**Лекція 3. Джерела міжнародного права (2 год.)**

1. Міжнародні договори як основне джерело міжнародного права.

2. Міжнародні звичаї: поняття, застосування, тенденції розвитку.

3. Загальні принципи права, що визнані цивілізованими націями.

**1. Міжнародні договори як основне джерело міжнародного права**

На противагу процесу творення права за допомогою звичаю, міжнародні договори є результатом сучасного та свідомого методу нормотворення. ***Міжнародний договір характеризується як основне джерело міжнародного права завдяки трьом обставинам.***

По-перше, договірна форма дозволяє досить чітко сформулювати правочини і зобов’язання сторін, що сприяє тлумаченню та застосуванню договірних норм.

По-друге, договірним регулюванням охоплено нині всі без винятку галузі міжнародних відносин, держави послідовно замінюють звичаї договорами.

По-третє, договори найкращим чином забезпечують узгодження та взаємодію міжнародних норм і норм внутрішньодержавного законодавства. Цілком закономірно, що держави, укладаючи Віденську конвенцію про право міжнародних договорів 1969 р., визнали «все зростаюче значення договорів як джерела міжнародного права і як засобу розвитку мирного співробітництва між націями незалежно від відмінностей в їх державному і суспільному ладі».

Міжнародні договори мають різні назви, починаючи з конвенцій, пактів, актів і хартій аж до статутів і декларацій та власне угод. Усі ці назви виражають письмову домовленість, згідно з якою держави на правовій основі беруть на себе відповідні зобов’язання з певного кола питань окреслених відносин. Міжнародний договір указує на виразну згоду та свідому форму застосування законодавства відповідної держави. Упродовж XX століття кількість укладених міжнародних договорів значно зросла. Такі договори стали необхідним елементом нового світового правопорядку, вони посідають центральне місце в галузі міжнародного публічного права. Багато вчених-міжнародників визнає договори найважливішим джерелом міжнародного права, оскільки вони вимагають чіткої згоди сторін, що домовляються. Міжнародні договори виступають одним із видів домовленостей, за допомогою яких держави висловлюють своє ставлення до окремих проблем міжнародного права або виражають нові норми, якими вони керуватимуться у своїх діях на міжнародній арені.

Такі договори в кінцевому підсумку вимагають значної кількості участі держав, через що відбувається зростання їх значущості, а інколи можуть містити норми, обов’язкові для всіх держав. Вони є нормативними домовленостями, що окреслюють принципи розвитку, яких необхідно дотримуватися. Прикладом таких договорів може бути Статут ООН або Конвенція про запобігання злочину геноциду і покарання за нього 1948 р. Існує безліч договорів, які, підтверджуючи чинні правові норми, кодифікують звичаєві норми, наприклад Віденська конвенція про дипломатичні зносини 1961 р. чи Женевські конвенції про захист жертв війни 1949 р. Міжнародні договори можуть мати установчий характер, оскільки вони фіксують факт утворення міжнародної організації й виступають їхніми «конституціями», закріплюючи права та обов’язки. Важливо зазначити, що у випадках створення договірної норми, яка стосується тієї самої сфери, що і норма звичаєвого права, остання не поглинається договірною нормою, а продовжує функціонувати окремо.

Такий теоретичний висновок був підтверджений у практиці діяльності Міжнародного суду ООН у Справі про військову і воєнізовану діяльність у Нікарагуа (Нікарагуа проти США) від 27.06.1986 р. Значення міжнародних договорів полягає не в тому, що вони нібито відтворюють звичаєві правила, а в тому, що вони в новостворених нормах регулюють такі відносини, які не врегульовано звичаєвим міжнародним правом, а отже, враховуючи динаміку сучасних міжнародних відносин, держави не можуть вичікувати, поки створиться міжнародний звичай. Лише міжнародним договором можна врегулювати процес виникнення нових міжнародних відносин у відповідній сфері. Кожен міжнародний договір є не лише юридичною угодою, а актом вищих органів держави, який установлює нові юридичні норми. Важливою якістю міжнародних договорів є стабільність їх норм, які впродовж тривалого терміну дії забезпечують велику передбачуваність у поведінці учасників, що є надзвичайно важливим для міжнародного правопорядку й має особливе значення для врегулювання життєво важливих для держав відносин. Окрім цього, чітка визначеність договірних норм суттєво полегшує їх застосування, а також забезпечує належний контроль за їх виконанням. Особлива державно-правова процедура оформлення згоди на обов’язковість договору у формі ратифікації, підписання тощо, надає договірним нормам додаткового авторитету у внутрішньодержавній сфері та полегшує їх взаємодію з національним правом.

**2. Міжнародні звичаї: поняття, застосування, тенденції розвитку.**

Існуючу міжнародно-правову систему неможливо уявити без міжнародного звичаю не лише через те, що в сучасному міжнародному праві багато галузей та інститутів складаються частково або повністю зі звичаєвих норм, а й тому, що продовжують виникати нові норми звичаєвого права у тих сферах, де через різні причини є неможливим договірне врегулювання. Немає єдиної думки щодо цілісності системи звичаєвих норм у міжнародному праві. Такий стан у доктрині міжнародного права зумовлюється різними підходами науковців до змісту юридичної природи та порядку формування міжнародно-правового звичаю.

Особливість міжнародного звичаю як джерела міжнародного права полягає в тому, що порівняно з міжнародним договором у ньому набагато складніше провести відмінність між правотворчою процедурою і нормативним результатом, тоді як міжнародний договір, що виникає у межах формальних переговорів, існує у вигляді нормативного акта, відповідно, міжнародний звичай створюється практикою держав і функціонує у вигляді норми, яка закріплює цю практику. Формулювання міжнародного звичаю подано у статті 38 Статуту Міжнародного суду ООН, підтверджує визнання міжнародного звичаю одним із джерел міжнародного права. Крім цього, ця ж стаття вказує на згоду всіх членів міжнародного співтовариства щодо основних елементів, наявність яких є необхідною для констатації звичаєвих норм міжнародного права. Отже, йдеться про наявність, з одного боку, практики, а з іншого – визнання цієї практики у вигляді правової норми.

Практика держав, яка формує міжнародний звичай, складається внаслідок взаємодії домагань, які висувають держави у міжнародній сфері, та є результатом їх міжнародно-правової позиції з конкретних проблем, а також їх активної чи пасивної реакції на ці домагання з боку інших держав. Висунення таких правових домагань відбувається у формі конкретних дій, односторонніх чи багатосторонніх актів чи заяв держав. Узгодження позицій держав при цьому є значно меншим, ніж у разі договірного нормотворення. У процесі міжнародного звичаєвого нормотворення узгодження волі держав щодо змісту правила поведінки й визнання цього правила як міжнародно-правової норми досягається в межах процедури, яку умовно можна назвати «неформальним консенсусом», який трапляється у практиці співробітництва держав. На відміну від угоди, яка зумовлює виникнення договірних норм і є наслідком узгодження волі держав, згода або погодження, які містяться у підґрунті міжнародного звичаю, є результатом не узгодження волі, а збігу думок і переконань держав. За допомогою конкретних дій, заяв чи інших актів, які використовуються у міждержавній практиці, держави свідомо та цілеспрямовано можуть впливати на процес формування загального міжнародного права.

Від міжнародного звичаю необхідно відрізняти міжнародну звичку як правило поведінки держав, що використовується ними у взаємовідносинах, стосовно якого вони не визнають обов’язкової юридичної сили. Порушення міжнародної звички варто розглядати лише як недружній акт. До міжнародних звичок відносять, наприклад, правила міжнародної ввічливості («comitas gentium»), зокрема правила дипломатичного етикету чи дипломатичного протоколу. Оскільки для міжнародного звичаю здебільшого є характерною відносна нечіткість нормативного змісту, відповідно, застосування звичаєвих норм на практиці супроводжується низкою проблем, зокрема, визначення сфери застосування норм договору виражається через процедуру ратифікації, тоді як застосування норм звичаєвого права ґрунтується на мовчазних формах згоди держав. Усе це в кінцевому підсумку може призвести до виникнення спорів стосовно їх обов’язковості для конкретних держав. Особливістю міжнародного звичаю є те, що порівняно з договірними нормами міжнародний звичай не має офіційного письмового формулювання.

Однак це зовсім не означає, що звичаєві норми не можуть мати письмової форми. Наочним прикладом цього є Гаазькі конвенції про закони і звичаї ведення війни 1907 р., положення яких є, з одного боку, договірним правом для держав, які підписали й узяли на себе зобов’язання виконувати їх, а з іншого – звичаєвим правом для держав, що не є стороною цих конвенцій, але завдяки загальному визнанню держави дотримуються їх у своїй практиці як юридично обов’язкових. Здебільшого міжнародний звичай сприяє створенню норм універсального характеру. Він виступає первинним джерелом регулювання у тих випадках, коли через певні обставини держави взагалі не закріплюють свої зобов’язання у зазначеній сфері відносин у договірній формі, що надає цьому джерелу міжнародного права важливу стабілізуючу та регулюючу роль.

За наявності кодифікації у вигляді конвенції міжнародний звичай продовжує бути джерелом правового регулювання взаємних відносин держав, які не є її учасниками, у відносинах цих держав з учасниками конвенції. Оскільки міжнародний звичай формується у практиці держав, то природно виникає питання щодо тривалості практики, необхідної для того, щоб з’явилася звичаєва норма. Загалом ця обставина ніколи не мала вирішального значення, хоча й надавала звичаю додаткового авторитету. А тому коли йдеться про міжнародні звичаї, то не тривалість, а розумність їх існування повинна слугувати визначальним фактором. Час, необхідний для створення міжнародного звичаю, залежить від конкретних обставин і може змінюватися. Що ж стосується практики Міжнародного суду ООН із цього питання, то вона була досить чітко викладена в рішенні Суду у справі про континентальний шельф Північного моря у 1969 р. Зокрема, в рішенні Суду зазначалося, що «короткий період часу не є обов’язковим або сам по собі перешкодою для утворення нової норми міжнародного звичаєвого права». У сучасних умовах розвитку міжнародних відносин склався дещо спрощений порядок створення звичаєвих норм. Він є простішим порівняно з порядком укладення договорів. Значно спрощується процедура вираження згоди зі звичаєвою нормою, де вирішальну роль відіграє мовчазна згода та відсутність протесту.

Необхідно зазначити, що процедура створення звичаєвих норм загального міжнародного права йде шляхом спрощення, тоді як сама процедура вираження незгоди ускладнюється. Так, якщо окрема держава не згодна зі звичаєвою нормою, яку приймає більшість, то вона повинна наполегливо та послідовно висловлювати свій протест. Необхідно також наголосити на тому, що звичаєва норма не є обов’язковою для суб’єкта, який її визнав, щодо дій чи фактів, які стались до набуття нею чинності, або стосовно будь-якої ситуації, що перестала існувати до цього часу. Припинення звичаєвої норми загального міжнародного права може відбуватися зі згоди міжнародного співтовариства загалом, при цьому застереження до звичаєвої норми міжнародного права не допускаються.

Отже, деякі особливості міжнародного звичаю, такі, як здатність заповнювати прогалини у договірному праві, пов’язувати більшість держав міжнародного співтовариства, здатність до змін у міру потреб суспільства та практики держав, дозволяє зробити висновок про те, що міжнародний звичай ніколи не зможе повністю бути замінений міжнародним договором. Велике значення міжнародного звичаю полягає в тому, що головною формою існування основних принципів сучасного міжнародного права є саме звичай. Очевидно, недоречним було б ставити питання про абсолютний примат міжнародного договору або міжнародного звичаю, адже як і міжнародний договір, так і міжнародний звичай є лише різними формами однієї суті, угодою суб’єктів міжнародного права. Вони не суперечать один одному, а перебувають у взаємодії.

**3. Загальні принципи права, що визнані цивілізованими націями.**

У кожній правовій системі може виникнути ситуація, в якій суд, розпочавши розгляд справи, доходить висновку, що не існує норм права, які б регулювали відповідну проблему з позиції ні нормативно-правових актів, ні судового прецеденту. За таких обставин він використовує норми, які можуть бути застосовані до цієї ситуації, за аналогією використовуючи загальні принципи права, які випливають з ідеї справедливості, рівності чи з огляду на суспільну безпеку. Такі ситуації є більш імовірними в міжнародному праві у зв’язку з наявністю в ньому численних прогалин, які необхідно усувати. Безумовно, в міжнародному праві виникає менше таких ситуацій, ніж у внутрішньодержавному, оскільки відсутні належні методи, які б сприяли ухваленню відповідних норм, що повинні регулювати такі ситуації. У зв’язку з цим ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН як джерело міжнародного права виокремлює «загальні принципи права, визнані цивілізованими націями». Вони покликані усунути прогалини, які можуть виникати у міжнародному праві, а також вирішувати проблеми, які мають назву «non liguet» (відсутність договору або звичаєвої норми, яка могла бути використана для врегулювання правових відносин). При цьому не стільки завжди можна знайти відповідні норми, які стосуються конкретних ситуацій у сфері міжнародних відносин, скільки кожна міжнародна ситуація може бути визнана правовою проблемою.

Джерелами міжнародного права є лише такі принципи права, які є спільними як для національних правових систем, так і для системи міжнародного права. Наявність загальних принципів, властивих лише національним правовим системам, ще не означає, що вони вже трансформувалися у загальні принципи в міжнародному праві. Витоки поняття «загальні принципи» можна побачити в міжнародній арбітражній практиці XIX століття. Міжнародне право цього періоду було наділене досить обмеженим нормативним змістом, а отже, існувала небезпека, що на його основі не може бути ухвалене рішення. Саме тому міжнародному арбітражу була надана можливість застосовувати загальні принципи права, що випливали із національного права за аналогією.

Питання щодо загальних принципів активно обговорювалися у Консультативному комітеті юристів у 1920–1921 pp., який підготував проєкт ст. 38 Статуту Постійної палати міжнародного правосуддя. Незважаючи на те, що більшість членів Комітету виступила за надання Палаті права застосовувати «принципи об’єктивної справедливості», в кінцевому підсумку Комітет зайняв позицію меншості, яка обстоювала розуміння загальних принципів як принципів, що визнаються та застосовуються в національних правових системах. Під час підготови Статуту Міжнародного суду ООН у статті 38 було внесено лише одне, але важливе доповнення. Було доповнено загальну частину пункта 1 положення про те, що Суд «зобов’язаний вирішувати передані йому спори відповідно до міжнародного права». Це дає можливість зробити висновок, що йдеться про принципи, властиві не лише національним правовим системам, а й міжнародному праву. Можна вважати, що загальні принципи права – це загальні юридичні правила, які використовують під час застосування конкретних правових норм, що визначають права й обов’язки суб’єктів права. Багато загальних принципів, якщо не більшість, запозичено з римського права.

Серед прикладів загальних принципів права, що застосовуються у міжнародному праві, варто виокремити «audituret altera pars», або «audi alteram partem» (заслухаймо й іншу сторону), «res judicata» (питання вирішено судом, а тому воно не може бути розглянуте цим само судом або судом паралельної юрисдикції), «aut dedere aut puniere» (або видай, або покарай), «aut dedere aut judicare» (або видай, або суди), «nemo plus juris transferre potest guam ipse habet» (ніхто не може передати іншому більше прав, ніж він сам має), «actore non probante reus absolvitur» (тягар доказів покладається на сторону, яка висунула позов), «ex injuria non oritur jus», або «ex injuria non oritur actio» (порушення права не створює права). У міжнародній практиці з національного права найчастіше запозичувались процесуальні принципи: ніхто не може бути суддею у своїй справі, приинцип остаточного рішення суду, яке набрало законної чинності («res judicata»), принцип рівності сторін у спорі тощо. Найчастіше ці принципи застосовувались у консультативних висновках щодо питань, аналогічних тим, які вирішувалися національним правом.