

О. Нігрєва,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри загальноправових дисциплін та міжнародного права
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова

ПРАВОТВОРЧІСТЬ У КОНТЕКСТІ ДЖЕРЕЛ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Попри величезну значимість міжнародного права для врегулювання міжнародних відносин, у XXI сторіччі саме воно залишається однією з найбільш нестабільних правових систем, якій властива величезна кількість проблемних запитань як теоретичного, так і практичного характеру. Міжнародна правотворчість становить саме ту сферу, якій бракує визначеності й хоча б базисного нормативного-правового регулювання в міжнародних актах. Це спричиняє необхідність подальших наукових досліджень зазначеної проблематики. Одним із цікавих аспектів міжнародного правотворчого процесу, який викликає питання, є його прояв у контексті джерел міжнародного права, адже їхні особливості суттєво впливають на нормотворення. Водночас власне тема джерел міжнародного права є проблематичною, враховуючи невизначеність концепції джерела міжнародного права та суперечливість переліку цих явищ. Подібні міркування обумовлюють актуальність теми статті, метою якої є розгляд особливостей правотворчості в розрізі як класичних джерел міжнародного права, так і більш нових юридичних конструкцій, наділених їхніми рисами.

Спеціальним дослідженням питань міжнародної правотворчості присвячено мало наукових праць. Зокрема, цієї проблематики торкалися у своїх роботах такі вчені, як І.І. Лукашук, В.Г. Буткевич, В.В. Мицик, О.В. Задорожній, К.А. Бекашев, Н.Д. Тазієв, Ю.О. Ти-

хомиров, Г.І. Тункін, Ю.В. Ничка, А. Бойль, К. Чінкін, Дж. Паувелен, Р. Вессель, Я. Вутерс та інші.

Розглядаючи концепцію правотворчості в контексті джерел міжнародного права, неминуче стикаємося з іншою проблемою теорії й практики міжнародного права: визначення системи його джерел. Питання джерельності в праві є складним як для міжнародного, так і для національного права. Водночас воно є дуже важливим, оскільки дозволяє визначити, у яких саме формах можуть існувати норми права, а отже - і спосіб та суб'єктів їх творення.

Не звертаючись до наукових дискусій щодо питання визначення терміна «джерело права», маємо, однак, зазначити, що в межах статті йтиметься саме про джерела міжнародного права в їх формально-юридичному розумінні, оминаючи питання матеріальних та ідеальних джерел правових норм.

Питання системи джерел міжнародного права є дискусійним, оскільки міжнародному нормативно-правовому полю, на жаль, бракує документа, який чітко визначав би джерела міжнародного права. Класичний вітчизняний науковий підхід вимагає визнавати джерелами міжнародного права міжнародний договір та міжнародний звичай. Однак сучасна міжнародно-правова наукова доктрина вже давно вийшла за межі джерельності міжнародного права та наділяє рисами джерела права найрізноманітніші форми вираження міжнародних норм.

Безперечно, розгляд концепту правотворчості був би неповним без його вивчення в контексті різних поглядів на джерела міжнародного права. Однак перш ніж звернутися до сучасних підходів до цього питання, вважаємо за необхідне зупинитися на міжнародній договірній і звичайній правотворчості.

Міжнародний договір є наразі основним і найбільш поширеним джерелом міжнародного права. У ХХ сторіччі, у період так званого «буму» міжнародних договорів, деякі вчені пророкували йому виключну роль у врегулюванні міжнародних відносин, посилаючись на те, що інше традиційне джерело міжнародного права — міжнародний звичай - віджило себе та в близькому майбутньому начебто повинне зникнути зовсім. Однак практика міжнародних відносин довела протилежне: міжнародний договір, незважаючи на всі переваги, не зміг замінити собою міжнародний звичай і впоратися з урегулюванням усього масиву міжнародних відносин. Причини цієї невдачі полягають саме в процесі його укладення, тобто в специфіці міжнародної договірної правотворчості.

Міжнародна договірна, як і будь-яка інша, правотворчість базується на принципі вільного волевиявлення сторін договору. Наслідком порушення цього принципу є недійсність договору, що підтвержене в ст. ст. 51, 52 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. Як наслідок, примусити суверенну державу чи будь-якого іншого суб'єкта міжнародного права до укладення міжнародного договору є неможливим. Наразі це призвело до того, що провідні країни світу, зокрема США, взагалі не підписують чималу кількість конвенцій, пояснюючи це захистом державних інтересів та труднощами в дотриманні цих конвенцій: «Перед тим, як прийняти міжнародні зобов'язання, ми дуже уважно розмірковуємо над тим, що вони тягнуть за собою, саме через те, що ми дуже серйозно приймаємо ті зобов'язання, які виконуємо» [1]. Як здається, часто за

неприсяданням до тієї чи іншої конвенції стоять не лише перешкоди у виконанні його зобов'язань, а й банальне небажання створювати для себе чіткі обов'язки та правила гри.

Як би то не було, міжнародний договір є важливим регулятором міжнародних відносин. Звертаючись до окремих аспектів його укладення, бажаємо зосередитись на етапах і суб'єктах міжнародної договірної правотворчості.

На наш погляд, надати характеристику цих аспектів неможливо без чіткого визначення міжнародної правотворчості. Не зупиняючись довго на цьому вкрай дискусійному питанні, маємо зауважити, що необхідно розрізняти міжнародну нормотворчість. Крім того, навіть у межах утворення саме норм міжнародного права можна говорити про більш вузьке та більш широке розуміння правотворчості [2, с. 156-159].

Виходячи із цього посилання, спробуємо надати загальну характеристику саме міжнародній договірній правотворчості, залишаючи поза увагою етапи доправового, нормативного формування. Розуміючи процес утворення міжнародних договірних норм у найбільш широкому сенсі, можна виокремлювати щонайменше два основні етапи творення його норм: етап формулювання самої норми та етап надання їй юридичної сили. Зауважимо, що не слід плутати стадійність укладення міжнародного договору та етапність формування його норм. Їх кількість суттєво різниться, оскільки одному етапу формування норм можуть відповідати декілька стадій укладення договору. Так, наприклад, формування норм міжнародного договору може відбуватися протягом таких стадій, як підготовка, розроблення, узгодження й прийняття тексту договору та встановлення автентичності його тексту.

У більш вузькому розумінні правотворчості як процесу надання неправовим міжнародним нормам юридичної обов'язковості міжнародна договірна правотворчість може зводитися до од

ного етапу, а саме до етапу вираження згоди на обов'язковість міжнародних договірних норм, що в контексті стадій укладення міжнародного договору відбувається на етапах підписання, обміну документами, ратифікації, затвердження або приєднання. У випадку багатосторонніх угод мова йде, як правило, про дві основні стадії: підписання та ратифікацію (або аналогічні процедури).

Що ж до суб'єктів міжнародної договірної правотворчості, то їх коло також безпосередньо залежить від розуміння міжнародної правотворчості. Якщо говорити про правотворчість у широкому сенсі, то коло суб'єктів значно зростатиме, адже в процесі формування норм можуть брати участь не лише однозначно визнані суб'єкти міжнародного права — держави та міжнародні міжурядові організації, а й інші актори, чия міжнародна правосуб'єктність викликає широкі дискусії, наприклад, міжнародні неурядові організації, наукові інституції, навіть окремі авторитетні вчені в галузі міжнародного права. Якщо ж звужувати поняття міжнародної правотворчості, то логічним є також звуження кола її суб'єктів до держав і міжнародних міжурядових організацій. Хоча деякі представники західної науки міжнародного права мають дещо інші погляди щодо цього питання, про що йтиметься далі.

Як уже було зазначено, іншим джерелом міжнародного права, яке не втратило свого значення протягом багатьох століть, є міжнародний звичай. Якщо процес укладення й виконання міжнародного договору, а також інші пов'язані з ним міжнародні відносини є більш-менш врегульованими, то утворення й застосування міжнародного звичаю викликає в науці та практиці міжнародного права набагато більше запитань. Найскладніші з них стосуються саме міжнародної звичасвої правотворчості, оскільки досі немає чітких відповідей ані щодо часу, потрібного для утворення міжнародного звичаю, ані щодо форм вираження так званого *opinio juris*, ані щодо суб'єктів такої правотворчості тощо. Не вдаючись до

грунтовного аналізу наведених питань, маємо зазначити, що в класичному розумінні норми міжнародних звичаїв також мають проходити два основні етапи свого формування, щоб отримати силу юридично обов'язкового правила поведінки в міжнародних відносинах.

На першому етапі відбувається формування самого правила поведінки, тобто норми, яка, однак, ще не має статусу правової. Це так званий «об'єктивний» елемент у структурі міжнародного звичаю, для формування якого необхідно, щоб певна одноманітна поведінка суб'єктів міжнародного права в аналогічних ситуаціях мала місце протягом достатньо тривалого часу. Часто результатом такої поведінки стає так зване міжнародне узвичаєння, яке, не маючи юридичної обов'язковості, становить водночас норму поведінки, недотримання якої в міжнародних відносинах може розглядатися як недружній акт та викликати певні форми протесту. На наш погляд, саме цей етап можна розглядати як перший етап міжнародної звичасвої правотворчості в широкому розумінні.

Другим обов'язковим для формування саме правової норми є етап, на якому до «об'єктивного» елемента міжнародного звичаю додають так званий «суб'єктивний» елемент - згоду суб'єктів міжнародного права на надання вже сформованій міжнародній звичасвій нормі поведінки характеру юридично обов'язкової. На цьому етапі відбувається перетворення просто звичаю на звичай правовий. Як здається, саме цей важливий етап можна вважати другим етапом міжнародної правотворчості в широкому розумінні.

Що ж до більш вузького її визначення, то за аналогією з міжнародним договором міжнародну звичасву правотворчість у цьому випадку можна зводити до останнього етапу, а саме до етапу висловлення *opinio juris*, на якому безпосередньо з'являються юридично обов'язкові звичасві норми.

Звертаючись до суб'єктів такої правотворчості, ми знову стикаємося з

ключовим питанням щодо її визначення. Розуміючи міжнародну звичасву правотворчість як двоетапний процес, слід по-різному визначати суб'єктів, які беруть участь на цих етапах. Так, на першому етапі переважну роль у формуванні звичасвої норми в її класичному розумінні відігравали саме держави як основні суб'єкти міжнародного права. Варто зауважити, що окремо в цьому контексті слід розглядати так звані «миттєві» звичаї, існування яких обґрунтовують деякі дослідники, наприклад І.І. Лукашук [3, с. 112].

Суб'єкти другого етапу є більш суперечливими. Незважаючи на те, що традиційно висловлення *opinio juris* було прерогативою держав, нині все більшу роль у процесі визнання певної звичасвої норми поведінки в міжнародних відносинах саме правовою нормою відіграють також інші суб'єкти міжнародного права. Насамперед у цьому питанні зростає авторитет міжнародних організацій та міжнародних судових органів. Їх поведінка інколи дає підстави для побоювань щодо підміни ними в процесі формування міжнародного звичаю самого правотворчого суб'єкта, тобто держави. Саме ці суб'єкти можуть розглядатися як суб'єкти міжнародної звичасвої правотворчості в її найбільш вузькому розумінні.

Розгляд правотворчості в контексті джерел міжнародного права був би неповним без вивчення сучасних поглядів на джерельний склад цієї правової системи. Майже загальновизнаним є підхід щодо виокремлення в якості джерела міжнародного права також деяких рішень міжнародних організацій. Як уявляється, у найбільш загальному розумінні характеристика суб'єктного складу й етапності правотворчості в цьому випадку є досить простою, адже зводиться фактично до одного етапу та суб'єкта - самої міжнародної організації.

Однак деякі представники західної науки йдуть набагато далі у відповіді на питання про джерела міжнародного права. Так, деякі італійські вчені розподіляють джерела з точки зору їх важ-

ливості та юридичної сили на джерела першого, другого й третього порядків. До перших вони відносять конститутивні принципи міжнародного права (норми *ius cogens*), до других - міжнародний договір і міжнародний звичай, до третіх — юридичну практику, наукову доктрину, право справедливості, односторонні акти держав та інших суб'єктів міжнародного права, а також *soft law* [4, с. 46-47].

Ще далі йдуть представники американської науки, зазначаючи: «Правотворчість XXI сторіччя не може зводитися виключно до традиційної правотворчості в сенсі модельних кодексів та статичних текстів, оскільки сам процес будівництва відносин поживляє появу нормативних принципів у нових проблемних сферах, призводячи до формування *soft law*, «режимної розбудови», що іноді дійсно кристалізуються в правових нормах» [1]. На розвиток висловленої думки радник із юридичних питань Державного департаменту США Г. Кох відносить до так званих «способів утворення міжнародних зобов'язань, що формуються» такі: «дипломатичний правовий діалог», «багаторівневу кооперацію», «гібридні публічно-приватні угоди». Під дипломатичним правовим діалогом він розуміє «постійне спілкування з приводу правових норм», що може, однак, «приймати форму меморалізуючих угод або угод взаєморозуміння, що ми маємо на папері, не утворюючи обов'язкових правових угод» [1].

Щодо багаторівневої кооперації, то, на думку вченого, вона зводиться до так званої «режимної розбудови» в сенсі заохочення дискусій і розбудови консенсусу щодо набору норм, правил, принципів та процедур прийняття рішень, що поєднуються й застосовуються в певній проблемній сфері. Деякі документи, які виникають після таких дипломатичних дискусій, можуть бути описані як *soft law*, оскільки вони прагнуть до визначення нових норм або пояснюють те, як уже встановлені норми мають застосовуватися в нових обста-

винах. Г. Кох зауважує: «Цей різновид юридичного діалогу завжди передус, а іноді замінює собою формальну правотворчість. <...> Через цей повторювальний процес, у якому юристи-міжнародники з різних країн розмовляють про ці питання в двосторонньому й багатосторонньому порядках, ми створюємо те, що теоретики з міжнародних відносин називають епістеміологічною спільнотою або ж <...> «інтерпретаційною спільнотою», де юристи-міжнародники розмовляють однією мовою для опису того самого транснаціонального феномена в тому наповненні, що він його отримує в їх країні та їх міжнародних відносинах» [1].

Нарешті, до гібридних публічно-приватних угод Г. Кох відносить інноваційні форми публічно-приватного партнерства, які прагнули б до залучення урядів, представників промисловості та громадянського суспільства до розробки нових норм, принципів і стандартів поведінки в деяких нових сферах суспільних відносин, де щільно переплітаються як державні, так і приватні інтереси, а саме: діяльність приватних охоронних агентств, видобувна діяльність тощо [1].

Зазначені вище конструкції, які деякі вчені наділяють рисами джерел міжнародно-правових норм або щонайменше джерел норм міжнародної поведінки, які не мають правового характеру, є самі по собі значно дискусійними й такими, що потребують ретельних наукових досліджень і подальшого розвитку. Отже, розглядати їх у контексті міжнародної правотворчості є дещо зарано. Однак очевидним є той факт, що, визнаючи їх формами закріплення міжнародних нормативних приписів, ми значно розширюємо коло суб'єктів міжнародної нормотворчості. Це у свою чергу може викликати питання щодо участі деяких із них уже безпосередньо в правотворчих процесах.

Наведені позиції не вичерпують усього різноманіття наукових підходів до розуміння джерел міжнародного права. Не заперечуючи право на життя

багатьох із них, ми вимушені, однак, зауважити про потенційно небезпечні наслідки такої широти й невизначеності поглядів щодо однієї з ключових конструкцій будь-якої правової системи - джерела права.

Безкінечне розмивання його концепту в міжнародному праві може призвести до нівелювання інших стрижневих положень цієї системи, зокрема концепції міжнародно-правової норми. Як видається, тенденція, що намітилася, може призвести до свавільного утворення норм поведінки в міжнародних відносинах, дотримання яких викликати багато дискусій, насамперед із боку основного суб'єкта міжнародного права - держави, що в останні роки стрімко втрачає свій виключний домінуючий стан.

Таким чином, для ґрунтовного дослідження теми міжнародної правотворчості необхідний її аналітичний розгляд у контексті джерел міжнародного права, оскільки їх специфіка впливає на особливості формування відповідних норм міжнародного права.

Теоретичний аналіз таких характеристик міжнародної правотворчості, як етапи й суб'єкти, не можливий також без її чіткого визначення. Важливо у зв'язку із цим розрізняти суб'єктів та етапи міжнародної правотворчості у вузькому й широкому сенсах, відокремлюючи їх водночас від аналогічних характеристик міжнародної нормотворчості, що становить собою більш широке поняття.

Аналіз міжнародної договірної та звичаєвої правотворчості в більш широкому розумінні продемонстрував, що в цілому їй властиві два основні етапи, однак суб'єкти-учасники цих етапів суттєво різняться, що особливо стосується утворення міжнародних звичаїв.

Якщо зводити міжнародну правотворчість виключно до процесу надання міжнародним нормативним приписам юридичної обов'язковості, то в цьому розумінні можна говорити про один етап як міжнародної договірної, так і міжнародної звичаєвої правотвор-

чості, основним суб'єктом якої виступає держава. Однак останні зміни в міжнародних відносинах демонструють тенденцію до поширення кола міжнародних правотворчих суб'єктів.

Проблематичним залишається аналіз міжнародної правотворчості в контексті нетипових джерел міжнародної права, таких як soft law, наукова доктрина, юридична практика, гібридні публічно-приватні угоди тощо. Вважаємо, що їх джерельна функція на цьому етапі розвитку міжнародних відносин не є однозначно доведеною. Однак тенденція до появи нових юридичних конструкцій, які нібито відіграють роль джерел права, демонструє наявність нагальної потреби в більш ґрунтовному дослідженні та нормативному закріпленні як концепції джерела міжнародного права, так і концепції міжнародної правотворчості.

Ключові слова: міжнародна правотворчість, джерела міжнародного права, міжнародний договір, міжнародний звичай, нетипові джерела міжнародного права.

Статтю присвячено розгляду окремих аспектів правотворчості в контексті джерел міжнародного права, наведено аналіз етапів і суб'єктів міжнародної договірної та звичаєвої правотворчості, приділено увагу питанням формування нетипових джерел міжнародного права.

Статья посвящена рассмотрению отдельных аспектов правотворчества в контексте источников международного права, приведен анализ этапов и субъектов международного договорного и обычного правотворчества, уделено внимание вопросам формирования нетипичных источников международного права.

The article is dedicated to some lawmaking aspects in the context of international law sources. The analysis of stages and subjects of international treaty and usage lawmaking is done. The author paid attention to the issues of untypical international law sources formation.

Література

1. Koh H. Twenty-First Century International Lawmaking / H. Koh / / US Department of State /Електронний ресурс/. - Режим доступу : <http://www.state.gov/s1/releases/remarks/199319.htm>.
2. Нігресва О.О. Правотворчість у міжнародному праві: до питання про визначення / О.О. Нігресва / / Науковий, вісник Міжнародного гуманітарного університету. - 2013. - Вип. 6-3. - Т. 2. - С. 156-159.
3. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть : учебник для студ. юрид. фак-тов и вузов / И.И. Лукашук. -Изд. 3-с, перераб. и доп. - М. : Волтерс Клувер, 2005. - 415 с.
4. Le domande d'esame di Diritto Internazionale Pubblico. Collaborazione di dott.ssa Giovanna Cammilli. -Napoli : Simone, 2009. -304 p.