

Олена Київець

Методологія міжнародного права у контексті дослідження джерел міжнародного права: декілька загальних роздумів про вічне

У статті запропоновано авторський методологічний підхід до розуміння базової міжнародно-правової категорії – джерело міжнародного права. У ході наукового аналізу було використано цілу низку методів наукового пізнання, зокрема, формальний та філософсько-правовий методи, метод аналогії та юридичної фікції, а також висвітлено особливості формування та застосування сучасних джерел міжнародного права.

The author proposed her own methodological approach to understanding of the basic international legal notion – the source of international law. In the course of scientific analysis a number of methods of scientific cognition were used, particularly, formal and legal-philosophical methods, the method of analogy and legal fiction, furthermore the particularities of formation and application of contemporary sources of international law were highlighted.

Існують ряд понять та категорій, які ми вживаємо, не особливо замислюючись над їх значенням, вважаючи, що їх зміст і так зрозумілий середньостатистичному читачу. При цьому, як правило, класичними прикладами такого підходу виступають базові категорії – міжнародне право, джерела міжнародного права, метод та методологія тощо. Аби не бути голосливими, наведемо цитату із праці одного із найбільш відомих доктриністів міжнародного права – Л. Оппенгейма, який вважав, що наука міжнародного права має свій власний унікальний метод вирішення питань¹, що є предметом регулювання міжнародного права. На цій, поза сумнівом, абсолютно правильній, але не до кінця зрозумілій, думці, він закінчив своє пояснення розуміння методу та методології міжнародного права. Однак все ж таки хотілося б більшої чіткості та «витонченості»² у розумінні ключових категорій.

У певний момент людського розвитку метод перестає бути просто інструментом загальнонаукового пізнання та стає ефективним способом впливу науки на суспільне буття в будь-якій сфері, в тому числі і міжнародній і, власне, тим містком, який з'єднує науку в чистому вигляді з практикою. Саме на ролі методу як зв'язку між теорією та практикою наголошував Г. Кельзен на публічній лекції в Гаазі у 1932 році^{3,4}, називаючи метод технікою міжнародного права. У цей же період Г. Моргентау⁶ виступив із критикою методологічних засад міжнародного права і закликав їх переглянути задля зміни розуміння всього міжнародного права.

Ми не будемо повторювати Ф. Аллотта, який, досліджуючи методологію міжнародного права, просто зосередився на аналізі доктринальних підходів інших вчених, а запропонуємо власний методологічний підхід до розуміння базових міжнародно-правових категорій – джерел міжнародного права.

Формальний та філософсько-правовий методи.

Застосовуючи класичні формальний та філософсько-правовий методи можна переосмислити, власне, саму категорію «джерело міжнародного права», а разом із методом SNW-аналізу – виявити сильні та слабкі сторони сучасних доктринальних підходів до правової природи джерела міжнародного права та здійснити її критичний аналіз. Так, формальний підхід, застосований у Статуті МС ООН та Гаазькій конвенції про Міжнародний призовий суд, і є результатом, переважно, позитивістської традиції праворозуміння, однак його основним недоліком є відсутність динаміки та гнучкості, що є необхідними для ефективності та еволюції системи міжнародного права.

Філософсько-правовий підхід базується переважно на природно-правовому розумінні джерела міжнародного права і дозволяє проаналізувати не лише форму існування джерела, але і його аксіологічний зміст, який знаходиться поза формою закріплення джерела.

Виходячи із об'єктивної реальності регулювання сучасних міжнародних відносин, яка характеризується поступовим відходом від класичних джерел міжнародного права як об'єктивної міжнародно-правової категорії до справедливості – як суб'єктивної, застосування філософсько-правового підходу до розуміння джерел права є більш виправданим, адже сприяє прогресивному розвитку міжнародного права, але водночас негативно впливає на стабільність міжнародного правопорядку і підвищує вплив національного права на розуміння винятково міжнародно-правових категорій. Це спричиняє домінування прецедентного праворозуміння, яке походить з англосаксонської системи права, тому міжнародне право в цілому набуває характеру прецедентного, що додатково підтверджує неправильність змістовного наповнення статті 38 Статуту МС ООН. Така ситуація зумовлює нівелювання суверенітету як базової категорії міжнародного права кінця XIX – початку XX століття.

Крім того, філософський підхід до визначення джерела міжнародного права дозволяє визначити місце і роль категорії «справедливість» як базової категорії сучасного міжнародного права, яка відіграє важливу роль у формуванні уявлення про джерела міжнародного права як явища системного характеру і дозволяє констатувати наявність джерел та квазиджерел міжнародного права. До останніх можна віднести: справедливість, доктрини та рішення міжнародних судових органів, які впливають на формування або є складовими джерела міжнародного права і, по суті, є джерелами джерел міжнародного права.

Отже, з формальної точки зору, джерело міжнародного права – це спосіб закріплення норми як певної ідеї про те, як повинно бути, або про те, що може бути, а з філософсько-правової – до цього визначення слід також додати фактори, що впливають на формально-юридичне закріплення: волевиявлення, міжнародна правосвідомість та справедливість.

Метод аналогії та юридичної фікції.

Практика доводить важливість застосування методу аналогії для визначення змісту окремих джерел міжнародного права. Зокрема, це стосується загальних принципів права, односторонніх актів та справедливості. Однак аналогію слід використовувати обмежено, особливо це стосується аналогії джерел міжнародного та національного права, оскільки міжнародне право, використовуючи інструментарій національного права, вкладає абсолютно інший зміст у міжнародно-правові категорії. Метод аналогії нерозривно пов'язаний із методом юридичної фікції, яку доволі часто застосовує МС ООН при аналізі односторонніх актів та загальних принципів права. Одночасне застосування таких методів призводить до необґрунтованого використання національних нормативно-правових актів та внутрішньодержавної практики для прийняття рішень у міжнародних судових інстанціях, що робить такі рішення необ'єктивними. На окрему увагу заслуговують рішення МС ООН, які побудовані *inter alia* на основі внутрішньодержавного права та практики (Консультативні висновки щодо Південно-західної Африки та Косова).

Разом з тим повністю відмовитись від застосування внутрішньодержавного права та практики також неможливо, адже ключову роль в оцінці ефективності джерел міжнародного права відіграє принцип добросовісності, який походить з приватного права, хоча у приватному праві його зміст набагато ширший, ніж у публічному. Однак, якщо закріплення широкого змісту для принципу добросовісності у приватному праві можливе і доцільне, то розширення змісту принципу добросовісності в публічному – неможливе, адже існує вірогідність його недобросовісного використання, в тому числі і для зриву переговорів.

Принцип добросовісності в міжнародному праві, не будучи імперативним, тим не менш, відіграє ключову роль у формуванні сучасного міжнародного правопорядку. Без цього принципу міжнародне право взагалі перестане існувати, адже добросовісність виконує функцію подальшого перетворення міжнародного права на класичну нормативну систему. Саме на основі цього всеохоплюючого принципу і будується нормативна система міжнародного права, адже цей принцип став основою для інших принципів типу *rebus sic stantibus*, *pacta sunt servanda*, *естoppel* тощо. Причому саме добросовісність стає тим елементом, що вирішує колізійні питання між *rebus sic stantibus* та *pacta sunt servanda*, які є перешкодою для ефективності права міжнародних договорів та створюють проблеми у правозастосуванні.

Крім того, принцип добросовісності, який є іманентною рисою позитивного міжнародного права, слід відокремлювати від принципу справедливості. Добросовісність не є джерелом

міжнародного права, однак це принцип, який лежить в його основі, і, на відміну від справедливості, яка є джерелом, не виступає його принципом.

Аналіз рішень МС ООН свідчить, що кількість випадків застосування загальних принципів постійно збільшується; саме це джерело лежить в основі формування всіх без винятку джерел міжнародного права, а також є основою для формування нової наднаціональної галузі – міжнародного адміністративного права. Такі тенденції можуть мати різні наслідки. По-перше, розвиток міжнародного адміністративного права, рано чи пізно, призведе до появи «міжнародного законодавства» як нормативної міжнародно-правової категорії, що, своєю чергою, підвищить ефективність міжнародного права, однак зменшить роль держави у міжнародно-правових відносинах. Таким чином, міжнародне право, яке зародилося з Вестфальської мирної системи, зникне і йому на зміну прийде наднаціональне міжнародне право, яке зведе нанівець суверенітет.

Методи аналогії та юридичної фікції стають життєвоважливими для закриття прогалів у міжнародному праві через використання загальних принципів права, тим більше що застосування їх як джерела регулювання відносин має певні особливості та складності, пов'язані у тому числі із самою правовою природою таких принципів. Загальні принципи права є ієрархічно неоднорідною системою, хоча мають одну і ту саму правову природу, сягаючи корінням у приватне право національно-правових систем. Системний метод аналізу загальних принципів права дозволив поділити їх на:

- принципи процесуального характеру, наближені за своїм значенням до правових максим;
- принципи, що мають матеріально-правовий характер та є класичними міжнародно-правовими нормами.

Порушення правових максим не тягне за собою міжнародно-правової відповідальності, тоді як порушення матеріальних норм є підставою для її настання.

Загальні принципи права притаманні для всіх галузей міжнародного права. Особливо важливу роль вони виконують у галузях, що проходять етап становлення та розвитку. У міжнародному кримінальному судочинстві загальні принципи а пріорі виконують функцію правового інструмента тлумачення інших джерел права. Міжнародний кримінальний суд звертається для встановлення наявності або відсутності загального принципу права до інших судових рішень та доктрин. Таким чином відбувається формування його власної системи джерел та їх розуміння, що дозволяє МКС створювати власну систему загальних принципів права, використовуючи їх у нерозривному зв'язку з власними рішеннями. Цілком очевидно, що з часом Міжнародний кримінальний суд перестане звертатися до зовнішнього запозичення, як це відбулося із Трибуналом по Югославії.

Отже, простежується формування партикулярних систем міжнародного права, що розвиватимуться паралельно із загальним міжнародним правом, поступово відходячи від нього змістовно. Міжнародний кримінальний суд буде поетапно формувати принципи міжнародного кримінального судочинства, які доцільно буде враховувати при розробці нових підходів до національного кримінального та кримінально-процесуального законодавств. Тому з метою виявлення та уникнення невідповідностей і прогалів у національному законодавстві, які виникнуть у майбутньому у зв'язку з ратифікацією Статуту Міжнародного кримінального суду, ці тенденції мають відстежуватися та враховуватися у процесі розвитку та моніторингу ефективності національного кримінального і кримінально-процесуального законодавства, що, до речі, на регулярній основі проводиться Інститутом законодавства Верховної Ради України.

Метод системного аналізу також дозволяє критично підійти до розуміння статті 38 Статуту МС ООН та виділити ряд змістовних недоліків її положень, що не дозволяють розглядати її як універсальну норму, яка вичерпно закріплює всі джерела міжнародного права.

По-перше, статті 38 Статуту МС ООН закріплює джерела, застосування яких є зручним, передусім, для судових органів.

По-друге, перелік джерел, закріплений у статті 38 Статуту МС ООН, сформувався як система майже сто років тому, і, відповідно, містить міжнародно-правові архаїзми та потребує нового доктринального переосмислення у контексті сучасної практики міжнародних відносин.

По-третє, з еволюцією практики міжнародних судових інституцій спостерігаються розбіжності міжнародної правозастосовної практики зі змістом ст. 38 Статуту МС ООН. Так, у ряді справ рішення були винесені на основі односторонніх актів держав, порушення яких державою-автором стали підставою для настання міжнародної відповідальності.

Для усунення зазначених недоліків найпростішим рішенням вбачається зміна статті 38 МС ООН. Однак, чесно кажучи, це не вирішить ключових проблем правозастосування. Відтак більш

ефективним видається включення до порядку денного роботи Комісії міжнародного права ООН питань визначення системи джерел міжнародного права та їх системної взаємодії.

Цей же метод дозволяє говорити про те, що будь-яке джерело міжнародного права, незалежно від форми його закріплення, складається з двох елементів – конститутивного та суб'єктивного. До конститутивних елементів відносимо: текст міжнародного договору, практику держав, заявлення одностороннього акту. До суб'єктивних елементів відносимо: намір сторони бути зобов'язаною або у випадку норми *jus cogens* – зобов'язання суб'єкта, яке виникає поза його волею, а третім елементом виступає зміст джерела міжнародного права, який складають права та/або обов'язки учасників правовідносин, що регулюються цим джерелом. Ці три елементи у системі і являють собою категорію «джерело міжнародного права».

Самим складним джерелом міжнародного права був і є міжнародно-правовий звичай і класичні методи його пізнання вже, на жаль, не спрацьовують, а їх використання дає хибні результати.

Традиційні теорії щодо звичая застаріли, а твердження сучасних скептиків, які взагалі вважають звичай міжнародно-правовим атавізмом, м'яко кажучи, непереконливі, адже, щоб нівелювати значення звичаю у міжнародному праві, потрібні емпіричні докази того, що він не має значення, а таких доказів поки що не має. Необхідно виробити нову концепцію міжнародного звичаю, яка врахує сучасні тенденції розвитку міжнародних відносин та історико-правовий досвід розвитку міжнародного права, а для цього потрібні і нові методи розуміння категорії. Серед усього розмаїття доктрин щодо звичаю найближчою є теорія, розроблена за активної участі проф. Гузмана – доктрина раціональної держави (її ще називають раціональною теорією звичаєвого права). Згідно з нею звичай має місце при неодноразовій системній взаємодії держав упродовж певного періоду часу. І у цій доктрині з'являється неklasичний метод – метод (або теорія) ігор. Метод не новий, однак для міжнародного права дещо нехарактерний.

Теорія ігор починає займати провідне місце серед факторів, які пояснюють суть речей. Тому не дивно, що в ряді статей проф. Гузмана використовується саме ця теорія для пояснення суті раціональної доктрини звичаєвого права, адже у дилемі в'язня, згідно з раціональною доктриною, держави здатні відстоювати власні інтереси і не бажають здійснювати інші дії з будь-якої іншої причини, окрім своїх власних інтересів. Віддаючи належне фантазії та нестандартному мисленню науковців, які підтримують цю теорію, слід до неї ставитися з певним застереженням прогностичного характеру. Адже ще ніхто не відмінив класичної формули влади: держава – це я, тобто міжнародно-правове обличчя держави визначає той, хто нею керує у даний час, що зменшує можливість формування безперервної практики держави.

У цій дилемі інтереси держав суперечать один одному, що робить досягнення результату співпраці особливо проблематичним, а найскладнішим випадком досягнення згоди є міжнародний звичай. Якщо дилему вирішити, то можна вважати не тільки міжнародний звичай надійним джерелом, але й усю міжнародно-правову систему ефективною.

На переконання ряду дослідників, які використовують теорію ігор, дилема в'язня не має системного характеру, а тому може лише застосовуватись *ad hoc*, адже у самій дилемі йдеться про одноразові відносини, і сторони не мають ніяких підстав для співпраці, тому у дослідженнях все частіше починає з'являтися ще одна гра, щоправда вже системного характеру.

У грі «Яструб – голубка» кожен гравець вважає за найкраще використовувати одну стратегію, яку часто називають «яструб», але тільки в тому випадку, якщо інший гравець грає за іншою стратегією – «голубка». Повертаючись до сказаного, зазначимо, наприклад, що у грі «Яструб – голубка» обидві сторони діють самостійно, не розділяючи між собою певну сферу, і можуть досягти рівноваги шляхом координації: одна держава бере на себе зобов'язання діяти в одній зі сфер, а інша держава обирає для себе іншу сферу, однак можна досягти стійкої рівноваги за допомогою комунікації та координації.

Якщо переносити цю гру на міжнародно-правову площину, це буде означати, що, наприклад, у випадку укладення угоди дві сторони можуть взяти на себе зобов'язання, якщо одна з них порушує договір, інша має право на відшкодування збитків. Загроза відповідальності заохочує дотримуватися норм і, таким чином, співпрацювати. Можливість використання обов'язкових договорів змінює гру в одну дію на виставу з двома діями, в якій ті, хто порушив зобов'язання упродовж першої дії, повинні відшкодувати збитки в другій дії.

І все ж таки, не дивлячись на наявні слабкі сторони, при використанні цих методів, хотілося б зазначити, що класичні методи дедукції й індукції не дозволяють системно розглянути правові та позаправові чинники, що впливають на формування і ефективність міжнародного звичаю, тому

застосування методу ігор, а саме – дилеми «ув'язненого» та дилеми «яструба і голубки» дозволяють зрозуміти окремі ключові аспекти формування та функціонування міжнародного звичаю.

Перша гра дозволяє виявити особливості поведінки держав при створенні звичаєвої норми та проаналізувати *opinio juris* у цьому розрізі. Друга – дає можливість встановити реальне співвідношення ролі великих та малих держав при формуванні звичаю. Це, у свою чергу, дозволяє говорити про те, що практика та *opinio juris* великих держав відіграють помітнішу роль у формуванні загального міжнародного звичаю, тоді як практика та *opinio juris* малих держав можуть взагалі не враховуватися. У цій ситуації саме великі держави забезпечують непорушення звичаєвої норми малими державами, що сприяє стабільності міжнародної системи у цілому.

Все вищенаведене є лише оглядовою спробою окреслити проблему і не може вважатися завершеним науковим дослідженням цього питання. Однак, без зайвої сором'язливості, слід зазначити, що ефективність міжнародного права багато в чому залежить від методології, яку ми використовуємо для пізнання об'єктивної міжнародно-правової реальності.

¹ Ginsburg Tom & McAdams Richard H. *Adjudicating in Anarchy: An Expressive Theory of International Dispute Resolution*, 45 Wm. & Mary L. Rev. 1229 (2004).

² Guzman Andrew T., *A Compliance-Based Theory of International Law* / Andrew T. Guzman // *California Law Review*. – 2002. – Vol. 90. – 6. – pp. 1844-1851, 1874-1878.

³ Morgenthau Hans J. *Positivism, Functionalism, and International Law*. – Hans J. Morgenthau // 34 *American Journal of International Law* 1940. – 260 – 261.

⁴ Oppenheim Lassa *The Science of International Law: Its Tasks and Method* / L. Oppenheim // 2 *American Journal of International Law* – 313 (1908).

⁵ Ratner Steven R. *Appraising the Methods of International Law: a Prospectus for Readers* / Steven R. Ratner, Anne-Marie Slaughter // *American Journal of International Law*. – 93 *American Journal of International Law* – P. 291–292.