

УДК 341.1/8

DOI <https://doi.org/10.32847/ln.2020.12.14>**Бобріченко В.В.***студентка III курсу юридичного факультету  
Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара***НОРМИ-ЗВИЧАЇ У СУЧАСНОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПУБЛІЧНОМУ ПРАВІ**

**Постановка проблеми.** Вивченню звичаю як джерела міжнародного права присвячено багато наукових досліджень як в українській науці, так і у світовій, але це питання залишається спірним і не зрозумілим із деяких позицій. Більшість науковців досліджують окремі питання, не надаючи повної характеристики звичаю, описують окремі аспекти цього явища, через що неможливо зробити загальний висновок про те, чим воно є. Тому ми спробуємо узагальнити відомості про міжнародний правовий звичай.

**Огляд останніх досліджень і публікацій.** Оскільки звичай – один із двох джерел міжнародного права, його вивченню приділяється багато уваги. Ця тема досліджувалася такими науковцями, як М. Соеренсен, М.Г. Мендельсон, Р. Муллерсон, Ю.С. Шемшученко, О. Київець, М.Г. Косогубова. Досі думки вчених розділяються: одні вважають, що звичай є повноцінним джерелом міжнародного публічного права, і без нього воно не буде відображатися повністю, інші – що через складність процедури надання юридичної сили звичаю та її відмінність від прийняття закону можна було б і позбавити його такого статусу, що зробить міжнародне публічне право більш кодифікованим.

**Формулювання завдання дослідження.** Метою статті є дослідження звичаю як правової категорії, його порівняння з узвичаєнням і наведення прикладів для кращого розуміння суті цих понять, а також узагальнення відомостей про міжнародний правовий звичай, що дасть можливість краще зрозуміти суть цієї категорії.

**Виклад основного матеріалу.** Сьогодні виділяють два основні джерела міжнародного публічного права: 1) звичай, 2) міжнародний договір. Складність вивчення звичаю як джерела міжнародного права полягає у тому, що він: 1) є результатом неформального або навіть незвичного процесу творення права, а отже, відсутня точність, притаманна стадіям появи закону; 2) відсутність конкретної матеріальної бази – держави рідко складають збірники зі звичаями, якими вони користуються; 3) процес творення міжнародних звичаєвих норм є постійним явищем, бо з розвитком суспільства виникають і нові звичаї, які роблять процес застосування права простішим. Звичаєве право творять не тільки держави, а й міжнародні організації, нації та національності, котрі борються за свою незалежність, і багато інших суб'єктів міжнародного права у будь-якій формі взаємодії між собою (будь-то конференція з укладення договору або нарада), які у разі встановлення нових взаємовідносин можуть створювати і нові правила поведінки, поки що не врегульовані законом.

У ст. 38 Статуту Міжнародного суду міститься, на нашу думку, основоположна теза, за якою Суд, зобов'язаний вирішувати передані йому спори на основі міжнародного права, використовує, окрім міжнародних конвенцій, загальних принципів права, судових рішень і доктрин найбільш кваліфікованих спеціалістів, також і *міжнародний звичай* [1]. Таким чином, у нормативно-правовому акті визнається, що звичай є офіційним джерелом міжнародного права. Щодо самого поняття міжнародного звичаю, то, по-перше, *звичай* –

це загальноприйняте правило поведінки, яке склалося протягом тривалого часу шляхом багаторазового повторення, по-друге, *міжнародний звичай* – загальна практика, визнана законом [1]. Цікавим, на наш погляд, є визначення Мендельсона, що *норма міжнародного звичаєвого права* – це норма, яка створюється і підтримується постійною й одноманітною практикою держав та інших суб'єктів міжнародного права, посягаючи на їхні міжнародно-правові відносини, за обставин, які дають законні підстави для очікування такої поведінки у майбутньому [3, с. 8].

Звичай не може стати правовою нормою тільки тому, що він застосовується на практиці протягом тривалого часу. Для будь-якого звичаю, щоб він мав юридичну силу, необхідне надання суб'єктом міжнародного права такої сили (наприклад, визнання акта, у якому він закріплений, або комплексу актів). Міжнародний Суд ООН у справі про континентальний шельф Північного моря виклав дві основні ознаки, що мають бути притаманні звичаю для надання йому статусу юридичної норми та можливості застосування у міжнародній практиці. До них належать *об'єктивний* і *суб'єктивний* елемент. Так, об'єктивний елемент полягає в існуванні практики (застосування цього звичаю державами): 1. Має бути застосування звичаю не однією державою, а декількома, особливо тими, чий інтерес у справі були порушені (загальна прийнятність державами). 2. Фактичне використання звичаю послідовно, однаково та рівномірно. Як зазначають науковці Лондонської конференції: «У визначенні Міжнародного Суду ООН немає конкретних вимог часу: це все питання накопичення практики достатньої щільності з погляду однорідності, обсягу та репрезентативності. Деякі звичаєві правила виникли досить швидко: наприклад, суверенітет над повітряним простором і режим континентального шельфу, оскільки значна та репрезентативна кількість державної практики зростала швидко у відповідь на нову ситуацію» [3, с. 20]. Та деяким правилам, аби стати загальноновизнаними,

потрібен певний проміжок часу, наприклад, як це було із принципом суверенної рівності та невтручання – спочатку він був привілеєм лише «сильних» держав, а у сучасному світі на ньому базуються всі міжнародно-правові відносини. Суб'єктивний елемент полягає у можливості застосування звичаю як закону, його ще часто пов'язують з *opinio juris*. Міжнародний Суд ООН у справі Нікарагуа проти США дав визначення поняттю *opinio juris*: «Для формування нового звичаєвого правила не тільки відповідні акти мають «складати усталену практику», але вони мають супроводжуватися *opinio juris sive necessitatis*. Будь-які держави, які використовують такі дії, або інші держави, здатні на них відреагувати, повинні поводитися так, щоб їхня поведінка була доказом переконання, що практика (використання звичаю) стає обов'язковою завдяки існуванню норми права, яка цього вимагає. Суб'єктивний елемент має на увазі саме поняття *opinio juris sive necessitatis*». Якщо простіше, то будь-яка держава (точніше їх сукупність) використовує звичай так, ніби він уже є законом.

То що ж вважається практикою держави, тобто які дії держави можна вважати підтвердженням важливості звичаю і наявності державної практики? Як зазначається у Звіті Лондонської конференції 2000 р., виділяють вербальні та фактичні дії. Хоча декотрі вважають, що усні заяви – це «пусті балачки», але саме вони є найбільш поширеним видом державної практики та застосовуються частіше, аніж дії. Усними заявами можуть бути: дипломатичні заяви (в т. ч. протести), політичні заяви, офіційні посібники (наприклад, із питань військового законодавства), інструкції для збройних сил, прохання перед міжнародним трибуналом, заяви в міжнародних організаціях і акти, які вони потім приймають. Фізичні акти поведінки, наприклад, арешт людини / корабля або заволодіння майном, є дуже рідкісним явищем державної практики та можуть порушувати багато міжнародних норм. Тому автори наголошують,

що немає причини, аби не визнавати усні акти видом державної практики [3], але усні заяви мають відповідати певним критеріям: наприклад, вони повинні бути публічними (мають бути висловлені хоча б в одній іншій країні). До державної практики також відносять: 1) утримання від певних дій, тому що навіть така поведінка свідчить про позицію держави та характеризує її як суб'єкта міжнародного права; 2) поведінку осіб, котрі представляють державу, бо вони є частиною державного апарату, і їхня поведінка деякою мірою відображає ставлення держави до подій на світовій арені; 3) діяльність органів виконавчої, законодавчої та судової влади. У виконавчій владі переговори не завжди веде міністр закордонних справ, у них можуть брати участь і інші органи цієї гілки влади, наприклад, міністерство фінансів. Законодавча влада за допомогою законів, які вона приймає, та інших нормативно-правових актів також висловлює позицію держави (закони не беруться нізвідки, вони базуються на суспільних відносинах, а відповідають вони їм чи ні – це вже інше питання). Ця гілка влади нерідко відіграє вирішальну роль у питаннях війни та миру, укладення договорів та ін. Наприклад, одним із повноважень Верховної Ради України є «оголошення за поданням Президента України стану війни й укладення миру, схвалення рішення Президента України про використання Збройних Сил України та інших військових формувань у разі збройної агресії проти України» [8, п. 9 ст. 85]. Стосовно судової гілки влади, то здебільшого її рішення конкретизують, а в тих країнах, де існує судовий прецедент, – ще й удосконалюють норми державного законодавства. В Україні, перш ніж певний міжнародний договір буде ратифікований, він має бути поданий до Конституційного Суду України з метою перевірки його на відповідність Конституції України. Якщо він виявиться відповідним Конституції, то може бути ратифікований, а якщо ні – то лише після внесення відповідних змін до неї. Так, згідно з п. 3 ч. 1 ст. 7 Закону України «Про Консти-

туційний Суд України» КСУ надає висновки про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість [10]. Позиції цих трьох гілок влади нерідко суперечать одна одній, тому у міжнародному співтоваристві приділяється більша увага виконавчій владі, адже її представником є міністр закордонних справ.

Виникнення нового міжнародно-правового звичаю, який згодом стає правилом, часто займає багато часу. Прикладом може бути практика США, коли у 1945 р. американський президент Гаррі Трумен у своїй прокламації проголосив «юрисдикцію і контроль» над континентальним шельфом біля США. Його приклад перейняли пізніше й інші країни, наприклад, Велика Британія, Аргентина, котрі проголошували поширення свого суверенітету вже не тільки на континентальний шельф, а й на води, які над ним знаходяться (їх ще називають «спіконтинентальним морем») [11, с. 700]. З цього можна зробити висновок: спершу певна держава вчиняє дію, що видається іншим цілком доцільною у певній ситуації, а потім інші держави у відповідь вчиняють таку саму дію (можливо, навіть із доповненням), яка потім перетворюється на практику і надалі – на міжнародно-правовий звичай.

Насправді у міжнародному публічному праві дуже багато норм-звичаїв, існують навіть такі звичаї, які не мають юридичного закріплення, але порушення яких вважається поганим тоном. Макс Соеренсен навів достатньо цікаве твердження стосовно цього: нікого ж не дивує, що дипломатичне листування здійснюється на білому папері. Якщо дипломатичне листування буде вестися на папері іншого кольору, це не буде порушенням норм міжнародного права [4]. Але цей приклад є швидше узвичаєнням, ніж правовим звичаєм. Узвичаєння – це правило поведінки, яке може бути застосоване для регулювання певних суспільних відносин, але за порушення якого не передбачено відповідальності.

Прикладом звичаю, що потім став правовою нормою, може бути дипломатичний імунітет. Так, ще у стародавньому світі було щось схоже на сучасні дипломатичні імунітети та привілеї, причому імунітет походить із норм-звичаїв, а привілеї – із правил ввічливості. Вже у стародавніх країнах формувалися правила прийому послів з інших країн, гарантувалася їхня недоторканість, але вперше норми посольського права як кодифікація норм звичаїв і не тільки були розроблені 19 березня 1815 р. на Віденському конгресі (було прийнято Регламент про ранги дипломатичних представників). У Віденській конвенції про дипломатичні зносини 1961 р. було розподілено імунітети та привілеї дипломатичного представника як особи й окремо – як органу держави [5].

До звичаєвого права можна віднести більшість норм міжнародного гуманітарного права, з метою кодифікації яких Міжнародний комітет Червоного Хреста у 1996 р. провів широкомасштабне «Дослідження звичаєвого міжнародного гуманітарного права», внаслідок чого видав дві книжки: «Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Норми» (I том) і «Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Практика» (II том). На нашу думку, доцільно було б навести такі норми гуманітарного права, які по суті були звичаями: це і статут журналістів, і методи ведення війни, і розрізнення цивільних осіб і комбатантів, і запобіжні заходи під час здійснення нападу, і медичний і духовний персонал на війні та ін. [6].

Як приклад можна навести також договір купівлі-продажу у торговому міжнародному праві, адже люди здійснювали такий обмін речами не тому, що це було прописано в законі, а тому, що це було зручно. Вже після цього з'явилася норма, яка оформила договір купівлі-продажу як один із можливих видів угоди.

Для кодифікації, узагальнення і розвитку міжнародного звичаєвого права (та й права взагалі) була створена Комісія міжнародного права при ООН, яка і визначає, чи може звичай стати правовим. У відомій справі про кон-

тинентальний шельф Міжнародний Суд ООН посилався саме на те, що принцип рівновіддаленості не може бути визнаний правовим, оскільки Комісія міжнародного права нічого про це не зазначила і навіть не визнала його таким, що формується як правовий звичай.

Не кожен звичай обов'язково стане правовою нормою – у такого звичаю повинно бути *opinion juris*, тому ми наведемо декілька прикладів, коли звичай не став нормою права (їх ще називають узвичаєннями, або соціальними нормами права). До речі, узвичаєння – це звичаєві норми, які перебувають на першому етапі їх становлення як правової норми (другий етап – *opinion juris*).

Першим прикладом може бути вже згадана справа про континентальний шельф, так, Міжнародний Суд ООН зазначив: «Принцип рівного відстояння, як він сформульований у ст. 6 Женевської конвенції 1958 р., не був представлений Комісією міжнародного права як норма звичаєвого права, що формується. Не можна стверджувати, ніби в цій статті відображається або уточнюється ця норма. Це підтверджується тим фактом, що при підписанні, ратифікації або приєднанні до Конвенції будь-яка держава може зробити застереження <...> чого не допускають ст. 1–3. <...> Ст. 6 прямо стосується прав на континентальний шельф як такий, і, оскільки вона не виключена зі сфери дії права на застереження, можна зробити закономірний висновок, що вона не розглядається як частина загального звичаєвого права, яке створюється» [7].

Наступним прикладом може послугувати право учасників (наприклад, міжнародної організації) при голосуванні утриматися від прийняття рішення. І це не означає, що за таких обставин голоси інших учасників будуть знехтувані або його притягнуть до відповідальності, – ні, таким чином він висловлює свою позицію.

**Висновки.** Про норми-звичаї у сучасному міжнародному праві можна сказати, що більше їх там, де розвиток права не встигає за розвитком самих суспільних відносин.



Поки приймуть правову норму, ці відносини вже перестануть існувати, тож на допомогу приходять норми-звичаї, які не тільки відповідають часу, але й дають змогу регулювати відносини у найкращий спосіб (це як прокласти дорогу там, де вона вже витоплана людьми, а не там, де ніхто не ходить). На нашу думку, є виправданим статус звичаю як джерела міжнародного права, адже майже вся історія людства будувалася саме на звичаях, і право не є винятком. Деякі науковці вважа-

ють, що звичай приймається хаотичним шляхом, і незрозуміло, яким із них користуватися. Проте в міжнародному праві, на нашу думку, є достатньо дієвий механізм, котрий забезпечує ясність у цьому процесі: є дві чіткі ознаки звичаю, а також Комісія міжнародного права, яка визнає можливість використовувати звичай (навіть якщо він тільки формується) у вигляді правової норми, адже, як сказав Едмунд Гуссерль: «Весь сукупний культурний світ у всіх його формах прийшов із традиції» [8].

### Анотація

У статті досліджено наявні у зарубіжній та українській науковій літературі підходи до розуміння поняття міжнародно-правового звичаю, визначено причини складності його вивчення та проаналізовано поняття «узвичаєння». Основну увагу у статті приділено аналізу зарубіжних матеріалів, наприклад, Лондонської конференції, статутних документів ООН, практики Міжнародного Суду ООН. Метою статті був розгляд міжнародного звичаю на основі праць інших науковців та авторського бачення цього поняття з відповідними аспектами (тобто його двома основними ознаками). Також з'ясовано, якою має бути практика держави, щоб надалі можна було створити правовий звичай і т. п. Підсумовано, що звичаєве право – це не нетрі, якими їх уявляє більшість, а механізована система із прийняття і визнання певного звичаю як норми права, з відповідними уповноваженими суб'єктами для визначення його долі. Зроблено висновок, що статус звичаю як джерела міжнародного права є виправданим, тому що майже вся історія людства будувалася на звичаях, і право не є винятком, що підтверджується прикладами, наведеними у статті. Згадано Комісію міжнародного права, міжнародне гуманітарне право, справу про континентальний шельф Північного моря, дипломатичний імунітет і багато іншого, що дає загальне уявлення про систему міжнародного звичаєвого права. Також детально проаналізовано дві основні ознаки звичаю, наведено приклади з міжнародної практики для міжнародно-правового звичаю та для узвичаєння.

**Ключові слова:** міжнародний звичай, узвичаєння, міжнародне звичаєве право.

### **Bobrichenko V.V. Norms-customs in modern international public law**

#### **Summary**

This article is dedicated to the concept of “international custom”, which is exist both in Ukrainian and foreign scientific literature, identifying the reasons of the complexity of its study, and referring the concept of “custom”, to increase awareness of this subject. Most of the research is based on foreign materials, such as the London Conference, statutory documents of the UN, the case law of the International Court of Justice and etc. The purpose of this study is to find out different visions of this term by modern scientists, and as a consequence there is provided author’s vision of the general picture of this concept with the corresponding aspects (there are given two basic sings of international custom and it is clarified what the kind of state practice should be to create a legal custom in the future, etc). Also it was found out that customary law is not a slum, as it is represented by the majority of scholars, but it is a sufficiently mechanized system, with the adoption and recognition of a custom as a rule of law, with the appropriate authorities to determine its fate. It is concluded that international custom is justifiably considered as a source of international law, because most of the human history has been based on customs and law is no exception and it is confirmed by the examples given in the

article from history. In the study they refer to the Commission on International Law, international humanitarian law, the North Sea continental shelf case, diplomatic immunity and much more, which provides a general idea of the system of customary international law. Also two main features of the custom law have been close analyzed. In research they provide two examples from international practice, which involve the international legal custom and two of custom (social custom).

**Key words:** international custom, social custom, international customary law.

**Список використаних джерел:**

1. Статут ООН та Статут Міжнародного Суду. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_010#o544](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010#o544) (дата звернення 29.10.2020)/
2. Customary international law as a Source of Law. URL: <https://ruwanthikagunaratne.wordpress.com/2011/04/21/lesson-2-2-customary-international-law-as-a-source-of-law/>
3. International Law Association, London Conference, Final Report of Commission on Formation of Customary (General) International Law, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000). URL: <https://perma.cc/5CJ8-UTR2> [hereinafter ILA Final Report].
4. Soerensen M. Cours general sur principes de droit international public. Academie de Droit International, 1960. P. 37.
5. Фалалеева Л.Г, Мараховський В.В. Дипломатичні імунітети: принципи, норми, практика застосування. *Вісник Академії адвокатури України*. 2009. № 1 (14). URL: [http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis\\_nbuv/cgiirbis\\_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE\\_FILE\\_DOWNLOAD=1&Image\\_file\\_name=PDF/vaau\\_2009\\_1\\_31.pdf](http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/vaau_2009_1_31.pdf).
6. Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Норми. *Український часопис міжнародного права*. 2006. № 2. URL: [https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/ukr-irrc\\_857\\_henckaerts.pdf](https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/ukr-irrc_857_henckaerts.pdf).
7. Кийінець О. *Opinio juris* як кваліфікуюча ознака міжнародного звичаю: практика міжнародного суду. URL: <http://www.pravnuk.info/urukrain/1573-opinio-juris-yak-kvalifikuyucha-oznaka-mizhnarodnogo-zvichayu-praktika-mizhnarodnogo-sudu-oon.html>.
8. Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (дата звернення 29.10. 2020).
9. Цікаві вислови про «традиції». URL: <https://rivne1.tv/news/72099-tsikavi-vislovi-pro-traditsii>.
10. Закон України «Про Конституційний Суд України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19> (дата звернення 29.10.2020).
11. Притула А.М. Історичний нарис про економічні зони. *Актуальні проблеми держави і права*. С. 699–706. URL: <http://www.apdp.in.ua/v22/129.pdf>.