

УДК 341

<https://doi.org/10.34142/23121661.2022.35.03>orcid.org/0000-0001-7678-1665

© Ковальчук І.М., 2022

І. М. Ковальчук

**СПІВВІДНОШЕННЯ МІЖНАРОДНОГО
ДОГОВОРУ ТА МІЖНАРОДНОГО ЗВИЧАЮ
В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ МІЖНАРОДНОГО
ПУБЛІЧНОГО ПРАВА**

I. Kovalchuk

**CORRELATION OF INTERNATIONAL
TREATY AND INTERNATIONAL CUSTOM
IN THE SOURCE SYSTEM OF PUBLIC
INTERNATIONAL LAW**

Анотація. Як відомо, у міжнародному публічному праві відсутня ієрархія джерел права. Однак в практиці виникають спірні ситуації, коли правовідносини підлягають правовому регулюванню різними джерелами права. Особливо це проявляється у випадку міжнародного звичаю та міжнародного договору.

Метою наукової статті є дослідження проблем співвідношення та взаємодії міжнародного договору та міжнародного звичаю в різних аспектах їх існування, а саме в аспектах їх виникнення, дотримання та застосування. У статті особливо детальна увага присвячена правовому аналізу проблематики співвідношення міжнародного договору та міжнародного звичаю в судовій практиці Міжнародного суду Організації Об'єднаних Націй. Аналізується зокрема справа про континентальний шельф Північного моря (1969 рік), а також справа про військову та напіввійськову діяльність у Нікарагуа та проти Нікарагуа (1986 рік).

На підставі аналізованих матеріалів автор статті дійшов висновку, що, по-перше, міжнародний договір може містити в собі звичаєві норми, які вже існували та діяли ще до його укладення; по-друге, міжнародний договір може бути останнім етапом у процесі формування звичаєвої норми; і, по-третє, міжнародний договір може запропонувати нові правові норми, які завдяки підтвердженню подальшою практикою суб'єктів міжнародного права можуть стати підґрунтям для створення нового міжнародного звичаю.

Крім того, робиться висновок, що міжнародні звичаї та міжнародні договори можуть існувати та діяти паралельно. Однак, навіть якщо договірні та звичаєві норми ідентичні за своїм змістом, а суб'єкти міжнародного права, які перебувають у спірних правовідносинах, зв'язані як одним, так й іншим джерелом права, з точки зору застосування цих ідентичних норм вони існують незалежно одна від одної.

Ключові слова: міжнародний договір, міжнародний звичай, міжнародне публічне право, джерело права міжнародного публічного права, судова практика Міжнародного суду Організації Об'єднаних Націй.

Annotation. As you know, in public international law there is no hierarchy of sources of law. However, in practice, there are controversial situations when legal relations are subject to legal

regulation of various sources of law. This is especially acute in the case of international custom and an international treaty.

The purpose of the scientific article is to study the problems of the relationship and interaction of the international treaty and international custom in various aspects of their existence, namely: in aspects of their occurrence, observance and application.

The article focuses on the legal analysis of the relationship between the international treaty and international custom in the judicial practice of the International Court of Justice of the United Nations. The analysis is subject, in particular, to the case of the continental shelf of the North Sea (1969), as well as the case of military and paramilitary activities in Nicaragua and against Nicaragua (1986).

Based on the analyzed materials, the author of the article came to the conclusion that, firstly, an international treaty may contain customary norms, that have already existed and were in effect even before its conclusion. Secondly, the international treaty may be the last stage in the process of forming the customary norm. And thirdly, an international treaty may propose new legal norms that, due to further practice of subjects of international law, can be the basis for the creation of a new international custom.

Moreover, it can be concluded that international customs and international treaties can exist and operate in parallel. However, even if the contractual and customary norm are identical in content, and the subjects of international law who are in disputed legal relations are connected, both by one and the second source of law, then from the point of view of applying these identical norms, they exist independently from each other.

Keywords: international treaty, international custom, public international law, source of public international law, jurisprudence of the United Nations International Court of Justice.

Постановка проблеми. Каталог джерел міжнародного публічного права (далі – МПП), як і їхнє співвідношення, належить чи не до найважливіших проблем МПП.

Хоча нині й досі не існує замкненого каталогу джерел МПП, а позиції доктрини та практики значно відрізняються одна від одної, необхідно все ж зазначити, що більшість науковців підтримує позицію, що джерела МПП окреслені в статті 38 Статуту Міжнародного суду Організації Об'єднаних Націй (далі – Міжнародний суд ООН, Міжнародний Суд) від 26 червня 1945 року [1, с. 19–20]. Згідно зі статтею 38 Статуту Міжнародного суду, «Суд, який зобов'язаний вирішувати передані йому суперечки на підставі міжнародного права, застосовує:

а) міжнародні конвенції, як загальні, так і спеціальні, що встановлюють правила, безперечно визнані державами, які є сторонами спору;

б) міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної в якості правової норми;

в) загальні принципи права, визнані цивілізованими націями;

г) судові рішення та доктрину найкваліфікованіших фахівців з публічного права різних націй у якості допоміжного засобу для визначення правових норм» [6].

Таким чином, можна дійти висновку, що до джерел МПП належать міжнародні конвенції (знані також як міжнародні договори), міжнародний звичай, а також загальні принципи права [2, с. 28].

Необхідно зазначити, що тривалий час МПП було в значній частині саме звичаєвим правом. Ситуація істотно змінилася після Другої світової війни, коли значно зросла кількість міжнародних конвенцій. Однак жодна із міжнародних конвенцій не є універсальною, тобто не поширює свою дію на всі суб'єкти міжнародного права. Тому й досі в багатьох галузях МПП, насамперед в гуманітарному, дипломатичному та консульському праві, правові норми міжнародних договорів існують і застосовуються паралельно з іншими нормами права, зокрема звичаєвими [3, с. 206], що так само зумовлює необхідність здійснення комплексного дослідження проблематики їх співвідношення.

Аналіз останніх досліджень. Необхідно зазначити, що проблематику міжнародних договорів у своїх наукових працях досліджували, зокрема, такі вчені, як М. В. Буроменський, Є.О. Зверев, І. В. Лексин, Н. М. Пархоменко, Б. Кузьняк та багато інших. Також міжнародний звичай аналізували в наукових дослідженнях М. Баймуратов, В. Буткевич, Г. Даніленко, І. Лукашук, Г. Найко, С. Пальчик, Г. Тункін, М. Черкес, А. Пеле, Х. Тірлвей, О. Шахтер, І. А. Ширер. Хоча проблематика міжнародного звичаю та міжнародного договору (як джерел МПП) неодноразово ставала предметом аналізу як вітчизняної, так і зарубіжної доктрини, однак і на сьогодні не існує всебічного дослідження саме співвідношення цих джерел права.

Формулювання мети статті. Автор має на меті виявити особливості співвідношення міжнародного договору та міжнародного звичаю в різних аспектах їхнього існування (виникнення, дотримання та застосування).

Виклад основного матеріалу дослідження. На початку дослідження варто сказати кілька слів про сутність та основоположні ознаки аналізованих джерел МПП.

Відповідно до статті 2 Віденської конвенції про право міжнародних договорів (1969 р.) «міжнародний договір – це міжнародна угода, яку уклали держави в письмовій формі і яка регулюється міжнародним правом, незалежно від того, чи викладена така угода в одному, двох чи кількох пов'язаних між собою документах, а також незалежно від її найменування [4]. Необхідно підкреслити, що ця дефініція була створена виключно для цілей Віденської конвенції про право міжнародних договорів, а отже, не охоплює поняття всіх міжнародних конвенцій. Так, у статті 3 Віденської конвенції про право міжнародних договорів зазначено, що конвенція не застосовується до міжнародних договорів, укладених не в письмовій формі, а також міжнародних договорів, укладених між державами та іншими суб'єктами міжнародного права або між іншими суб'єктами міжнародного права (до інших суб'єктів МПП, наприклад, належать міжнародні організації). Крім того, не всі держави є сторонами цієї конвенції. Станом на 2022 рік сторонами цього міжнародного договору є 116 держав, зокрема й Україна [4].

У доктрині міжнародного права міжнародний договір охарактеризовано як волевиявлення суб'єктів міжнародного права (двох і більше), яке є правотворчим, тобто породжує права та обов'язки в сфері міжнародного права [5, с. 33].

У кількох словах варто також згадати про сутність звичаєвого права. Статут Міжнародного суду ООН визначає міжнародний звичай як «загальну практику, визнану в якості правової норми» [6]. Крім того, у Статуті Міжнародного суду зазначено, що міжнародний звичай складається з 2 елементів:

- а) об'єктивного – практики (*usus*),
- б) суб'єктивного – *opinio iuris necessitatis* [7, с. 215].

На думку К. Вольфке, «практика» означає певну процедуру, поведінку, послідовність фактів у певний проміжок часу [8, с. 5]. При цьому, у доктрині міжнародного права панує позиція, що поняття практики слід розуміти широко. Так, до неї можна віднести:

а) дії (акти) окремих держав (практика державних органів, уповноважених представляти державу в міжнародних відносинах, внутрішнє право держав, яке є істотне з точки зору міжнародного права, та судова практика національних судів з міжнародного права);

б) міжнародну практику та міжнародні акти (судові рішення міжнародних судів і арбітражу, діяльність міжнародних організацій, міжнародні договори, що створюють норми звичаєвого права) [5, с. 110–111].

Однак *usus* не охоплює собою думок та практики доктрини, діяльності приватних осіб, а також практики й актів державних органів адміністративно-територіальних одиниць держави, які не є окремими та самостійними суб'єктами міжнародного права [5, с. 79].

Практика як елемент міжнародного звичаю має відповідати певним вимогам, зокрема бути одноманітною, а також загальною щодо засади.

У доктрині міжнародного права існує 2 погляди щодо того, коли практику можна вважати загальною. З одного боку, у науці МПП існують погляди, що практика є загальною тільки в тому випадку, якщо її дотримуються майже всі суб'єкти міжнародного права, а з іншого – наявні позиції, що практика як елемент міжнародного звичаю є загальною і в тому випадку, коли її дотримуються безпосередньо тільки зацікавлені суб'єкти МПП. Варто зазначити, що все ж більша частина науковців міжнародного права схиляється саме до другої позиції, що *usus* виникає під час активної практики певної групи суб'єктів міжнародного права (зазвичай держав) та за мовчазного визнання й погодження цієї практики з боку інших суб'єктів [2, с. 36].

Раніше доктрина вимагала також, щоб практика була ще й довготривала. Проте на сьогодні елемент часу вже не є таким істотним [9, с. 112]. Так, у справі щодо континентального шельфу Північного моря Міжнародний суд визначив, що короткий період часу не є обов'язковим або сам по собі не є перешкодою для утворення нової норми міжнародного звичаєвого права [10].

Другим елементом міжнародного звичаю є *opinio iuris necessitatis*, а саме переконання, що ця практика створює право. Багато авторів (зокрема В. Чаплінський, А. Вирозумська) наголошують, що саме *opinio iuris* відрізняє міжнародний звичай від міжнародної ввічливості та норм дипломатичного протоколу. Проявом *opinio iuris* є, наприклад, укладання міжнародних договорів або ухвалення резолюцій міжнародних організацій, що підтверджують існування звичаєвих норм, офіційні заяви держав про те, що вони визнають, що в МПП діє певний міжнародний звичай, мовчазне визнання тієї чи іншої практики тощо. [7, с. 215].

На підставі вищезазначеного можна дійти висновків, що умовою виникнення звичаєвих норм є наявність упорядкованої практики суб'єктів міжнародного права, насамперед держав, та визнання цієї практики суб'єктами міжнародного права зазвичай через мовчазну згоду та мовчазне визнання. У ситуації прийняття міжнародних договорів виникнення міжнародно-правової договірної норми пов'язане з чітким волевиявленням зацікавлених суб'єктів МПП, яке виявляється, зокрема, через підписання та ратифікації цих міжнародних договорів.

Інакше кажучи, як зазначає К. Вольфке, на етапі свого виникнення міжнародний звичай та міжнародний договір відрізняються насамперед «елементом волевиявлення суб'єктів міжнародного права, що їх створюють, та елементом дійсності». З одного боку, у випадку створення норми звичаєвого права воля суб'єктів міжнародного права, які її творять, є значною мірою пасивною та в переважній більшості полягає в мовчазному визнанні та відсутності супротиву щодо нової звичаєвої норми, яка має виникнути та закріпитися в МПП. Абсолютно іншою є ситуація щодо створення норм міжнародних договорів, де елемент волі суб'єктів МПП завжди є активним. Під час створення звичаєвої норми сфера буття, в якій твориться міжнародний звичай, вже в міру впорядкована у формі практики, до якої долучається все більше і більше суб'єктів міжнародного права. Інша ситуація спостерігається в процесі укладання міжнародних договорів: у цьому випадку зазвичай сфера буття, що має ними регулюватися, ще взагалі не є впорядкованою [8, с.105].

Аналізуючи проблематику співвідношення міжнародного договору та міжнародного звичаю, необхідно розглянути судову практику Міжнародного суду. Однією з чи не найважливіших справ Міжнародного суду ООН, що регулює аналізовану в статті проблематику, є справа між Данією та Голландією проти Федеративної Республіки Німеччини про континентальний шельф Північного моря від 1969 року [10].

Суть спору полягала у виборі способу делімітації континентального шельфу Північного моря між Федеративною Республікою Німеччиною та Данією, з одного боку, а також між Федеративною Республікою Німеччиною та Голландією, з іншого боку. Сторони звернулися до Міжнародного суду ООН щодо визначення норм та принципів міжнародного права, на основі яких надалі

вони змогли б здійснити розмежування континентального шельфу між собою [10, с. 19–20, 25–26, пар. 13, 27, 31].

Як Данія, так і Голландія стверджували, що розмежування має здійснюватися на підставі засади рівної відстані, закріпленої у статті 6 Конвенції про континентальний шельф від 1958 року [11]. Хоча обидві держави визнавали, що Федеративна Республіка Німеччина не була стороною цього міжнародного договору, однак вони підкреслювали, що засада рівної відстані як основа делімітації має застосовуватися як норма звичаєва [10, с. 19–20, 25–26, пар. 13, 27, 31].

Так, сторони стверджували, що засада рівної відстані як міжнародна звичаєва норма існувала ще до прийняття Конвенції про континентальний шельф, а після прийняття цього міжнародного договору знайшла своє більш точне й детальне віддзеркалення в статті 6 цієї конвенції.

І хоча Міжнародний суд ООН у цій справі не визнав вищезазначений аргумент, однак наголосив, що міжнародний договір може кодифікувати правові норми, які на момент укладення міжнародного договору вже діяли як норми міжнародного звичаю. Більш того, Міжнародний суд підкреслив, що міжнародні договори відіграють важливу роль у виникненні нових звичаєвих норм МПП через уніфікацію практики суб'єктів міжнародного права, а отже виникненні одного з елементів міжнародного звичаю - *opinio iuris* [10, с. 41–42, пар. 71. пар. 70–71].

У справі про континентальний шельф Північного моря Міжнародний суд ООН встановив, що співвідношення міжнародного договору з міжнародним звичаєм може відбуватись в трьох площинах:

а) міжнародний договір може містити в собі звичаєві норми, які вже існували та діяли ще до його укладення;

б) міжнародний договір може бути останнім етапом у процесі формування звичаєвої норми;

в) міжнародний договір може запропонувати нові правові норми, які завдяки підтвердженню подальшою практикою суб'єктів міжнародного права можуть стати підґрунтям для створення нового міжнародного звичаю [12, с. 93].

Судова практика Міжнародного суду ООН демонструє, що міжнародна звичаєва норма та норма міжнародного договору, які ідентичні за своїм змістом, можуть паралельно існувати та застосовуватися [9, с. 107]. Ще в 1960–1970-х роках XX століття Міжнародний суд ООН повністю відкидав таку можливість [13, с. 97]. Однак вже в 1980-х роках ця позиція кардинально змінилась. Так, нині визнана точка зору знайшла своє відображення в справі Міжнародного суду ООН про військову та напіввійськову діяльність у Нікарагуа та проти Нікарагуа від 1986 року [14].

У своїй скарзі Нікарагуа стверджувала, що Сполучені Штати Америки порушили норми міжнародного права через фінансування та вербування повстанців, порушення повітряного та морського простору Нікарагуа, а також здійснюючи збройні напади на території держави. У зв'язку з цим Нікарагуа

звернулася до Міжнародного суду ООН з позовними вимогами щодо припинення вищеописаної діяльності з боку Сполучених Штатів Америки, а також з вимогою про відшкодування завданих збитків [14, с. 18–19, 92, пар. 15, 172].

Необхідно зазначити, що Нікарагуа звинуватила Сполучені Штати Америки в порушенні норм Статуту Організації Об'єднаних Націй (статті 2 частини 4), Статуту Організації американських держав (статей 18 та 20), Конвенції про права та обов'язки держав у разі громадянської війни (статей 1 та 3), а також низки міжнародних звичаїв, зміст яких відповідав нормам порушених міжнародних договорів [14, с. 18–19, 92, пар. 15, 172].

Але в частині міжнародних договорів аналізований спір не підпадав під юрисдикцію Міжнародного суду ООН. Отже, перед Міжнародним судом виникло спірне питання можливості паралельного застосування та дії норм міжнародного звичаю, норм міжнародних договорів, а також наявності звичаєвих норм як достатньої підстави для виникнення компетенції Міжнародного суду ООН щодо розгляду та вирішення спору, якщо існують норми договірної права, ідентичні за своїм змістом з нормами міжнародного звичаю [15, с. 34–38, пар. 48–56].

Аналізуючи спірне питання, Міжнародний суд визнав, що, якщо дві правові норми (норма звичаєва та норма міжнародного договору) мають ідентичний зміст, а зацікавлені суб'єкти міжнародного права зв'язані цими двома ідентичними нормами, то з погляду застосування ці ідентичні міжнародні норми існують незалежно одна від іншої. Таким чином, Міжнародний суд ООН підкреслив, що норма міжнародного звичаю існує та застосовується незалежно від норми міжнародного договору, навіть якщо їхній зміст ідентичний. Крім того, Міжнародний суд зазначив, що навіть якщо зміст норми міжнародного договору та зміст норми міжнародного звичаю співпадають, цей зв'язок існує лише в матеріальному праві, але не поширюється на сферу процесуального права [14, с. 105, пар. 200].

Висновки. Отже, відповідно до вищезазначеного, можна дійти висновку, що на етапі свого виникнення міжнародний звичай та міжнародний договір відрізняються елементами волевиявлення суб'єктів МПП, які їх створюють, а також елементом дійсності (сфери буття, яка має ними регулюватися). Крім того, по-перше, міжнародний договір може містити в собі звичаєві норми, які вже існували та діяли ще до його укладення; по-друге, міжнародний договір може бути останнім етапом у процесі формування звичаєвої норми; і, по-третє, міжнародний договір може запропонувати нові правові норми, які завдяки підтвердженню подальшою практикою суб'єктів міжнародного права можуть стати підґрунтям для створення нового міжнародного звичаю.

Необхідно зазначити, що міжнародні звичаї та міжнародні договори можуть існувати, застосовуватися та діяти паралельно. Однак, навіть якщо договірні та звичаєві норми ідентичні за своїм змістом, а суб'єкти міжнародного права, які перебувають у спірних правовідносинах, зв'язані як одним, так й

іншим джерелом права щодо застосування та дії цих ідентичних норм, вони існують незалежно одна від одної.

Література

1. Kuźniak B., Marcinko M., Ingelevič-Citak M. Organizacje międzynarodowe. Wyd. 5. Warszawa, 2017;
2. Wasiński M. Prawo międzynarodowe w zarysie. Skrypt wykładu. Łódź, 2014.
3. Majchrzak K. Prawo zwyczajowe jako źródło prawa Unii Europejskiej. URL: http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/63632/16_Kamila_Majchrzak.pdf;
4. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text;
5. Czapliński W., Wyrozumska A. Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe. Wyd. 3. Warszawa, 2014;
6. Статут Міжнародного суду ООН від 26 червня 1945 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010;
7. Filipek P., Kuźniak B. Prawo międzynarodowe publiczne: testy, kazusy, tablice. Wyd. 5. Warszawa, 2014;
8. Wolfke K. Zwyczaj w współczesnym prawie międzynarodowym. Wrocław;
9. Góralczyk W., Sawicki S. Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie. Wyd. 17. Warszawa, 2017;
10. Справа про континентальний шельф Північного моря (Данія проти Федеративної Республіки Німеччини, Голландія проти Федеративної Республіки Німеччини), рішення від 20 лютого 1969 року. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>;
11. Конвенція про континентальний шельф від 29 квітня 1958 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_179#Text;
12. Bierzanek R., Symonides J. Prawo międzynarodowe publiczne Bierzanek R., Symonides J. Prawo międzynarodowe publiczne. Wyd. 8. Warszawa, 2009;
13. Szpak A. O wykładni międzynarodowego prawa traktatowego i zwyczajowego (z uwzględnieniem międzynarodowego prawa humanitarnego, «Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny». URL: https://repozytorium.amu.edu.pl/bitstream/10593/5052/1/05_Agnieszka_Szpak_O%20wyk%C5%82adni%20mi%C4%99dzynarodowego%20prawa%20traktatowego%20i%20zwyczajowego_73-86.pdf;
14. Справа про військову і воєнізовану діяльність в Нікарагуа і проти неї (Нікарагуа проти США), рішення від 27 червня 1986 р. (по суті). URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19841126-JUD-01-00-EN.pdf>;
15. Справа про військову і воєнізовану діяльність в Нікарагуа і проти неї (Нікарагуа проти США), рішення від 26 листопада 1984 року (процесуальні питання щодо компетенції) URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19841126-JUD-01-00-EN.pdf>.