

ЗВИЧАЄВО-ПРАВОВЕ НАПОВНЕННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ДЕРЖАВ

CUSTOMARY LAW FULFILLMENT OF CONTRACTUAL OBLIGATIONS OF STATES

Албу А.А., к.ю.н., доцент кафедри конституційного,
міжнародного та адміністративного права

Навчально-науковий Юридичний інститут
Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

У статті здійснено аналіз діяльності міжнародних договірних органів та підстав появи повноважень у них щодо тлумачення міжнародних договорів, а саме повноважень, які виникають на підставі звичаю, оскільки юриспруденція міжнародних договірних органів, які не мають договірної повноваження, тоді говорять про іманентні повноваження. В іншому випадку міжнародний орган намагається не виходити за межі договірної норми, в цьому випадку говорять про домислювані повноваження. Домислювані повноваження розглядають в «широкому» і «вузькому» розумінні. При цьому розрізнити домислювані повноваження в «широкому» розумінні та іманентні повноваження складно.

Досліджується питання юридичних та фактичних підстав появи практики юриспруденції в міжнародних контрольних органах, а також питання використання домислюваних або іманентних повноважень. У випадку, коли міжнародний орган виходить із загального уявлення про свої договірні повноваження, тоді говорять про іманентні повноваження. В іншому випадку міжнародний орган намагається не виходити за межі договірної норми, в цьому випадку говорять про домислювані повноваження. Домислювані повноваження розглядають в «широкому» і «вузькому» розумінні. При цьому розрізнити домислювані повноваження в «широкому» розумінні та іманентні повноваження складно.

Аналізуються форми в яких може відбуватися визнання юриспруденції в якості міжнародно-правової норми, а саме декілька форм, які називає комісія міжнародного права, в яких може проявлятися *opinio juris*. Досліджуються такі форми, як публічні заяви, зроблені від імені країн; офіційні публікації; урядові юридичні висновки; дипломатичне листування; рішення національних судів; договірні положення; а також поведінка у зв'язку з резолюціями, прийнятими міжнародною організацією або на міжурядовій конференції.

На основі проведеного дослідження зроблено висновки щодо вирішення проблем реалізації повноважень договірних органів та впливу юриспруденції на тлумачення ними міжнародних договорів, яке повинно відбуватися в площині дослідження домислюваних або іманентних повноважень самих цих органів.

Ключові слова: предмет тлумачення, автентичне тлумачення, юридичні підстави тлумачення, фактичні підстави тлумачення, іманентні повноваження, домислювані повноваження, *opinio juris*.

The article analyzes the activities of international treaty bodies and the grounds for the emergence of powers in them regarding the interpretation of international treaties, namely powers that arise on the basis of custom, since the jurisprudence of international treaty bodies that do not have the treaty authority to interpret an international treaty is related to customary legal fulfillment of contractual obligations of states.

The issue of legal and factual grounds for the emergence of jurisprudence practice in international control bodies, as well as the issue of the use of fictitious or immanent powers, is investigated. In the case when an international body departs from a general understanding of its contractual powers, then one speaks of immanent powers. Otherwise, the international body tries not to go beyond the contractual norm, in this case we are talking about fictitious powers. Imaginary powers are considered in a "broad" and "narrow" sense. At the same time, it is difficult to distinguish between implied powers in the "broad" sense and immanent powers.

The forms in which jurisprudence can be recognized as an international legal norm are analyzed, namely several forms named by the International Law Commission in which *opinio juris* can be manifested. Such forms as public statements made on behalf of countries are being studied; official publications; government legal opinions; diplomatic correspondence; decisions of national courts; contractual provisions; and behavior in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference.

On the basis of the conducted research, conclusions were made regarding the solution to the problems of implementing the powers of treaty bodies and the influence of jurisprudence on their interpretation of international treaties, which should take place in the plane of researching the imaginary or immanent powers of these bodies themselves.

Key words: subject of interpretation, authentic interpretation, legal grounds for interpretation, factual grounds for interpretation, immanent authority, implied authority, *opinio juris*.

Постановка проблеми. Тлумачення міжнародних договорів залишається одним з складних напрямків в теорії і практиці міжнародного права. З'ясування дійсного змісту норм міжнародного договору, що зазвичай мають на увазі вживаючи термін «тлумачення права», стає тим більш складнішим, чим більше віддаляється потреба в тлумаченні договору від моменту набуття ним сили. Є щось потойбічне в намаганні дізнатися що саме мали на увазі творці міжнародного договору за впливом багатьох десятиліть після його укладення. Однак держави це нерідко роблять з чистою совістю чудово усвідомлюючи, що укласти новий договір найчастіше буде не можливо, або це забере забагато часу, що зашкодить динаміці міжнародно-правових відносин. Тому й почали з'являтися міжнародні інституційно-правові технології, які сприяють досягненню бажаного результату. Найвідомішою з таких є практика формування власної юриспруденції міжнародними органами з контролю за дотриманням багатосторонніх міжнародних договорів.

Створення таких міжнародних органів стало майже традиційним для універсальних та регіональних міжнародних договорів і дає можливість доволі продуктивно спостерігати як за їх національною, так і за міжнародною

реалізацією. Діяльність таких органів може бути побудована або на основі періодичних доповідей оцінювання, або на основі розгляду заяв держав-учасниць, а у випадку контрольних механізмів міжнародного захисту прав людини – індивідуальних скарг. Однак, далеко не завжди міжнародні договірні органи мають повноваження тлумачити відповідні міжнародні договори. В таких умовах, дослідження повноважень договірних органів щодо тлумачення міжнародних договорів набуває актуальності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі правові аспекти тлумачення міждержавних договорів, а також наявності повноважень щодо їх тлумачення договірними організаціями викладені у працях С. Жозефа, К. Мітчела, Л. Гйоркі, П. Ковача, Є. Д. Стрельцової, М. В. Буроменського.

Мета статті. Дослідити діяльність міжнародних договірних органів та підстави появи повноважень у них щодо тлумачення міжнародних договорів, а саме повноважень, які виникають на підставі звичаю.

Виклад основного матеріалу. Спробуємо розглянути більш уважно ситуацію з набуттям юриспруденцією міжнародних договірних органів міжнародно-правового значення. З точки зору існуючої системи джерел міжна-

родного права міжнародно-правове значення юриспруденції міжнародних договірних органів, які не мають договірного повноваження автентичного тлумачення міжнародного договору, найвірогідніше може бути пов'язаним зі звичаєво-правовим наповненням (розвитком) договірних зобов'язань держав. Як відомо, міжнародно-правовий звичай виникає за умови існування двох конститутивних елементів: міжнародної практики та надання їй юридичного значення (*opinio juris*). Чи можна вважати, що ці два елементи є присутніми в юриспруденції?

Практика є доволі складним елементом міжнародно-правового звичаю, який зазвичай має відношення до практики держав. Однак Комісія міжнародного права, яка спеціально досліджувала сучасне розуміння міжнародного звичаєвого права в «Тексті проектів висновків щодо виявлення міжнародного звичаєвого права», прийнятому 6 серпня 2018 року дійшла такого висновку: «У деяких випадках практика міжнародних організацій також сприяє формуванню або виразу норм міжнародного права» (частина 2 Висновку 4) [1, с.119]. Причому в коментарях до цього Висновку Комісія робить важливе зауваження: «Практика міжнародних організацій у міжнародних відносинах (якщо вона супроводжується *opinio juris*) може вважатися практикою, яка породжує норми звичаєвого міжнародного права або свідчить про них, але тільки такі норми, як:

- предмет охоплений мандатом цих організацій;
- норми призначені саме для цих організацій (наприклад, норми щодо яких організація є міжнародно відповідальною або щодо договорів, сторонами яких можуть бути міжнародні організації)» [1, с.145].

Очевидно, що міжнародні організації та органи контролю за дотриманням міжнародних договорів, належать до таких, про які говорить Комісія, а отже вони мають принципову можливість впливати на створення норм звичаєвого міжнародного права. Однак, важливо звернути увагу на певну відносність зауважень Комісії, адже вона звертає увагу на «можливість» міжнародних організацій формувати практику, а не на беззаперечність такої їх діяльності. Причому пункт «а) наведеного коментаря щодо кожного конкретного міжнародного органу вимагатиме відповіді на одне доволі провокативне запитання: «Чи охоплює мандат організації створення юриспруденції, юридично обов'язкової для держав-учасниць?». В більшості випадків очікується негативна відповідь, приклади міжнародних договорів зазвичай не містять подібної норми. За наявності такої практики можна прийти до висновку про реалізацію міжнародним органом (в разі формування власної юриспруденції) іманентних або домислюваних повноважень, причому лише в разі їх схвалення державами-учасницями можна вважати, що «предмет охоплений мандатом цих організацій». Отже, *в міжнародному праві не існує універсального механізму визнання права міжнародних органів контролю дотримання міжнародних договорів створювати власну юриспруденцію*. Однак міжнародне право і не містить заборони їм це робити, власне така юриспруденція має право на існування в якості внутрішнього узагальнення практики таким міжнародним органом.

Ситуація докорінно змінюється, коли юриспруденції надається юридична обов'язковість за відсутності належних норм в відповідному міжнародному договорі. Тоді й постає питання про міжнародно-правову легітимність такої практики та про принципову можливість використання її в якості конститутивного елементу міжнародно-правового звичаю. Як вже було зазначено, Комісія міжнародного права не виключає участі міжнародних міжурядових організацій в формуванні такої практики. Однак питання про іманентність або домислюваність повноважень міжнародного органу стає тут більш значущою, оскільки питання переходить в сферу офіційного тлумачення таким органом відповідного міжнародного

договору. Комісія міжнародного права доволі жорстко обмежила можливість міжнародної організації втручатися в сферу компетенції держав, коли висловлювалася щодо участі міжнародних організацій в формуванні міжнародно-правового звичаю: «практика, що відноситься до пункту 2, виникає найбільш явно в тих випадках, коли держави-члени передали виняткову компетенцію міжнародній організації, щоб остання виконувала деякі державні повноваження своїх держав-членів, і, відповідно, практика цієї організації може бути прирівняна до практики цих держав. Це відбувається у разі певних повноважень Європейського Союзу. Практика в рамках пункту 2 може також виникати, коли держави-члени не передавали виняткової компетенції, але при цьому наділили міжнародну організацію компетенцією, що функціонально еквівалентна повноваженням, що здійснюються державами. Таким чином, практика міжнародних організацій, коли вони укладають договори, виконують функції депозитаріїв договорів, здійснюють розгортання збройних сил (наприклад, для операцій з підтримки миру), здійснюють управління територіями або визначають обсяг привілеїв та імунітетів відповідної організації та її посадових осіб, може сприяти формуванню чи вираженню норм звичайного міжнародного права у цих областях» [1, с.146]. Як можна побачити, жоден з наведених випадків не охоплює діяльність міжнародних органів контролю за дотриманням міжнародних договорів.

За відсутності в міжнародних органах контролю за дотриманням міжнародних договорів спеціальних міждержавних переговорів з приводу створення юридично обов'язкової юриспруденції маємо презумпцію мовчазної згоди держав-учасниць, яка існує у *найбільш загальному вигляді*. Тобто мова йде про доволі гнучкий механізм, який відкриває можливість звичаєво-правового визнання кожного з актів тлумачення міжнародного договору органом контролю за його дотриманням. Отже, і в цьому випадку відповідь має бути наступною: *в міжнародному праві не існує універсальної норми про визнання юридичної обов'язковості юриспруденції міжнародних органів контролю дотримання міжнародних договорів*.

Комісія міжнародного права вказує у частині 2 Висновку 6, що «форми практики держав включають, не обмежуючись тільки цим: «... поведінка у зв'язку з резолюціями, ухваленими міжнародною організацією або на міжурядовій конференції...» [1, с.146]. Термін «резолюція» має тут родове значення, охоплюючи різні акти, які організація ухвалює колективно але які не обов'язково мають таку назву. Ухвалення міжнародними контрольним органом оціночного звіту з відповідними коментарями та зауваженнями є нічим іншим, як актом колективного рішення організації, що підпадає під визначення «резолюції».

Вимоги до практики, як конститутивного елементу формування міжнародного звичаєвого права, доволі жорсткі. В частині 1 Висновку 8 Комісія зазначила: «Відповідна практика має бути загальною у тому сенсі, що вона має бути доволі поширеною та репрезентативною, а також послідовною» [1, с.146]. Позиція Міжнародного суду ООН значною мірою також акцентована на цьому, наприклад в рішенні у справі про континентальний шельф Північного моря Суд зазначив, що практика має бути «одночасно великою і практично одноманітною», а також «усталеною» [2, с.74]. Одночасно Суд в іншій справі застеріг від надмірного формалізму в ідентифікації практики: «Не можна очікувати, що у практиці держав застосування норм, про які йдеться, має бути ідеальним. Суд не вважає, що для встановлення звичайної норми відповідна практика має абсолютно точно відповідати цій нормі. Суд вважає, що для встановлення існування норм звичайного права достатньо, щоб поведінка держав загалом відповідала таким нормам» [3, с.98]. Це дає можливість побачити чи можна взагалі вважати практику контрольних органів

зі створення юриспруденції такою, що відповідає вимогам до практики, як конститутивного елементу формування міжнародного звичаєвого права.

Як відповідний конститутивний елемент формування міжнародного звичаєвого права юриспруденція міжнародних органів створюється не стільки завдяки періодичності національних доповідей, скільки завдяки програмованому змісту доповіді, спрямованому на заздалегідь визначену тематику оціночного раунду – це є однією з визначальних характеристик проведення оцінювань. Зокрема, наразі в Комітеті з ліквідації дискримінації щодо жінок (КЛДЖ) відбувається дев'ята періодична доповідь держав-учасниць Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок. Судячи з пояснень Керівництва з підготовки та подання доповідей для КЛДЖ, воно має сприяти досягненню «повноти та єдності» і з цією метою Керівництво містить чітко визначений перелік питань, на які повинні відповідати всі держави-учасниці [4]. Якщо взяти приклад регіональних контрольних органів, то цей принцип зберігається й їх діяльності.

Наведена технологія побудови контрольних заходів передбачає формування до певної міри однакових (стандартизованих) правових позицій міжнародного контрольного органу по відношенню до доповідей всіх держав-учасниць, які згідно міжнародного договору зобов'язані пройти всі раунди і відповісти на всі запитання опитувальника. Зазвичай оціночні раунди тривають декілька років, отже протягом цього доволі тривалого часу контрольний орган формує свою позицію, а держави-учасниці міжнародного договору спостерігають, маючи можливість сформулювати і висловити власну позицію. Це цілком відповідає розумінню «практики» як конститутивного елементу міжнародного звичаєвого права. Однак при цьому варто звернути увагу на важливість індивідуалізації такої практики щодо кожного аспекту тлумачення міжнародного договору. Лише в такий спосіб можна індивідуалізувати й *opinio juris*. Звичайна норма, як норма права, за своєю природою є моделлю регулювання суспільних відносин, і як така вона індивідуалізує суспільні відносини для того, щоб встановити відповідне правило поведінки. Тому практикою в досліджуваному розумінні є не сукупність підсумкових звітів кожного з оцінювальних раундів, а індивідуалізовані (щодо держав) та стандартизовані (щодо змісту) правові позиції контрольного органу, відображені в звітах.

Доволі не простим може бути встановлення щодо юриспруденції міжнародних органів контролю дотримання міжнародних договорів *opinio juris* як конститутивного елементу міжнародного звичаєвого права. Комісія міжнародного права в своїх коментарях звертаючи увагу на невід'ємність *opinio juris* у складі звичаєвої норми одночасно зазначила: «Визнання як правової норми (*opinio juris*) слід відрізнити від позаправової мотивації дій, включаючи ввічливість, політичну доцільність чи розрахунок; якщо практика, про яку йдеться, мотивована лише такими іншими міркуваннями, норму звичайного міжнародного права тут бути виявлено не може» [1, с. 146]. На перший погляд, можна було б припустити, що тут йдеться про відмінність правових і політичних норм, коли держава повинна чітко розрізнити прагнення взяти на себе міжнародно-правові чи політичні зобов'язання. Але Комісія живає слова «мотивація», що насправді сильно ускладнює зміст цього коментаря.

Якою насправді є мотивація держав, які слідують юриспруденції міжнародних органів контролю дотримання

міжнародних договорів? Чи слід виключати політичну мотивацію чи наявність політичної доцільності у держав набути членства в міжнародному договорі, щоб потім посилячись на таку мотивацію відмовлятися від його виконання. Є. Д. Стрельцова провела ґрунтовне дослідження мотивації до уніфікації міжнародного права і виявила в тому числі її політичні мотиви при тому що така уніфікація відбувається за участі міжнародних органів контролю за дотриманням міжнародних договорів [5, с. 136]. Наведене зауваження Комісії міжнародного права можна пояснити також прагненням максимально відокремити політику від міжнародного права, однак наявність політичної мотивації не повинно стояти на заваді створення норм міжнародного права, як одночасно й не повинна виступати єдиним джерелом розвитку міжнародного права, щоб не перетворити його на політично доцільне. М. В. Буроменський абсолютно правильно звертає на це увагу, говорячи про загрози ефективності міжнародно-правового регулювання [6, с. 12]. Тим не менше, достеменно виявити політичну доцільність в слідуванні держав юриспруденції міжнародних контрольних органів дотримання міжнародних договорів було б доволі складно, тим більше, що питання стоїть про виконання чинного міжнародного договору щодо юридичної сили якого у жодної держави-учасниці немає сумнівів. Доволі цікавим є той факт, що сама Комісія міжнародного права в наступних поясненнях намагається пояснити це своє контроверсійне положення. В пункті 5 коментарів до Висновку 10 зокрема сказано: «Національне законодавство, хоча воно здебільшого і є продуктом політичних рішень, може стати цінним свідченням визнання як правової норми, якщо в ньому особливо обговорюється (наприклад, у зв'язку з прийняттям законодавства), що воно засноване на звичайному міжнародному праві або вводить його у дію».

Висновки. Підсумовуючи можна дійти висновку про те, що з метою тлумачення міжнародного договору юриспруденцію щодо його реалізації слід визнавати юридично значущою. Політична мотивація поведінки держави у ставленні до окремих позицій практики міжнародного контрольного органу, хіба така позиція не є беззаперечною, не може заважати формуванню відповідної звичаєво-правової практики.

З огляду на реалізацію державою юриспруденції контрольного органу варто дійти висновку про їх міжнародно-правове значення для тлумачення відповідних положень належного міжнародного договору. При цьому важливо пам'ятати, що юриспруденція існує у вигляді конкретних пояснень щодо розуміння змісту тих чи інших положень міжнародного договору. Ці пояснення і набувають звичаєво-правового значення в міжнародному праві і саме в світлі таких пояснень слід розуміти зміст міжнародно-правової норми. Фактична імплементація державами юриспруденції у вигляді реалізації звичаєво-правових норм означає юридичну згоду держав на трансформацію змісту міжнародного договору без зміни його тексту. В такому випадку міжнародний договір продовжує своє існування та чинність виключно в системі відповідної юриспруденції, яка найбільш міцно його пов'язує з відозміненою реальністю. Тому будь-яка держава, що вступає в такий міжнародний договір мусить визнати для себе й юридичну обов'язковість юриспруденції.

ЛІТЕРАТУРА

1. United Nations Report of the International Law Commission Seventieth session (30 April–1 June and 2 July–10 August 2018). General Assembly Official Records Seventy-third Session Supplement No. 10 (A/73/10). United Nations. New York, 2018. P. 117-156.
2. North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 43, para. 74-77.
3. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (см. сноску 663 выше), at p. 98, para. 186.
4. Guidance note for States parties for the preparation of reports under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women in the context of the Sustainable Development Goals. UN Doc. CEDAW/C/74/3
5. Стрельцова Є. Д. Уніфікація міжнародного права та її вплив на національне законодавство: монографія. Одеса: Видавничий дім "Гельветика". 2019. 522 с.
6. Буроменський М. В. Міжнародне право на тлі викликів XXI століття. Актуальні проблеми сучасного міжнародного права. -Харків: Право, 2015, №4. С. 5-17.