

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ АВІАЦІЙНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ФАКУЛЬТЕТ МІЖНАРОДНИХ ВІДНОСИН

Кафедра міжнародного права та порівняльного правознавства

ДИПЛОМНА РОБОТА
ВИПУСКНИКА ОСВІТНЬОГО СТУПЕНЯ
«МАГІСТР»

спеціальності 293 «Міжнародне право»

Тема: ФОРМУВАННЯ ЗВИЧАЮ В МІЖНАРОДНОМУ ПУБЛІЧНОМУ ПРАВІ

Виконавець: Комінко Богдан Вадимович

Керівник: д.ю.н., професор Буроменський Михайло Всеволодович

Нормоконтролер: викладач кафедри Головатенко Марина Юріївна

Київ-2020

ЗМІСТ

ВСТУП.....	3
РОЗДІЛ 1 ІСТОРІЯ ФОРМУВАННЯ ЗВИЧАЮ ЯК ДЖЕРЕЛА	
МІЖНАРОДНОГО.....	8
1.1. Міжнародний звичай у стародавні часи.....	8
1.2. Міжнародний звичай в епоху Середньовіччя.....	10
1.3. Міжнародний звичай у Новий час та його сучасний стан як джерела міжнародного права.....	13
РОЗДІЛ 2 СКЛАДОВІ ЗВИЧАЮ ТА ЇХ ФОРМУВАННЯ.....	21
2.1. Характеристика загальної практики як елементу міжнародно-правового звичаю	21
2.1.1. Суб'єкти загальної практики.....	21
2.1.2. Джерела практики держав.....	24
2.1.3. Критерії загальної практики.....	28
2.2. Характеристика визнання державою обов'язковості практики (<i>opinio juris</i>) як елементу міжнародно-правового звичаю.....	42
2.2.1. Визнання державою правової обов'язковості практики (<i>opinio juris</i>)	42
2.2.2. Способи визнання правової обов'язковості практики.....	45
2.2.3. Теорія “наполегливого заперечення” (<i>persistent objector</i>).....	48
РОЗДІЛ 3 ПРИКЛАДИ ЗВИЧАЮ В МІЖНАРОДНОМУ ПУБЛІЧНОМУ ПРАВІ ТА ЇХ ФОРМУВАННЯ.....	54
3.1. Звичай, що встановлює ширину територіальних вод.....	54
3.2. Заборона використання сили проти цивільних повітряних суден.....	57
3.3. Заборона катувань, жорстокого, нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження.....	60
ВИСНОВКИ.....	65
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	71

ВСТУП

Актуальність теми. Міжнародно-правовий звичай є невід'ємною складовою системи джерел міжнародного публічного права. У регулюванні міжнародних відносин він, разом з міжнародним договором, є ключовим джерелом. Звичай може бути як основою міжнародного договору або його певних положень, так і самостійно регулювати відносини.

На сьогоднішній день прослідковується проліферація (поширення) міжнародного права. За останні кілька десятиліть у світі з'явилась велика кількість нових міжнародних судів та трибуналів. У цьому ключі особливо важлива роль звичаю полягає в його застосуванні під час вирішення таких спорів, оскільки він діє на всіх держав (у випадку загального звичаю). Однак, для посилення на міжнародно-правовий звичай необхідно довести наявність необхідних складових такого звичаю, тобто простежити його формування. Задля належного аналізу формування звичаєвої норми є необхідним також дослідити історію застосування звичаю та уявлень про нього як джерела міжнародного права.

У науковій літературі не достатнім чином приділено увагу формуванню звичаю як джерела міжнародного права та особливостям формування конкретних норм звичаєвого права. Саме це обумовило вибір теми, мети і задачі дослідження.

Під час здійснення дослідження було проаналізовано низку науково-правових публікацій, що присвячені проблематиці ідентифікації міжнародного звичаю. Основними науковими працями, що були покладені в основу магістерської роботи є наукові роботи таких вітчизняних авторів: Г. М. Даниленко, О. В. Буткевич, В. Г. Буткевич, В. Е. Теліпко, А. С. Овчаренко та таких іноземних науковців, як: М. Шоу, Б. Ченг, Я. Броунлі, Д. Б. Левін, А. Д'Амато, Р. Гігінс та інших науковців, правників.

Окрім цього в основі дослідження були використані практика МС ООН, документи КМП ООН, база даних МКЧХ.

Мета і завдання дослідження. Мета дослідження полягає у тому, щоб на основі аналізу міжнародної судової практики, доктринальних досліджень здійснити загальну характеристику формування звичаю в міжнародному публічному праві; встановити еволюцію застосування міжнародного звичаю; дослідити компоненти звичаю та встановити їх роль у формуванні звичаєвої норми; дослідити формування конкретних норм міжнародного звичаєвого права.

Відповідно до зазначеної мети дослідження сформульовані такі **завдання:**

1. дослідити зародження звичаю як джерела міжнародного права та його розвиток в епоху стародавнього світу;
2. простежити еволюцію поглядів та уявлень про міжнародний звичай в часи Середньовіччя;
3. охарактеризувати звичай у міжнародному праві в Новий час, його сьогоденішню роль в регулюванні міжнародних відносин;
4. встановити суб'єктів, чия діяльність може становити загальну практику;
5. проаналізувати джерела практики держав;
6. охарактеризувати критерії загальної практики;
7. дослідити визнання державою правової обов'язковості як елемент міжнародного звичаю;
8. встановити способи визнання державою правової обов'язковості практики;
9. проаналізувати теорію “наполегливого заперечення”;
10. дослідити становлення та розвиток звичаю, що встановлює ширину територіальних вод держав;
11. проаналізувати формування заборони використання сили проти цивільних повітряних суден;
12. охарактеризувати міжнародний звичай, що забороняє катування, жорстоке, нелюдське та таке, що принижує гідність, поводження.

Об'єктом дослідження є міжнародно-правовий звичай.

Предметом дослідження є особливості формування звичаю як джерела міжнародного публічного права.

Методи дослідження. Методологічну основу дослідження складає сукупність наукових методів та принципів, які застосовуються для вирішення завдань дослідження та досягнення його мети. Під час дослідження використовувалися загальні та спеціальні методи наукового пізнання. За допомогою логіко-семантичного методу було удосконалено понятійний апарат, визначені поняття складових міжнародного звичаю. За допомогою історико-правового методу було встановлено еволюцію уявлень про міжнародний звичай, а також досліджено становлення конкретних звичаєвих норм. За допомогою формально-юридичного методу було встановлено окремі складові міжнародного звичаю. Окрім цього були використані прийоми формальної логіки: аналіз, синтез та аналогія.

Наукова новизна одержаних результатів. Вперше було здійснено ґрунтовне дослідження формування звичаєвих норм через призму їх історичного розвитку та з ілюстрацією формування конкретних норм міжнародного звичаєвого права. Результатом дослідження стали висновки щодо особливостей формування звичаєвих норм різного характеру та їх окремих складових.

Теоретичне та практичне значення одержаних результатів. Теоретичне та практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що висновки дослідження можуть бути використані у науковій, навчальній, правозастосовній діяльності, як наприклад: під час підготовки та написання курсових, кваліфікаційних, магістерських робіт з відповідних суміжних тем; у навчальному процесі під час вивчення курсів “Міжнародне публічне право”, “Міжнародне гуманітарне право”, “Право міжнародної відповідальності”; під час практичної діяльності пов'язаної з веденням справ у міжнародних судах, трибуналах.

Апробація результатів дослідження. Окремі наукові результати дослідження були апробовані та опубліковані у межах наступних науково-практичних конференцій: – в науково-практичній конференції “Міжнародно-правове регулювання використання повітряного та космічного простору в сучасних умовах” тези на тему “Заборона використання сили проти цивільної авіації: звичаєвий аспект” та в міжнародній науково-технічній конференції “Міграційна політика в рамках глобалізаційних процесів сучасності” тези на тему “До проблеми створення миттєвого звичаю в міжнародному праві”.

Структура та обсяг дипломної роботи. Структура дипломної роботи зумовлена предметом, метою та завданнями дослідження. Дипломна робота складається зі вступу, 3 розділів, якими охоплюються 14 підрозділів, висновків та списку використаних джерел (20 найменувань). Загальний обсяг дипломної роботи – 81 сторінка, у тому числі список використаних джерел – 11 сторінок.

РОЗДІЛ 1

ІСТОРІЯ ФОРМУВАННЯ ЗВИЧАЮ ЯК ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

1.1. Міжнародний звичай у стародавні часи

В період стародавніх часів не існувало поняття держави в сучасному його розумінні. Відповідно, поняття міжнародного права та міжнародно-звичаєвої норми в даному випадку здебільшого стосуватиметься відносин між різними племенами, народами та угрупованнями.

Ще за часів міжплемінних відносин певні аспекти життєдіяльності суспільства регулювались міжнародним звичаєвим правом. В період давнини такими звичаями регулювались певні інститути та норми, зокрема до них належали еквівалентний торговельний обмін, терпимість до осіб, що сповідували іншу релігію, встановлення кордонів територіальних володінь, добросовісне виконання зобов'язань перед іншими суб'єктами взаємовідносин, дотримання та встановлення статусу глашатаїв, які виконували функції послів, принцип “око за око, зуб за зуб”, що мав на меті покарання та протидію злочинам. Останній принцип також мав подальший розвиток в межах римського права.

І. Блунчлі, який приділив окрему увагу вивченню зародження міжнародно-правового звичаю, зазначає, що навіть дикі та варварські племена у своїх відносинах поважали імунітети послів з інших племен, дотримувались звичаїв гостинності, формально закінчувати війну миром, укладати мирні угоди, договори та союзи. Як правило, дотримання звичаїв було тісно пов'язано з релігійними віруваннями племен та їх страхом перед божественним покаранням [2;с.13].

В українській науковій спільноті О. В. Буткевич здійснила одне з найкращих досліджень історії виникнення та розвитку міжнародного права, зокрема його джерел. Вчена зазначає фундаментальну роль міжнародного

звичаю в регулюванні відносин між суспільствами ще з тих часів, коли не було концепції держави в її сучасному розумінні. Міжнародний звичай як джерело регулювання відносин закріпив норми поведінки, що вважалися прийнятними первісними суспільствами. Зокрема, до таких норм належали звичаї приносити подарунки особі, вступаючи на територію її володінь, терпимість до віросповідань та релігій інших племен, що забороняла також оскверняти їх святі місця, а також норми ввічливості, гостинності та доброго поводження [6;с.194-195].

Вчена у своєму дослідженні зазначає взаємозв'язок звичаєвого регулювання та релігійних вірувань народів. До кінця Середньовіччя релігія мала значний вплив на формування та застосування звичаєвих норм. Але водночас і міжнародне право певним чином впливало на релігійні погляди суспільств. Зокрема, різні народи визнавали богів одне одного (завдяки чому розвивався звичай терпимості до інших релігій) та, як наслідок, угоди зроблені на основі обіцянок божествам обох сторін вважалися непорушними.

Також, О. В. Буткевич зазначає з приводу зародження звичаєвого права наступне:

«Широке застосування засобів міжнародного звичаю й особливості останнього вказують на те, що міжнародно-правове регулювання почало складатися вже у племінний період і здійснювалося тоді за допомогою загальноприйнятих у первісних суспільних утвореннях і у відносинах між ними правил моралі, релігійних вірувань, етикету, магії та ін.» [6;с.223].

Не дивлячись на це, міжнародне звичаєве право в епоху стародавнього світу не було примітивним. Саме навпаки – звичаї доволі детально регламентували міжнародні відносини, а самі норми поведінки були в цілому загальновідомими серед суб'єктів, яких вони стосувались.

Як приклад, звичай стосовно дипломатичного імунітету, що гарантує недоторканність послів на території інших держав, бере свій початок ще з часів стародавності. Якщо посол однієї держави зазнав шкоди, інша повинна була надати компенсацію або видати винного для покарання. Це було характерним

для різних за своїми культурами народів – від Древнього Китаю до Давньої Греції [10;с.18].

Через відсутність своєї чи запозиченої писемності у багатьох народів стародавнього світу звичаєве регулювання відносин значно передувало договірному. Через це поширеними були такі засоби регулювання відносин, як усні угоди. Вони за своїми характеристиками мало відрізняються від звичаїв – відсутність писемної форми та жорсткого регламенту укладення, а зміст таких угод можна було довести через дослідження відповідної практики. Через це аналіз усних звичаїв є непопулярною темою серед учених, а багато з них ототожнюють усну угоду зі звичаєм.

А. М. Сахаров у своєму дослідженні звертає увагу на укладання так званих договорів “миру та дружби” народами Давнього світу. Ще з часів стародавнього Єгипту такі договори встановлювали мирні відносини між державами. Ці угоди не потребували письмової форми, а могли бути укладені усно, за допомогою певних ритуалів та процедур, які в ті часи застосовувались державами [20;с.66].

Зі стародавніх часів і до кінця періоду Середньовіччя міжнародне право не виділялося в окрему правову систему чи галузь науки. Зокрема, не відбувалося поділу звичаїв на внутрішні (національні) та міжнародні. Не дивлячись на це, суспільство розуміло, коли застосовувався звичай, що мав загальний характер (що регулює відносини між незалежними суб’єктами), місцевий (притаманний даній території) чи іноземний. З огляду на це можна дійти висновку, що ще зі стародавніх часів суспільство розуміло походження норми та характер відносин, що лягали в основу кожного конкретного звичаю навіть за відсутності формального поділу на види.

1.2. Міжнародний звичай в епоху Середньовіччя

Розвиток міжнародного права в епоху Середньовіччя в цілому мав певні загальні риси – все ще значна роль релігії, використання римського права як основа інтерпретацій античного права тощо.

Досліджуючи праці вчених на тему середньовічної юриспруденції можна помітити певну закономірність - відсутність єдиного підходу стосовно розуміння поняття звичаю в ті часи на Європейському континенті.

Стосовно цього Д. Келлі наводить чотири основні характерні риси звичаєвого права, властиві для його розуміння на території всієї середньовічної Європи.

Перша особливість полягає в тому, що “у порівнянні з канонічним і цивільним правом воно належало до певної території, у тому розумінні, що юристи його формулювали керуючись різними геоісторичними й навіть етнографічними підходами”.

Друга риса в тому полягає, що звичай залежав від географічних умов та був пов'язаний з “факторами часу і тимчасовими змінами, в тому числі потенційним поліпшенням та “реформуванням”, а також старінням й виродженням”. Це надавало звичаям гнучкість, неактуальні звичаї зникали, однак була небезпека зловживання цим державами, яким звичай був невігідний.

Третя полягала в тому, що звичай з'являвся як результат людської “волі” й “інтересу”, які прямо залежать від мінливості й “можуть бути підкуплені, і, таким чином, перебувають осторонь від світу споконвічної природи”, що також створювало загрозу зловживання.

І остання риса – “ці умови означали, що звичай повинен був доводитися й охоронятися суспільством [відповідної] держави, представленим “мудрецькими” [60;с.104].

У дослідженні міжнародного права середньовічної Франції у працях Жака де Ревіні (XIII ст.), К. Беземер зазначає про використання: 1) “територіальних”

звичаїв, характерних певній місцевості; 2) різних звичаїв, що регулювали відносини відповідних їм соціальних груп; 3) звичаїв інших народів; 4) звичаїв імперії (як приклади наводиться практика застосування судами Франції звичаїв Німецької імперії). До того ж учений розділяє звичаї процесуального й матеріального права, а також звичаї місцевого приватного права, міжнародного приватного права та публічні звичаї (в даному випадку маючи на увазі звичаї, що регулюють феодальні відносини).

К. Беземер у своїх роботах зазначає, що деякі норми вже в ті часи відносили до так званих “поганих” звичаїв (*bad customs*). Однак при цьому вчений звертає окрему увагу на певний зв’язок (у більшій чи меншій мірі) звичаїв, що застосовувалися середньовічним суспільством на території Франції, з давньоримським правом [26;с.82].

Сам професор Ж. де Ревіньї викладав римську юриспруденцію у школі Орлеана в 60– 70-х рр. XIII ст., де використав його для заповнення прогалин у місцевому “територіальному” праві.

Римська правова традиція мала значний вплив на Європейське право Середніх віків. Давньоримські правові принципи були опорними як для вироблення локальних норм, так і для регулювання міжнародних відносин, в яких певним чином переважала частка звичаю. У сучасній західноєвропейській доктрині є широко поширеною думка про те, що міжнародне право виникло на основі саме давньоримського права. Наприклад, Д. Р. Келлі в своїх працях порівнює давньоримське цивільне право з певним зводом правових аналогій і джерелом “загальної історичної мудрості, особливо вираженої у формулах і максимах – “основах права”, що безпосередньо вплинули також і на розвиток сучасного міжнародного права – “іншого побічного продукту римського права” (*another by-product of Roman Law*) [60;с.179].

Р. Лезаффер зазначає, що “великі творці міжнародного права, наприклад такі як Альберікус Джентілі (1552–1608), Гуго Гроцій (1583–1645), Річард Зьоч (1590–1661) і навіть “позитивіст” Корнеліус ван Бінкерсхук (1673–1743) доволі широко використовували “приватноправові аналогії”, що були запозичені з

римського права при формулюванні права націй під час його зародження. У даному сенсі римське (приватне) право мало роль прямого джерела для сучасного міжнародного права” [67;с.32].

Р. М. Уолден зазначає, що теорія мовчазної угоди, що пояснює умови й критерії формування звичаю бере свої витoki саме в давньоримському праві. З цього приводу слушною є думка Ульпіана: “Звичай – це мовчазна угода людей, збережена тривалим її застосуванням” [103;с.344]. Д. Б. Левін звертає увагу на те, що римське право застосовується в Західній Європі для регулювання спірних випадків у міжнародно-правових відносинах ще протягом Нового часу (XVI–XVIII ст.) [9;с.45].

Однак у середньовічній Європі не було абсолютного слідування приписам римської юриспруденції щодо розуміння й застосування звичаїв. Римське право скоріше виконувало роль допоміжного джерела й мало більш ідеологічний вплив на формування суспільної правосвідомості, насамперед, серед європейської професури, яка, однак, мала наміри створити власні підходи для визначення поняття міжнародного звичаю.

Як приклад, у праці болонського ченця І. Граціана, відомою під назвою “Декрет Граціана” (приблизно 1140–1151 рр.), що вважається одним із найавторитетніших джерел канонічного права свого періоду часу, зазначається:

“Звичай — це певне правило, установлене відповідно до права, що набуває значення закону в той час, коли відсутній закон; не має значення, чи було установлене правило через записування чи просто за допомогою міркування, оскільки завдяки міркуванню створюється закон; у свою чергу, якщо розум установлює закон, розум закріпить у законі те, що, принаймні, погоджено з релігійними почуттями, вихованням, уявленнями того, що йде на користь благу. Звертаються до звичаїв тому, що в суспільстві існує в них потреба” [4;с.7].

1.3. Міжнародний звичай у Новий час та його сучасний стан як джерела міжнародного права

Із закінченням Середньовіччя (XVI–XVII ст.) зароджується вже нове міжнародне право, у якому набуває вирішального значення не релігійна догматика, а необмежений суверенітет окремих (більш розвинених та потужних) держав. В цей період система міжнародно-правового регулювання відносин переживає початок нового якісного етапу свого розвитку. Під впливом ідеї державного суверенітету міжнаціональна політична практика спочатку більшою мірою є хаотичною, але через конфлікти і спори, згодом, стає більш упорядкованою та регламентованою.

Д. Б. Левін таким чином описує генезис принципу дипломатичного імунітету у відносинах суверенних держав у Західній Європі у XVI–XVIII ст.: “У силу цієї ідеї (суверенітету) послі як представники суверенного монарха не визнають над собою жодної іншої влади, крім влади останнього, і будь-яке порушення чи применшення своїх прав або престижу розглядають як замах на суверенітет монарха”. Нові норми посольського права, особливо дипломатичного імунітету, безпосередньо зростають на ґрунті цілої низки окремих прецедентів, що іноді супроводжуються відкритими політичними конфліктами і формуються за допомогою теоретичних узагальнень, що даються наукою міжнародного права” [9;с.45].

У XIX ст. звичай набуває серед фахівців широкого визнання як основне та самостійне джерело міжнародного права, головне завдання якого – регулювання відносин між державами. Його давність у закріпленні норм міжнародного права мало заперечується вченими, однак єдиного поняття звичаю поки не існує та у більшості з них уявлення про звичай поки скоріше інтуїтивні. Саме завдяки найавторитетнішим працям лише деяких фахівців закладається фундамент теорії міжнародного звичаєвого права, що набула загального визнання та була застосована в подальшій міжнародній практиці (насамперед практиці врегулювання міждержавних спорів за допомогою

міжнародних судових органів) і найширшою спільнотою експертів як усього XX ст., так і початку XXI ст.

Під егідою ООН було укладено безліч міжнародних договорів, що спонукало деяких авторів висловлювати сумніви щодо подальшої (тобто, нинішньої) актуальності міжнародного звичаєвого права [107;с.121].

Інші, однак, підкреслюють, що міжнародне звичаєве право було і залишається вагомим джерелом регулювання міждержавних відносин. Вони стверджують, що, по-перше, розробка, коригування та адаптація міжнародного звичаєвого права є більш гнучкими, ніж розвиток договірної права; по-друге, міжнародне звичаєве право є універсальним за своєю суттю, тоді як договірне право є обов'язковим лише в межах певного конкретного договору та тільки для його сторін [42;с.12] (крім випадків, коли договір є кодифікацією звичаєвих норм; хоча навіть тоді положення договору застосовуються окремо від відповідних норм звичаєвого права). Водночас це не виключає можливості регіонального чи навіть двостороннього звичаєвого права, що буде розглянуто далі в роботі.

Розвиток міжнародного звичаєвого права відображає характеристики міжнародної спільноти, що розуміється як правове співтовариство. Перевагою є те, що всі держави можуть брати участь у формулюванні нових норм. Також, міжнародне звичаєве право можна модифікувати, змінювати чи доповнювати через правове співтовариство легше, ніж договірне право [81;с.70].

Безумовно, міжнародне звичаєве право є менш точним, ніж більшість договорів, але така неточність також становить певну гнучкість. Зокрема, така система може легше і швидше реагувати на нові фактичні події.

Термін “міжнародне звичаєве право” може означати як період в історії міжнародного права, так і його результат. Незважаючи на те, що існує певний консенсус щодо природи міжнародного звичаєвого права, його основа та обов'язковість стали предметом багаторічних суперечок.

Одна з теорій, до якої були особливо схильні радянські вчені, полягає в тому, що звичаєве право базується на мовчазній угоді [96;с.121]. Це означає, що

міжнародне звичаєве право залежить від волі держав, як і договірне право. Однак ця теорія не є абсолютно правдоподібною.

Згідно з іншим підходом, обов'язковий характер міжнародного звичаєвого права має свою основу в багаторічній практиці держав, що дозволяє сподіватися, що така практика продовжиться й надалі [61;с.46].

Третя група теоретиків стверджує, що міжнародне звичаєве право розвивається стихійно всередині міжнародної спільноти і отримує свою легітимність з того, що такі норми потрібні для добробуту міжнародної спільноти [23]. Цей підхід є близьким до теорії природного права.

Незважаючи на деякі розбіжності в теоріях, загальноприйнятим є те, що міжнародне звичаєве право складається з двох елементів: державна практика та *opinio juris*. Стаття 38 Статуту МС ООН передбачає “міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної в якості правової норми” [85]. Однак дане визначення не є достатнім або вичерпним[54;с.87].

Загальновизнаним є те, що свідченням наявності міжнародного звичаю є саме його застосування [53;с.18]. Але все ще залишається невизначеним питання, чи важливішим є практика держав чи *opinio juris*, що уособлює в собі державну практику, і як слід висловлювати *opinio juris*.

Вже встановлено, що для формування міжнародного звичаю необхідні обидва ці елементи. Це, однак, не означає, що міжнародне звичаєве право має добровільну основу, аналогічну міжнародним договорам.

Opinio juris, переконання, що певна поведінка потрібна або дозволена відповідно до міжнародного права, насправді є переконанням, що така поведінка є справедливою, чесною або розумною і з цієї причини вимагається юридично. Такі мета-правові чи загально-правові міркування відрізняються від згоди, висловленої стосовно зобов'язань на основі договору.

Opinio juris розвивається у відповідь на оцінку чужої чи власної поведінки. Тільки якщо ця оцінка призведе до позитивного результату (така поведінка має розглядатися як юридично необхідна), сформується необхідне *opinio juris*. Якщо оцінка призведе до негативного результату, то *opinio juris* не

встановлюється; скоріше, у такому випадку, практика буде суперечити нормам міжнародного права або просто не визнаватись законно обов'язковою. Отже, кожний *opinio juris* є результатом ціннісного судження, елементом, який не притаманний (або, принаймні, не є основним) згоді, вираженій в міжнародних договорах.

Практика, як правило, проявляється в діях чи бездіяльності, пов'язаних з певними суб'єктами міжнародного права, переважно державами. Ці дії можуть мати внутрішній характер або можуть здійснюватися на міжнародному рівні [43;с.149].

Міжнародні договори можуть показувати державну практику, важливу для формулювання міжнародного звичаєвого права. Наприклад, укладання численних інвестиційних договорів можуть враховуватись при встановленні міжнародного звичаєвого права. Однак можна також стверджувати, що якщо держави відчувають необхідність укладати такі міжнародні угоди, це не свідчить про їх переконання, що така практика повинна бути юридично обов'язковою. У будь-якому випадку, практика держав ніде не відображена краще, ніж у договорах.

Також рішення міжнародних судів та трибуналів вважаються такими, що мають певне значення для розвитку міжнародного звичаєвого права. Це так з двох причин. По-перше, у рішеннях міжнародних судів чи трибуналів певні норми можуть бути визначені міжнародно-звичаєвими.

Самі по собі вони не створюють міжнародного звичаєвого права, але вони його ідентифікують та формулюють, і в цій мірі вони є джерелом посилання. Крім цього, рішення міжнародних судів та трибуналів можуть також сприяти утворенню норми міжнародного звичаєвого права. Звичай може розвиватися як у державах, так і в міжнародних організаціях. Це не означає, що звичай розвивається безпосередньо, наприклад, з резолюцій ГА ООН; але не можна заперечувати, що часте повторення певних принципів органами ООН, зокрема Генеральною Асамблеєю, з часом може стати звичаєвою нормою.

Одним із елементів, який вважається особливо актуальним для практики, є те, що така практика здійснювалася протягом певного періоду часу [44;с.150]. Іноді стверджується, що звичай може виникнути досить швидко або навіть миттєво [33;с.23]. Прикладом цього деякі вчені вважають міжнародне космічне право. Те саме може статися у відповідь на поширене моральне обурення щодо злочинів, вчинених у конфліктах, таких як у Руанді та Югославії, що спричинило швидке формування набору звичаєвих норм міжнародного права щодо злочинів, вчинених у внутрішніх конфліктах.

Недержавні організації не впливають на формулювання міжнародного звичаєвого права, доки їх дії не можуть бути безпосередньо атрибутовані до держав. Однак, якщо такі суб'єкти пов'язані з роботою міждержавних організацій, вони можуть принаймні опосередковано впливати на формулювання міжнародного звичаєвого права. МКЧХ є винятком, оскільки він істотно сприяє розвитку звичаєвого міжнародного права у сфері міжнародного гуманітарного права.

Не кожна практика перетворюється на міжнародне звичаєве право, а лише та, яка підтверджується *opinio juris*. На цьому наголошує судова практика МС ООН [67]. Як було зазначено вище, *opinio juris* уособлює ціннісну оцінку певної практики, яка призводить до висновку, що така практика вимагається юридично.

Існує багато дискусій щодо того, як міжнародне звичаєве право може бути змінено або модифіковано. Чи призводить порушення звичаєвого правила до скасування цього правила чи навіть до створення нового? Така думка була аргументована на підставі того, що міжнародне звичаєве право - це процес. Але не просто процес - міжнародне звичаєве право також має стабілізуючий ефект, завдяки якому сприяє встановленню міжнародно-правового порядку [53;с.19]. Ця стабілізуюча функція впливає із усталеної практики та супутньої думки, що ця практика приймається як закон — *opinio juris*.

Щодо практики порушення звичаєвої норми, такої практики зазвичай бракує, як і переконання, що така практика вимагається законодавством.

Порушення встановленої норми може спричинити розвиток нового міжнародного звичаєвого права лише в тому випадку, якщо інші держави наслідують такого прикладу і розвинеться відповідна думка (*opinio juris*).

Поки такого не відбудеться, відхилення від норми міжнародного звичаєвого права залишається порушенням. На цьому етапі доречно зазначити, що порушення норми міжнародного права може бути фактично першим кроком узгодження права з реальністю.

Однак, головне - це те, що такий розвиток не може спричинити тільки одна держава, а лише якщо інші держави приєднуються до цієї практики (або не заперечують проти неї) і встановлять відповідну *opinio juris*. Це те, що становить чутливість міжнародного звичаєвого права до нових подій, будь вони фактичними або змінами у ставленні.

Міжнародне звичаєве право часто кодифіковане в договорах. У такому випадку звичаєве право та договірне право продовжують існувати поряд. Це має перевагу в тому, що однакові або принаймні подібні правила застосовуються до держав-учасниць та держав - не учасниць.

Однак, може трапитися, що норми міжнародного звичаєвого права з часом змінюються, тоді як правила договору залишаються незмінними. У минулому це викликало певні дискусії щодо тлумачення права на самозахист. Деякі стверджують, що через збільшення потенційних учасників збройних конфліктів обсяг права на самозахист відповідно до міжнародного звичаєвого права змінився.

Висновок до розділу 1

Міжнародне звичаєве право регулювало міжсуспільні відносини ще з часів давнини, коли поняття держави, в сучасному його розумінні, ще не було. Воно регулювало певні аспекти життя, зокрема, укладання формального миру після закінчення війни, повагу до релігійних сповідань представників інших племен, захист глашатаїв, які виконували функції послів, покарання та протидія злочинам (принцип “око за око, зуб за зуб”). Дотримання звичаєвих норм

багато в чому брала своє коріння у віросповідуваннях народів – порушення норми створювало загрозу божественного покарання. Міжнародне звичаєве право в епоху стародавнього світу не було примітивним. Воно доволі детально регламентувало міжнародні відносини, а самі норми поведінки були в цілому загальновідомими серед суб'єктів, яких вони стосувались.

В епоху Середньовіччя на Європейському континенті в поглядах вчених не було єдиного підходу стосовно розуміння поняття звичаю. До загальних рис звичаєвого права того періоду можна віднести такі: формування звичаю керувалось різними геоісторичними та етнографічними підходами; прив'язаність звичаїв до відповідних їм географічних територій та залежність звичаю від плину часу, тобто їх здатність “старіти”; залежність звичаю від людської “волі” й “інтересу”, що також сприяло мінливості; необхідність охорони системи звичаїв представниками суспільства – “мудрецьми”.

Значний вплив на Європейське право Середніх віків мала римська правова традиція. Широко поширеною є думка про те, що сучасне міжнародне право виникло на основі саме давньоримського права. Щодо звичаю, нинішня його концепція так само бере свої витоки з теорії мовчазної угоди давньоримського права. Декрет Граціана визначає звичай як правило, що було сформовано за відсутності писаної норми щодо суспільних відносин, які мали би бути врегульовані.

З закінченням Середньовіччя меншає роль релігійної догматики, а необмежений суверенітет певних більш розвинених держав виходить на перший план. Як приклад, послы, перебуваючи на території іншої держави, не визнавали над собою нічиєї влади, окрім свого монарха, формуючи тим самим звичай дипломатичного імунітету. У XIX ст. звичай набуває серед фахівців широкого визнання як основне та самостійне джерело міжнародного права, головне завдання якого – регулювання відносин між державами. Однак після створення ООН та подальшого укладання великої кількості міжнародних договорів, у колі вчених міжнародного права почали виникати дискусії щодо подальшої актуальності звичаєвого права. Не дивлячись на це, більшість

науковців все ж таки вказують на актуальність звичаю, зазначаючи гнучкість розробки, коригування та адаптації міжнародно-правових норм звичаю порівняно з договірними, а також універсальність його дії. У Статті 38 Статуту МС ООН було закріплено визначення звичаю – свідоцтво загальної практики, що була визнаною юридично обов'язковою. Хоча обидва компоненти є обов'язковими, їх роль та співвідношення досі є приводом для суперечок серед вчених.

РОЗДІЛ 2

СКЛАДОВІ ЗВИЧАЮ ТА ЇХ ФОРМУВАННЯ

Міжнародний звичай є в переліку джерел права, які зобов'язаний розглядати в своїй діяльності МС ООН. Як вже було зазначено раніше, у визначенні, даному Статутом МС ООН, прослідковуються два компоненти міжнародного звичаю - загальна практика та переконання її юридичної обов'язковості (*opinio juris*).

2.1. Характеристика загальної практики як елементу міжнародно-правового звичаю

2.1.1. Суб'єкти загальної практики

Вимога загальної практики як складового елемента міжнародного звичаєвого права стосується насамперед практики держав, яка сприяє формуванню або висловленню норм міжнародного звичаєвого права. У деяких випадках практика міжнародних організацій також сприяє формуванню і вираженню таких норм, на відміну від практики інших суб'єктів, яка, однак, може бути доречною під час оцінки практики, зазначеної вище [46].

При визначенні існування та змісту норм міжнародного звичаєвого права слід звертати увагу насамперед на практику держав: матеріальний елемент міжнародного звичаєвого права справді часто називають “державною практикою”. Виконуючи роль первинних суб'єктів міжнародно-правової системи і володіючи загальною компетенцією, держави відіграють визначну роль у формуванні міжнародного звичаєвого права, і, як правило, саме їх практику слід вивчати при його виявленні.

Дійсно, у багатьох випадках актуальною для визначення існування та змісту норм міжнародного звичаєвого права є лише державна практика. Як заявляв МС ООН, щоб “розглянути, які норми міжнародного звичаєвого права

застосовуються до даного спору ... він повинен спрямувати свою увагу на практику та думку держав” [35][58][69].

Слово “насамперед” стосовно пріоритетності практики держав має подвійне призначення. Окрім підкреслення первинної ролі державної практики у формуванні та викладі норм міжнародного звичаєвого права, воно посиляє читача на іншу практику, яка сприяє, у певних випадках, формуванню або висловленню норм міжнародного звичаєвого права.

Хоча міжнародні організації часто виступають аренами або каталізаторами практики держав, слід розглянути практику, яка приписується саме міжнародним організаціям, а не практику держав, які діють всередині них або відносно них.

Міжнародні організації є суб'єктами, створеними та уповноваженими державами (або державами та/або іншими міжнародними організаціями) виконувати певні функції, і для цього мають міжнародну правосуб'єктність, тобто вони мають свої права та обов'язки відповідно до міжнародного права.

Практика міжнародних організацій у міжнародних відносинах (якщо супроводжується *opinio juris*) може вважатись практикою, яка породжує або засвідчує норми міжнародного звичаєвого права, але лише ті правила (а) предмет яких належить до повноважень організацій, і/або (б), які спрямовані регулювати саме їх діяльність (наприклад, ті, що стосуються міжнародної відповідальності або стосуються договорів, сторонами яких можуть бути міжнародні організації).

Практика міжнародних організацій не буде мати значення для визначення всіх норм звичаєвого міжнародного права. Більше того, практика лише деяких міжнародних організацій є актуальною.

Необхідна для створення звичаю практика найбільш чітко виникає, коли держави-члени передають ексклюзивні повноваження міжнародній організації, отже остання здійснює деякі публічні повноваження своїх держав-членів і, як результат, практику організації можна прирівняти до практики цих держав. Це стосується, наприклад, певних компетенцій Європейського Союзу. Необхідна

практика може також виникати, коли держави-члени передали не виключну компетенцію, а ту, що функціонально еквівалентна повноваженням, що здійснюються державами.

Таким чином, практика міжнародних організацій, що беруть участь в укладенні договорів, які виконують функції депозитаріїв, задіяні у розміщенні військових сил (наприклад, для миротворчої діяльності), в управлінні територіями або у встановленні позицій щодо сфери привілеїв та імунітетів організації та її посадових осіб, може сприяти формуванню або висловленню норм звичаєвого міжнародного права у відповідних сферах.

У той же час необхідною є обережність при оцінці значення практики міжнародної організації як частини загальної практики. Міжнародні організації сильно різняться не лише за своїми повноваженнями, але й за їхнім членством та функціями.

Як правило, чим більш безпосередньо практика міжнародної організації здійснюється від імені її держав-членів або схвалена ними, і чим більша кількість таких держав-членів, тим більшу вагу вона може мати стосовно формування або висловлення норм міжнародного звичаєвого права. Серед інших факторів, які потрібно враховувати при розгляді практики, є: характер організації; характер органу, поведінка якого розглядається; чи поведінка організації чи органу здійснюється *ultra vires*; та чи відповідає вона практиці держав-членів організації.

Поведінка інших суб'єктів, окрім держав та міжнародних організацій - наприклад, неурядових організацій та приватних осіб, а також транснаціональних корпорацій та недержавних збройних формувань - не є такою, що творить чи виражає норми міжнародного звичаєвого права. Таким чином, їх поведінка не сприяє формуванню або висловленню норм і не може слугувати прямим (первинним) доказом існування та змісту таких норм.

Однак, така поведінка може мати опосередковану роль у ідентифікації міжнародного звичаєвого права, стимулюючи або фіксуєючи практику та визнання її законом (*opinio juris*) державами та міжнародними організаціями.

Наприклад, дії приватних осіб інколи можуть мати відношення до формування або вираження норм звичаєвого міжнародного права, але лише в тій мірі, в якій держави схвалили чи відреагували на них [45].

Офіційні заяви МКЧХ, такі як звернення та меморандуми про дотримання міжнародного гуманітарного права, також відіграють важливу роль у формуванні практики держав, що реагують на такі заяви; публікації МКЧХ можуть допомогти у визначенні відповідної практики. Таким чином, подібна діяльність може сприяти розвитку та тлумаченню міжнародного звичаєвого права, але безпосередньо загальну практику не становить.

2.1.2. Джерела практики держав

Практика держав може приймати широкий спектр форм. Вона охоплює як фізичні, так і вербальні дії, а за певних обставин може містити також бездіяльність.

Джерелами практики держав, зокрема, можуть бути: дипломатичні акти та листування; дії, вчинені у зв'язку з резолюціями, прийнятими міжнародною організацією або на міжурядовій конференції; поведінка, пов'язана з договорами; дії виконавчої влади держав, включаючи оперативну діяльність “на місцях”; законодавчі та адміністративні акти; та рішення національних судів. Серед різних форм практики немає заздалегідь визначеної ієрархії і жодна форма практики не має апріорного пріоритету над іншою при визначенні міжнародного звичаєвого права [46].

Наведені типи поведінки охоплюються терміном “практика”. Хоча існує думка, що лише те, що держави “роблять”, а не те, що вони “говорять”, може вважатися практикою для визначення міжнародного звичаєвого права, тепер є загальновизнаним те, що словесна поведінка (будь то письмова чи усна) може також розцінюватись як практика держави. Дійсно, практика часом може повністю складатися з словесних дій, наприклад, дипломатичних протестів.

Практика держав складається з практики, що їй присвоюється - чи то під час здійснення виконавчої, законодавчої, судової або будь-якої іншої функції [109]. Хоча мають місце інші точки зору тих вчених, які відкидають законодавчу і судову практику держав у створенні звичаєвих норм міжнародного права.

До вербальної (письмової, усної) [108] поведінки виконавчої влади держав нерідко відносять їх укази і постанови, офіційні заяви глав держав, урядів чи відомств закордонних справ з тих чи інших міжнародних проблем, заяви цих осіб у парламенті, на міжнародних конференціях або в міжнародних організаціях, прес-релізи та висновки офіційних юридичних радників, посібники, розроблені в державах з правових питань (наприклад, посібники з військового права, розпорядження з питань збройних сил, правила бойових дій), позиції, висловлені державами в національних і міжнародних судах і трибуналах, протести в зв'язку з резолюціями міжнародних організацій і конференцій, заяви від імені держав щодо заходів кодифікації і т.п.

У сфері дипломатичних зносин - це дипломатичні акти і кореспонденція, зокрема вербальні ноти, протести за допомогою дипломатичних представництв проти практики інших держав або інших суб'єктів міжнародного права. Разом з тим КМП ООН звернула увагу, що з урахуванням неминучості змін, як політичних, так і технологічних, і їх темпів спроба скласти вичерпний перелік цих "матеріальних джерел" міжнародного звичаєвого права не є ні можливою, ні бажаною [104].

Те, що стосується законодавчої практики, то про неї може йти мова, коли практика і її визнання в якості правової норми можуть розглядатися як єдине ціле. У будь-якому випадку реалізація таких законодавчих норм ґрунтується на діях або бездіяльності органів виконавчої влади.

Наприклад, встановлення прибережною державою за допомогою свого законодавства 12-мильної межі територіального моря і недопущення його неправомірного перетину забезпечується органами виконавчої влади держави, а також повагою цього правила іншими державами і їх судами.

Окремої уваги потребують внутрішньодержавні суди. Окремі держави відносять судову практику, перш за все, в питаннях, що відносяться до міждержавних відносин, до звичаєво-правової практики. Є й інші точки зору, так, на думку Г. М. Даниленко, в принципі внутрішнє судове рішення саме по собі не може грати незалежну роль у створенні міждержавної практики, оскільки воно не є виразом початкової волі держави в галузі міжнародних відносин [7;с.70-72].

Бездіяльність також може вважатися практикою. Проте, лише навмисне утримання від дії може виконувати таку роль: держава, про яку йде мова, повинна усвідомлювати своє утримання від дії в тій чи іншій ситуації та відповідні наслідки цього. Не можна апріорі припускати, що утримання від дій є навмисним.

Приклади таких упущень (іноді їх називають “негативною практикою”) можуть передбачати утримання від порушення кримінальної справи проти іноземних державних посадовців; утримання від здійснення захисту на користь осіб, що набули певного громадянства; та утримання від застосування сили [59] [75] [93].

Наведений перелік джерел не є вичерпним: враховуючи невідворотність і темпи змін, як політичних, так і технологічних, було б недоцільним складати вичерпний перелік усіх форм, яких може набувати практика держав [105]. Перелічені форми практики - це не більше ніж приклади, які, крім того, можуть перетинатися (наприклад, “дипломатичні акти та листування” та “діяльність органів виконавчої влади держав”).

Нгуен Куок Дінь, П. Дайє та А. Пеле, розглядаючи значеннєвий зміст поняття “поведінка” суб’єктів міжнародного права, що формує матеріальний зміст звичаю (практику), зазначають: “Під поведінкою... слід мати на увазі не тільки позитивні або негативні види поведінки, але також і будь-яке вираження думки щодо доцільності або законності вчинків інших суб’єктів міжнародного права” [18;с.194].

Далі вчені навели види поведінки, що утворюють практику: а) акти держави (заяви, дипломатична пошта, інструкції, що направляють дипломатам, висловлювання урядових посадових осіб у ході міжнародних судових процесів і в рамках міжнародних організацій, законодавчі й адміністративні акти держав, міждержавні акти); б) акти міжнародних органів (рішення міжнародних судів та арбітражів, внутрішня практика організацій, резолюції з предмета діяльності міжнародних організацій”.

В. Г. Буткевич характеризує практику головним чином через форми її зовнішнього вираження: заяви держав щодо їх позиції з тієї або іншої проблеми, протести, дотримання або ігнорування певних правил, прийняття відповідних законодавчих актів, рішень судів, адміністративних та виконавчих органів і т. ін. [5;с.122]

Такої ж думки дотримується І. А. Ширер. Він вважає, що звичаєві норми кристалізуються з узвичаєнь (usages) або практики, що розвивається з: а) дипломатичних зносин між державами, виражених в актах або деклараціях представників держав, думках юридичних консультантів, двосторонніх договорах, прес-релізах і т. ін.; б) практики міжнародних органів, реалізованої за допомогою або власної поведінки (conduct), або через прийняття декларацій; с) законів держав, рішень державних судів, практики державних військових або адміністративних органів [82;с.32].

П. Маланчук у своїй праці дійшов висновку про необхідність найширшого тлумачення практики: “Отже, кращим поглядом виявляється такий, що практика держав складається не лише з того, що держави роблять, але й з того, про що вони кажуть”. Даний погляд є особливо цікавим з огляду на те, що окрема увага приділяється ролі та співвідношенню між собою “слів і справ держав” у формуванні звичаїв міжнародного права.

Попри це, висновки вченого зустріли певний опір у науковому товаристві.

По-перше, критику викликало те, що вчений зробив посилання лише на два судових рішення (рішення МС ООН у спорі між Великою Британією та

Ісландією (1974 р.) і рішення Нюрнберзького трибуналу 1947 р. у частині, що стосується визнання злочином агресивної війни), які, до того ж, не містили прямих підтверджень висновків П. Маланчука [13;с.80].

По-друге - учений як аргумент зазначив, що “практика держав охоплює також бездіяльність; багато норм міжнародного права забороняють державам вчиняти певні дії, і при доказі такої норми слід дивитися не лише на те, що держави роблять, а й на те, чого вони не роблять”[13;с.81].

2.1.3. Критерії загальної практики

У Висновку 8 КМП ООН надає елементи практики, на які слід звернути увагу під час визначення звичаєвої норми: “Відповідна практика повинна бути загальною у сенсі, що вона повинна бути достатньо поширеною та репрезентативною, а також послідовною. За умови загальної практики, будь-якої конкретної тривалості не вимагається” [46]. Слід зазначити, що творці висновку розглядають поширеність та репрезентативність як один елемент, а послідовність та тривалість - як окремі. В даному підрозділі було обрано аналогічний поділ елементів.

Розповсюдженість та репрезентативність (widespreadness and representativeness). Вимога про те, щоб практика була “розповсюджена і репрезентативна”, не піддається точним формулюванням, оскільки час від часу обставини можуть значно різнитися (наприклад, частота виникнення обставин, що потребують певних дій) [102].

Наприклад, у випадку дипломатичних відносин, які регулярно підтримуються всіма державами, така практика повинна мати широке застосування, а обсяг практики стосовно міжнародних судноплавних каналів, яких налічується дуже небагато, неодмінно буде меншим. Це позначається у формулюванні висновку словом “достатньо”, маючи на увазі, що необхідне число і розподіл держав, що дотримуються практики, не можна визначити абстрактно.

Однак відомо, що загальної участі не потрібно: немає необхідності демонструвати факт, що абсолютно всі держави дотримуються відповідної практики [110]. До числа необхідної практики слід відносити діяльність тих держав, яким випала нагода або можливість застосувати імовірно існуючу норму. Важливо, щоб такі держави представляли різні географічні регіони та/або різні групи інтересів.

Під час оцінки загальності необхідно враховувати важливий фактор - ступінь, в якій брали участь у практиці ті держави, які особливо активно займаються відповідною діяльністю, або ті, чиїх інтересів з найбільшою ймовірністю стосуватиметься відповідна норма [72].

Цілком очевидно, що було б недоцільним виявляти, наприклад, існування і зміст норми міжнародного звичаєвого права про навігацію в морських зонах без урахування практики прибережних держав і держав, що є найбільшими морськими вантажоперевізниками, або існування і зміст норми про іноземні інвестиції без оцінки практики держав - експортерів капіталу і держав, до яких направляються ці інвестиції. Але у багатьох випадках інтереси всіх або майже всіх держав будуть задіяні.

Партикулярний звичай. Норма партикулярного міжнародного звичаєвого права, будь то регіонального, місцевого чи іншого рівня, є нормою міжнародного звичаєвого права, яка застосовується лише обмеженим числом держав.

Для підтвердження існування і визначення змісту норми партикулярного міжнародного звичаєвого права необхідно впевнитися, що існує загальна практика у відносинах між відповідними державами, яка визнана ними юридично обов'язковою (*opinio juris*).

Можливість існування норм міжнародного звичаєвого права, які не мають загального характеру, як правило, ніким не заперечується. Це підтверджується практикою МС ООН, який, зокрема, посилався на норми міжнародного звичаєвого права, "характерні для міжамериканської правової системи" [69] або "дія яких обмежена африканським континентом так само, як раніше вона була

обмежена іспаномовної Америкою”, а також на “місцевий звичай” і на міжнародне звичаєве право “регіонального характеру” [48].

У число справ, в рамках яких поставало питання про виявлення таких норм, входять справи Про притулок (Колумбія проти Перу) [34] і справа Про право проходження через територію Індії [79]. Термін “партикулярне міжнародне звичаєве право” відноситься саме до таких норм на відміну від норм міжнародного звичаєвого права загального застосування. Він використовується замість терміна “партикулярний звичай”, щоб підкреслити, що мова йде про правові норми, а не просто про звичаї або традиції; безсумнівно, між державами можуть застосовуватися і “місцеві звичаї”, не рівнозначні нормам міжнародного права.

Партикулярне міжнародне звичаєве право застосовується лише обмеженим числом держав. Його слід відрізнити від “загального” міжнародного звичаєвого права, тобто такого міжнародного звичаєвого права, яке в принципі застосовується до всіх держав. Таким чином, сама по собі норма партикулярного міжнародного звичаєвого права не створює ні зобов'язань, ні прав для третіх держав.

Норми партикулярного міжнародного звичаєвого права можуть застосовуватися у відносинах між різними видами об'єднань держав. Нерідко згадуються норми партикулярного права регіонального характеру, наприклад “властиві латиноамериканським державам” (типовим прикладом є інститут дипломатичного притулку) [34]. Партикулярне міжнародне звичаєве право може діяти і в межах меншої географічної області, або навіть бути обов'язковим всього для двох держав. Такий звичай розглядався в справі Про право проходження, в якому МС ООН постановив:

“Важко зрозуміти, чому число держав, між якими на підставі тривалої практики може встановитися місцевий звичай, обов'язково повинно бути більше двох. Суд не вбачає причин, за якими практика, що тривалий час застосовується у відносинах між двома державами і визнана ними такою, що

регулює їх відносини, не може становити основу для взаємних прав і зобов'язань між цими двома державами” [79].

Справи, в рамках яких розглядалися твердження про наявність подібних норм партикулярного міжнародного звичаєвого права, стосувалися, зокрема, права на доступ до анклаву на іноземній території; спільного права власності (спільного володіння) трьох прибережних держав на історичні води; права на натуральне рибальство для громадян, які проживають на березі прикордонної річки між двома державами; права на транскордонні/міжнародні транзитні перевезення без прикордонного оформлення; і зобов'язання досягти домовленості щодо регламентації виробництва електроенергії на річці, яка є кордоном між двома державами [62].

Між двома державами, які застосовують якусь норму партикулярного міжнародного звичаєвого права, як правило, існує певна географічна близькість. Однак, вона не завжди обов'язкова. Хоча партикулярне міжнародне звичаєве право діє в основному на регіональному, субрегіональному чи місцевому рівні, в принципі немає ніяких причин вважати, що подібна норма не може сформуватися між державами, які пов'язані спільною справою, інтересом або видом діяльності, незалежно від їх географічного розташування, або в яких є спільні інтереси, встановленої в силу договору або будь-яким іншим чином.

Г. М. Даниленко звертає окрему увагу на те, що “такі, зокрема, терміни, як “регіональний” або “локальний звичай”, мають на увазі насамперед суто географічне обмеження сфери застосування чинних звичаєвих норм. У дійсності ж партикулярні звичаї виникають у різних групах держав, у тому числі й не пов'язаних географічною близькістю”.

І. І. Лукашук зазначає, що “регіональні й локальні звичаєві норми приймаються за згодою всіх безпосередньо заінтересованих держав або організацій». В цьому полягає відмінність таких партикулярних звичаїв від загальнообов'язкових звичаєвих норм. Для створення ординарного звичаю, як правило, необхідна або відкрита згода або мовчазна (відсутність протесту).

“Згода з регіональною або локальною звичаєвою нормою має бути ясно вираженою” [11;с.169].

А. Д’Амато також заявляє про важливість отримання згоди сторін під час творення спеціальних міжнародно-правових звичаїв. Разом із цим він пропонує доволі неконвенційні способи такого доведення. “У цій сфері, – пише вчений, – як і в багатьох інших [сферах] міжнародного права, найбагатша колекція дипломатичної кореспонденції між націями, що має доказове значення, навряд чи може бути використана будь-яким систематичним чином. Нові методи в суспільних науках, особливо контент-аналіз документів, комбінований з аналізом статистичних даних відповідних компонентів рішень і резолюцій з вирішення спорів, можуть запропонувати шлях до зміни поглядів на ці [вказані] джерела державної практики” [41;с.223].

По суті, визначення існування такої норми полягає в пошуку загальної практики, що склалася у відносинах між відповідними державами та визнання ними в якості практики, яка регулює їх відносини. У колумбійсько-перуанській справі Про притулок МС ООН дав настанови щодо цього питання, ухваливши в зв'язку з наведеним Колумбією аргументом про наявність “регіонального або місцевого звичаю, властивого латиноамериканським державам”:

“Сторона, яка посилається на звичай такого характеру, повинна довести, що цей звичай встановився таким чином, що він став обов'язковим для іншої сторони. Уряд Колумбії має довести, що норма, на яку він посилається, знаходиться у відповідності з постійним і однаковим звичаєм, що практикується даними державами, і що цей звичай є вираженням права, що належить тій державі, яка надає притулок, і обов'язку, який має територіальна держава. Це впливає зі статті 38 Статуту Суду, яка говорить про міжнародному звичаї як про “доказ загальної практики, визнаної в якості правової норми” [34].

Таким чином, двоелементний підхід, що вимагає і наявності загальної практики, і її визнання в якості правової норми (*opinio juris*), також застосовується в разі виявлення норм партикулярного міжнародного звичаєвого

права. Проте, у випадку партикулярного міжнародного звичаєвого права обов'язковий загальний характер практики означає, що вона повинна висвітлювати послідовну практику “між відповідними державами”, тобто усіма державами, між якими застосовується дана норма. Кожна з цих держав має попередньо визнати цю практику в якості правової норми, що діє у відносинах між ними. У зв'язку з цим на норми партикулярного міжнародного звичаєвого права поширюється суворіший двоелементний підхід.

Послідовність (consistency). Вимога про послідовність практики вказує на неможливість говорити про існування будь-якої загальної практики (і, отже, відповідної норми міжнародного звичаєвого права), якщо дії в цій сфері настільки різняться, що з них не можна вивести будь-яку універсальну модель поведінки.

Наприклад, у справі Про рибальство МС ООН постановив, що: “хоча норма про десять миль була прийнята деякими державами ... інші держави встановили інший кордон. Відповідно, норма про десять миль не набула статусу загальної норми міжнародного права” [47] [57].

Зрозуміло, що проводячи аналіз практики на предмет того, чи є вона послідовною, важливо розглядати дійсно зіставні приклади поведінки, тобто такі, в яких виникли однакові або схожі питання, аби такі приклади могли дійсно служити надійним орієнтиром.

У справі Про судно “Лотос” Постійна палата міжнародного правосуддя послалася на: “прецеденти, які мають близьку схожість з даною справою, оскільки тільки прецеденти такого характеру можуть свідчити про існування загального принципу [міжнародного звичаєвого права], що застосовується до конкретної справи” [94].

У той же час повна послідовність практики держав не є необхідною. Відповідна практика повинна бути практично або в істотному ступені одноманітною; деякі невідповідності і протиріччя, таким чином, не обов'язково виключають можливість висновку про існування “загальної практики”.

У справі Про військову і напіввійськову діяльності в і проти Нікарагуа МС ООН постановив:

“Не можна очікувати, що в практиці держав застосування норм, про які йде мова, буде ідеальним ... Суд не вважає, що для встановлення звичаєвої норми відповідна практика має абсолютно точно відповідати цій нормі. Суд вважає, що для встановлення існування норм звичаєвого права достатньо, щоб поведінка держав у цілому відповідала таким нормам”.

Якщо невідповідність набуває форми порушення норми, то це не обов'язково перешкоджає встановленню факту існування загальної практики. Це особливо справедливо, коли відповідна держава заперечує порушення і/або висловлює підтримку цієї норми.

Як зазначив МС ООН: “Випадки невідповідності поведінки держав певній нормі в цілому слід розглядати як порушення цієї норми, а не як знак визнання нової. Якщо держава діє таким чином, що це *prima facie* несумісно з визнаною нормою, але при цьому захищає свою поведінку посиленнями на виключення або приводи для її недотримання, що містяться в самій цій нормі, то незалежно від фактичної виправданості такої поведінки держави на цій підставі такий підхід швидше підтверджує, ніж послаблює дану норму”.

Тривалість (duration). Основне правило щодо безперервності та повторюваності було викладено у 1950 р. МС ООН у Справі про притулок. Суд заявив, що звичаєва норма повинна бути "відповідною до постійної та рівномірної практики держав, яких безпосередньо стосується правило” [34].

Справа стосувалась перуанця Хая де ла Торре, якого розшукував уряд після невдалого заколоту. Колумбія надала йому притулок у посольстві в Лімі, але Перу відмовився надавати безпечний прохід, щоб дозволити Торре покинути країну. Колумбія передала це питання до МС ООН і просила винести рішення, що Колумбія компетентна визначити правопорушення Торре щодо того, чи було воно злочинним, як стверджувало Перу, чи політичним. В останньому випадку притулок та безпечний прохід можуть бути дозволені.

Описуючи характер звичаєвої норми, Суд постановив, що вона має бути вираженням права, що належить одній державі (Колумбія), і обов'язку, покладеного на іншу (Перу). Однак Суд вважає, що в судових справах про притулок державна практика була настільки невизначеною та суперечливою, що не означала “постійного та рівномірного застосування” щодо односторонньої кваліфікації цього правопорушення [34]. Питання, що постало у цій справі, стосувалося регіонального звичаю, притаманного лише Латинській Америці, і можна стверджувати, що не обов'язково дотримуватися того самого підходу, коли розглядається питання про загальний звичай, і що в останньому випадку буде використовуватись нижчий рівень доказування [81;с.77].

МС ООН підкреслив свою думку, що певний ступінь рівномірності практики держав була важливою для появи звичаю у справі Про англо-норвезьку риболовлю [47]. Сполучене Королівство у своїх аргументах проти норвезького методу вимірювання широти територіального моря посилялося на звичаєву норму, внаслідок якої пряма лінія може бути проведена через затоки на відстані десяти миль від однієї точки до іншої, яка потім може вважатися базовою лінією для вимірювання територіального моря. Суд відхилив це, зазначивши, що фактична практика держав не виправдовує створення такого звичаю. Іншими словами, не було достатньої рівномірності поведінки.

У справах Про континентальний шельф Північного моря [73], які стосувалися спору між Німеччиною, з одного боку, та Голландією та Данією, з іншого, щодо розмежування континентального шельфу, МС ООН зауважив, що практика держав, “включаючи державу, інтереси якої особливо постраждали”, повинна бути “як обширною, так і фактично рівномірною у розумінні положення, на яке вона посиляється”.

Таку вимогу було визнано необхідною для формування нової норми міжнародного звичаєвого права [73]. Однак Суд підкреслював у справі “Нікарагуа проти Сполучених Штатів Америки”, що не є обов'язковим, щоб ця практика “була в абсолютній відповідності” до звичаєвої норми, про яку йде мова. Суд зазначив:

“Для проголошення існування звичаєвих норм Суд вважає достатнім, щоб поведінка держав в загальному відповідала таким нормам, а випадки поведінки держави, що не відповідають даному правилу, зазвичай, мають трактуватись як порушення цього правила, а не як ознаки визнання іншої норми.”

Поріг, якого потрібно досягти до того, щоб був створений юридично обов'язковий звичай, буде залежати як від характеру передбачуваного правила, так і від опозиції, яку він викликає. Частково це стосується проблеми неоднозначності та нечіткості формулювання звичаєвого правила, як у спарві МС ООН Про притулок, де були висунуті різні суперечливі докази.

З іншого боку, необґрунтована заява держави не може бути прийнята, оскільки це буде вважатись одностороннім законотворенням та поставить під загрозу досить “безсторонню” систему міжнародного права. Якщо пропозиція зустрічається з великою опозицією, тоді було б небажаною фікцією ігнорувати це та говорити про встановлене правило.

Іншим важливим фактором є сила попередньої норми, яка нібито замінюється новим правилом [24;с.19] [41;с.60-61]. Наприклад, звичаєве право, що стосується суверенітету держави над її повітряним простором, дуже швидко розвивалося за роки, безпосередньо перед і під час Першої світової війни. Аналогічно, принцип відсутності суверенітету над космічним маршрутом, який супроводжувався запуском штучних супутників, з'явився незабаром після запуску перших супутників.

Бін Ченг стверджував, що за таких обставин повторення взагалі не є необхідним, якщо можна чітко встановити *opinio juris*. Таким чином, він заявляє про можливе “миттєве” звичаєве право [33;с.23]. Чи правильне це твердження чи ні, розглянемо в наступному пункті.

Теорія “миттєвого звичаю”. Серед фахівців міжнародного права щодо критерію тривалості практики переважає думка, що для створення та формування звичаю необхідно стільки часу, скільки потрібно в кожній окремій ситуації для визнання такої практики як обов'язкової. Саме тому існування

миттєвого звичаю досі є темою багатьох дискусій серед фахівців міжнародного права.

Перед безпосереднім аналізом можливості існування миттєвого звичаю слід приділити увагу теоріям, що сформувались у вітчизняній науці стосовно таких звичаїв, як результат прольоту супутнику над територіями держав.

В. Г. Буткевич вказує на виникнення «моментального» звичаю, що дає право «для польоту космічного об'єкта через чужу територію». Припустимо, що в даному контексті мова йде про політ саме над територіями інших держав, оскільки, беззаперечно, є велика різниця між прольотом у космосі та у повітряному просторі держави, на який, як відомо, розповсюджується державний суверенітет. С. 122

П. В. Саваськов доходить висновку про швидке створення «звичаєвої норми міжнародного права, відповідно до якої держави стали володіти свободою дослідження й використання космічного простору».

Серед фахівців існують теорії про миттєву появу одразу кількох міжнародно-правових звичаїв, що стосуються експлуатації космосу. А. А. Подаков зазначає про появу, зокрема, таких звичаїв, як «принцип непоширення державного суверенітету на космічний простір, рівне право всіх держав на дослідження й використання космосу, відповідність космічної діяльності загальному міжнародному праву, міжнародну відповідальність держав за національну космічну діяльність». С. 355

Н. Р. Малишева зробила одне з найбільш аргументованих та ґрунтовних досліджень з цього питання. Вона робить висновок, що до підписання в 1967 р. Договору про космос два основоположних принципи міжнародного космічного права набули статусу звичаїв міжнародного права. Саме щодо них був досягнутий консенсус в Юридичному підкомітеті Комітету ООН з мирного використання космічного простору. До цих принципів відносились: 1) непривласнення космічного простору і небесних тіл і 2) свобода дослідження й використання космічного простору і небесних тіл [14;с.31].

М. В. Буроменський зазначає:

“Перші та найважливіші міжнародно-правові норми в цій галузі з’явилися ще до укладання міжнародних договорів про космос і були звичаєво-правовими. Вони встановлювали таке: а) космос є загальним спадком людства та не може бути об’єктом державного привласнення; б) космос може використовуватися лише в мирних цілях” [16;с.136].

І. І. Лукашук так характеризує концепцію «моментального звичаю. Він виділяє їх в окрему групу та вказує, що їх особливість полягає в тому, що вони виникли не за рахунок довготривалої практики, а через визнання державами малого числа або навіть одного попереднього акту. Як правило, звичай спочатку формується в різних, зазвичай міжнародно-політичних документах, що не мають зобов’язуючого характеру, а вже після цього з’являється загальна практика. І. І. Лукашук зазначає:

“У таких норм спільне із традиційними звичаєвими нормами полягає в неписаній формі та в *opinio juris*, відмінність – у тому, що вони не тільки закріплюють сформовану практику, а й покликані її формувати. У них вище питома вага належного, ніж суцього в порівнянні з нормами першого виду”.

Важливий внесок у вирішення цього питання здійснила КМП ООН, підготувавши доповідь про ідентифікацію звичаєвого міжнародного права. У Висновку 8 Комісія зазначає, що не існує вимоги конкретного часу для створення звичаю. Надалі вона тлумачить це наступним чином: короткий період часу повторюваності практики сам по собі не є перешкодою для створення звичаєвої норми.

Хоча довготривалість може створити більш поширену та деталізовану практику, але вона не є умовою існування звичаю. Однак, зазначається, хоча б мінімальна кількість часу є необхідною для виникнення загальної практики, тому не існує такого поняття як “миттєвий звичай” [46].

Не дивлячись на це, досі в доктрині існують теорії щодо створення та існування миттєвих звичаїв, зокрема у сфері боротьби з тероризмом [50] [65;с.150] (щодо так званої “доктрини Буша”) та у сфері міжнародного космічного права [5;с.122].

Проаналізуємо більш детально можливість створення звичаю без дотримання критерію тривалості застосування, тобто миттєво.

Задля цілей даного дослідження оберемо такі шляхи можливого утворення миттєвого звичаю: 1) спонтанно (з односторонніх актів країн); 2) з міжнародних договорів; 4) з рішень суду; 3) з рішень міжнародних організацій та міжнародних конференцій [63].

Звичаї, що виникають спонтанно (класичний спосіб, який менш поширений в сучасних умовах), виникають, коли односторонній акт здійснює держава (або дві чи більше держав одночасно), а потім повторюється іншими, щоб в результаті з'явилося переконання, що така поведінка є юридично обов'язковою. Загальна практика, а згодом і прояв *opinio juris* вимагають певного проходження часу, а тому миттєві звичаєві норми просто не можуть виникнути спонтанно.

Науковці, які підтримує ідею "миттєвого" звичаю міжнародного права, зазвичай називають запуск першого штучного супутника Землі як типовий (якщо не єдиний) приклад такого звичаю. Проаналізувавши їх погляди можна дійти висновку, що міжнародно-правовий звичай про свободу космосу (дослідження та використання космосу), на їхню думку, був створений, коли Радянський Союз запустив перший штучний супутник ("Спутник 1", 4 жовтня 1957 р.), і жодна держава не протестувала з приводу його проходження через її територію (тобто через простір, на який, відповідно до сучасного міжнародного права, поширюється суверенітет відповідної держави). Протести не відбулися ні тоді, коли лише через місяць був запущений інший радянський супутник, ані коли незабаром відбувся запуск першого американського штучного супутника.

Саме той факт, що була зроблена дія, яка не відповідала чинному тоді міжнародному праву, і що інші держави не заперечували проти цього, змусило деяких теоретиків дійти висновку, що це ознаменувало появу нового типу міжнародно-правового звичаю. Іншими словами, одна держава (СРСР) вчинила певну дію, що суперечить чинному на той момент міжнародному праву, і інші

держави негайно прийняли це як нову норму звичаєвого міжнародного права. Звідси новий “миттєвий” звичай міжнародного права.

В даному ключі слід пам’ятати про особливість міжнародних відносин в цілому – майже будь-які дії на міжнародній арені потребують доволі довгого часу. Аби відреагувати на той чи інший факт, державам необхідні певні строки. Більше того, у деяких випадках держави обирають не реагувати та не висловлювати свою думку взагалі.

Саме тому, коли держава вчиняє односторонній акт, звичай формується не з самого акту (навіть якщо він відбувся успішно та без негайної негативної реакції), а з акту та подальшої реакції міжнародної спільноти на нього (будь то сприйняття чи оскарження такої дії).

Виходячи з цього, формування звичаєвої норми не може відбуватися моментально, оскільки для її створення потребуються загальна практика та плин певного часу, після якого можна робити висновки про ставлення держав до неї.

Деякі звичаї беруть свій початок з міжнародних договорів, однак до миттєвого звичаю це не може застосовуватись. Зазвичай, коли мова йде саме про такий спосіб створення звичаю, необхідним є спочатку набуття договором чинності та долучення до нього достатньої кількості держав. На практиці це обов’язково вимагає часу, який зазвичай вимірюється роками, іноді навіть десятиліттями.

Саме набуття угодою чинності логічно не може бути миттєвим, враховуючи довгу та складну процедуру укладення договору та факт, що вираження згоди на обов’язковість договору вимагає певного проміжку часу. Тоді, лише після набрання чинності договором, можна говорити про те, що його положення (можливо) здійснюються на практиці також державами, які не є сторонами договору. У будь-якому разі, і певна розповсюджена практика, і проходження часу неминучі.

Судові рішення в міжнародному праві мають зобов’язувальну силу лише між сторонами конкретного спору (*sententia facit jus inter partes*), і вони не

можуть становити основу об'єктивного права, що включає в себе звичаєве. Насамперед, судові рішення можуть бути свідченням існування певної норми міжнародного звичаєвого права, але не завдяки рішенню суду, а об'єктивно, лише підтверджуючи це.

Рішення суду може вплинути на створення звичаю, але лише за умови дотримання відповідної практики з подальшим переконанням держав про юридичну обов'язковість такої практики. Таким чином, судові рішення не створює звичаю міжнародного права (це два різних юридичних джерела), але може слугувати основою для появи звичаю – за умови, що при винесенні рішення присутні обидва елементи, необхідні для появи звичаю (загальна практика та *opinio juris*).

Розглянемо теорію виникнення миттєвого звичаю через рішення міжнародних організацій. За цією теорією, світова спільнота є вже достатньо організованою, щоб в рамках міжнародної організації (як правило, ООН), де представлені майже всі держави світу, встановлювати норми звичаєвого права лише за фактом прийняття певних рішень одноголосно або більшістю голосів. За такою теорією, резолюції Генеральної Асамблеї ООН могли би створювати звичаєві норми міжнародного права, навіть без попередньої практики, тобто, миттєво.

Беззаперечним є те, що такий підхід вносить швидкість у розвиток міжнародного права. Однак, чи повинно бути винесене таке рішення одноголосно? Якщо під час голосування декілька держав проголосують проти, чи буде тоді створена звичаєва норма?

Змоделюємо ситуацію, коли під час голосування одноголосно було прийнято рішення про повне роззброєння, але жодна держава його не виконала. Чи означатиме це що всі держави порушили звичай роззброєння, чи що був створений новий звичай – щодо права мати зброю? В такому випадку скоріше відбулась наступна ситуація: держави винесли рішення, його не виконали, вчинивши порушення взятих на себе зобов'язань, а не норм міжнародного звичаєвого права.

Висновок про створення звичаю у зв'язку з винесенням рішення міжнародною організацією можна робити лише згодом, після його винесення. Необхідно оцінити ступінь безпосереднього прийняття такої норми як загальнообов'язкової не лише державами-членами в рамках цієї організації, а й іншими державами, не пов'язаними з нею.

Саме тому, навіть у випадку, коли звичай був сформований завдяки рішенням організації, його формування не може відбуватись моментально.

З огляду на вищезазначене можна зробити висновок, що критерій тривалості практики хоч і є доволі гнучким [72], але ним не можна нехтувати повністю. Відповідно, на сьогоднішній день говорити про можливість виникнення миттєвого звичаю або ж кваліфікації вже існуючих звичаїв миттєвими, ще зарано.

2.2. Характеристика визнання державою обов'язковості практики (*opinio juris*) як елементу міжнародно-правового звичаю

2.2.1. Визнання державою правової обов'язковості практики (*opinio juris*)

Основна відмінність суб'єктивного елемента міжнародно-правового звичаю від об'єктивного (практики) полягає в тому, що він апелює до позицій суб'єктів міжнародного права і насамперед держав. Його “психологізм” полягає у пошуку певного “внутрішнього” ставлення учасників міжнародних правовідносин до подій на міжнародній арені.

Термінологія, що використовується для характеристики суб'єктивного елемента, досить різноманітна. Згідно зі Статтею 38 Статуту МС ООН, він застосовує “міжнародні звичаї як доказ загальної практики, визнаної правовою нормою”.

Якщо проаналізувати дану норму мовою оригіналу, то мова йде про практику, “прийняту як право” (accepted as law). У рішенні МС ООН по справі

Про континентальний шельф Північного моря (1969 р.) Суд говорить про поняття “віри” (belief) у те, що загальна практика є необхідною для існування норми міжнародного звичаю [73].

У своїй практиці МС ООН посилається на суб’єктивну складову міжнародного звичаю латинським висловом *opinio juris sive necessitates* (скорочено – *opinio juris*). Не дивлячись на те, що вираз застосовується саме латиною, він походить не з класичного римського права. Його “винайшов” французький вчений Ф. Жені наприкінці ХІХ ст. [59;с.534]. Якщо буквально перекладати цей вислів, він означає “думку про правомірність або необхідність”. Через це А. Кассезе застосовує поняття *opinio juris* та *opinio necessitates* [31;с.157]. У своїх працях Я. Броунлі замість сполучника “sive” (“або”) використовує сполучник “et” (“і”).

В остаточній доповіді Комітету з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права в рамках Асоціації міжнародного права, робиться висновок, що суб’єктивна складова часто згадується словами “згода” (consent) і “воля” (will) [84].

Проаналізувавши теорії західноєвропейських учених про природу суб’єктивної складової звичаю, Л. А. Алексідзе зазначає про такі її додаткові значення: “переконаність”, “упевненість”, “заява”, “консенсус”. Разом з цим, його особистий підхід до тлумачення суб’єктивної складової тяжіє до таких термінів, як: “згода держави” або “визнання”: “...тому що як інакше можна тлумачити термін “визнання” [1;с.244-259].

Р. Мюллерсон також наводить велику кількість тлумачень суб’єктивного елемента: “Віра, поступливість, мовчазне визнання, згода мають одне спільне – вони всі виражають суб’єктивне ставлення держав або до їх власної поведінки, або до поведінки інших держав у світлі міжнародного права” [72;с.163].

Як зазначалось раніше, роль тривалості практики на сьогоднішній день є не зовсім визначеною. Хоча деякі науковці стверджують, що звичай може виникнути миттєво з єдиного виконання практики та загального її визнання, такий підхід не є привелюючим. Однак, не можна заперечувати нової тенденції зміни у співвідношенні загальної практики та визнання обов’язковості.

У теоріях минулих років більшої ролі надавалось об'єктивному елементу звичаю, однак сучасні тенденції диктують вихід на перший план саме суб'єктивної складової.

Під час формування нової загальної норми міжнародного звичаєвого права ключову роль відіграє протест держави. За відсутності такого протесту, держава визнає загальнообов'язковість нової норми.

Як вже зазначалося в попередньому підпункті, нині є доволі поширена думка про те, що міжнародні організації можуть сприяти формуванню *opinio juris*. МС ООН вважає, що висновок про наявність суб'єктивного елементу у деяких випадках можна робити з відношення держав до певних резолюцій ГА ООН.

МС ООН у Консультативному висновку щодо правомірності погрози застосування чи застосування ядерної зброї вказує на те, що рішення ГА ООН, навіть коли вони не мають зобов'язувальної сили, іноді можуть мати нормативний характер. За певних умов вони можуть бути індикаторами, важливими для ідентифікації вже існуючої звичаєвої норми чи формування нового *opinio juris*.

Щоб встановити, чи має це відношення до конкретної резолюції ГА ООН, необхідно переглянути її зміст та умови її прийняття; необхідно також з'ясувати, чи існує *opinio juris* щодо його нормативного характеру. До того ж, серія резолюцій може свідчити про поступову еволюцію *opinio juris*, необхідного для встановлення нової звичаєвої норми [66].

Застосування даного положення на практиці може виявитись проблематичним через його формулювання. Скоріше воно націлене на застосування в теоретичній галузі.

Суттєве значення цього положення можна визначити наступним чином: — воно вказує на першочергову роль *opinio juris* у створенні та еволюції норм міжнародного звичаєвого права; — воно підкреслює дедалі зростаючу роль Резолюцій ГА ООН у процесі зародження та розвитку міжнародно-звичаєвих

норм; — з нього помітно, наскільки істотні зміни проходять у міжнародному правотворчому процесі.

2.2.2. Способи визнання правової обов'язковості практики

Доповідь КМП ООН у Висновку 10 надає перелік способів, за допомогою яких можна зробити висновок про визнання державою певної поведінки такою, що вимагається законом - висловлення її *opinio juris*.

Зокрема, до таких джерел належать публічні заяви, зроблені офіційними представниками від імені держав; офіційні видання; правові висновки уряду з певних питань; дипломатичні листування; рішення національних судів з питань, пов'язаних з міжнародним правом; договірні положення; дії, пов'язані з резолюціями, прийнятими міжнародною організацією або на міжурядовій конференції [46]. Даний перелік не є вичерпним.

Зазначені засоби визнання можуть також виявитися корисними для демонстрації, навпаки, невизнання практики в якості правової норми. Між способами визнання в якості правової норми і видами практики держав є деякі точки дотику; в певній мірі це відображає той факт, що в деяких випадках обидва ці елементи можуть бути виявлені на прикладі одного і того ж матеріалу (але навіть в цьому випадку їх виявлення вимагає окремого аналізу кожного прикладу).

У будь-якому випадку, публічні заяви з більшою ймовірністю втілюють у собі правосвідомість держави і часто з більшою вірогідністю можуть бути виразом визнання юридичної обов'язковості (або, навпаки, відмови від визнання), ніж приклади з практики.

Серед форм доказів *opinio juris* пряма публічна заява від імені держави, що дана практика допускається, забороняється або передбачається міжнародним звичаєвим правом, є самою прямою вказівкою на те, що держава уникає такої практики або слідує їй виходячи з усвідомлення свого юридичного права або зобов'язання.

Такі заяви можуть робитися, наприклад: під час багатосторонніх переговорів; в період внесення законопроектів на розгляд законодавчого органу; в письмових і усних заявах в судах і трибуналах; в протестах, в яких дії інших держав характеризуються як протиправні; у відповідь на пропозиції про кодифікацію. Вони можуть робитися в індивідуальному порядку або спільно з іншими. Схожим чином, наслідки практики, відповідної імовірно існуючої нормі, можуть ставати недійсними внаслідок одночасних з нею заяв про те, що такої норми не існує.

Важливим джерелом *opinio juris* є офіційні публікації, що охоплюють документи, опубліковані від імені держави, такі як військові настанови і офіційні карти, в яких може бути відображено визнання *opinio juris*. Крім того, зробити більш чіткою правову позицію держави можуть опубліковані висновки державних юристів, якщо, звичайно, держава не відмовилася дотримуватися їхніх рекомендацій.

Дипломатичне листування може включати в себе, зокрема, циркулярні листи до дипломатичних представництв, наприклад з питань про привілеї та імунітети.

Національне законодавство, хоча воно здебільшого і є продуктом політичних рішень, може стати цінним доказом визнання практики юридично обов'язковою, особливо якщо в ньому відкрито зазначається, що воно ґрунтується на міжнародному звичаєвому праві або приводить його в дію. Подібні заяви можуть міститися і в рішеннях національних судів, коли вони висловлюють свою думку з питань міжнародного права.

Багатосторонні дипломатичні процеси та переговори можуть бути джерелом цінних і доступних доказів відчуття обов'язку держав щодо змісту міжнародного звичаєвого права, коли такі питання піднімаються і обговорюються державами.

Відсутність реакції на практику протягом достатнього періоду часу також може слугувати доказом визнання її в якості правової норми (створення *opinio*

juris), за умови що держава мала можливість реагувати, а обставини вимагали якоїсь реакції.

За певних умов відсутність реакції держав протягом розумного періоду часу може також, якщо використовувати формулювання МС ООН у справі Про рибальство, «[бути] свідченням того факту, що вони не вважали ... [певну практику, якої дотримувались інші,] такою, що суперечить міжнародному праву».

Терпиме ставлення до певної практики також може слугувати доказом визнання якості правової норми, коли воно послідовно зустрічається в прикладах такої практики. Однак, для того щоб відсутність прямих заперечень або протесту мала таку доказову цінність, повинні бути виконані дві вимоги, які дозволяють переконатися в тому, що така відсутність реакції не впливає з причин, що не мають відношення до правомірності даної практики [73].

По-перше, реакція на таку практику повинна бути очікуваною [83]: наприклад, це може стосуватися випадків, коли практика держави (прямо чи опосередковано) зачіпає - як правило, негативно - інтереси або права держави, що не діє у відповідь або відмовляється на неї реагувати.

По-друге, держава повинна була мати можливість реагувати. Це означає, що відповідна держава повинна була знати про дану практику (це охоплює також ті випадки, коли, практика була оприлюднена), мати достатньо часу для дій і можливість діяти.

У випадку, якщо державі не було відомо про певну практику або якщо не можна було очікувати, що їй про неї відомо, або ж якщо у неї ще не було достатньо часу для реакції, то бездіяльність не може слугувати підґрунтям визнання дозволу або юридичної обов'язковості практики в силу міжнародного звичаєвого права.

2.2.3. Теорія “наполегливого заперечення” (“persistent objector”)

На міжнародній арені доволі часто бувають випадки, коли інтереси окремих держав не відповідають інтересам більшості. Особливо чуттєвою є ситуація з міжнародним звичаєм. Якщо у випадку багатостороннього договору, держава може просто відмовитися від підписання, тоді норми договору не діятимуть на неї, то з міжнародним звичаєм наявна інша ситуація.

Відповідно до встановленої доктрини, після встановлення норми загальнообов'язкової норми міжнародного звичаєвого права, держава не може звільнити себе в односторонньому порядку від зобов'язань, покладених на неї цією нормою.

Щоб уникнути застосування цього правила до себе, його необхідно замінити іншою нормою, яка, в свою чергу, потребує визнання іншими державами. Тоді питання полягає в тому, чи може держава, яка не хоче бути пов'язаною звичаєм, в першу чергу звільнити себе від такої норми.

В таких ситуаціях держава може застосувати так зване правило наполегливого заперечення, згідно з яким держава, яка наполегливо заперечує проти норми звичаєвого міжнародного права під час формаційних етапів цієї норми, не буде пов'язана з нею при її існуванні.

Таким чином, хоча правило, що базується на загальній практиці та *opinio juris*, може бути загальноприйнятним і, таким чином, дозволяти створювати зобов'язання для загалу держав, це правило не буде обов'язковим для тих, які виявили небажання бути пов'язаними нею до встановлення норми.

Класичною ілюстрацією цього правила є рішення, прийняте по справі Про рибальство: “У будь-якому випадку, ... норма не може застосовуватись проти Норвегії, оскільки ця держава завжди заперечувала усі спроби застосування її щодо свого узбережжя” [47]. Прийняття звичаєвої норми із застереженням вважається неприпустимим, що підтверджувалося і МС ООН [21;с.53].

Л. Хенкін у своїх дослідженнях пише, що “принцип згоди найбільш чітко виявляється в існуванні принципу “незгодної держави” або “наполегливо протестуючої”: державу, яка ясно задекларувала свою незгоду з нормою або принципом міжнародного права під час їх створення, не буде зобов’язано ними”.

Держава повинна з самого початку не погоджуватись з застосуванням певного звичаю у відносинах з її участю. В іншому випадку, таке заперечення не буде братись до уваги згідно з принципом естопеля. Естопель (англ. estoppel – позбавлення права заперечувати) – це доктрина, відповідно до якої суб’єкт міжнародно-правових відносин не може заявляти про хибність заяви, яку раніше зробив уповноважений представник, або заперечувати існування певного факту, на який спирався уповноважений представник на момент заяви.

Аналізуючи практику міжнародних трибуналів можна дійти висновку, що для того, щоб певна заява про факт вважалася естопелем, вона має містити певні риси: ясність та недвозначність; вона має бути вільною, беззастережною і несанкціонованою. До того ж, щодо дійсності та добросовісності заяви не повинно виникати сумнівів ні у сторони, яка цю заяву робить та отримує від цього певну користь, ні у сторони, проти якої заява націлена.

На сьогоднішній день багато хто вважає, що естопель має статус загального принципу міжнародного права, що ґрунтується, в свою чергу, на принципах добросовісності й послідовності та бере своє коріння з національного права, і навіть належить до загальних принципів права (у значенні Статті 38 Статуту МС ООН).

Щодо застосування даного принципу в міжнародному праві, досі немає консенсусу щодо визначення його сфери дії та результатів. Під час вирішення спорів у міжнародних судах та трибуналах принцип естопеля може використовуватися для вирішення проблеми двозначності тверджень, для закріплення принципу однаковості, виконуючи роль елемента судового міркування та доказової бази.

До прикладів міжнародної судової практики, де був застосований даний принцип, можна віднести справи Про арбітражне рішення Короля Іспанії та Про Храм Преахвіхеа, які розглядав МС ООН у 1960 та 1962 відповідно.

У першій справі Нікарагуа оскаржувала дійсність рішення арбітражного трибуналу. Суд визнав це рішення дійсним та чинним, відзначивши, що протягом довгого періоду часу воно було відомим для Нікарагуа, але зі сторони останньої ніяких заперечень щодо його чинності не було [25].

У другій справі, де Таїланд намагався довести нікчемність прикордонної угоди на підставі помилки, Суд так само постановив, що Таїланд, через свою поведінку на момент розгляду справи, позбувся права на визнання недійсності даної угоди [92].

У зазначених справах застосовувався окремий тип естопеля, хоча норма, пов'язана з ним, може продовжувати діяти незалежно від будь-якої іншої загальної доктрини.

Як приклад, у справах пов'язаних з національною приналежністю осіб та дипломатичним захистом естопель може впливати зі статусу відповідних осіб, а не з принципів послідовності та добросовісності. За певних умов у спорах, пов'язаних з територіальними кордонами, мовчазна згода може діяти у якості естопеля. Так само він може застосовуватись у договорі, коли у ньому є ясне визнання існування певного титулу, що належить іншій стороні угоди (на противагу визнанню третіми Державами).

Часто зазначається, що чим більша кількість держав, які наполегливо заперечують, тим більше шансів на те, що їх заперечення буде ефективно підтримуватися. Тому навряд чи держава, що виявилася єдиною, хто заперечує застосування звичаєвої норми, зможе й надалі це робити, якщо політичний контекст не сприяє її волевиявленню. У таких випадках може бути важко розрізнити ситуацію, в якій держава відмовляється від свого заперечення і ситуацію, в якій спільнота нав'язує державі правило, незважаючи на заперечення останньої.

Ця складність викликала велику кількість обговорень стосовно даного принципу.

Наприклад, упродовж минулого століття Японія та Великобританія, незважаючи на своє первісне заперечення, прийняли міжнародно-правовий звичай, що поширює зону риболовлі на 12 морських миль; США відмовилися від широко прийнятої 200 миль ексклюзивної економічної зони; та Південна Африка врешті-решт відмовилася від апартеїду (приклад апартеїду не є однозначним через вплив правил договору, що застосовуються до Південної Африки).

Однак ці приклади мало говорять про існування стійкого правила наполегливого заперечення. Що вони ілюструють, це те, що держави з різних причин реагують на реальність контексту, в якому вони існують, і вони можуть вирішити змінити свою позицію відповідно до своїх інтересів.

Безумовно, є приклади, коли невелика кількість держав успішно підтримували свої заперечення проти звичаєвих правил, які стали загальноприйнятими та не змінили свою позицію щодо цих правил.

Один з таких прикладів стосується норми звичаєвого права, що забороняє використовувати методи чи засоби ведення війни, які мають на меті завдати великої, довгострокової та серйозної шкоди навколишньому середовищу. МКЧХ зазначив у дослідженні 2005 року щодо звичаєвого міжнародного гуманітарного права, що, хоча це правило широко застосовувалося в міжнародних збройних конфліктах, Великобританія, Франція та США наполегливо заперечували застосування правила щодо використання ядерної зброї). Як результат, Консультативне рішення МС ООН щодо Законності використання чи загрози використання ядерної зброї не затвердило існування відповідної звичаєвої норми.

Висновок до розділу 2

З визначення звичаю, даним Статутом МС ООН, можна зробити висновок про існування двох його елементів – загальної практики та визнання її юридичної обов'язковості (*opinio juris*).

До суб'єктів загальної практики зазвичай відносять держави та міжнародні міжурядові організації. Щодо діяльності інших суб'єктів – транскордонних корпорацій, неурядових організацій, недержавних збройних формувань, приватних осіб та ін. – їх практика не є такою, що безпосередньо творить або виражає норми міжнародного звичаєвого права. Окрема увага приділяється МКЧХ, оскільки він має ключову роль в ідентифікації, формуванні та формулюванні звичаєвого права в галузі міжнародного гуманітарного права.

Практика держав охоплює фізичні та вербальні дії, а іноді навіть бездіяльність. До державної практики зазвичай відносять: дипломатичні акти та листування; дії, вчинені у зв'язку з резолюціями, прийнятими міжнародною організацією та на міжурядовій конференції; поведінку, пов'язана з договорами; дії виконавчої влади держав; законодавчі та адміністративні акти; та практику національних судів.

До елементів загальної практики відносять послідовність – практика має бути однорідною, тривалість – має минути певний проміжок часу, необхідний для формування окремого звичаю, а також розповсюдженість та репрезентативність – практика має бути представлена достатньою кількістю держав. З огляду на це виділяють партикулярній звичай. Він діє в межах обмеженої кількості держав, пов'язаних спільним інтересом. Щодо ролі критерію часу, вчені дискутують стосовно можливості існування миттєвого звичаю. В цьому розділі дійшли висновку про хибність такої теорії. Плин короткого періоду часу допускається, але зовсім нехтувати ним не можна, що підтверджується працями КМП ООН.

До способів, якими держави можуть визнавати певну поведінку такою, що вимагається законом, належать: дипломатичні листування; рішення

національних судів; договірні положення; дії, пов'язані з резолюціями, прийнятими міжнародною організацією або на міжурядовій конференції тощо.

Якщо держава робила заяви про невизнання певного звичаю впродовж періоду формування цієї норми, вона не матиме зобов'язальної сили щодо цієї держави. Таке заперечення має бути чітко висловленим та недвозначним.

РОЗДІЛ 3

ПРИКЛАДИ ЗВИЧАЮ В МІЖНАРОДНОМУ ПУБЛІЧНОМУ ПРАВІ ТА ЇХ ФОРМУВАННЯ

3.1. Звичай, що встановлює ширину територіальних вод

Територіальне море (або територіальні води) — це морський простір, що розташовується вздовж берега або безпосередньо за внутрішніми морськими водами прибережної держави. Територіальні води знаходяться під повним суверенітетом держави. Вона має право встановлювати ширину свого територіального моря до межі, що не перевищує 12 морських миль [17;с.302].

Ширина територіального моря в 12 морських миль на сьогоднішній день визнана нормою звичаєвого міжнародного права. Однак протягом тривалого періоду вона була головною темою суперечок щодо морських зон прибережних держав.

Як зазначалося раніше в роботі, для створення міжнародного звичаю (в даному випадку - визнання 12 морських миль максимальною шириною територіального моря) необхідною є однорідність практики держав, інтереси яких безпосередньо залежать від такого звичаю. З огляду на розбіжності у бажаній прибережними державами ширині територіального моря, важко було говорити про будь-яку однорідність практики.

В минулому існувала певна домовленість, що держави здійснюють суверенітет над своїм територіальним морем, хоча перед укладенням ЮНКЛОС не було чітко встановленої ширини територіального моря. Його ширина з часом змінювалася, створюючи суперечки між державами.

К. Ван Бінкершук сформулював теорію, що певний час переважала - що суверенітет держави в морі розповсюджувався туди, куди сягала її берегова зброя. У XVIII ст. ширина територіального моря обчислювалася з урахуванням так званого “правила гарматного пострілу”. Іншими словами, ширину

територіального моря обчислювали безпосередньо від узбережжя до точки, якої міг досягнути снаряд гармати під час пострілу [28].

На початку XIX ст. 3х-мильна межа територіального була прийнята, зокрема, англо-американськими державами (США, Великобританія та Канада), і вважалася деякими державами нормою міжнародного звичаєвого права. Однак, починаючи з XX ст., багато прибережних держав претендували на ширину територіального моря більшу, ніж 3 морські милі (наприклад, скандинавські держави встановлювали 4х-мильну межу).

Таким чином, протягом XIX і до середини XX ст. склався міжнародний звичай, згідно з яким лінія зовнішнього кордону територіального моря може перебувати в межах від 3 до 12 морських миль від вихідних ліній для виміру територіального моря. КМП ООН зазначила в 1956 році, що “міжнародне право не допускає розширення територіального моря за межі 12 миль” [109].

До 1958 року, коли були укладені Женевські конвенції про морське право (зокрема, Конвенція про територіальне море), державна практика щодо ширини територіального моря становила ширину від трьох до 200 морських миль.

Традиційні морські держави, такі як США, стверджували, що широта повинна бути не більше трьох морських миль; інші держави виступали за більш широке територіальне море, мотивуючи це бажанням контролювати і мати виключний доступ до риболовлі біля їх узбережжя.

Оскільки державна практика на той час не була рівномірною, Перша Конференція з морського права не змогла вирішити питання про широту територіального моря. Таким чином, відповідне положення відсутнє в Конвенції про територіальне море 1958 року.

Друга Конференція з морського права 1960 р. також не змогла визначити широту територіального моря, хоча це було однією з головних цілей проведення Конференції.

У 60-х роках все більша кількість держав розширювала свої територіальні води до 12 морських миль. На початку Третьої Конференції з морського права у 1973 р. стало очевидним, що держави були готові прийняти межу в 12 морських

миль, за умови права мирного проходу для іноземних суден через територіальне море та права транзитного проходу через протоки, що використовуються для міжнародної навігації [106].

Лише ЮНКЛОС у 1982 році вперше в договірному порядку декларувала у формі універсальної норми міжнародного права положення про те, що “кожна держава має право встановлювати ширину свого територіального моря до межі, що простягається не далі 12 морських миль”, які вимірюються від встановлених нею вихідних ліній [8;с.7-8].

Певною мірою ЮНКЛОС кодифікує звичаєве міжнародне право, зокрема ті положення Конвенції про територіальне море, які ідентичні тим, що містяться в Конвенції 1982 року. З іншого боку, ЮНКЛОС прогресивно розвиває морське право (*progressive development*). Це означає, що коли було укладено ЮНКЛОС, ці нові положення ще не кодифікували звичаєве міжнародне право, але під час складання документу було вирішено, що з плином певного часу такі положення матимуть статус міжнародно-звичаєвої норми.

Саме так відбулося з 12-мильною широтою територіального моря. З моменту набуття чинності Конвенції ООН з морського права минуло більше двадцяти років, і деякі її положення тепер є частиною міжнародного звичаєвого права. Держави широко дотримуються положень ЮНКЛОС і хоча, як закон, вона не зобов'язує третіх осіб, ті положення, які відображають міжнародне звичаєве право, фактично зобов'язують третіх осіб через їхній звичаєвий характер [94;с.32].

Зі 134 прибережних держав 78 держав установили 12-мильну зону (у тому числі Росія, Польща, Україна, Болгарія, Румунія, Куба, Франція, Іспанія, Португалія та ін.), 5 держав — у 6 миль (у тому числі Греція, Туреччина та ін.), 2 держави — у 4 милі (Норвегія і Фінляндія), 20 держав — 3 милі (у тому числі Великобританія, ФРН, Нідерланди, Данія, Австралія та ін.) [88].

3.2. Заборона використання сили проти цивільних повітряних суден

Звичай незастосування сили проти цивільних літальних апаратів, як правило, стосується використання сили державою проти повітряних суден, зареєстрованих в іншій державі, коли вони перебувають на території або над територією першої.

1 вересня 1983 року радянський винищувач збив авіалайнер (рейс KAL 007), зареєстрований у Республіці Корея. В результаті цього всі 269 людей, що були на борту літака, загинули.

10 травня 1984 р. Асамблея Міжнародної організації цивільної авіації (ІКАО) прийняла Протокол, що стосується змін до Конвенції про міжнародну цивільну авіацію, включивши в Конвенцію про міжнародну цивільну авіацію нове положення, Статтю 3 bis. Отримавши необхідні 102 ратифікації, Протокол набрав чинності 1 жовтня 1998 р. На сьогоднішній день близько 154 держав-членів Конвенції ІКАО ратифікували цей Протокол, включаючи Російську Федерацію, але поки що США утримуються від цього.

10 травня 1984 року до Чиказької конвенції був підписаний Протокол про внесення додаткової Статті 3 bis, яка передбачає, зокрема, що:

“Кожна держава повинна утримуватися від використання зброї проти цивільних літальних апаратів у польоті, і що у випадку перехоплення літаку життя людей, що знаходяться на борту, та безпека повітряного судна не повинні піддаватися небезпеці. Це положення не слід тлумачити як таке, що змінює права та обов'язки держав, що містяться у Статуті Організації Об'єднаних Націй” [19].

Хоча повітряні сили держав мають право перехопити цивільний літак і змусити його приземлитися, вони не повинні застосовувати проти нього зброю, за винятком випадків, зазначених у Статті 3 bis.

Збереження прав та обов'язків держав, викладених у Статуті ООН, означає, що держави в будь-який час мають право застосувати силу з метою самозахисту, що відображено у Статті 51 Статуту ООН. Таким чином, за дійсно

виняткових обставин держава мала б право збити цивільний літак, якщо це був єдиний спосіб уникнути значно більших жертв, за умови, що кількість потенційних та реальних жертв можна передбачити (повинен дотримуватися принцип пропорційності).

Якби 11 вересня 2001 року в уряді США були вагомні підстави вважати, що фактичним наміром викрадачів чотирьох американських авіалайнерів було націлити їх у офісні будівлі, повні людей, можливо, це надало б їм підґрунтя збити ці літаки над менш населеною місцевістю. Дуже ймовірно, що така дія була б законним здійсненням притаманного їм права на самозахист, оскільки таке застосування сили було б пропорційним.

До моменту підписання Протоколу було кілька добре задокументованих випадків, коли зброя застосовувалася проти іноземних цивільних літаків. У 1955 році Болгарія збила ізраїльський авіалайнер, який втрутився в її повітряний простір. Справу було подано до МС ООН, але Суд не знайшов достатніх підстав для встановлення своєї юрисдикції над спором [22]. У 1973 році Ізраїль збив лівійський авіалайнер, який втрутився до повітряного простору окупованого Ізраїлем Синаю. Рада ІКАО жорстко розкритикувала збиття, в результаті чого Ізраїль вибачився та виплатив компенсацію.

Протягом трьох тижнів переговорів з приводу створення Статті 3 bis Конвенції ІКАО, держави відкрито зазначали, що дані положення лише закріплюють вже існуючу звичаєву норму, а не створюють нових прав чи обов'язків для сторін конвенції [55].

Під час переговорів були висунуті пропозиції обмежити сферу дії статті на лише держав-учасниць конвенції. Це було б логічним, оскільки згідно зі Статтею 26 Віденської конвенції про право договорів, положення міжнародного договору є обов'язковими лише для сторін цього договору (для третіх сторін - лише за їх згоди) [101]. Але таке формулювання не увійшло до фінальної версії документу, що свідчить про бажання більшості держав визнати звичаєвий характер норми.

Делегації держав-учасниць хотіли підкреслити, що це положення є декларацією загального міжнародного звичаєвого права і, отже, поширюється на держави, що не підписали конвенцію: “[Це такий] основоположний принцип, який повинен застосовуватися до кожного цивільного повітряного судна незалежно від того, чи є держава реєстру літального апарату учасницею Чиказької конвенції чи ні.”

Також, деякі держави Центральної Америки стверджували, що вони повинні мати право збивати цивільні літальні апарати, що підозрюються у причетності до торгівлі наркотичними засобами та психотропними речовинами. Хоча їх підтримали США, такий виняток було відхилено.

Ще одним підтвердження звичаєвого характеру заборони використання сили проти цивільної авіації є Резолюція Ради Безпеки ООН № 1067 [99], що стосувалася збиття Кубинськими ВПС двох цивільних літаків 24 лютого 1996 року, внаслідок чого загинули чотири особи. Рада засудила використання зброї проти цивільних літальних апаратів у польоті, вважаючи це несумісним з елементарними міркуваннями людяності та нормами звичаєвого міжнародного права, кодифікованими у Статті 3 bis Чиказької конвенції.

З огляду на вищевикладене, робимо висновок, що під час формування звичаєвої норми держави іноді тяжіють до протекціоністського підходу – коли звичаєва норм потенційно може сковувати здатність держави захищати власні інтереси національної безпеки, держави можуть чинити опір формуванню звичаєвої норми. Однак, не дивлячись на це, якщо більша частина держав (а також авторитетні організації) визнають звичаєвий характер норми, вона буде застосовуватися й до держав, що не згодні з цим (за винятком ситуації наполегливого заперечення).

3.3. Заборона катувань, жорстокого, нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження

Стаття 1 Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання надає таке визначення катуванню:

“Це будь-яка дія, якою будь-якій особі навмисне заподіюються сильний біль або страждання, фізичне чи моральне, щоб отримати від неї або від третьої особи відомості чи визнання, покарати її за дії, які вчинила вона або третя особа чи у вчиненні яких вона підозрюється, а також залякати чи примусити її або третю особу, чи з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду, коли такий біль або страждання заподіюються державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди. Водночас дане визначення не включає в себе ті страждання, які можуть бути завдані особі в результаті законного покарання, коли вони є невід’ємними від санкцій або є випадковими” [10].

Оскільки Конвенція ООН проти катувань є одним з найбільш ратифікованих міжнародних договорів (її учасницями є 169 держав), визначення катувань, що міститься в статті 1, набуло широкого визнання та відображає норми звичаєвого міжнародного права.

Заборона застосування катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання є абсолютною як у рамках міжнародних договорів, так і міжнародного звичаєвого права. Вона входить в категорію загальнообов’язкових норм *jus cogens*, які діють в будь-який час, чи то мирний час або ситуаціях збройного конфлікту. Це означає, що цей принцип не допускає відхилень навіть в період надзвичайного стану.

Такий загальноправовий характер є особливо важливим для тих держав, які з різних причин, наприклад, через застосування смертної кари, не ратифікували Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1996 року

або Конвенцію проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання.

Міжнародне гуманітарне право передбачало заборону катувань з самого початку свого існування. Кодекс Лібера 1863 р. у статті 16 стверджує, що військова необхідність не дає підстави для заподіяння катувань, спрямованих на отримання свідчень та зізнань [68], в той час як заборона катувань цивільних окупаційними силами, була, ймовірно, встановлена як норма звичаєвого права щонайменше на момент підписання Гаазьких конвенцій [30;с.203].

“Катування” цивільних осіб і військовополонених були включені в перелік військових злочинів в Статуті Міжнародного кримінального трибуналу в Нюрнберзі [32]. Спільна стаття 3 Женевських конвенцій забороняє “жорстоке поводження і тортури”, “зазіхання на людську гідність, зокрема образливе і принижуюче поводження” щодо цивільних осіб та осіб, що перестали бути комбатантами.

Катування та нелюдське поводження також заборонені конкретними положеннями чотирьох Женевських конвенцій [36][37][38][39]. Крім того, “катування або нелюдське поводження” і “умисне заподіяння сильних страждань або серйозних тілесних ушкоджень або шкоди здоров'ю” є серйозними порушеннями Женевських конвенцій і військовими злочинами відповідно до Статуту Міжнародного кримінального суду [36][37][38][39] [95].

Практикою держав ця норма використовується в якості норми звичаєвого міжнародного права, що застосовується під час як міжнародних, так і не міжнародних збройних конфліктів.

Заборона катування і посягання на людську гідність, зокрема образливого і принизливого поводження, визнається однією з основних гарантій для цивільних осіб і осіб, що перестали бути комбатантами, в Додаткових протоколах I та II [76][77].

Катування, жорстоке поводження і посягання на людську гідність, зокрема образливе і принижуюче звернення, є військовими злочинами під час неміжнародних збройних конфліктів відповідно до Статуту Міжнародного

кримінального суду, Статутів Міжнародного кримінального трибуналу по Руанді і Спеціального суду по Сьєрра-Леоне [95] [86].

Заборона катування, жорстокого і нелюдського поводження та посягання на людську гідність міститься в багатьох військових статутах і настановах [29] [44] [51], підтверджується внутрішньодержавним прецедентним правом [90] [91] [27], а також рішеннями міжнародних судів і трибуналів [69] [70] [89]. Вона також підкріплюється офіційними заявами представників держав та іншою практикою [74;с.2][97].

Прецедентне право Міжнародного кримінального трибуналу по колишній Югославії в справі Фурунджія і Кунараца також свідчить про те, що заборона катувань є нормою звичаєвого права під час як міжнародних, так і неміжнародних збройних конфліктів [49] [64].

Застосування катувань, жорстоке або нелюдське поводження, будь то під час міжнародних або неміжнародних збройних конфліктів, незмінно засуджувалося Радою Безпеки ООН, ГА ООН і Комісією ООН з прав людини, а також регіональними організаціями та Міжнародними конференціями Червоного Хреста і Червоного Півмісяця [78] [98] [100].

У сфері міжнародного гуманітарного права, зокрема у формуванні та формулюванні звичаєвого права, велику роль відіграє МКЧХ. У базі даних комітету міститься перелік зі 161 звичаєвої норми міжнародного гуманітарного права. Однією з них є Норма 90, яка забороняє катування, жорстоке або нелюдське поводження і посягання на людську гідність, зокрема образливе та принизливе поводження [80]. База даних МКЧХ є надзвичайно важливим інструментом для аналізу формування міжнародних звичаєвих норм. Вона містить детальний опис звичаєвих норм, їх тлумачення, надає велику кількість практики (як держав, так і міжнародних установ та організацій).

Заборона катувань і жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання можна знайти в загальних договорах з прав людини, а також в спеціальних договорах, які призначені для запобігання і

покарання подібних дій [40] [56]. Згідно з цими документами, ухилятися від даної заборони не дозволяється.

З огляду на вищевикладене, можна дійти висновку, що заборона катувань є одним з найкращих прикладів для розгляду формування міжнародного звичаю: він є загальнообов'язковим, наразі міститься велика кількість загальної практики та випадків визнання державами її обов'язковості.

Висновок до розділу 3

Формування кожної окремої норми міжнародного звичаєвого права обумовлюється особливостями міжнародно-правових відносин, що мали місце навколо такої норми. Деякі звичаї були сприйняті майже всіма державами як загальнообов'язкові, відповідні норми були включені до їх законодавств, закріплені в міжнародних договорах тощо. Як приклад – заборона катувань, жорстокого, нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження. Ця норма була настільки визнаною загальнообов'язковою, що набула характеру *jus cogens*. Це означає, що відхилення від цієї норми не допускаються ні в якому разі (навіть в часи воєнного конфлікту або надзвичайного стану).

Інші норми, хоча й визнаються необхідними, їх сфера дії може стати приводом дискусій. Заборона використання сили проти цивільних повітряних суден була закріплена в міжнародних договорах, визнана такою, що відображає міжнародний звичай. *Travaux preparatoire* міжнародного договору з аналогічною до звичаєвої нормою, можуть надавати корисні подробиці щодо ставлення держав до загальнообов'язковості відповідних норм. Однак, через її перетинання часом з інтересами національної безпеки (зокрема, у випадках використання цивільних суден для вчинення терористичних актів), деякі держави вважають таку норму суто договірною, а не такою, що відображає загальне міжнародне право.

На прикладі звичаю встановлення ширини територіальних вод можемо прослідкувати інші складнощі, що можуть виникати під час формування норм звичаєвого права. У XVIII ст. був сформований звичай, згідно з яким ширина

територіальних вод становила дальність пострілу берегової зброї. Практика держав щодо встановлення межі територіального моря значно різнилась (від трьох до 200 морських миль), тому довгий час країни не могли дійти згоди з цього питання – було проведено велику кількість конференцій з відповідних питань, але безуспішно. Важливим кроком стало підписання ЮНКЛОС, у якій прописано, що держави можуть встановлювати межу територіального моря не далі, ніж 12 морських миль від берегових ліній. Сьогодні це положення вважається таким, що відображає норму міжнародного звичаєвого права.

ВИСНОВКИ

Враховуючи вищевикладений матеріал приходимо до наступних висновків:

1. Аналізуючи початкові етапи застосування міжнародного звичаєвого права, робимо висновок про те, що воно регулювало міжсуспільні відносини ще з часів давнини, коли поняття держави, в сучасному його розумінні, ще не було.

Міжнародні звичаї регулювали певні аспекти життя, зокрема, укладання формального миру як наслідок закінчення війни, повагу до релігійних сповідань представників інших племен (що також розповсюджувалася на святі місця), захист глашатаїв, які виконували функції послів, покарання та протидія злочинам (принцип “око за око, зуб за зуб”).

Дотримання звичаєвих норм багато в чому брало своє коріння у віросповіданнях народів – за їхніми переконаннями, порушення звичаєвої норми створювало загрозу божественного покарання. Міжнародне звичаєве право в епоху стародавнього світу не було примітивним. Воно доволі детально регламентувало міжнародні відносини, а самі норми поведінки були в цілому загальновідомими серед суб'єктів, яких вони стосувались.

Як результат, зокрема, бачимо, що деякі сучасні звичаєві норми (наприклад, стосовно дипломатичного імунітету) зародилися ще в стародавньому світі.

2. Було проаналізовано особливості розвитку уявлень про міжнародний звичай в епоху Середньовіччя. Робимо висновок, що на Європейському континенті в поглядах вчених не було єдиного підходу стосовно розуміння поняття звичаю.

До загальних рис звичаєвого права того періоду можна віднести такі: формування звичаю керувалось різними геоісторичними та етнографічними підходами; звичаї прив'язалися до відповідних їм географічних територій та залежали від плину часу, тобто мали здатність “старіти”; звичай залежав від

людської “волі” й “інтересу”, що також сприяло мінливості; система звичаїв потребувала охорони представниками суспільства – “мудрецьми”.

Також робимо висновок про те, що Європейське звичаєве право Середніх віків перебувало під значним впливом римської правової традиції. Однак, прямого наслідування джерелам римського права не відбувалося. В період Середньовіччя все ще значним є вплив релігії на дію міжнародного звичаєвого права.

Декрет Граціана (XII ст.) визначає звичай як правило, що було сформовано за відсутності писаної норми щодо суспільних відносин, які мали би бути врегульовані. З цього виходить, що в період Середньовіччя з’являються перші доктринальні уявлення про міжнародне звичаєве право.

3. Дослідивши подальшу еволюцію поняття міжнародно-правового звичаю, робимо висновок, що з закінченням Середньовіччя меншає роль релігійної догматики, а необмежений суверенітет певних більш розвинених держав виходить на перший план. У XIX ст. звичай набуває серед фахівців широкого визнання як основне та самостійне джерело міжнародного права, головне завдання якого – регулювання відносин між державами.

Після створення ООН та подальшого укладання великої кількості міжнародних договорів, у колі вчених міжнародного права почали виникати дискусії щодо подальшої актуальності звичаєвого права. Не дивлячись на це, більшість науковців все ж таки вказують на актуальність звичаю, зазначаючи гнучкість розробки, коригування та адаптації міжнародно-правових норм порівняно з договірними, а також універсальність його дії.

У Статті 38 Статуту МС ООН було закріплено визначення звичаю – свідок загальної практики, що була визнаною юридично обов’язковою. З даного визначення робимо висновок про складові елементи міжнародного звичаю: загальна практика та визнання її юридично обов’язковою. Хоча обидва компоненти є необхідними для формування звичаєвої норми, їх роль та співвідношення досі є приводом для суперечок серед вчених.

4. До суб'єктів загальної практики зазвичай відносяться держави та міжнародні міжурядові організації. Діяльність інших суб'єктів міжнародного публічного права – транскордонних корпорацій, неурядових організацій, недержавних збройних формувань, приватних осіб та ін. – не є такою, що безпосередньо творить або виражає норми міжнародного звичаєвого права. Не дивлячись на це, зазначаємо, що така практика може мати опосередковану роль у формуванні звичаєвих норм міжнародного права, стимулюючи або фіксуючи практику та визнання її законом.

5. Проаналізувавши практику держав, що може брати участь у формуванні норм звичаєвого права, бачимо, що вона охоплює фізичні та вербальні дії, а іноді навіть бездіяльність. До державної практики зазвичай відносять: дипломатичні акти та листування; дії, вчинені у зв'язку з резолюціями, прийнятими міжнародною організацією або на міжурядовій конференції; поведінку, пов'язану з договорами; дії виконавчої влади держав; законодавчі та адміністративні акти; та практику національних судів. Бездіяльність може вважатися такою практикою, коли держава усвідомлює свою бездіяльність та її наслідки.

6. Дослідивши характеристики, притаманні загальній практиці, робимо висновок, що до критеріїв такої практики відносять: послідовність – практика держав, що приймають участь у формуванні норми, має бути однаковою або схожою, задля формування універсальної моделі поведінки; тривалість – практика має відбуватись протягом певного періоду часу, необхідного для формування звичаєвої норми; а також розповсюдженість та репрезентативність – достатня кількість держав має взяти участь у формуванні звичаєвої норми, особливо ті, чиї інтереси безпосередньо залежать від даної норми.

Дослідили, що партикулярний звичай може мати місце, коли є обмежена група держав, об'єднана певним інтересом, спільним географічним розташуванням тощо. Роль тривалості не є визначеною, але нехтувати даним

елементом не можна. З огляду на це робимо висновок про неможливість існування миттєвого звичаю.

7. Особливість суб'єктивного елемента звичаю полягає в тому, що він апелює до позиції держави, її ставлення до об'єктивного факту. У доктрині міжнародного права визначення суб'єктивного елемента є приводом багатьох дискусій, зокрема, чим обумовлюється визнання державою обов'язковості – вірою, волею чи згодою та ін. На сьогоднішній день роль суб'єктивного елемента виходить на перший план, що обумовлює можливість прискореного формування звичаєвих норм.

8. До способів, якими держави можуть визнавати певну поведінку такою, що вимагається законом, належать: дипломатичні листування; рішення національних судів; договірні положення; дії, пов'язані з резолюціями, прийнятими міжнародною організацією або на міжурядовій конференції. Найбільш цінним в цьому аспекті засобом визнання є публічні заяви уповноважених представників держав, оскільки такі заяви зазвичай найточніше висловлюють ставлення держави до тієї чи іншої практики.

Відсутність реакції на практику також може відображати *opinio juris*, за умови, що ситуація потребувала якоїсь реакції, а держава мала змогу відреагувати.

9. Загальнообов'язкова норма звичаєвого права може не мати зобов'язувальної сили стосовно держави, якщо вона інтенсивно заперечувала існування або застосування до себе відповідного звичаю. Для цього держава повинна з самого початку формування звичаю не погоджуватися з застосуванням відповідної норми у відносинах з її участю. В іншому випадку, подібне заперечення буде вважатися порушенням принципу естопеля.

10. Досліджено історію формування звичаю, що встановлює ширину територіальних вод держави. На прикладі цієї норми бачимо труднощі, що виникають під час формування звичаю. У минулому практика держав щодо встановлення межі територіального моря значно різнилась (від трьох до 200 морських миль), тому довгий час країни не могли дійти згоди з цього питання.

Важливим кроком стало підписання ЮНКЛОС, у якій прописано, що держави можуть встановлювати межу територіального моря не далі, ніж 12 морських миль від берегових ліній. Сьогодні це положення вважається таким, що відображає норму міжнародного звичаєвого права.

11. Проаналізовано формування заборони використання сили проти цивільних повітряних суден. Ця норма була приводом дискусій через небажання деяких держав визнавати її загальну обов'язковість через суперечність з інтересами національної безпеки. Ця норма не виключає, зокрема, використання права на самооборону (з дотриманням принципу пропорційності), що посприяло її закріпленню в Конвенції ІКАО та визнанню в багатьох випадках нормою звичаєвого права.

12. Було проаналізовано міжнародний звичай, що забороняє катування, жорстоке, нелюдське та таке, що принижує гідність, поводження. Даний звичай міжнародного права є одним з прикладів найбільш загального визнання. Заборона катувань містяться ще у Кодексі Лібера 1863 р., а Конвенція ООН проти катувань є одним з найбільш ратифікованих договорів – на сьогодні її учасницями є 169 держав світу. Відповідні положення було імплементовано у внутрішні законодавства держав, вони містяться у багатьох інших міжнародних договорах. Велика кількість національних і міжнародних судів та трибуналів засудили катування як таке, що порушує норму міжнародного звичаєвого права.

Враховуючи вищевикладений матеріал, відповідні результати дослідження, здійснено загальну характеристику формування звичаю в міжнародному публічному праві; встановлено еволюцію застосування міжнародного звичаю; досліджено компоненти звичаю та встановлено їх роль у формуванні звичаєвої норми; досліджено формування конкретних норм міжнародного звичаєвого права.

Сформульовані висновки можуть використовуватися для підготовки наукових робіт, кваліфікаційних, магістерських робіт з відповідних суміжних тем, застосовуватися для поглиблення своїх знань у міжнародному публічному

праві. Окрім цього наведені особливості формування та ідентифікації міжнародного звичаю можуть застосовуватися під час провадження практичної діяльності у сфері міжнародного правосуддя.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Алексидзе, Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens* / Л. А. Алексидзе // Тбилиси : Изд-во Тбилис. ун-та, 1982. – С. 406.
2. Блюнчли, И. Современное международное право цивилизованных государств, изложенное в виде кодекса: монография / И. Блюнчли ; пер. со 2-го нем. изд. В. Ульяницкого и А. Лодыженского ; под ред. гр. Л. Камаровского // М. : Тип. К. Индриха, 1876. – С. 634.
3. Броунли, Я. Международное право: в 2 кн. / Я. Броунли // М. : Прогресс, 1977. – С. 507.
4. Буткевич, В. Г. Декрет Грациана: кодифікація, що поєднала дві формації і чотири системи права / В. Г. Буткевич // Укр. часоп. міжнар. права. – 2001. – № 1 – С. 3-11.
5. Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича // К. : Либідь, 2002. – С. 608.
6. Буткевич, О. В. У истоков международного права / О. В. Буткевич // СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. – С. 881.
7. Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве / Даниленко Г.М.; Отв. ред.: Мовчан А.П // М.: Наука, 1988. – С. 192.
8. Колосов Ю.М., Кузнецов В.И. Международное право, уч., / Ю.М. Колосов, В.И. Кузнецова, // М.: Международные отношения, 2005, - С. 24.
9. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження та покарання від 10 грудня 1984 р. [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_085
10. Левин, Д. Б. Дипломатический иммунитет / Д. Б. Левин // М.-Л. : Изд-во Акад. наук СССР, 1949. – С. 414.
11. Лукашук, И. И. Международное право. Общая часть: учеб. для студ. юрид. ф-тов и вузов / И. И. Лукашук ; Рос. акад. наук ; Ин-т государства и права ;

Академ. прав. ун-т. – 3-е изд., перераб. и доп // М. : Волтерс Клувер, 2007. – С. 764.

12. Лукашук, И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе / И. И. Лукашук // – М. : Спарк, 1997. – С. 489.

13. Маланчук, П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом / П. Маланчук; пер. з англ. // Х. : Консум, 2000. – С. 592.

14. Малишева, Н. Р. Нариси з космічного права / Н. Р. Малишева // К. : Алерта, 2010. – С. 356.

15. Международное право: учебник / отв. ред. В. И. Кузнецов // М. : Юристъ, 2001. – С. 544.

16. Міжнародне право: навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського // К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 623.

17. Міжнародне публічне право / В. М. Репецький та ін.; за ред. проф. В. М. Репецького // К. : Знання, 2012. – С. 437.

18. Нгуен Куок Динь Международное публичное право : пер. с фр.: [в 2 т.] / Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пеле : пер. с фр // Киев : Сфера, 2000. – С. 440.

19. Протокол, що стосується зміни Конвенції про міжнародну цивільну авіацію від 1974 р. [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_085https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_423.

20. Сахаров, А. Н. Дипломатия древней Руси: IX – первая половина X в. / А. Н. Сахаров // М. : Мысль, 1980. – С. 358.

21. Теліпко В. Е., Овчаренко А. С. Міжнародне публічне право: Навч. посіб. / За заг. ред. Теліпко В. Е. // К.: Центр учбової літератури, 2010. — С. 608.

22. Aerial Incident of 27 July 1955 (United States of America v. Bulgaria), Preliminary Objections, I.C.J. 1959 P. 36. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/36/10996.pdf>.

23. Ago R. Fifth Report on State Responsibility - The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility [UN Doc A/CN.4/291], 1976

[Electronic resource]. Access mode:
https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_291.pdf.

24. Akehurst M. Custom as a Source of International Law / M. Akerhurst // *British Yearbook of International Law*, Volume 47, Issue 1, 1975, - P. 1–53.

25. *Arbitral Award Made by the King of Spain (Honduras v. Nicaragua)*. I.C.J. 1906. P. 30 <https://www.icj-cij.org/files/case-related/39/039-19601118-JUD-01-00-EN.pdf>.

26. Bezemer, K. *French Customs in the Commentaries of Jacques de Revigny* / K. Bezemer // *The Legal History Review*. – Vol. LXII, № 2. – 1994. – P. 81-112.

27. *Brocklebank case*, Canada, Court Martial Appeal Court, 1996. [Electronic resource]. Access mode: <https://casebook.icrc.org/case-study/canada-r-v-brocklebank>.

28. *Bynkershoek C. De Dominio Maris Dissertatio* / C. Bynkershoek // trans. RVD Magoffin and ed. J. B. Scott, New York: Oxford University Press, 1923. – P. 25

29. *Canada's Law of Armed Conflict Manual (2001)*, B-GJ-005-104/FP-021. [Electronic resource]. Access mode: https://www.fichl.org/fileadmin/_migrated/content_uploads/Canadian_LOAC_Manual_2001_English.pdf.

30. Cassese A. *The Martens Clause: Half a Loaf or simply a Pie in the Sky?* / A. Casse // *European Journal of International Law*, Volume 11, Issue 1, 2000. - P. 187–216.

31. Cassese, A. *International Law* / A. Cassese // 2nd ed. – New York, U.S.A. : Oxford University Press Inc., 2005. – P. 558.

32. *Charter of the International Military Tribunal – Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis*, 1945, [Electronic resource]. Access mode: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf.

33. Cheng B. *United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?* / B. Cheng // *Indian Journal of International Law*, M.K. Nawaz for the Indian Society of International Law, New Delhi, 1965, - P. 23-112.

34. Colombian-Peruvian Asylum case (Colombia v. Peru). I.C.J. 1950, P. 27. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf>.

35. Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, P. 49. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-EN.pdf>.

36. Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949. [Electronic resource]. Access mode: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=4825657B0C7E6BF0C12563CD002D6B0B&action=openDocument>.

37. Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva, 12 August 1949. [Electronic resource]. Access mode: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=2F5AA9B07AB61934C12563CD002D6B25&action=openDocument>.

38. Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949. [Electronic resource]. Access mode: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=77CB9983BE01D004C12563CD002D6B3E&action=openDocument>

39. Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949. [Electronic resource]. Access mode: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=AE2D398352C5B028C12563CD002D6B5C&action=openDocument>.

40. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950. [Electronic resource]. Access mode: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

41. D'Amato, A. *The Concept of Custom in International Law* / A. D'Amato // Cornell University Press : Ithaca, New York, 1971, - P. 60–1.

42. D'Amato A. *The Concept of Special Custom in International Law* / A. D'Amato // *American Journal of International Law*, Cambridge University Press, Vol. 63, 1969, - P. - 211-223.

43. Degan V., Sources of International Law / V. Degan // Martinus Nijhoff Publishers, 1997, - P. 564.

44. Denmark's Directive on the Ban on Torture, 2008. [Electronic resource].
Access mode: FKODIR 005-1 2008-09
<https://www.ft.dk/samling/20171/beslutningsforslag/b50/spm/7/svar/1456989/1842718.pdf>.

45. Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), I.C.J., 2009, P. 63. [Electronic resource]. Access mode:
<https://www.icj-cij.org/files/case-related/133/133-20090713-JUD-01-00-EN.pdf>.

46. Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, Yearbook of the International Law Commission, 2018, vol. II, Part Two, P. 117-156. [Electronic resource]. Access mode:
https://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/a_73_10_advance.pdf.

47. Fisheries case (United Kingdom v. Norway). I.C.J. 1951. P. 32. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf>.

48. Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali). I.C.J. 1986, P. 101. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/69/069-19861222-JUD-01-00-EN.pdf>.

49. Furundžija case, ICTY, Judgement, IT-95-17/1-T, 1998, P. 122. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>.

50. Garwood-Gowers, A. Self-Defence Against Terrorism in the Post-9/11 World / A. Garwood-Gowers // Queensland University of Technology Law and Justice Journal. – 2004. – Vol. 4, № 2. – [Electronic resource]. Access mode: <https://lr.law.qut.edu.au/article/view/200/194>.

51. Germany's Humanitarian Law in Armed Conflicts Manual, DSK VV207320067. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.bmvg.de/resource/blob/93612/f16edcd7b796ff3b43b239039cfcc8d1/b-02->

02-10-download-handbuch-humanitaeres-voelkerrecht-in-bewaffneten-konflikten-data.pdf.

52. Henkin L. International Law: Politics and Values / L. Henkin // The Netherlands: Kluwer Academics Publishers, 1995, - P. 392.

53. Higgins R. Problems and Process - International Law and How We Use It / R. Higgins // Clarendon Press, 1995, - P. 302.

54. Hoof G. J. Rethinking the Sources of International Law / G. J. Hoof // Cambridge University Press, 1983, - P. 322.

55. ICAO Assembly 25th Session (Extraordinary), Executive Committee: Report, Minutes and Documents, ICAO Doc. 9438, A25-EX/4, 1984. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icao.int/Meetings/AMC/Pages/Archived-Assembly.aspx?Assembly=a25>.

56. Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, 1985. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-51.html>.

57. Interpretation of the Air Transport Services Agreement Between the United States of America and Italy, Advisory Opinion, Arbitral Tribunal, Sales No. E/F.69.V.1. 1965 P. 35. [Electronic resource]. Access mode: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XVI/75-108.pdf.

58. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, P. 61. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>.

59. Kammerhofer, J. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems / J. Kammerhofer // European Journal of International Law. – 2004. – Vol. 15, № 3. – P. 523-553.

60. Kelley, D. R. The Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition / D. R. Kelley // Harvard University Press, printed in the U.S.A., 1990. – P. 358.

61. Kelsen H. Principles of International Law / H. Kelsen // The Lawbook Exchange, Ltd., 1952, - P. 480.

62. Kraftwerk Reckingen AG v. Canton of Zurich and others. Appeal Judgment, Federal Supreme Court of Switzerland, 2002. [Electronic resource]. Access mode: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ildc/346ch02.case.1/law-ildc-346ch02>.

63. Krivokapić Boris, On The Issue Of So-Called 'Instant' Customs In International Law, *Acta Universitatis Danubius. Administratio*, Vol 9, No 1, 2017. [Electronic resource]. Access mode: <http://journals.univ-danubius.ro/index.php/administratio/article/view/4398/4351>.

64. Kunarac case, ICTY, Judgement on Appeal, 2002, P. 144. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>.

65. Langille, B. It's "Instant Custom": How the Bush Doctrine Became Law After the Terrorist Attacks of September 11, 2001 / B. Langille // *Boston College International & Comparative Law Review*. – 2003. – Vol. 26, № 1. – P. 145-156

66. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory opinion, I.C.J. 1996 P. 45. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>.

67. Lesaffer, R. Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription / R. Lesaffer // *European Journal of International Law*. – 2005. – Vol. 16, № 1. – P. 25.

68. Lieber F. Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, 1863. [Electronic resource]. Access mode: https://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp#art16.

69. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). I.C.J. 1986. P. 140. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>.

70. Mrksić case, Initial Indictment, 1995. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icty.org/x/cases/mrksic/ind/en/mrk-ii951107e.pdf>.

71. Müllerson, R. The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law / R. Müllerson, ed. by Karel Wellens // The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers. 1998, – P. 161-178.

72. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Dissenting Opinion of Judge Tanaka, I.C.J. 1069. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-08-EN.pdf>.

73. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands). I.C.J. 1969. P. 57. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>

74. Note to the International Committee of the Red Cross, Egypt, UN Doc. S/8064, 1967, P. 3.

75. Nottebohm Case (second phase) (Liechtenstein v. Guatemala), Judgment of 6 April, 1955, I.C.J. Reports 1955, P. 27. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>.

76. Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I), [Electronic resource]. Access mode: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201125/volume-1125-I-17512-English.pdf>.

77. Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts (Protocol II), [Electronic resource]. Access mode: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201125/volume-1125-I-17513-English.pdf>.

78. Resolution XIV, 23d International Conference of the Red Cross. Torture. 1977. [Electronic resource]. Access mode: P. 521-522 https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC_Dec-1977.pdf.

79. Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India). I.C.J. 1960, P. 44. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf>.

80. Rule 90. Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, Customary IHL, International Committee of the Red Cross Database, [Electronic resource]. Access mode: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter32_rule90.

81. Shaw M. *International Law (3rd Edition)* / M. Shaw // Cambridge University Press, 1991. – P. 1710.

82. Shearer, I. A. *Starke's International Law* / I. A. Shearer // 11th Edition. – London, UK : Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1994. – P. 629.

83. *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, I.C.J. 2008, P. 94 [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/130/130-20080523-JUD-01-00-EN.pdf>.

84. *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, International Law Association, Final Report of the Committee. 2000. P. 66. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf>.

85. *Statute of the International Court of Justice*, 1945, Art. 38. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/en/statute>.

86. *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 1994. [Electronic resource]. Access mode: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf.

87. *Statute of the Special Court for Sierra Leone*, 2002. [Electronic resource]. Access mode: <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>.

88. *Table of claims to maritime jurisdiction (as at 15 July 2011)*. Office of Legal Affairs of the United Nations. P. 19. [Electronic resource]. Access mode: https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/table_summary_of_claims.pdf.

89. *Tadić case*, ICTY, Second Amended Indictment, 1995. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/ind/en/tad-2ai951214e.pdf>.

90. *Takashi Sakai case*, China, War Crimes Military Tribunal of the Ministry of National Defence at Nanking, 1946. [Electronic resource]. Access mode: http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1946.08.29_China_v_Sakai.pdf.

91. *Tanaka Chuichi case*, Australia, Military Court at Rabaul, 1946. [Electronic resource]. Access mode: http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1946.07.12_Australia_v_Chuichi.pdf

92. Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand). I.C.J. 1962. P. 36. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/45/045-19620615-JUD-01-00-EN.pdf>.

93. The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey), P.C.I.J., Series A, No. 10, 1927, P. 61. [Electronic resource]. Access mode: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf.

94. The IMLI Manual on International Maritime Law: The Law of the Sea / David Joseph Attard, Malgosia Fitzmaurice, M. Fitzmaurice, Norman A. Martínez Gutiérrez // Oxford University Press, 2014. – P. 800.

95. The Rome Statute of the International Criminal Court, 1998. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>.

96. Tunkin G. Theory of International Law by Tunkin, Grigoriï Ivanovich / G. Tunkin // Harvard University Press, 1974. - P. 497.

97. Third periodic report to the Human Rights Committee, Azerbaijan, CCPR/C/AZE/3, 2007, P. 91. [Electronic resource]. Access mode: <https://www.refworld.org/publisher,HRC,,AZE,4885cf897,0.html>.

98. United Nations General Assembly Resolution 2547 (XXIV), 1969, P. 3. [Electronic resource]. Access mode: [https://undocs.org/en/A/RES/2547\(XXIV\)](https://undocs.org/en/A/RES/2547(XXIV)).

99. United Nations Security Council Resolution 1067 (1996) on the Shooting Down of Two Civil Aircraft on 24 February 1996, United Nations Security Council, 1996. [Electronic resource]. Access mode: <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1067>.

100. United Nations Security Council Resolution 674, 1990, P. 3. [Electronic resource]. Access mode: <http://unscr.com/en/resolutions/doc/674>.

101. United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, 1969. [Electronic resource]. Access mode: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>.

102. Ure v. The Commonwealth of Australia, FCAFC, 2016. [Electronic resource]. Access mode: <https://jade.io/article/445838>.
103. Walden, R. M. The Subjective Element in the Formation of Customary International Law / R. M. Walden // Israel Law Review. – Vol. 12, № 3. – 1977. – P. 344-364.
104. Ways And Means For Making The Evidence Of Customary International Law More Readily Available, Yearbook of the International Law Commission, 1950, P. 367-373. [Electronic resource]. Access mode: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf.
105. Wolf S. Territorial Sea, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009. [Electronic resource]. Access mode: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1229?rskey=az6pUf&result=2&prd=OPIL>.
106. Wolfgang G. The Changing Structure of International Law by Friedmann / G. Wolfgang // University Presses of California, Columbia and Princeton, 1964, - P. 410.
107. Wood M. Second Report on Identification of Customary International Law, UNDOC A/CN.4/672, P. 74. [Electronic resource]. Access mode: <https://undocs.org/A/CN.4/672>.
108. Yearbook of the International Law Commission, Vol. II 1956, P. 312. [Electronic resource]. Access mode: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1956_v2.pdf.
109. 2 BvR 1506/03, German Federal Constitutional Court, 2003. [Electronic resource]. Access mode: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2003/11/rs20031105_2bvr150603en.html.