

МІЖНАРОДНЕ ПУБЛІЧНЕ ТА ПРИВАТНЕ ПРАВО

Наумова А.Д.

студентка,

Інститут міжнародних відносин

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

OPINIO JURIS SIVE NECESSITATES ТА ДОКТРИНА «НАПОЛЕГЛИВОГО ЗАПЕРЕЧУВАЧА» В МІЖНАРОДНОМУ ЗВИЧАЄВОМУ ПРАВІ

Традиційна юридична доктрина полягає в тому, що лише факт належної міжнародної практики в певному сенсі не є достатнім для створення звичаю і необхідне існування додаткового елемента. За класичним міжнародним правом вважається, що звичаєве право виникає внаслідок поєднання двох елементів: усталеної, поширеної та послідовної практики з боку держав, і психологічного елемента, відомого як «*opinio juris sive necessitatis*» (думка про закон або необхідність), назву якого зазвичай скорочують до «*opinio juris*» [6, с. 98].

Вчений Т.Хильер наводить наступну конструкцію звичаєвого права: 1) «*Corpus*» – матеріальний або об'єктивний елемент. «*Corpus*» уособлює звичайну практику («*consuetudo*»), втілену через виконання правила поведінки; 2) «*Animus*» – психологічний або суб'єктивний елемент. «*Animus*» уособлює переконання певних держав, що правило втілене у звичаї є обов'язковим («*opinion juris*») [6, с. 77-78].

Юрист Х'ю Тірлуей наголошує, що парадокс виникає в тому, яким чином практика може перетворитися на звичаєве право, якщо держави повинні бути переконані, що норма вже існує, перш ніж їх дії можуть мати значення для створення звичаю? Або чи цього достатньо, якщо спочатку держави діють в помилковому переконанні, що правило вже існує – випадок «*communis error error facit jus*» (загальна помилка створює закон)? Це дилема, що постійно викликає суперечку серед науковців в сфері юриспруденції. Тому склалося декілька підходів до цієї проблематики. Так, існують фахівці, які взагалі відкидають двофакторну теорію як таку. Очевидно, що практика («*practice*») та

переконаність у правомірності (*«opinio juris»*) тісно взаємопов'язані, але підходи ризняться відносно того, який з елементів є основним:

1. Підхід *«звичай – це opinio juris»*, а практика підтверджує його існування. Переважно серед тих, хто вбачає Резолюцію Генеральної Асамблеї джерелом права, превалює думка, що саме психологічний елемент має вирішальне значення, а практика держави лише підтверджує існування цього елементу. І це допомагає розпізнати існування правила міжнародного звичаєвого права там, де практика є незначною, або взагалі відсутня.

2. Підхід *«звичай – це практика»*, а значення переконань або прагнень держав, де певна практика має місце, полягає в необхідності виключення практики, нав'язаної як обов'язкової за договором або розглядається усіма зацікавленими сторонами як вимушена, хоча юридично не закріплена.

Юристи-міжнародники відзначають зміну в співвідношенні *«практики»* і *«opinio juris»*. Якщо в минулому головна роль відводилася першому, то тепер – другому елементу. Він зазначає, що при формуванні норм загального міжнародного права основну роль тепер грає протест. Не має протесту, отже держава погоджується з новою нормою [3, с. 63].

Інша дилема полягає в тому, чи може резолюція міжнародного органу висловлювати *«opinio juris»*. Міжнародний Суд ООН визнав, що *«opinio juris»* може бути, хоча і з усіма застереженнями, виокремлено із ставлення держав до певних резолюцій Генеральної Асамблеї ООН. У Консультативну висновку Міжнародного Суду ООН про правомірність загрози застосування або застосування ядерної зброї йдеться, що «резолюції Генеральної Асамблеї, навіть якщо вони не є обов'язковими, можуть іноді мати нормативне значення. Вони можуть в певних умовах слугувати свідченням, важливим для встановлення існування норми або формування *«opinio juris»*. Тому рішення міжнародних організацій та інших об'єднань, які виражають узгоджені позиції держав, можуть виявитися відправним моментом для утворення звичаю. За їх допомогою звичайні норми формуються, фіксуються, тлумачаться, втілюються в життя. Завдяки ним вдалося подолати ряд традиційних недоліків звичаю. Резолюції сприяють утвердженню звичаю в практиці, адаптують його зміст до нових умов, що зміцнює зв'язок звичаю з реальністю [3, с. 63].

Не всі держави дотримуються звичаєвого права. Держави можуть не погоджуватись із звичаєвим правилом або від самого початку або після того, як звичай сформовано. Якщо та коли, модель певної практики формується або сформована, держава може виявити бажання відійти або не погодитися із даною практикою. Відповідна заява може бути явно

проголошена у словах чи проявлятися в діях, або неявно шляхом відсторонення від практики та дотримання іншої моделі поведінки. Застереження до договору також може являти собою незгоду, в той час як нератифікація договору може вилитися у безрезультатне взяття зобов'язань [10, с. 15].

Така практика склалася внаслідок змін на міжнародній арені, обумовлених появою соціалістичних країн, а також країн, що утворилися внаслідок деколонізації. В цьому контексті розрізняють дві доктрини заперечень: «доктрина наполегливого заперечувача» («Persistent Objector») та «послідовного заперечувача» («Subsequent Objector»). Марк Уіллігер зазначає, що держава – постійний заперечувач не має зобов'язань відносно звичаю, якщо задовольняє двом умовам. Перше – держава повинна дотримуватися позиції заперечення від початку та до остаточного формування звичаю, і в подальшому. Нові незалежні держави вважаються постійними заперечувачами, якщо вони дотримуються позиції заперечення протягом розумного періоду часу з моменту створення, навіть якщо звичаєве правило вже існує. По-друге, заперечення необхідно постійно дотримуватися, зважаючи на те, що інші держави можуть спиратися на позицію держави-заперечувача. Держава також не повинна отримувати вигоду від непослідовності у своїй позиції. Так, наприклад, якщо країна одного разу виступає проти, наступного – на підтримку того чи іншого правила, її поведінка вважається недостатньо послідовною і інші держави можуть вважати, що така держава не проти певного правила. При цьому, доказовість щодо виключної позиції лягає на державу-заперечувача. А після того, як правило остаточно закріпиться, підтримувати позицію заперечення стає дедалі складніше, оскільки її не завжди можуть прийняти або зрозуміти, а на підтримку можна розраховувати за умови безперечного дотримання усіх умов. В площині ООН, це означає, що держава щойно дізнавшись про певне правило вже на етапі його підготовчої версії повинна заявити заперечення і відтоді дотримуватися його [10, с. 16-17].

Окремо слід зазначити, що в звичаєвому праві відсутнє правило більшості. На підтримку цієї тези, наводиться аргумент, що позбавлення держави права на наполегливе заперечення означало б порушення принципу суверенітету та рівності, та призвело б до ідеологічного та соціально-економічного протистояння міжнародної спільноти. Інша ситуація може скластися, коли держава відмовляється від дотримання звичаєвого правила після його формування. Така ситуація в принципі є неприпустимою, оскільки держава в цьому випадку буде вважатися як така, що відступає а іноді й порушує звичаєве право. Наявність незначної кількості заперечень не може поставити під сумнів загальне звичаєве правило, однак превалююча кількість заперечень може

привести до невідповідності правила сучасним реаліям та потягнути за собою перегляд цього правила [10, с. 18].

Список використаних джерел:

1. Буткевич В.Г., Мицик В.В., Задорожній О.В. Міжнародне право. Основи теорії. – К., 2002.
2. Задорожній О.В., Буткевич В.Г., Мицик В.В. Конспект лекцій з основ теорії міжнародного права. – К., 2001.
3. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. – М., 2001.
4. Международное право / Отв. ред. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. – М., 2000.
5. Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду [Електронний ресурс] // Інтернет-сайт ВР України. – 1945. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_010.
6. Evans, Malcolm D. (ed.). International Law / Evans Malcolm D, 2014 – 873 p. – (Oxford University Press).
7. Hillier T. Sourcebook on Public International Law / Tim Hillier., 1998. – 920 p. – (Cavendish Publishing).
8. Shaw N. M. International Law / Malcolm Shaw., 2008. – 1542 p. – (Cambridge University Press).
9. Thirlway H. The Sources of International Law / Hugh Thirlway, 2014. – 239 p. – (Oxford University Press).
10. Villiger M. 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 / Mark-Eugen Villiger., 1985. – 346 p. – (M. Nijhoff).