

УДК 341.018

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2025.04.3.63>

МІЖНАРОДНИЙ ДОГОВІР І МІЖНАРОДНИЙ ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ПРАВА: ДЕТЕРМІНАЦІЯ І ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК

Пасічник Я.С.,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри правових та інформаційних технологій

Хмельницького інституту соціальних технологій

Університету «Україна»

Пасічник Я.С. Міжнародний договір і міжнародний звичай як джерела міжнародного права: детермінація і взаємозв'язок.

Стаття присвячена питанням співвідношення міжнародного договору та міжнародного звичаю, їх детермінації і взаємозв'язку. Оскільки міжнародний договір і міжнародний звичай є основними та найбільш поширеними джерелами сучасного міжнародного права, аналіз їх співвідношення є досить актуальним.

Міжнародні договори та міжнародні звичаї підлягають постійному застосуванню суб'єктами міжнародного права (державами та міжнародними організаціями), що вимагає оптимізації та пошуків ефективних механізмів вдосконалення у сучасних міжнародних відносинах, обумовлюючи актуальність дослідження цих основних джерел міжнародного права.

Здійснюється аналіз важливої для теорії і практики міжнародного права, особливо для проблематики джерел міжнародного права, Резолюції Генеральної Асамблеї ООН A/RES/73/203 від 20 грудня 2018 року «Виявлення норм міжнародного звичаєвого права».

Результати даного дослідження свідчать, що міжнародний договір відрізняється від міжнародного звичаю своєю специфікою, особливістю об'єкта правового регулювання, формою закріплення і значною перевагою договорів за своєю кількістю в сучасному міжнародному праві. Міжнародний договір виникає і формується як результат переговорів і плідної роботи суб'єктів міжнародного права над правилами, взаємними права та обов'язками з тих чи інших питань співробітництва. Міжнародні договори мають конкретні найменування і чітко встановлений предмет правового регулювання.

Зазначається, що міжнародний звичай формується внаслідок практики діяльності суб'єктів міжнародного права в ході історичного процесу міжнародних відносин. Правова природа міжнародного звичаю є погоджувальною з боку суб'єктів міжнародного права, насамперед, держав і міжнародних організацій.

Зроблено висновок, що в процесі переходу від виникнення міжнародного звичаю до прийняття міжнародного договору, звичаї допомагають заповнювати прогалини в міжнародному праві. Також є можливим і зворотній процес, тоді коли міжнародні договори набувають широкого застосування і характеру міжнародного звичаю, наприклад міжнародно-правові договори у сфері захисту прав людини, які в подальшому набули загальної практики.

Ключові слова: міжнародний договір, міжнародний звичай, міжнародне право, доктрина міжнародного права, резолюція, статут, джерела міжнародного права, мета-право, Комісія з міжнародного права, Віденська конвенція про право міжнародних договорів.

Pasichnyk Y.S. International treaty and international custom as sources of international law: determination and interrelation.

The article is devoted to the issues of the correlation of an international treaty and international custom, their determination and interrelation. Since an international treaty and international custom are the main and most widespread sources of modern international law, the analysis of their correlation is quite relevant.

International treaties and international customs are subject to constant application by subjects of international law (states and international organizations), which requires optimization and search for effective mechanisms for improvement in modern international relations, which makes the study of these main sources of international law relevant.

The analysis is carried out of the UN General Assembly Resolution A/RES/73/203 of December 20, 2018 "Identification of customary international law", which is important for the theory and practice of international law, especially for the issues of sources of international law.

The results of this study indicate that an international treaty differs from an international custom in its specificity, the peculiarity of the object of legal regulation, the form of consolidation and the significant advantage of treaties in terms of their number in modern international law. An international treaty arises and is formed as a result of negotiations and fruitful work of subjects of international law on rules, mutual rights and obligations on certain issues of cooperation. International treaties have specific names and a clearly established subject of legal regulation.

It is noted that international custom is formed as a result of the practice of activities of subjects of international law in the course of the historical process of international relations. The legal nature of international custom is consensual on the part of subjects of international law, primarily states and international organizations.

It is concluded that in the process of transition from the emergence of international custom to the adoption of an international treaty, customs help to fill gaps in international law. The reverse process is also possible, when international treaties become widely applicable and take on the character of international custom, for example, international legal treaties in the field of human rights protection, which subsequently become general practice.

Key words: international treaty, international custom, international law, doctrine of international law, resolution, statute, sources of international law, meta-law, International Law Commission, Vienna Convention on the Law of Treaties.

Постановка проблеми. Враховуючи предмет і метод правового регулювання, надзвичайно широкий комплекс об'єктів, що вимагають належного врегулювання на міжнародному рівні, питання джерел міжнародного права залишається одним з найактуальніших у межах цієї галузі. Серед джерел міжнародного права особливо виділяються міжнародний договір і міжнародний звичай, які тісно пов'язані між собою. На доктринальному рівні тривають дискусії щодо походження, співвідношення і взаємозв'язку міжнародного договору та міжнародного звичаю.

Відповідно до статті 38 Статуту Міжнародного Суду Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) 1945 року Суд зобов'язаний вирішувати передані йому спори на підставі міжнародного права; при цьому він застосовує: міжнародні конвенції; міжнародний звичай; загальні принципи права, визнані цивілізованими націями; судові рішення та доктрини найбільш кваліфікованих спеціалістів з публічного права (із застереженням) [1]. При цьому, під міжнародними конвенціями у теорії і практиці міжнародного права, зважаючи на положення статті 2 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року [2], розуміються різні види міжнародних договорів незалежно від того, чи викладена така угода в одному документі, у двох чи кількох зв'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування.

Міжнародний договір і міжнародний звичай, як в історичній ретроспективі, так і на сьогодні, є основними та найбільш поширеними джерелами міжнародного права, тому аналіз їх співвідношення залишається актуальним. Міжнародні договори та звичаї підлягають постійному застосуванню суб'єктами міжнародного права (державами та міжнародними організаціями), що вимагає оптимізації та пошуків ефективних механізмів вдосконалення у сучасних міжнародних відносинах.

Мета дослідження – аналіз і обґрунтування детермінації і взаємозв'язку міжнародного договору та міжнародного звичаю як основних джерел міжнародного права. Дослідження спрямоване на активізацію дискусії щодо ролі та значення міжнародного договору та міжнародного звичаю в сучасному міжнародному праві.

Стан опрацювання проблематики. Питання джерел міжнародного права, зокрема, міжнародного договору та міжнародного звичаю, ґрунтовно досліджували найбільш відомі представники вітчизняної і зарубіжної науки міжнародного права, такі як: Г. Лаутерпахт, Дж. Фіцморіс, Е. Ауст, М. Шоу, І.І. Лукашук, О.О. Мережко, М.В. Буроменський, М.О. Баймуратов, В.Г. Буткевич, М.М. Гнатовський, Л.Д. Тимченко, В.Н. Денисов та ін.

Крім того, на рівні міжнародних міжурядових організацій та її структур (особливо Комісії міжнародного права ООН), міжнародних судів і трибуналів (особливо Міжнародного Суду ООН) також активно відбувається концептуальний розвиток міжнародного договору та міжнародного звичаю як основних джерел міжнародного права.

При цьому, деякі питання взаємозв'язку міжнародного договору та міжнародного звичаю залишаються малодослідженими, а деякі вимагають свого розвитку та вдосконалення з огляду на постійні виклики та вимоги, що виникають.

Виклад основного матеріалу. Найбільш поширеними за своєю кількістю джерелами сучасного міжнародного права є міжнародні договори, які згідно з положенням статті 2 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року та статті 2 Закону України від 29.06.2004 № 1906-IV «Про міжнародні договори України» [3], є укладеними у письмовій формі з іноземною державою

або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо). В цілому на сьогоднішній день право міжнародних договорів є розвинутою і досить дослідженою галуззю міжнародного права.

За визначенням С.О. Мельника в «Енциклопедії міжнародного права» «Договір міжнародний» (англ. *treaty*, фр. *traité*, нім. *Vertrag*) – це угода між державами і/або іншими суб'єктами міжнародного права, яка регулює відносини між ними шляхом встановлення, зміни або припинення їх взаємних прав та обов'язків згідно з міжнародним правом [4, с. 842].

Натомість, питання міжнародного звичаю залишаються не настільки дослідженими і обґрунтованими в доктрині міжнародного права, незважаючи на те, що, на думку деяких дослідників, міжнародний звичай, внаслідок неодноразового застосування, історично виник як перше та первинне джерело міжнародного права.

При цьому, у міжнародному праві відсутній загальновизнаний документ, який би надав повну загальну характеристику чи врегульовував застосування міжнародного звичаю у міжнародних відносинах.

Один з видатних діячів з міжнародного права в Україні В.Н. Денисов в «Енциклопедії міжнародного права» зазначає, що звичай міжнародно-правовий – одне з основних джерел (форм) міжнародного права, яке, згідно з п. 1b ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН, визначається «як доказ загальної практики, визнаної як правова норма»; у міжнародному правотворчому процесі звичай виступає самостійним способом вироблення норм права [5, с. 472].

Термін «міжнародний звичай» (*international custom*) не є єдиним в літературі з міжнародного права для позначення наведеного поняття. Інколи використовуються терміни «міжнародне звичаєве право» (*international customary law*), «звичаєве міжнародне право» (*customary international law*), «загальне міжнародне право» (*general international law*). А при визначенні сутності (природи міжнародного звичаю) та рівня в системі джерел міжнародного права міжнародні звичаї сьогодні називають, навіть, мета-правом (Й. Каммерхофер) [6, р. 56–75; 7, р. 22].

Для теорії і практики міжнародного права, особливо проблематики джерел міжнародного права, важливим є те, що 20 грудня 2018 року Генеральна Асамблея ООН прийняла Резолюцію A/RES/73/203 «Виявлення норм міжнародного звичаєвого права». Так, Генеральна Асамблея ООН, розглянувши главу V доповіді Комісії міжнародного права, в якій містяться проекти висновків щодо виявлення норм міжнародного звичаєвого права, беручи до відома меморандум Секретаріату про шляхи та засоби забезпечення більшої доступності доказів норм міжнародного звичаєвого права, у якому наведено огляд сучасного стану міжнародного звичаєвого права та містяться відповідні пропозиції щодо покращення ситуації, підкреслюючи незмінне значення кодифікації та прогресивного розвитку міжнародного права, зазначаючи, що тема виявлення норм міжнародного звичаєвого права має велике значення в міжнародних відносинах, прийняла резолюцію, в якій, зокрема:

- вітала завершення Комісією з міжнародного права роботи над темою виявлення норм міжнародного звичаєвого права і прийняття нею проектів висновків та детального коментаря до них;
- висловила вдячність Комісії з міжнародного права за її постійний внесок у кодифікацію та прогресивний розвиток міжнародного права;
- взяла до уваги також висновки щодо виявлення норм міжнародного звичаєвого права, текст яких міститься в додатку до цієї резолюції, з коментарями до них, звертаючи на них увагу держав і всіх тих, хто може виявляти норми міжнародного звичаєвого права, та закликала забезпечити їх максимально широке поширення;
- визнала користь опублікованих збірок і оглядів практики, пов'язаних із міжнародним правом, зокрема тих, що сприяють широкому поширенню інформації про законодавчу, виконавчу та судову практику, і закликає держави підтримувати наявні видання та спеціалізовані бібліотеки з міжнародного права [8].

Висновки щодо питань виявлення норм міжнародного звичаєвого права викладені у додатку до Резолюції. Так, висновок 1 окреслює відповідну сферу охоплення, під якою розуміється спосіб, яким слід визначати існування та зміст норм міжнародного звичаєвого права.

Висновок 2 «Два конститутивні елементи» визначає, що для встановлення існування й змісту норми міжнародного звичаєвого права необхідно виявити, чи існує загальна практика, що визнається як правова норма (*opinio juris*).

У висновку 3 «Оцінка доказів (свідчень) обох конститутивних елементів» зазначається, що при оцінці доказів, які засвідчують наявність загальної практики та її визнання як правової норми (*opinio juris*), слід звертати увагу на загальний контекст, характер норми та конкретні обставини, у яких виявляються відповідні докази. Кожен із двох конститутивних елементів слід виявляти окремо, тобто проводити самостійну оцінку доказів для кожного з них.

Конститутивний елемент «загальна практика» стосується насамперед державної практики, яка сприяє формуванню або вираженню норм міжнародного звичаєвого права. Іноді практика міжнародних організацій також сприяє формуванню або вираженню таких норм. Поведінка інших суб'єктів не належить до практики, яка формує або виражає норми міжнародного звичаєвого права, але може бути релевантною при оцінці практики, зазначеної у вищенаведених пунктах (висновок 4).

Практиці держав у контексті міжнародного звичаєвого права присвячені висновки 5–8. Вимога визнання як правової норми (*opinio juris*) охарактеризована у висновку 9. Так, конститутивний елемент «визнання загальної практики як правової норми (*opinio juris*)» означає, що така практика має здійснюватися з усвідомленням юридичного права або юридичного зобов'язання. Слід чітко відрізняти визнання практики як правової норми від простого звичаю чи звички.

Форми доказів визнання як правової норми (*opinio juris*) наведені у висновку 10. Зокрема, докази визнання практики як правової норми можуть набувати різних форм. Вони включають, зокрема, публічні заяви від імені держав; офіційні публікації; урядові юридичні висновки; дипломатичну переписку; рішення національних судів; положення договорів; а також дії у зв'язку з резолюціями міжнародних організацій чи міжурядових конференцій. Відсутність реакції протягом певного часу на практику може свідчити про визнання її як правової норми, якщо держава мала можливість реагувати, а обставини цього вимагали.

Безпосередньо питанню співвідношення міжнародних звичаїв і міжнародних договорів присвячений висновок 11 додатку до Резолюції, відповідно до якого норма, закріплена в договорі, може відображати норму міжнародного звичаєвого права, якщо встановлено, що:

- договір кодифікував норму, яка вже існувала на момент його укладення;
- договір спричинив кристалізацію норми, що почала формуватися до його укладення;
- договір започаткував загальну практику, визнану як правова норма (*opinio juris*), створивши нову норму звичаєвого права.

При цьому, наявність однієї й тієї самої договірної норми в низці міжнародних договорів може вказувати, але не обов'язково свідчить, про її звичаєве походження.

Інші висновки (№№ 12–16) додатку до Резолюції присвячені питанням міжнародних звичаїв, резолюцій міжнародних організацій та міжурядових конференцій, рішень міжнародних судів і трибуналів, доктрині міжнародного права, питанню «держави, що настійливо заперечує проти норми звичаєвого права», а також питанню партикулярного міжнародного звичаєвого права.

Таким чином, за змістом Резолюції Генеральної Асамблеї ООН A/RES/73/203 міжнародний договір і міжнародний звичай тісно пов'язані (детерміновані), а норма, закріплена в договорі, може відображати норму міжнародного звичаєвого права.

На відміну від права міжнародних договорів, право міжнародних звичаїв наразі некодифіковано.

Міжнародний договір відрізняється від міжнародного звичаю своєю специфікою, особливістю об'єкта правового регулювання, формою закріплення і значною перевагою договорів за своєю кількістю в сучасному міжнародному праві.

Міжнародний договір виникає і формується як результат переговорів і плідної роботи суб'єктів міжнародного права над правилами, взаємними права та обов'язками з тих чи інших питань співробітництва. Міжнародні договори мають конкретні найменування і чітко встановлений предмет правового регулювання.

Натомість, міжнародний звичай формується внаслідок практики діяльності суб'єктів міжнародного права в ході історичного процесу міжнародних відносин. Такий процес не є стихійним, а підлягає врегулюванню регуляторами, зокрема, міжнародним правом. Правова природа міжнародного звичаю є погоджувальною з боку суб'єктів міжнародного права, а конкретні найменування міжнародним звичаям надаються теоретиками та практиками міжнародного права.

Відмінністю між міжнародним договором і міжнародним звичаєм є також те, що деякі міжнародні договори містять комплекс правил, об'єднаних в одне ціле, таким чином, що держава може бути змушена відмовитися від усього договору, тоді як міжнародний звичай, навпаки, складається з окремих (самостійних) правил поведінки [9, р. 270].

Так, одним із загальновизнаних принципів сучасного міжнародного права, які набули закріплення на міжнародно-правовому та національному рівнях, є добре відомий з римського права принцип *pacta sunt servanda* (договори повинні виконуватися). По суті цей загальний принцип міжнародного права внаслідок постійного застосування одночасно набув характеру міжнародного звичаю.

Важливим є те, що стаття 38 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року «Норми, які містить договір і які стають обов'язковими для третіх держав у результаті виникнення міжнародного звичаю» встановлює відсутність перешкод якій-небудь нормі, яку містить договір, стати обов'язковою для третьої держави як звичайна норма міжнародного права, що визначається як така.

Враховуючи викладене, помилковим вбачаються окремі позиції, згідно з якими, міжнародні звичаї вважаються застарілими, неактуальними. Навпаки, міжнародне звичає та міжнародне договірне право тісно взаємодіють і розвиваються [10, с. 18].

В процесі переходу від виникнення міжнародного звичаю до прийняття міжнародного договору, звичаї допомагають заповнювати прогалини в міжнародному праві. Можливий і зворотній процес, коли міжнародні договори набувають широкого застосування і характеру міжнародного звичаю. Прикладами цього, можуть слугувати міжнародно-правові договори у сфері захисту прав людини, які в подальшому набули загальної практики.

Крім цього, у своєму рішенні у справі щодо континентального шельфу (Лівія/Мальта, 1985 р.) Міжнародний Суд ООН зазначив, що аксіоматично матеріал міжнародного звичаєвого права слід шукати, насамперед, у фактичній практиці та *opinio juris* держав, а багатосторонні конвенції можуть відігравати важливу роль у фіксації та визначенні правил (норм), що впливають зі звичаю, або навіть розвивати їх [11, р. 29].

Висновки. Таким чином, міжнародний договір і міжнародний звичай тісно пов'язані (детерміновані) між собою, а норма, закріплена в договорі, може відображати норму міжнародного звичаєвого права.

Міжнародний договір відрізняється від міжнародного звичаю своєю специфікою, особливістю об'єкта правового регулювання, формою закріплення і значною перевагою договорів за своєю кількістю в сучасному міжнародному праві. Міжнародний договір виникає і формується як результат переговорів і плідної роботи суб'єктів міжнародного права над правилами, взаємними права та обов'язками з тих чи інших питань співробітництва. Міжнародні договори мають конкретні найменування і чітко встановлений предмет правового регулювання.

Натомість, міжнародний звичай формується внаслідок практики діяльності суб'єктів міжнародного права в ході історичного процесу міжнародних відносин. Такий процес не є стихійним, а підлягає врегулюванню регуляторами, зокрема, міжнародним правом. Правова природа міжнародного звичаю є погоджувальною з боку суб'єктів міжнародного права, а конкретні найменування міжнародним звичаям надаються теоретиками та практиками міжнародного права.

В процесі переходу від виникнення міжнародного звичаю до прийняття міжнародного договору, звичаї допомагають заповнювати прогалини в міжнародному праві. Можливий і зворотній процес, коли міжнародні договори набувають широкого застосування і характеру міжнародного звичаю.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Statute of the International Court of Justice. URL : <https://www.icj-cij.org/statute>.
2. Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text.
3. Закон України від 29.06.2004 № 1906-IV «Про міжнародні договори України». *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2004. № 50. Ст. 540. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15#Text>.
4. Енциклопедія міжнародного права: у 3 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко, В.Н. Денисов (спів-голови) та ін.; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Т. 1. А–Д. Київ: Академперіодика, 2014. 920 с.
5. Енциклопедія міжнародного права: у 3 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко, В.Н. Денисов (спів-голови) та ін.; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Т. 2. Е–Л. Київ: Академперіодика, 2017. 928 с.
6. Kammerhofer J. *Uncertainty in International Law: A Kelsenian perspective*. London, New York: Routledge, 2011. 303 p.
7. Merkouris P., Kammerhofer J., Arajärvi N. (eds.). *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2022. 648 p.
8. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН A/RES/73/203 від 20 грудня 2018 року «Виявлення норм міжнародного звичаєвого права». URL : <https://docs.un.org/en/A/RES/73/203>.
9. Bradley C., Gulati M. *Withdrawing from International Custom*. *Yale Law Journal*. Vol. 120. 2010. P. 202–275.
10. Гнатівський М.М. Нове зародження міжнародного гуманітарного права. *Український часопис міжнародного права*. 2006. № 2. С. 17–22.
11. The International Court of Justice. *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*. Judgment of 3 June 1985. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-EN.pdf>.