ці форми зумовлюють певні дискусії в доктрині міжнародного права, але практика міжнародних судових органів, зокрема МС ООН, підтверджує обґрунтованість їх у цьому переліку.

Варто виокремити характерну відмінність між роллю судових органів та інших суб'єктів інституційного механізму в процесі міжнародного звичаєвого правотворення. Якщо значення держав проявляється насамперед у тому, що їхня практика формує матеріальну складову міжнародного звичаю, а рішення міжнародних організацій впливають на психологічний елемент (*opinio juris*), то міжнародні та національні судові органи в своїх рішеннях констатують факт існування норм міжнародного звичаєвого права. Судові органи не тільки констатують їхню звичаєвість, а й встановлюють наявність у їхньому складі відповідних необхідних елементів.

5. Реалізація норм міжнародного звичаєвого права є складним і багатоаспектним процесом. Така складність зумовлена багатьма складовими. Це і складність реалізації норм міжнародного права загалом і відсутність спеціального інституційного механізму для констатації існування таких звичаїв тощо.

Що стосується процесу реалізації звичаєвих норм міжнародного права міжнародними судовими органами, їх рішення зазвичай не тільки констатують існування звичаєвої норми (якщо це не зробив раніше інший судовий орган), але й досить часто встановлюють факт порушення державою чи особою

міжнародно-правових зобов'язань, що випливають з цієї норми, і за порушення яких передбачено відповідальність. Тобто фактично можна стверджувати, що міжнародні судові установи виконують контрольні функції в механізмі реалізації звичаєвих норм міжнародного права.

6. Тлумачення міжнародного звичаєвого права здійснюється на всіх стадіях правозастосовчого процесу і навіть на стадії формування звичаєвих норм. Будь-яке застосування звичаю судовими органами завжди передбачає інтерпретаційну діяльність. Для тлумачення звичаєвих норм суди використовують усі прийоми, притаманні для тлумачення договірних норм. Але тлумачення звичаїв є значно складнішим, оскільки немає чіткого формулювання тексту норми звичаєвого міжнародного права.

7. Міжнародний суд ООН є центральним серед органів міжнародного правосуддя як у частині констатації наявності звичаю, так і щодо практики його використання під час здійснення правосуддя. Загалом практика цього органу досить часто охоплює методологічні питання, пов'язані з формуванням, тлумаченням чи реалізацією норм звичаєвого міжнародного права.

Використання звичаю у практиці МС ООН можливе у таких формах: Суд своїм рішенням або консультативним висновком підтверджує існування певного міжнародно-правового звичаю (справа Конго проти Бельгії); Суд закріплює двоелементний склад звичаєвої норми (справа Лівії проти Мальти; справа про континентальний шельф Північного моря); Суд підтверджує існування разом з універсальними звичаями локальних (партикулярних) звичаєвих норм (справа про притулок); Суд констатує наявність ознак модифікації способів формування міжнародного звичаєвого права (справа про військові дії проти Нікарагуа); Суд опосередковано встановлює, що норми *erga omnes* і *jus cogens*, крім договірних, мають і звичаєвий характер (справа про військові дії на території Конго); Суд заперечує існування звичаєвої норми міжнародного права (справа про рибальство: Великобританія проти Норвегії); Суд, не погодившись із твердженням про наявність певної норми,

вказує на тенденцію щодо її формування (справа про континентальний шельф Північного моря); Суд виносить рішення, застосовуючи паралельно і договірні, і звичаєві норми (справа Ла Гранда: Німеччина проти США).

8. Європейський суд з прав людини у випадках тлумачення окремих положень Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 р. може констатувати існування міжнародного звичаю. ЄСПЛ, покликаючись на практику МС ООН, може встановлювати наявність міжнародного звичаю опосередковано, тобто брати до уваги факти, які встановили інші органи, зокрема Комісія міжнародного права та Міжнародний суд ООН. Така позиція є цілком обґрунтованою, оскільки ЄСПЛ, на відміну від МС ООН, не наділений повноваженнями щодо встановлення наявності такої норми.

Окрім того, для підтвердження існування *opinio juris* щодо наявності норми звичаєвого міжнародного права в окремих справах ЄСПЛ досліджує практику певних держав і враховує їхнє національне законодавство. Зазначена процедура в теорії міжнародного права отримала назву «Європейський консенсус» (справа *A., B. and C. v. Ireland*), що дедалі частіше вживається в науковому обігу.

9. Особливий внесок у теорію міжнародного звичаєвого права зробив Міжнародний кримінальний трибунал для колишньої Югославії (МКТЮ). Інші органи міжнародного кримінального правосуддя здебільшого обмежувалися посиланнями на його практику. В міжнародному кримінальному праві, хоча і використовують двокомпонентну концепцію звичаєвої норми, але провідна роль належить саме *opinio juris*. Крім того, на відміну від Трибуналів, Статут МКС відводить значно меншу роль звичаєвим нормам, які застосовують за неможливості використання норм Статуту та інших договірних актів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. 14 июля 2015 года Конституционный Суд РФ провозгласил Постановление по делу о применимости решений ЕСПЧ на территории РФ. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/news/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=3244>
2. 48-я конференция Ассоциации международного права / В. М. Корецкий. Избранные труды: в 2-х т. – АН УССР. Ин-т государства и права; редкол. В. Н. Денисов и др. Київ: Наук. думка, 1989. Кн. 2. С. 214–222.
3. Абдулаев М. И. *Теория государства и права. Учебник для вузов*. 2-е изд., доп. Москва: Финансовый контроль, 2004. с. 287.
4. Алексеев С. С. Государство и право. Начальный курс. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Юрид. лит., 1994. С. 51.
5. Алексеев С. С. Общая теория права. Москва, 1982. Т. 2. С. 295.
6. Алексидзе Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Тбилиси: И-во Тбилисского университета, 1982. С. 113.
7. Андрейків А. Застосування норм звичаєвого права у практиці міжнародних кримінальних судів. *Правове регулювання суспільних відносин в умовах демократизації української держави: матер. Всеукр. наук.-практ. конф., м. Одеса, 8–9 квітня 2016 року*. Одеса: Міжнародний гуманітарний університет, 2016. С. 126–129.
8. Андрейків А. Звичаєві норми у практиці міжнародного суду ООН. *Сучасні тенденції міжнародних відносин: політика, економіка, право: зб. наук. пр. V Щорічної міжнар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 22 травня 2016 р.)*. Львів, 2016. С. 26–30.
9. Андрейків А. Звичаєві норми як елемент нормативної системи міжнародного права. *Вісник Львівського університету. Серія Міжнародні відносини*. 2004. Вип. 11. С. 129–138.

10. Андрейків А. І. Значення наукових поглядів академіка Корецького В. М. при дослідженні міжнародно-правового звичаю. *Матер. Міжнар. наук. читань, присвячених пам'яті В. М. Корецького (17 лютого 2011 р., м. Київ)*. С. 319–322.
11. Андрейків А. І. Реалізація міжнародними судовими установами норм міжнародного звичаєвого права. *Матер. Міжнар. наук.-практ. конф. «Юридична наука в ХХІ столітті: перспективні та пріоритетні напрями досліджень» (13–14 травня 2016 р.)*. С. 168–171.
12. Андрейків А. Особливості реалізації звичаєвих норм міжнародного права на міжнародному рівні. *Наше право*. 2011. № 1. Ч. 1. С. 156–160.
13. Андрейків А. Роль звичаєвих норм в практиці органів міжнародного кримінального правосуддя. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2016. № 3. С. 178–181.
14. Андрейків А. Роль звичаєвих норм у практиці Європейського суду з прав людини. *Evropsky 'politicky 'apra 'vni 'diskurz*. 2015. С. 49–53.
15. Андрейків А. Тлумачення норм звичаєвого права у практиці міжнародних та національних судових установ. *Право.UA*. 2016. № 1. С. 159–165.
16. Баймуратов М. О. Міжнародне право: підручник. Харків: Одіссей, 2002. С. 35.
17. Баймуратов М., Максименко С. Імплементация норм міжнародного права про свободу пересування і вибір місця проживання у право України. *Право України*. 2003. № 9. С. 133.
18. Бирюков П. Н. Международное право: учеб. пособ. Москва: Юристъ, 1998. С. 20.
19. Болгова О. С. Основные источники права. *Известия Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена*. 2009. № 92. С. 50.

20. Большая юридическая энциклопедия / [авт. В. Н. Додонов, В. Д. Ермаков, М. Крылова]. Москва: Инфра-М, 2001. С. 348.
21. Большой юридический словарь / под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Е. Крутских. Москва, 1998. С. 697.
22. Браво Л.Ф. Применение международного права в правопорядке европейских стран. *Российский Ежегодник международного права*. 1995. Санкт-Петербург, 1996. С. 131.
23. Броунли Я. Международное право: Кн. 1–2. / пер. с англ. С. Андрианов; под ред. и со вст. ст. Г. И. Тункина. Москва: Прогресс, 1977. Кн. 1. 1977. 535 с.
24. Буроменський М. В. Українська доктрина співвідношення міжнародного та національного права / Правова доктрина України: у 5-ти т. Т. 2. Публічно-правова доктрина України / за заг. ред. Ю. П. Битяка. Харків, 2013. С. 659–660, 632–662.
25. Буткевич В. Г. Становлення професора О. В. Задорожного як вченого та педагога. *Український часопис міжнародного права: науково-практичний журнал*. Київ: Інститут міжнародних відносин КНУ ім. Т. Шевченка, 2017. С. 10–41.
26. Буткевич О. В. Теоретичні аспекти походження та становлення міжнародного права. Київ, 2003. С. 13. 800 с.
27. Буткевич О. В. У истоков международного права. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2008. 881 с.
28. Буткевич О. В. Характеристика постбіполярного міжнародного права. *Сучасні проблеми міжнародного права / Liber Amicorum до 60-річчя проф. М. В. Буроменського: монографія* / авт. кол.; за ред. В. М. Репецького та В. В. Гутника. Львів; Одеса: Фенікс, 2017. С. 46.
29. Буткевич В. Г, Мицик В. В., Задорожній О. В. та ін. Міжнародне право. Основні галузі / за ред. В. Г. Буткевича. Київ: Либідь, 2004. 814 с.

30. Верле Герхард. Принципы международного уголовного права: учебник; пер. с англ. Одеса: Фенікс; Москва: ТранЛіт, 2011.
31. Венская конвенция о дипломатических сношениях от 18.04.1961 г. Преамбула / Ведомости Верховного Совета СССР. 29.04.1964. № 18. Ст. 221.
32. Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський статут). *Вісник Конституційного Суду України*. 2001. № 4. С. 35–45.
33. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р. ст. 4. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1986. № 17. С. 343.
34. Відомості Верховної Ради. 1994. № 10. С. 45.
35. Відомості Верховної Ради України. 1997. № 40. С. 263.
36. Гавердовский А. С. Имплементация норм международного права. Київ: Выща шк., 1980. 318 с.
37. Гефтер А.-В. Европейское международное право / пер.: К. Таубе; предисл.: Ф. Ф. Мартенс. Санкт-Петербург: Тип. В. Безобразова и Комп., 1880. С. 17.
38. Глебов И. Н. Международное право. Дрофа, 2006. С. 35–40.
39. Гнатовський М. М. Нове народження звичаєвого міжнародного гуманітарного права. *Український часопис міжнародного права*. 2006. № 2. С. 17–22.
40. Городиський І. М. До питання ієрархії джерел міжнародного права у світлі ст. 38(1) Статуту Міжнародного Суду ООН. *Альманах міжнародного права*. 2015. № 9. С. 73–81, 78.
41. Гроций Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняется естественное право и право народов, а также принципы публичного

- права / пер. с лат.; под общ. ред.: С. Б. Крылов; пер.: А. Л. Сакетти. Москва: Юрид. лит., 1956. 867 с.
42. Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве / отв. ред. А. П. Мовчан. Москва: Наука, 1988. С. 49–66.
 43. Даниленко Г. М. Применение международного права во внутренней правовой системе России: практика Конституционного Суда. Государство и право. 1995. № 11. С. 118.
 44. Даниленко Г. М. Соотношение и взаимодействие международного договора и международного обычая. Советский ежегодник международного права. Москва: Наука, 1984. С. 13–15.
 45. Демір і Байкара проти Туреччини [GC], № 34503/97, § 67, 76, 78, 85, ЄКПЛ 2008.
 46. Древний мир / сост. Д. В. Кузнецов. Благовещенск: БГПУ, 2013. С. 186.
 47. Забігайло В. К. Панування права чи інфляція законодавства? *Вісник Київського університету. Суспільно-політичні науки*. 1992. № 6. С. 39–40.
 48. Задорожній О., Буткевич В., Мицик В. Конспект лекцій з основ теорій міжнародного права. Київ: Інститут міжнародних відносин, 2001. С. 87–91.
 49. Зайчук О. В., Оніщенко Н. М. Теорія держави і права. URL: http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part3/2101.htm
 50. Зеленская. Н. А. Международные преступления и международна престпность: монография. Одеса: Юрид. літ., 2006. С. 409–435.
 51. История международного права / под ред. А. И. Дмитриева, У. Е. Батлера. 2-е изд., доп., перераб. Одесса: Феникс, 2013. 574 с.
 52. Казанский П. Введение в курс международного права. Одесса: Экон. тип. и лит., 1901. С. 110–114.
 53. Каламкарян Р., Мигачев Ю. Международное право. Москва: ЭКСМО, 2004. С. 98–99.

54. Каламкарян Р. А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств. Москва: Наука, 1984. С. 3.
55. Камаровский Л. А. Основные вопросы науки Международного Права. *Ученые записки Императорского Московского Университета. Отдел юридический*. 1895. Вып. 10. С. 106.
56. Кананыкина Е. Правовые традиции анализа источников (форм) права. *Право и политика*. 2004. № 10. С. 14.
57. Кельзен Г. Чисте правознавство. Київ: Юніверс, 2004. С. 254.
58. Кийвець О. В. Правова невизначеність міжнародного звичаю: проблеми теорії та практики. *Наше право*. 2011. № 1. Ч. 1. С. 173.
59. Кириленко В. П., Сидорченко В. Ф. Мореплавание и предотвращение загрязнения мирового океана. Москва, 1985. С. 81.
60. Коваль Д. В ім'я мистецтва: міжнародно-правовий контекстуальний аналіз захисту культурних цінностей у зв'язку зі збройним конфліктом: монографія. – Одеса: Фенікс, 2016. 418 с.
61. Кожевников Ф. И., Шарманазашвили Г. В. Международный Суд ООН. Организация, цели, практика. Москва, 1971. С. 36.
62. Комаровский Л. А. О Международном Суде / под ред. Л. Н. Шестокова. Москва: Зерцало, 2007. 488 с.
63. Конвенция ООН по морскому праву 1982 г. С. 55. Офіційний сайт ООН. URL: <http://www.un.org/russian/documen/convents/lawsea.pdf>.
64. Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказания за него. Утверждена Резолюцией 260 А (III) Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 9 декабря 1948 года. U.N. Doc. A/RES/260 A (III), приложение (78 UNTS 277).
65. Корецкий В. М. История систематизации норм международного морского права. *Избранные труды*: в 2-х т. / АН УССР. Ин-т государства и права; редкол. В. Н. Денисов и др. Київ: Наук. думка, 1989. Кн. 2. С. 306.

66. Косогутова М. Роль практики держав у розвитку міжнародного звичаю. *Наукові записки НАУКМА*. 2001. Спец. вип. Т. 19-1. С. 244.
67. Крип'якевич І. Всесвітня історія: у 3-х кн. Кн. 3. Найновіші часи. Київ: Либідь, 1995. С. 152–154.
68. Кудрявцев В. Н. Нюрнбергский процесс и проблемы укрепления международного правопорядка. *Нюрнбергский процесс и современность* / отв. ред. В. В. Пустогаров. Москва, 1986. С. 3–11.
69. Ларин А. М. Нюрнберг: судебное разбирательство и приговор // *Нюрнбергский процесс и современность* / отв. ред. В. В. Пустогаров. Москва: Институт государства и права АН СССР, 1986. С. 74–93.
70. Лауччи С. Преследовать в судебном порядке и обеспечивать судебное преследование лиц, совершивших серьезные нарушения международного гуманитарного права. Размышления о задачах международных уголовных трибуналов и средствах их выполнения. *Международный журнал Красного Креста. Сборник статей*. 2001. С. 53.
71. Лебедева Н. Как готовился Нюрнбергский процесс. *Международная жизнь*. 1996. № 8. С. 99–108.; *Неизвестный Нюрнберг. Родина*. 1991. № 6/7. С. 123–128.
72. Лисик В. Вплив Загальної декларації прав людини на розвиток міжнародного гуманітарного права. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2008. № 11–12. С. 259–263.
73. Лисик В. Вплив МКЧХ на формування звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 4. С. 340–345.
74. Лисик В. М. Роль фізичних осіб у міжнародному звичаєвому правотворенні. *Митна справа*. 2012. № 6. С. 302–306.
75. Лисик В. Правовий статус Міжнародного комітету Червоного Хреста у міжнародному праві: монографія. Одеса: Фенікс, 2012. 218 с. (Серія “Міжнародне право”).

76. Лисовский В. И. Международное публичное право / под ред. Ф. И. Кожевников. Москва: Междунар. кн., 1949. С. 28.
77. Лукашук И. И. Международное право. Т. 1: Общая часть. Москва: Волтерс Клувер. 2005. С. 224–233.
78. Лукашук И. И. Международное право в судах государств. Москва, 1993. С. 155.
79. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: учеб. для студ. юрид. фак. и вузов; Рос. акад. наук, Ин-т государства и права. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2008. С. 105–106.
80. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. Москва, 1999. С. 74.
81. Лукашук И. И. Международное право. Т. 1: Общая часть. Москва: Волтерс Клувер. 2005. С. 222–268.
82. Лукашук И. И. Международное право. Т. 1: Общая часть. Т. II: Особенная часть. Москва: Волтерс Клувер, 2005.
83. Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе / Рос. акад. наук, Ин-т государства и права. Москва: Спарк, 1997. С. 244.
84. Лукашук И. И. Обычные нормы современного международного права. *Московский журнал международного права*. 1994. № 2. С. 34.
85. Лукашук И. И., Лукашук О. И. Толкование норм международного права. Москва, 2002. 387 с.
86. Лукашук И. И. Нормы международного права. Москва: Спарк, 1997. 476 с.
87. Лукин П. И. Источники международного права / отв. ред. В. М. Шуршалов. Москва: Изд-во АН СССР, 1960. 317 стр.
88. Маєвська А. А. Міжнародний кримінальний суд: історія і сучасність. Права людини в умовах реформування правової системи України (До 50-ї річниці Загальної декларації прав людини): Тези доп. та наук,

- повід, наук. конф. молодих учених та аспірантів / за ред. М. І. Панова. Харків: Нац. юрид. акад. України, 1998. С. 45–47.
89. Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов: в 2-х т. Москва: Зерцало, 2008. Т. 1.
 90. Матфей Властарь. Алфавитная синтагма. 2-е изд., Симферополь, 1901.
 91. Международное право / под. ред. Ф. И. Кожевникова. Москва, 1957. 471 с.
 92. Международное право: учеб. 2-е изд. доп. и пререраб. / отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. Москва: Международные отношения, 1998. 407 стр.
 93. Международное право: учеб. для вузов / отв. ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунов. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Норма, 2005.
 94. Международное право: учебник. 2-е изд., доп. и пререраб. / отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. Москва: Междунар. отношения, 1998.
 95. Мережко О. О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики. Київ, Таксон, 2002. С. 230.
 96. Мережко О. О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права. Київ: Юстиніан, 2010. 320 с.
 97. Минасян Н. М. Источники современного международного права / отв. ред. А. М. Ладыженский. Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. ун-та, 1960. 230 стр.
 98. Міжнародне право / за заг. ред. І. І. Лукашука та В. А. Василенка. Київ: Вища шк., 1971. 421 с.
 99. Міжнародне право. Основи теорії: підручник / за ред. В. Г. Буткевича. Київ: Либідь, 2001.
 100. Міжнародне право: навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського. Київ: Юрінком Інтер, 2005.

101. Міжнародне публічне право / за ред. А. І. Дмитрієва, А. І. Муравйова. Київ, 2001. С. 165.
102. Місце і роль Католицької церкви у міжнародному правопорядку: монографія / М. І. Отрош; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ; Одеса: Фенікс, 2017. 596 с.
103. Мовчан А. П. Международный правопорядок. Москва: Изд-во ИГиП РАН, 1996. С.195.
104. Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками: сб. матер.: в 7 т. / под ред. Р. А. Руденко. Москва, 1957–1961. Т. 7.
105. Обычное международное гуманитарное право. Т. I: Нормы. Москва: МККК, 2006. С. XVLIII-LI.
106. Обычное международное гуманитарное право: Вопросы и ответы. Офіційний сайт Міжнародного комітету Червоного Хреста. URL: <http://www.icrc.org/Web/rus/siterus0.nsf/html/customary-law-faq-170305>.
107. Оппенгейм Л. Международное право: в 2 т. / пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом; под ред. и с предисл. С. Б. Крылова. Москва: Государственное издательство иностранной литературы, 1948. (Библиотека внешней политики). Т. I: Мир, полутом 1.
108. Опришко В. Міжнародне економічне право. Київ: КНЕУ, 2004. 277 стр.
109. Организация Объединенных Наций. Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты. Пятьдесят шестая сессия. Доклад Генерального секретаря о работе Организации. Дополнение № 1 A/56/1.
110. Отрош В. М. Міжнародна правосуб'єктність Суверенного Мальтійського Ордена: автореф. дис. ... канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.11 – міжнародне право. Київ: Інститут держави і права імені В. М. Корецького, 2016. 520 с.
111. Плутарх. Порівняльні життєписи. Київ: Дніпро, 1991. 448 с.

112. Полтораки А. И. Нюрнбергский процесс и вопрос об ответственности за агрессию. *Советское государство и право*. 1965. №. 6. С. 58–66.
113. Полянский Н. Н. Международный Суд. Изд. Акад. Наук СССР. Москва, 1951.
114. Полянский Н. Н. Международный военный трибунал. Москва: Ин-т права АН СССР, 1946.
115. Постановление по делу о применимости решений ЕСПЧ на территории РФ от 14 июля 2015 года. Конституционный Суд РФ.
116. Права людини: підручник / за ред. М. Буроменського, В. Євинтова, Л. Заблоцкой, В. Семенова. Київ, 1997. 225 с.
117. Правила Міжнародної торгової палати (ІСС) Incoterms 2010. Київ: Форум, 2013. 110 с.
118. Проект статей об ответственности за международно-противоправные деяния от 12.12.2001 г. Ст. 27. / Лукашук И. И. Право международной ответственности: монография. Москва: Волтерс Клувер, 2004. 432 с.
119. Пустогаров В. В. Нюрнбергский процесс и идеологическая борьба. *Нюрнбергский процесс и современность* / отв. ред. В. В. Пустогаров. Москва: Институт государства и права АН СССР, 1986.
120. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посіб. 5-те вид., зі змінами. Київ: Атіка. 2001. С. 104–129.
121. Раскалей М. Особливості імплементації міжнародних договорів у внутрішній правопорядок у галузі повітряного права України. – «Віче: Журнал Верховної Ради України», № 22/2009. Офіційний сайт журналу «Віче». URL: <http://www.viche.info/journal/1744/>.
122. Реализация международно-правовых норм во внутреннем праве / Отв. ред. В. И. Денисов, В. И. Евинов. Киев, 1992.
123. Резолюция № 827 Совета Безопасности ООН. S/RES/827 (1993). Офіційний сайт ООН. URL: <http://www.un.org/russian/document/scresol/res1993/res827.htm>

124. Римский статут международного уголовного суда. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588
125. Рыхтикова Л. Ю. Конституционно-правовые основы имплементации норм международного права в Российской Федерации. М., 2004. URL: http://www.pravo.vuzlib.su/book_z493_page_6.html
126. Садыкова Э. Л. Проблема целевого толкования международных договоров: дисс... канд. юрид. наук. Казань, 1994.
127. Саймонс В.-Б. Основания юрисдикции Международного Военного Трибунала. *Нюрнбергский процесс: право против войны и фашизма* / отв. ред. И. А. Ледях, И. И. Лукашук. Москва, 1995. С.
128. Самхарадзе Д. Г. Обычай как источник международного права. *Право и политика*. 2005. № 4. URL: www.lawmix.ru/comm/1263/
129. Сафронова Е. И. Становление обычного права. *Известия Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена*. 2007. Т. 14. № 37. 476 стр.
130. Сенаторова О. В. Принципы Нюрнберзького процесу як основа міжнародної кримінальної юстиції. Теорія і практика правознавства: електронне наукове фахове видання. 2011. No. 2. URL: http://tlaw.nlu.edu.ua/wpcontent/uploads/2015/09_-10.pdf.
131. Словарь международного права. Москва, 1986. 371 стр.
132. Современное международное право цивилизованных народов: в 2-х т. / под ред. и с биографическим очерком В. А. Томсинова. Москва: Зерцало, 2008. (Серия «Русское юридическое наследие»). Т. 1. 432 стр.
133. Соглашение между Правительствами СССР, Соединенных Штатов Америки и Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Правительством Французской Республики о судебном преследовании и наказании главных военных преступников европейских стран оси. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/998_200

134. Практика ЄСПЛ: [https://hudoc.echr.coe.int/{\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/{\) *Сорінг проти Сполученого Королівства*, 7 липня 1989, Серія А № 161; *Во проти Франції* [GC], № 53924/00, ЄКПЛ 2004-VIII; *Маматкулов і Аскарів проти Туреччини* [GC], № 46827/99 і 46951/99, ЄКПЛ 2005.
135. Статут Міжнародного кримінального трибуналу по бывшій Югославії. Офіційний сайт ООН. URL: <http://www.un.org/russian/law/icty/charter.htm>.
136. Статут Міжнародного Суду ООН. URL: <http://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-ru.pdf>
137. Статут Нюрнберзького трибуналу. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/998_201
138. Суворова В. Я. Обеспечение реализации договорных норм международного права (юридическая природа). Советское государство и право. 1991. № 9.
139. Талалаев А. Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий / под ред. Н. В. Захарова. Москва: Юрид. литер., 1997. 294 стр.
140. Талалаев А. Н. Международное право и современность / отв. ред. В. Ф. Губин. Москва: Наука, 1984. (Серия «История и современность»).
141. Талалаев А. Н. Право международных договоров. Москва, 1985. 197 стр.
142. Теория государства и права / под ред. С. С. Алексеева. Москва: Норма, 1998. С. 316.
143. Теорія та практика міжнародного кримінального права: підручник / Н. А. Зелінська, С. С. Андрейченко, Н. В. Дрьоміна-Волок, Д. О. Коваль; за ред. Н. А. Зелінської. Одеса: Фенікс, 2017.
144. Толстых В. Л. Курс международного права: учебник. Москва: Волтерс Клувер, 2009. С. 168–169.

145. Травников А. И. *Обычаи в международном воздушном праве. Закон и право*. 2013. № 6;
146. Danilenko G. M. Outer Space and the Multilateral Treaty-Making Process. URL:: <http://www.law.berkeley.edu./journals/btlj/articles/vol4/Danilenko/HTML/text.html>.
147. Тункин Г. И. Теория международного права / под общ. ред. Л. Н. Шестакова. Москва: Зерцало, 2006. (Русское юридическое наследие; т. 29).
148. Тункин Г. И. Теория международного права: монографія. Москва: Зерцало, 2000.
149. Тускоз Ж. Міжнародне право: підручник. Київ: АрТек, 1998. С. 204.
150. Устав для Международного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_201
151. Устав Организации Объединенных Наций и Статут Международного Суда от 26.06.1945 г. – п. в ст. 38. – Организация Объединенных Наций. Сборник документов / отв. ред.: В. В. Бахрушев. Москва: Наука, 1981. 647 с.
152. Ушакова Н. А. Международное право: учеб. Москва: Юрист, 2000. 196 стр.
153. Фаталиев З. Ф. Понятие и основные характерные черты военных преступлений. *Вестник «ТИСБИ»*, № 1 (2009). URL: <http://www.tisbi.ru/science/vestnik/2009/issue1/Fataliev.html>
154. Фердросс А. Международное право / под ред.: Г. И. Тункин (предисл.); пер. с нем.: Ф. А. Кублицкий, Р. Л. Нарышкина. Москва: Иностр. лит., 1959. 652 с.
155. Фисенко И. Система уголовного преследования за совершение международных преступлений: комиссии по расследованию и международные уголовные суды. *Белорусский журнал*

- международного права и международных отношений*. 1998. № 4.
URL:
http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=195&Itemid=49
156. Формирование и свидетельства международного обычного права. Документ ООН. А/66/10. С. 365–367.
 157. Фукидид. История / пер. и прим. Г. А. Стратановского. URL:
<http://royallib.com/read/fukidid/istoriya.html>
 158. Хайд Ч. Международное право, его понимание и применение Соединенными Штатами Америки / Пер. с англ. Т Л. М., 1950. 476 стр.
 159. Хименес де Аречага Э. Современное международное право / под ред. Г. И. Тункин (вступ. ст.); пер. с исп. Ю. И. Папченко. Москва: Прогресс, 1983.
 160. Цудак проти Литви, (№ 15869/02), [GC] 23.3.2010.
[https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{)
 161. Черкес М. Ю. Міжнародне право: підручник. Київ: Знання, КОО, 2000. С. 33–34.
 162. Щокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії та практики: монографія. Харків: Право, 2012. С. 37–38.
 163. A., B. and C. v. Ireland [GC], no. 25579/05, ECHR 20.
[https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{)
 164. A/CN.4/663 ILC. First report on Formation and evidence of customary international law by Michel Wood, P. 19–22. URL:
http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/663&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml&Lang=E

165. Advisory Opinion on the Wall in the Occupied Palestinian Territory, International Court of Justice, 9 July 2004, *International Court of Justice Reports* 2004. Para. 158.
166. Advisory opinion on Reparation for the injuries suffered in the service of the United Nations. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>
167. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, *International Court of Justice Reports* 2007.
168. Aldrich G. H. Jurisdiction of the International Tribunal for the Former Yugoslavia. *American journal of international law*. 1996. Vol. 90. No. 1. P. 61-73.
169. Alvarez-Jiménez Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000–2009'. *International and Comparative Law Quarterly*. 2011. 60. P. 686.
170. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), International Court of Justice, Judgement of 2 July 1996. *International Court of Justice Reports*. 1996.
171. International Court of Justice/ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment of 3 February 2015.
172. International Court of Justice/ Arrest warrant of 11 April 2000, Demokratik Republic of Congo v. Belgium. Summary of Judgment of 14 February 2002. .
173. International Court of Justice/ Asylum Case (Colombia v. Peru), International Court of Justice, Judgment, 20 November 1950, *International Court of Justice Reports* 1950;
174. Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), International Court of Justice, Judgment 18 December 1951.

175. *International Court of Justice Rep.* 1951.; North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), International Court of Justice, Judgment, 20 February 1969.
176. Barzegarzadeh A., Karveh M., Raisi L. Principle of Legality and Its Relation with Customary Law in International Criminal Law. *Mediterranean Journal of Social Sciences*. Vol 6. No. 5. September 2015. P. 398.
177. Bastid S. Observations sur la pratique du consensus. *Multitudo Regum, Jus unum*. Festschrift fur W. Wengler. 1973. Vol. 1.
178. Baxter R. *Treaties and Custom*. Rec. Cours, 1970 (1).
179. Beckett J. A. Countering Uncertainty and Ending Up/Down Arguments: Prolegomena to a Response to NAIL. *The European Journal of International Law*. 2005. Vol. 16, № 2.
180. Bederman D. J. *Custom as a source of law*. Cambridge. New York: Cambridge University Press, 2010.
181. Bederman D. The death of customary international law. *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2010. Vol. 21:30. P. 31–45.
182. Bederman D. J. *International Law Frameworks*. N.Y.: Foundation Press, 2001. p. 367.
183. Big Cheng. United Nations Resolution on Outer Space: «Instant» International Customary Law? *India Journal of International Law*. 1965. Vol. 5, № 1. P. 36.
184. Bleckmann A. Zur Feststellung und Auslegung von Volkergewohnheitsrecht. *Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht*. Bd. 1977.
185. Bradley C. A., Gulati M. Customary international law and withdrawal rights in an age of treaties. *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2010. Vol. 21:30

186. Brierly J. L. The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace (6th ed.) / [ed. by Sir Humphrey Waldock.]. Oxford: Clarendon Press, 1967.
187. Brownlie I., *Principles of Public International Law*. 4th ed. 1990. P.327.
188. Case of Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions, Jurisdiction, 1927. P. C. I. J. (ser. A), No. 11, at 18 (Oct. 10).
189. Case Relating to the Jurisdiction of the European Commission of the Danube Between Galatz and Braila. *P. S. I. J., Series B.*, No. 14. P. 114.
190. Cassese A. International Law. Oxford. 2001.
191. Caytas I. G. Vorrng des Volkerrchtes im Landerecht? Ungeloste Grundfragen der schweizerischen Position. Berlin, 1983. S. 2.
192. Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, *International Court of Justice Reports* 1985, P. 13, 18, 29–30. para. 27. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/68/6415.pdf>.
193. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article / Otto Triffterer (ed.). Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1999. 1295 p.
194. International Court of Justice/Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment, Reports 1949.
195. Costituzione Italiana. Art. 10. Офіційний сайт Сенату Італійської Республіки. URL: http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf.
196. Customary International Humanitarian Law / International Committee of the Red Cross; Edited by Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck. Vol. 1: Rules. Vol. 2 (in 2 books): Practice. Cambridge University Press, 2005.
197. Czorzow Factory Case, Permanent Court of International Justice, Series A, No. 17, 1928.
198. D'Amato A. A. The concept of custom in international law. Foreword by Richard A. Falk. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1971. P.

199. De Lupis I. D. The Concept of International Law. Stockholm: Norstedt, 1987. P. 115–116.
200. Demir and Baykara v. Turkey № 34503/97, ECHR2008. [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{)
201. Dorsey, Reflections on the Foreign Sovereign Immunities Act After Twenty Years, 28 J Maritime L & Commerce (1997) 257, P. 257.
202. Draft, Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind. URL: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf
203. Dugard J. International Law: A South African Perspective, 2005.
204. Ehrlich L. Prawo międzynarodowe. Warszawa: Wydawnictwo prawnicze, 1958.
205. Elias T. New Horizons in International Law. Boston: M. Nijhoff, 1992. P. 382.
206. European Convention on Human Rights, 1950. [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{)
207. Exchange of Greek and Turkish Populations, 1925. *P. C. I. J. (ser. B)*. No. 10, at 21 (Feb. 21).
208. Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), International Court of Justice, Judgment 18 December 1951. Dissent opinion of the judge Read. International Court of Justice Reports. 1951. P. 131, 139, 151.
209. Friedmann W. The Changing Structure of International Law. London, Stevens, 1964. P. 121–123.
210. Gamble J. K. The Treaty Custom – Dichotomy: An Overview. *Texas International Law Journal*. 1981. Vol. 16. P. 314, 314–315.
211. Geny F. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique. Précédé d'une préface de m. Raymond Saleilles. Paris: A. Chevalier-Marescq & cie, 1899. P. 110.

212. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, International Court of Justice. Reports 1986.
213. Ginsburg T. Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking. *Virginia Journal of International Law*. Va. J. Int'l L. V. 45, Spring, 2005. P. 638.
214. Golder v. the United Kingdom, no. 4451/70 ECHR 1975. [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{\)
215. Goldsmith J., Posner E. A Theory of Customary International Law. Chicago, John M. Olin Law & economics working Paper. No. 63.
216. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Art. 25. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>.
217. Hambro Ed. The Case Law of the International Court. Oxford. 1952.
218. Haraszti G. Some Fundamental Problems of the Law of Treaties. Budapest. 1973.
219. Hebel H. A. M. An International Criminal Court – A Historical Perspective. *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adriaan Bos* / Edited by Herman A. M. von Hebel, Johan G. Lammers, Jolien Schukking. – The Hague: T.M.C. Asser Press, 1999.
220. *Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff*. Report / UN Office of the High Commissioner for Human Rights, 2000.
221. Identification of customary international law / The role of decisions of national courts in the case law of international courts and tribunals of a universal character for the purpose of the determination of customary international law. URL: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/691&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml&Lang=E
222. ILC, Sixty-seventh session, Third report on identification of customary international law by Michael Wood, Special Rapporteur. URL:

- http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/682&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml&Lang=E
223. International Law Commission. Sixty fifth session. Geneva, 6 May-7 June 2013. First report on formation and evidence of customary international law by Michael Wood, Special Rapporteur. P. 9. URL: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/663&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml&Lang=E
 224. International Military Tribunal (Nuremberg), Judgement of October 1946. URL: [https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf]
 225. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck (eds.), Customary International Humanitarian Law, 2 Vol., Vol. I: Rules, Vol. II: Practice (Cambridge University Press & ICRC, 2005), Foreword by Dr. Jakob Kellenberger.
 226. Janis Mark W. International Courts for the Twenty-First Century / ed. by W. Mark Janis. Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
 227. Jenks W. The Prospects of International Adjudication / Inductive and Deductive Reasoning in International Adjudication 1964. P. 617–662.
 228. Johnston and Others v. Ireland, no. 9697/82 ECHR 1986 [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{\)
 229. Jones v. Ministry of Interior Al – Mamlaka Al – Arabiya AS Saudiya; Mitchell and others v. Al – Dali and others and others and Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya [2006]
 230. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment, 3 February 2012.
 231. Kelsen H. Principles of International Law. New York: Rinehart, 1952. 518 p.
 232. Kelsen H. The law of the United Nations; a critical analysis of its fundamental problems. London, 1950.
 233. Kelsen H. Theorie du droit international coutumier. *Rev. intern de la*

- theor. du droit*. 1939. Vol. 1.
234. *Labita v. Italy*, no. 26772/95. ECHR 2000. [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{)
 235. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001. *International Court of Justice Reports*. 2001.
 236. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*. Judgment of 10 October 2002. *International Court of Justice Reports*. 2002.
 237. Lauterpacht H. *The development of international law by the International Court*. Cambridge University Press, 1982.
 238. Lauterpacht H. *The Development of International law by the Permanent Court of International Justice*. London, New York [etc.]: Longmans, Green and co., 1934.
 239. League of Nations, *Treaty Series*, Vol. 6, p. 379 and p. 390 (Statute).
 240. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion. *International court of Justice*. 1996. URL: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>>
 241. Lissitzyn O. J. *International Law Today and Tomorrow*. Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, 1965. P. 34.
 242. *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, with commentary: Resolution 16/2000 (Formation of General Customary International Law), adopted at the sixty-ninth Conference of the International Law Association, in London, on 29 July 2000). URL: <https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/>
 243. Luke T. Lee. *Consular Law and Practice*. Clarendon Press, 1991, 739 p.
 244. Maine H. S. *Ancient law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. With introduction and notes by Sir Frederick Pollock. London: J. Murray, 1906.

245. Malanczuk P. Akehurst's modern introduction to international law. 7th rev. ed. London; New York: Routledge, 1997. P.
246. Marek K. Le problem dessources dudroit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord. *Revue belgededroit international*. 1970. № 6.
247. Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, International Court of Justice Reports (2001).
248. Meijers H. How is International Law Made? *Netherlands Yearbook of International Law*. 1978. Vol. 9.
249. Mendelson M. The International Court of Justice and the sources of international law. *Fifty years of the International Court of Justice: essays in honour of Sir Robert Jennings* / ed. by Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice. Cambrige: Cambridge University Press, 1996 [Digital printed version 2008].
250. Meron, T. International law in the Age of Human Rights: General Course on Public International Law. *Recueil Des Cours*, 2007.
251. Mettraux G. International Crimes and the Ad Hoc Tribunals, 2005.
252. Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom and United States), Preliminary Question, Judgment, *International Court of Justice Reports* 1954.
253. Mullerson R. On the Nature and Scope of Customary International Law. *Austrian Review of International & European Law*. 2, 1997.
254. Mundis D. The Legal Character and Status of the Rules of Procedure and Evidence of the *ad hoc* International Criminal Tribunals. *International Criminal Law Review* 1. 2001.
255. New trends in contemporary international law (1985). *Contemporary issues in international law. A collection of the Josephine onoh. Memorial lectures* / ed. by D. Freestone, S. Subedi and S. Davidson. 2002.

256. Nollkaemper A. The Legitimacy of International Law In the Case Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia Ambiguity In the Rule of Law / The Interface between National and International Legal System / J. A. Vandamme, J.-H. Reestman (eds.). 2001.
257. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), International Court of Justice, Judgment, 20 February 1969. International Court of Justice Reports. 1969. P. 151–170. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-07-EN.pdf>
258. North Sea Continental Shelf, International Court of Justice Reports 1969. URL.
259. Numelin R. The beginig og Diplomacy. Oxford University Press, 1950.
260. Order of the Second Senate of 8 May 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06.
261. Owen L. C. Note: Beetwen Iraq and Hard Place: The U. N. Compensation Commission and Its Treatment of Gulf War Claims // 31 Vand. J. Trasnat'l L. V. 31, 1998. P. 499.
262. Paquete Habana. The Lola, U. S. Supreme Court Judgement. 175 U. S. 677 (1900). URL: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=175&page=677>.
263. Paul Guggenheim. Les Deux Eléments de la Coutume en Droit International, Charles Rousseau ed., 1950.
264. Hans Kelsrn. Principles of International law, Robert W. Tucker 2^d ed. 1966.
265. Phillipson C. The international law and custom of ancient Greece and Rome. London: MacMillan, 1911.
266. Pramathanath B. International law and custom in ancient India. Calcutta: Calcutta University Press, 1920.
267. Prosecutor v. Akayesu, ICTR-96-4-T, Judgment, 2 Sept. 1998.

268. Prosecutor v. Brdjanin & Talic, Case No It-99-36-AR73.9 (ICTY App. Chamber Dec. 11, 2002).
269. Prosecutor v. Erdemović, IT-96-22-A, 7.10.1997, Judgment.
270. Prosecutor v. Furundzija, IT-95-17/1, 10.12.1998.
271. Prosecutor v. Galić, Trial Judgement, IT-98-29-T, 5.12.2003.
272. Prosecutor v. Halilović, Judgement, Case No. IT-01-48-T, T. Ch. I. A, 16 November 2005.
273. Prosecutor v. Kupreskić et al. (Judgement), Case No. IT-95-16-T (Trial Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), Judgement of 14 January 2000.
274. Prosecutor v. Kupreškić, IT-95-16-T, 14.1.2000.
275. Prosecutor v. Tadić (Decision on the Defence Motion on Jurisdiction) ICTY-94-1 (10 August 1995).
276. Prosecutor v. Tadić, ICTY Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995.
277. Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, 15.7.1999. Appeals Judgment.
278. Prosecutor v. *Kayishema and Ruzindana Judgment*. Case No. ICTR-95-1-A Appeals Chamber 1 June 2001.
279. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, International Court of Justice Reports 2010.
280. *Raimondo F. General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff. 2008.
281. Rama Rao T. S. International Custom. *India Journal of International Law*. 1979.
282. Reuter P. La Convention de Vienne du 20 mai 1969 sur le droit des traités. Paris: A. Collin, 1970. P. 8. (Dossiers U2; No. 133. Problèmes internationaux).
283. Reuter P. Principes de droit international public. *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*. 1961. Vol. 103, Is. II.

284. Roberts A. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation. *American Journal of International Law*. October 2001. Vol. 95, No. 4. P. 758–759. URL: <http://www.asil.org/ajil/roberts.pdf>.
285. Roberts A. Who killed article 38(1)(b)? A reply to Bradley & Gulati. *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2010. Vol. 21:30. P. 1760.
286. Roberts A. Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law, *International and Comparative Law Quarterly*. 2011. No. 60. P. 57–92.
287. Rousseau Ch. *Le Droit des Conflits Amies*. Paris: Pedone, 1982. P. 632.
288. S. C. Res. 827, U. N/ SCOR, 48 th Sess., 3217th mtg., Annex, U.N. Doc S/Res/827 (May 25,1993).
289. Savigny F. K. von *System des heutigen romisches rechts*. Bd. 1. Berlin, Veit und comp., 1840. 419 s.
290. Schliitter B. *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*. Leiden; Boston: MartinusNijhoff Publishers, 2010.
291. Shaw M. N. *International law*. 6th ed. / M. N. Shaw. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2008.
292. Sitaropoulos and Others v. Greece, no. 42202/07, ECHR 2010. [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{)
293. Soering v. the United Kingdom, no 14038/88, ECHR 1989. [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{)
294. Special proclamation by the Supreme Commander tor the Allied Powers at Tokyo January 19, 1946; charter dated January 19, 1946; amended charter dated April 26, 1946 Tribunal established January 19, 1946.

- URL: http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf
295. Statute of the Permanent Court of International Justice. URL: <http://www.refworld.org/docid/40421d5e4.html>
 296. Strebel H. Quellendes Rechtsordnung. *ZaoRV*. 1967. Bd. 36, No. 1.
 297. Substantive and Procedural aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts (Kirk McDonalds G., Swaak-Goldman O. eds.), Одеса, 2000.
 298. Sur S. International Law, Power, Security and Justice: Essays on International Law and Relations (Hart Publishing, 2010), P. 166; R. Y. Jennings, «The Identification of International Law», in B. Cheng (ed.), International Law: Teaching and Practice (Stevens & Sons, 1982).
 299. T. Meron, *The Making of International Criminal Justice: A View from the Bench: Selected Speeches* (Oxford University Press, 2011), 32.
 300. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment of 19 November 2012.
 301. The case of the S. S. «Lotus», P. C. I. J., Series A. No. 10, 1927. P. 28; 4 II.R. P. 159.
 302. The Last Temptation of Christ Case, Judgment of February 5, 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 73 (2001) <https://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/73-ing.html>
 303. The Minquiers and Ecrelzos case, Judgment of November 17th, 1953: International Court of Justice Reports 1953. P. 62.
 304. Thirlway H.W.A. International customary law and codification; an examination of the continuing role of custom in the present period of codification of international law. Leiden, A. W. Sijthoff, 1972. P. 31.
 305. Triepel. H. Völkerrecht und Landesrecht. Lpg. 1899. S. 32; Zorn. A. Juristische Grundlehre. Bonn, 1947.

306. Tyrer v the United Kingdom, no 5856/72, ECHR 1978.
[https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{)
307. URL: <http://www.un.org/russian/law/icc/question.htm>
308. Villiger M. E. Customary international law and treaties: a study of their interactions and interrelations, with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Dordrecht; Boston: M. Nijhoff; Hingham, MA: Distributors for the U.S. and Canada, Kluwer Academic, 1985.
309. Visscher C. de Théories de réalitiés en droit international public. Paris: A. Pedone, 1960.
310. Wolfke K. Custom in Present International Law. Wroclaw: Zaklad Narodowy im. Ossonli'nskich, 1964.
311. Yearbook of CIL, 1991, T. II, Ч. 2, C. 44, § 14).
312. Yearbook of International law Commision, 1950, Summary record of the second sessionA/CN.4/SER.A/1950/vol.1
 URL: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v1.pdf
313. Yearbook of International law Commision, 1952, Summary record of the second sessionA/CN.4/SER.A/1952/vol.1.
 URL: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1952_v1.pdf
314. Yearbook of International law Commision, 1955, Summary record of the sessionA/CN.4/SER.A/1955/vol.3.
 URL: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1955_v3.pdf
315. Yearbook of International law Commision, 1959, Summary record of the sessionA/CN.4/SER.A/1959/vol.3.
 URL: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1959_v3.pdf

316. Yearbook of International law Commision, 1988, Summary record of the sessionA/CN.4/SER.A/1988/vol.4.
URL: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1988_v1.pdf
317. Yearbook of International law Commision, 1992, Summary record of sessionA/CN.4/SER.A/1992/vol.3.
URL: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1992_v3.pdf

ДОДАТКИ

Публікації здобувача за темою дисертації

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Андрейків А. Звичаєві норми як елемент нормативної системи міжнародного права / А. Андрейків // Вісник Львівського університету. Серія Міжнародні відносини. – 2004. – Вип. 11. – С. 129–138.

2. Андрейків А. Особливості реалізації звичаєвих норм міжнародного права на міжнародному рівні / А. Андрейків // Наше право. – 2011. – № 1. – Ч. 1. – С. 156–160.

3. Андрейків А. Роль звичаєвих норм у практиці Європейського суду з прав людини / А. Андрейків // *Evropsky'politicky'apra'vni'diskurz.* – 2015. – С. 49–53.

4. Андрейків А. Тлумачення норм звичаєвого права у практиці міжнародних та національних судових установ / А. Андрейків // Право.UA. – 2016. – № 1. – С. 159–165.

5. Андрейків А. Роль звичаєвих норм в практиці органів міжнародного кримінального правосуддя / А. Андрейків // Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – № 3. – С. 178–181.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

6. Андрейків А. І. Значення наукових поглядів академіка Корецького В. М. при дослідженні міжнародно-правового звичаю / А. І. Андрейків // Матер. Міжнар. наук. читань, присвячених пам'яті В. М. Корецького (17 лютого 2011 р., м. Київ). – С. 319–322.

7. Андрейків А. І. Реалізація міжнародними судовими установами норм міжнародного звичаєвого права / А. І. Андрейків // Матер. Міжнар. наук.-практ. конф. «Юридична наука в ХХІ столітті: перспективні та пріоритетні напрями досліджень» (13–14 травня 2016 р.). – С. 168–171.

8. Андрейків А. Звичаєві норми у практиці міжнародного суду ООН / А. Андрейків // Сучасні тенденції міжнародних відносин: політика, економіка, право: зб. наук. пр. V Щорічної міжнар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 22 травня 2016 р.). – Львів, 2016. – С. 26–30.

9. Андрейків А. Застосування норм звичаєвого права у практиці міжнародних кримінальних судів / Андрій Андрейків // Правове регулювання суспільних відносин в умовах демократизації української держави: матер. Всеукр. наук.-практ. конф., м. Одеса, 8–9 квітня 2016 року. – Одеса: Міжнародний гуманітарний університет, 2016. – С. 126–129.

Відомості про апробацію результатів дисертації

Основні теоретичні положення дослідження викладено в наукових публікаціях автора, а також викладено в доповідях й обговорено на Міжнародних наукових читаннях, присвячених пам'яті В. М. Корецького (м. Київ, 17 лютого 2011 р.), Міжнародній науково-практичній конференції «Юридична наука в ХХІ столітті: перспективи та пріоритетні напрями досліджень» (м. Запоріжжя, 13–14 травня 2016 р.), V щорічній міжнародній науково-практичній конференції «Сучасні тенденції міжнародних відносин: політика, економіка, право» (м. Львів, 22 квітня 2016 р.), Всеукраїнській науково-практичній конференції «Правове регулювання суспільних відносин в умовах демократизації української держави» (м. Одеса, 8–9 квітня 2016 р.).