

### **3.3. Основні критерії визначення наявності принципу міжнародного права**

Сучасний стан проблеми доктринального визначення поняття принципу міжнародного права, а саме множинність в результаті суб'єктивного формулювання дефініції, є причиною нагальності проблеми вироблення критеріїв визначення наявності принципу міжнародного права. Як вбачається, саме відсутність цих критеріїв призводить до того, що різні автори висувують різні дефініції та відповідно різну кількість основних, з-поміж усієї сукупності, принципів міжнародного права. Відсутність доктринальної єдності в даному питанні змушує звернутися до пошуку нормативного визначення поняття принцип міжнародного права. Однак, ні Декларація про принципи міжнародного права 1970 р., ні Статут ООН, не дають нормативного універсального визначення ні основних принципів, ні принципів міжнародного права загалом. Відсутність єдиного законодавчого міжнародного органу відводить головну роль у виявленні принципів міжнародного права органам міжнародного правосуддя (далі – ОМП), тоді як доктрині належить беззаперечне право розробити найкращі методики та критерії для даного процесу. Звичайно, що далеко не завжди доктрина збігається із практикою, однак категоричні розходження між ними вкрай негативно впливають на цілісність системи міжнародного права.

Розглянемо три основні критерії встановлення наявності основного принципу міжнародного права, запропоновані українськими вченими-міжнародниками. Зокрема, для того «щоб принципи міжнародного права не конструювалися довільно, їх необхідно перевірити щонайменше за трьома основними критеріями: а) юридичний зміст принципу; б) сфера застосування; в) механізм застосування. Відсутність показників хоча б за одним із критеріїв є свідченням того, що принципу не існує або він має доктринальне походження»<sup>1</sup>.

Як відомо, принципи можуть існувати у формі ідей, гасел, моральних правил, однак юридичного змісту вони набувають лише як норми міжнародного права. Принцип-норма міжнародного права має специфічний характер, що відрізняє її від інших норм в міжнародно-правовому масиві, а саме їхня основоположність, що стає критерієм правомірності практики правотворчості і правозастосування та законності для інших міжнародно-правових норм. Принцип-норма міжнародного права містить конкретні права та обов'язки суб'єктів міжнародного права, інакше вона втрачає свого юридичного характеру і існує у вигляді ідеї, функції чи завдання. Отже, принципи міжнародного права – це норми, а не ідеї чи моральні постулати, хоча як підтверджує історія міжнародного права досить часто принципи-ідеї трансформувалися у принципи-норми. Зокрема, у своїх висновках МКТКЮ, моральні принципи людяності та суспільної свідомості були уточнені та конкретизовані в контексті конкретних справ, та керуючись найкращими

---

<sup>1</sup> Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. - К.: Либідь, 2002. - С.191.

судженнями сформулював їх в якості юридичних принципів (справа Купрескіч 2000 р).

Принцип-норма міжнародного права знаходить свій вираз у різних джерелах міжнародного права. Відповідно до ст. 38 МС ООН такими основними джерелами є міжнародний договір, міжнародний звичай та загальні принципи права. «Принципи, - пише Ф.І. Кожевников - які не отримали відображення ні в договорах, ні в звичаях, не можуть вважатися загальними принципами»<sup>2</sup>. Норми-принципи знаходять своє закріплення у міжнародній судовій практиці. Зокрема, Д.Г. Самхарадзе підтверджує, що «суд може використовувати свої рішення як допоміжний засіб для визначення правових норм. Рішення Суду є доказом, для визначення наявності або відсутності тих чи інших принципів і норм міжнародного права»<sup>3</sup>. Допоміжним засобом дослідження може бути доктрина. Хоч сама по собі вона не є джерелом міжнародного права, однак вона слугує «тепер одним з засобів встановлення наявності чи відсутності тих або інших норм міжнародного права, а також їх тлумаченням»<sup>4</sup>.

Закріплення принципу міжнародного права в міжнародних договорах різних рівнів усуває проблему встановлення наявності принципу. Поширеною є практика закріплення загальноновизнаних принципів міжнародного права і в регіональних міжнародних договорах. Однак, якщо мова йде про основоположний принцип міжнародного права, тоді вимагається аналіз на міжнародно-звичаєве підтвердження відповідно до консультативного висновку Міжнародного Суду ООН: «Основоположні норми повинні дотримуватися всіма державами незалежно від того, чи ратифікували вони Конвенції, які їх вміщують, бо це незаперечні принципи міжнародного звичаєвого права (ICJ Reports, 1996, § 79). Це положення Міжнародний Суд ООН ще раз підкреслив, коли встановив, що принципи міжнародного права залишаються обов'язковими як звичаєві, незважаючи на те що вони були також включені в договірно-правові постанови» (ICJ Reports, 1990, § 43)»<sup>5</sup>. Або навпаки універсальні міжнародні договори можуть закріплювати основні принципи міжнародного права, але в силу проблеми ратифікації не отримують юридичної сили. Така ситуація теж не впливає на наявність та дієвість основного принципу міжнародного права, який може діяти як звичаєва норма міжнародного права. Зокрема, МКТКЮ надав юридичної сили до набрання чинності (2002 р.) Римському статуту на підставі того, що він був схвалений переважною більшістю держав, що було визнано за *opinion juris*, ґрунтуючись на відповідності принципу законності. Варто зауважити, що нерідко ОМП не проводять розмежування між звичаєвими та загальними нормами і принципами міжнародного права. Нормативна фіксація принципу міжнародного права у

---

<sup>2</sup> Международное право: Учебник/ Под ред. Ф.И. Кожевникова. – М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1957 –С.8.

<sup>3</sup> Самхарадзе Д.Г. Взаимодействие источников современного международного права. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 - М., 2005. – С.23.

<sup>4</sup> Тункин Г.И. Теория международного права. – М.: «Международные отношения». – 1970. – С.145.

<sup>5</sup> Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. - К.: Либідь, 2002. - С.191.

міжнародних договорах, або інакше їх опозитивування не впливає на наявність та дієвість принципу міжнародного права в інших джерелах міжнародного права. Зокрема, сучасною є тенденція до зниження ролі міжнародного договору як основного джерела міжнародного права, оскільки останній не забезпечує належне правове регулювання швидкоплинних реалій міжнародного життя, тобто не завжди відповідає вимогам міжнародного права як «живого».

Такої ж думки притримується і А.В. Дарда, який доводить, що при виявленні принципів «об'єктами виступають договори, що вступили або не вступили в силу. Так, в преамбулі Віденської конвенції про правонаступництво держав щодо договорів 1978р. йдеться про норми звичаєвого міжнародного права, які втілені у Віденській конвенції про право міжнародних договорів 1969р. У таких випадках слід використовувати спеціально юридичне тлумачення для з'ясування кола суб'єктів, для яких відповідні норми діють як договірні, а для яких - як звичаєві. Якщо звичаєва норма втілена в договорі, то застосовуються правила тлумачення договору, але нерідко виникає необхідність підтвердження звичаєвої природи норми шляхом тлумачення, характерного для звичаєвого права»<sup>6</sup>.

Отже, саме звичаєвий характер надає принципам міжнародного права дієвості, яка відповідає сучасним потребам міжнародного співтовариства. Тут варто зауважити про тісний зв'язок розглядуваної нами проблеми із дискусією в міжнародній доктрині щодо критеріїв наявності міжнародного звичаю. Класичне міжнародне право висуває два універсальні критерії для виявлення звичаєвої норми міжнародного права, а саме *opinion juris* (як суб'єктивний критерій) та міжнародна практика (як об'єктивний критерій). Згідно класичного визначення, міжнародна звичаєва норма існує там, «де прослідковується фактична практика (*consuetude, repetitio facti*), заснована на усвідомленні юридичного обов'язку (*opinion juris sive necessitatis*)»<sup>7</sup>.

Класичне бачення міжнародного звичаю як джерела, що потребує тривалого формування та підтвердження на практиці, сьогодні піддається критиці. Зокрема, підтвердження звичаєвої норми загальноновизнаною міжнародною практикою в сучасній міжнародній доктрині розглядається як методологічно неоднозначний фактор, та не досить переконливий за своїм результатом в силу ускладнення всієї системи міжнародного права, прискорення розвитку міжнародного права та загострення протиріч між державами, їх конкуренції та ряду інших факторів. В наслідок відсутності міжнародного правотворчого органу особливе місце в системі джерел міжнародного права займає звичаєва норма. Іноді важко розмежувати міжнародне звичаєве право і загальні принципи права, оскільки держави знаходиться у постійному розвитку. Досить цікавим є бачення даної проблеми А.С. Смбалян. Авторка вважає, що усі звичаєві норми можна умовно поділити на три групи. «До першої входять норми, що стосуються таких системоутворюючих для міжнародного права понять як «суверенітет»,

---

<sup>6</sup> Дарда А.В. Проблемы толкования национальными судами общепризнанных принципов международного права: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. - Москва, 2003. – С. 20.

<sup>7</sup> Верле Г. Принципы международного уголовного права: учебник/ Герхард Верле; пер. с англ. С.В. Саянина. – О: Феникс, М.: Транслит, 2011. – С.69.

«юрисдикція», «імунітет» та ряд інших. ...До другої можна включити також фундаментальні для міжнародного права норми, що стосуються порушень міжнародного права. ... До третьої можна включити норми відносно недавно сформованих галузей та інститутів міжнародного права»<sup>8</sup>. В залежності від того, до якої із згаданих груп належить звичаєва норма, авторка визначає відповідну процедуру встановлення її наявності. Відповідно, класична методологія без будь-яких спрощень; можливість ОМП відходити від суворої практики держав; більш гнучкий підхід, який в більшій мірі ґрунтується або на практиці держав або на фактичній наявності *opinion juris*, в залежності від конкретних обставин справи. Зокрема, кримінальні трибунали досить часто, навіть за відсутності відповідної практики, можуть формулювати стандарти в галузі захисту прав особи у статусі принципів. Наприклад, МКТКЮ у справі Тадіч<sup>9</sup> сформулював ряд звичаєвих норм та принципів не обґрунтовуючи їх ні практикою держав, ні підкріпленням *opinion juris*. Отже, як підтверджує практика міжнародного правосуддя проголошення звичаєво-правової норми-принципу як достатньо аргументованої та переконливої, навіть за відсутності широкої індивідуальної практики держав чи її визнання. Зважаючи на звичаєвий характер принципів міжнародного права та підтримуючи точку зору авторки, можна в кожній із названих груп звичаїв виділити особливі норми-принципи, відповідно: основні принципи міжнародного права (принципи *jus cogens*); принципи міжнародного права (*erga omnes*); галузеві принципи міжнародного права. За аналогією можна використовувати авторську методикку по встановленню наявності відповідних принципів. Отже, принципи як норми-звичаї можуть виявлятися за різними методиками в залежності від місця, яке конкретний принцип займає в системі принципів міжнародного права, чим вищий щабель займає принцип, тим складніша процедура його визначення встановлюється для ОМП.

Така особливість чи характерність методик, є наслідком спільного та особливого у виявленні принципів міжнародного права та загальних принципів права (згідно п. с ст. 38 Статуту МС ООН). По-перше, при встановленні принципу міжнародного права першочерговим завданням є виявлення норми міжнародного права особливого характеру, основоположної, тоді як при встановленні загального принципу права, ОМП повинні виявити здатність до трансформації принципу у міжнародне право вже існуючої норми-принципу. По-друге, процес встановлення перших двох груп принципів передбачає встановлення наявності практики держав та *opinion juris*, що є спільним для принципів міжнародного права та загальних принципів права. Оскільки Статут МС ООН не містить ніяких пояснень щодо методики виявлення загального принципу права, вони повинні виявлятися із конкретних правових норм міжнародного та національного права. Головна роль у вирішенні цього питання безсумнівно належить ОМП. Отже, за аналогією саме ОМП виводять на підставі найкращого судження при розгляді конкретних справ і принципи

---

<sup>8</sup> Смбалян А.С. Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. – М.: Статут, 2012. – С. 217.

<sup>9</sup> Смбалян А.С. Обычные нормы международного права и общие принципы как источник судебного правотворчества // Право и политика. – 2012 – № 4 (148) . - С. 747.

міжнародного права, відшукуючи їх у різних джерелах міжнародного права. Основне значення прецедентів ОМП полягає не у рішеннях суду, а в аргументації, яка безпосередньо впливає на розвиток принципів міжнародного права. В класичній доктрині рішення ОМП не вважаються джерелами міжнародного права, однак послідовність вирішення спорів на підставі сформульованих ОМП принципів міжнародного права забезпечують стабільність міжнародно-правового регулювання та підвищують авторитет до принципів як основоположних норм міжнародного права. Як стверджує суддя Зоричич «якщо прецедент твердо заснований на принципі, Суд не може вирішити аналогічний спір іншим чином до тих пір, доки принцип зберігає своє значення»<sup>10</sup>. На думку Смбалян А.С., при виявленні принципів міжнародного права «судді залучають не тільки загально визнані джерела права. Таке уявлення далеке від реальності, оскільки не враховує складності та багатогранності правової аргументації як багаторівневого процесу, який не можливо обмежити межами формальних джерел права. ... Більше того, норми і принципи, закріплені у формальних джерелах, не є раз і назавжди визначеними – вони можуть об'єктом тлумачення незалежно від ступеню їх визначеності і чіткості формулювань»<sup>11</sup>. Автор вважає здійснення правосуддя безперервним процесом «кристалізації» принципів як постійного переосмислення того, що є право.

В доктрині та практиці як правило не розрізняють поняття основних принципів та принципів міжнародного права та частіше всього мається на увазі поняття саме основних принципів міжнародного права та розглядаються їх основні характерні риси. Єдиної думки щодо цих ознак в доктрині міжнародного права також немає. Найбільш дискусійними є імперативність та універсальність основних принципів. Дискусійність саме загальних принципів міжнародного права отримала ширше доктринальне висвітлення, оскільки саме вони мають основоположне значення для правового регулювання відносин між суб'єктами міжнародного права, тобто відносин зовсім іншого рівня правового регулювання, що виходить за межі національних правових систем. Якщо розглянути систему міжнародного права, то основне доктринальне вчення присвячується саме основним принципам міжнародного права, тобто принципам загального міжнародного права. На нашу думку, загальним міжнародним правом є система норм, що регулюють відносини по взаємодії, взаємовпливу національних правових систем на основі загальних принципів міжнародного права. В національній правовій системі доктринально виділяють загальні принципи права, а нормативне закріплення основних принципів національно-правової системи відбувається на рівні конституційного права, де закріплюються основні принципи права, основні принципи національних галузей права та в більшості випадків основні принципи міжнародного права. Аналізуючи системи принципів на національному та міжнародному рівнях, можна прослідкувати переважне співпадіння щодо основних їхніх складових. Обидві системи принципів базуються на загальнолюдських принципах права та їхнім ядром є основоположні принципи міжнародного права, як координатори

---

<sup>10</sup> ICJ Reports 1950. – P. 104.

<sup>11</sup> Смбалян А.С. Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. – М.: Статут, 2012. – С. 258.

взаємодії національних правових систем в цілому. Особливими для кожної із систем принципів є наявність спеціальних (галузевих) принципів. На відміну від національної системи права, де основоположні принципи як правило кодифікуються в конституційних актах держави, міжнародне право не має такої галузі чи кодифікації в силу відсутності єдиного законодавчого міжнародного органу.

На думку Сафронової О.В.<sup>12</sup>, основні принципи міжнародного права утворюють окрему галузь науки – конститутивне міжнародне право, або звичне для нас загальне міжнародне право. Авторка обґрунтовує дану тезу наявністю особливих предмету та методу, функцій даної галузі. Така думка не є поодиноким в сучасній доктрині міжнародного права, і навіть більше, існують прибічники існування окремої навчальної дисципліни міжнародного конституційного права. Так, на думку Обердорфера Л. «факт насичення міжнародного права національного конституційного законодавства (права людини, демократія, верховенство права та федералізм)»<sup>13</sup> підтверджує, що конституційні принципи наче зламують виключну сферу держави. На думку автора міжнародне конституційне право – це вертикальний зріз (порівняльне конституційне право – горизонтальний), який з'єднує конституційне право регіональне, інтеграційне та міжнародне.

На нашу думку, виділення загальних принципів міжнародного права в окрему галузь звужує їх вплив щодо галузевих відносин та позбавляє їх основної риси – звернення до системності міжнародного права. Зокрема, сумнівним виглядає імперативний метод даної галузі, оскільки імперативність усіх основних принципів є також дискусійним моментом (зокрема, принцип непорушності державних кордонів), імперативність як ознака основних принципів призводить до звуження кількості основних принципів міжнародного права. Крім того, імперативний метод притаманний і іншим галузям міжнародно-правового регулювання. Сумнівним видається і предмет запропонованої галузі – «основоположні міждержавні відносини, направлені на забезпечення міжнародного миру, безпеки та стабільності»<sup>14</sup>. Такі відносини є предметом права міжнародної безпеки, міжнародного гуманітарного права, а стабільності відносин вимагається у всіх галузях міжнародного права. Кожна норма міжнародного права (а принцип тут не є винятком) має свою конкретну сферу застосування, свій конкретний об'єкт правового регулювання – конкретні міжнародні, точніше, міждержавні відносини. Принцип не може регулювати відносини взагалі або систему відносин. Для врегулювання системи міжнародних відносин замало можливостей системи принципів міжнародного права.

---

<sup>12</sup> Сафронова Е.В. Международное публичное право: теоретические проблемы: Монография. – М.: РИОР: ИНФРА-М, 2013. – С. 117-118

<sup>13</sup> Обердорф Л. Транснационализация права, переходный конституционализм и международное право. Реферат // Международное публичное право: Современные исследования: Сб. обзоров и реф. / РАН. ИНИОН. Центр социал. науч.-информ. исслед.; Отд. правоведения; Отв. ред. Алферова Е.В. – М., 2012. - С. 109

<sup>14</sup> Сафронова Е.В. Международное публичное право: теоретические проблемы: Монография. – М.: РИОР: ИНФРА-М, 2013. – С. 118

Щодо кодифікації основних принципів міжнародного права, то як вбачається, позитивна фіксація принципів ніяким чином не применшує ролі тих принципів, які не мають нормативної фіксації в міжнародних договорах. Принципи, як явище «живого» міжнародного права потребують «м'якої» фіксації, яка надавала б міжнародно-правовому регулюванню гнучкості та відповідності сучасним реаліям міжнародного співіснування. Саме тому звичаєва форма більш відповідає природі принципів міжнародного права.

Варто, навпаки виділяти окрему систему принципів, яка б включала і основні принципи міжнародного права і галузеві, інституційні та загальновизнані принципи права, які б в цілісній єдності кристалізували базис та надбудову, скелет міжнародного права, як системного явища.

Якщо національне конституційне право – це основоположні норми і принципи конкретної національно-правової системи, то за аналогією конститутивне міжнародне право мало б закріплювати й основні принципи галузей міжнародного права. Однак, варто звернути увагу на прогресивний розвиток та фрагментацію міжнародного права, які навряд чи позитивно впливатимуть на так зване конститутивне міжнародне право. На нашу думку, особливим завданням основних принципів міжнародного права є забезпечення міжнародної правомірності усіх норм міжнародного права та взаємодії національно-правових систем на міжнародному рівні. В будь-якому разі беззаперечним залишається факт зближення на сучасному етапі основоположних принципів міжнародного права та конституційних принципів внутрішнього права на основі загальнолюдських принципів. Основоположність принципів міжнародного права передбачає також особливу їх роль і у формуванні галузей та цілої системи міжнародного права. Історично саме принципи міжнародного права стали осередком та першоосновою для формування цілої системи сучасного міжнародного права, починаючи від основоположного принципу, як першооснови для формування інституту (принцип територіальної цілісності в інституті державної території), далі галузі міжнародного права (принципи імунітетів у дипломатичному праві), та в кінцевому рахунку саме принципи стали основоположними для формування цілісної системи, базисом якої стали основоположні її принципи.

Оскільки визначення принципу, як особливої норми, що винайдене людством, в цілому не потребує якихось доктринальних нововведень, то міжнародникам відводиться роль формулювання поняття основних принципів міжнародного права, як регуляторів міжсистемних (національно-правових систем) відносин, яке буде повторюватись і при визначенні спеціальних принципів міжнародного права із зауваженням на сферу їх дії (галузь, інститут, регіональний чи наднаціональний характер).

Отже, на підставі проведеного дослідження можна запропонувати чотири основних критерії визначення наявності принципу міжнародного права, а саме нормативність, як критерій правової природи особливої норми-принципу міжнародного права; звичаєвість, як критерій походження принципу; загальнообов'язковість, як критерій юридичної сили принципу міжнародного права; основоположність, як системоутворюючий критерій. Лише за наявності усіх чотирьох критеріїв норма може бути визнана як принцип міжнародного публічного права.

