

Нуруллаєв І.С.о.
кандидат юридичних наук,
Суддя Харківського окружного
адміністративного суду

МІЖНАРОДНИЙ ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛО МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА У БОРОТЬБІ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

INTERNATIONAL CUSTOM AS A SOURCE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND INTERNATIONAL COOPERATION IN CRIME PREVENTING

У статті досліджено питання міжнародного звичаю як джерела кримінального права та міжнародного співробітництва у боротьбі зі злочинністю. Міжнародно-правові звичаї є закріпленням міжнародно-правових зобов'язань, передусім в усній формі, які в сукупності утворюють, відповідно, так зване неписане право. Висвітлено питання форм закріплення доказів існування міжнародних звичаїв, підкреслено ту обставину, що з розвитком договірних норм, обсяг міжнародних звичаїв не зменшується, оскільки вони мають інший спосіб формування, доповнюють та розвивають зміст договірних норм. Саме на міжнародний звичай на сьогодні спирається практика Міжнародного суду ООН, Міжнародного кримінального суду та міжнародних трибуналів. Досліджено статутні положення таких судів, які визнають міжнародний звичай джерелом права, яке застосовується ними, а також практику такого застосування. Підкреслено, що основне значення Римського статуту полягає зокрема у консолідації раніше розрізаних правових положень, та кодифікації конвенційних та звичаєвих норм про міжнародні злочини. Висвітлені наукові дискусії щодо обмеженості застосування міжнародного звичаю в міжнародному кримінальному судочинстві в силу необхідності забезпечення дії принципу законності та *nullum crimen sine lege*. Обґрунтовано, що міжнародний звичай особливо є застосовним якщо йдеться про злочини, що мають міжнародний характер або мають трансдержавний характер, що визнані у внутрішньому праві держав міжнародного співробітництва. В той же час міжнародні злочини є предметом визначення та деталізації на рівні договірних норм, щодо яких звичаєві норми відіграють допоміжний, компенсативний характер.

Ключові слова: міжнародний звичай; міжнародне кримінальне право; міжнародний злочин; міжнародне співробітництво у боротьбі зі злочинністю

The article analyzes the issues of international custom as a source of criminal law and international cooperation in the fight against crime. International legal customs are the consolidation of international legal obligations, especially in oral form, which together form, respectively, the so-called unwritten law. The issue of forms of consolidating evidence of the existence of international customs is highlighted, the fact is emphasized that with the development of norms of international agreements, the volume of international customs does not decrease, because they have a different way of forming, supplementing and developing the content of treaty norms. The practice of the UN International Court of Justice, the International Criminal Court and international tribunals is based on international custom. The statutory provisions of such courts, which determine the international custom as a source of law, which they apply, as well as the practice of such application are studied. It is emphasized that the main significance of the Rome Statute is, in particular, the consolidation of previously disparate legal provisions, and the codification of conventional and customary rules on international crimes. Scientific discussions on the limitations of the application of international custom in international criminal proceedings due to the need to ensure the principle of legality and *nullum crimen sine lege* are highlighted. It is substantiated that the international custom is especially applicable in the case of crimes of an international nature or of a transnational nature, which are recognized in the domestic law of the states of international cooperation. At the same time, international crimes are the subject of definition and detailing at the level of norms of international agreements, in respect of which customary norms play an auxiliary, compensatory nature.

Key words: international custom; international criminal law; international crime; international cooperation in the fight against crime.

Міжнародний звичай як складова загального міжнародного права постійно привертає до себе увагу дослідників міжнародного публічного права і викликає жваві дискусії щодо його ролі в міжнародно-правовому регулюванні окремих напрямів міжнародного співробітництва, зокрема і в сфері боротьби зі злочинністю. Міжнародний звичай є правилом поведінки, що склалося у міжнародній практиці, за яким суб'єкти міжнародного права визнають (завичай мовчки) характер юридично обов'язкової норми. Їх сукупність з кожним роком зростає і складає важливу частину джерел міжнародного права, проте з кожним роком все обережніше дослідники ставляться до можливості широкого застосування міжнародного звичаю як джерела міжнародного кримінального права.

Серед дослідників міжнародного публічного права, які досліджували питання міжнародного звичаю належать передусім Д. Анцилотті, Я. Броунлі, Г. Е. Бувайлик, О. В. Буткевич, Х.Валдок, А.Кассезе, Ф. Кіргіс І. І. Лукашук, Ж.А.Корума, Г. Д. Найко, А.С. Овчаренко, Н.В.Остроухов, Ю.С. Ромашев, Т.О.Стат, Ю.Тан, А.Н. Талалаєв, В.Е.Теліпко, Ж. Тускоз, Н.А. Чернядьєва, Ю.В. Щокін та багато інших. Так, Ю.В. Щокін зазначив, що «джерелом формування міжнародно-правових звичаїв є уявлення про загальнолюдські норми моралі й моральності як про правила поведінки, що відбивають об'єктивні історично сформовані закономірності, забезпечують потреби суспільства в мирному й прогресивному розвитку

та розкриваються в змісті філософсько-правових категорій свободи, рівності та справедливості» [1, с. 95] Особливо важливим є питання місця правового звичаю в системі джерел правового регулювання міжнародного кримінального права як галузі міжнародного публічного права, що регулює міжнародне співробітництво у боротьбі зі злочинністю.

О.В. Буткевич звертає увагу на те, що історія людства свідчить про існування різних джерел міжнародного права, проте саме звичай виявився найбільш стабільним з них, наводячи наступні аргументи: «Таку стабільність звичаю можна пояснити тим, що він відбиває уроджені, властиві людині риси, ґрунтується на одвічному світогляді людей і застосовується щодо ключових відносин. Випробування часом звичай проходив уже в процесі свого створення; а процес цей полягав у тривалій і однаковій практиці застосування. Тому міжнародні звичаї формувалися саме для регулювання ключових, життєво важливих питань міжнародних відносин; тому найбільш важливі ідеї міжнародного права, його імперативні принципи мають звичаєве походження» [2, с. 260].

Міжнародно-правові звичаї є закріпленням міжнародно-правових зобов'язань, передусім в усній формі, які в сукупності утворюють, відповідно, так зване неписане право (*lex non scripta*) [3, с. 25]. З цього приводу Ю.В. Щокін зазначає, що «мається на увазі відсутність письмового документа, що встановлює конкретний зміст міжнародного

звичаю, підготовленого й прийнятого державами після попередньо погодженої і пройденої ними формальної процедури, а не йдеться про писемні джерела, які поряд з іншими доказами можуть використовуватися для встановлення волі учасників міжнародного спілкування, що на сьогоднішній день загально визнано і уявляється очевидним» [4, с. 30]. Основна частина доказів існування міжнародних звичаїв – це різного роду документи, серед яких і міжнародні договори (як ті, що діють, так і ті, що втратили чинність).

Незважаючи на те, що окремі дослідники відмічають те, що звичаєве міжнародне право знаходиться у кризовому стані, а кодифікація його норм шляхом прийняття багатосторонніх міжнародних договорів веде до витіснення звичаєвого права та заміну його договірним, насправді відбувається зворотнє. Конвенції, що втілюють результати кодифікації, підписуються далеко не усіма державами-членами, що сприяє процесу визнання таких договорів і їх положень загальним правом, і це сприяє росту ролі звичаєвого права та збільшення обсягу звичаєвих норм. Так, Міжнародний Суд ООН у останні роки майже у всіх рішеннях спирається переважно на звичаєве право [5, с. 51].

Окрім цього, в літературі висловлена думка, що кодифікаційні норми здатні розходитися з нормами, які склалися як звичаєві, і які підтримані великою кількістю держав-учасниць в різних конвенціях чи двосторонніх договорах і це може створити певні складнощі в правозастосуванні [6, с. 223].

Досить категорично з цього приводу зазначила М. Гінейшвілі про те, що «іноді можна почути думку, що міжнародні договори є більш важливим джерелом, ніж міжнародне звичаєве право. Складно погодитися з даною тезою з ряду причин. По-перше, як показує практика, міжнародні суди і трибунали регулярно звертаються до міжнародного звичаю. По-друге, звичай, будучи більш гнучким джерелом права, здатний швидше реагувати на зміни в суспільстві, в нього не треба вносити поправки, він еволюціонує сам по собі. По-третє, на відміну від договору, обов'язкового тільки для учасників, міжнародний звичай поширюється на всі держави» [7].

Міжнародно-правовий звичай має особливу правову природу і з цього приводу Д. Анцилотті зазначив: «як правило, його юридична сила складається «в часі», «коли воля [держав] виражається в неухильному, постійному повторенні даного способу дій ... коли держави фактично ведуть себе певним чином, будучи переконані в обов'язковості такої поведінки» [8, с. 33, 36; ¹SEP 19, с. 83].

Визнання міжнародного звичаю може відбуватися і шляхом їх застосування як джерела міжнародного права при вирішенні спорів. Щоправда, якщо говорити про практику Міжнародного кримінального суду, то злочини розслідуються в ньому і засуджуються на підставі статей 6, 7, 8 Римського Статуту [10], в яких чітко вказано можливі склади злочинів, проте вони не передбачають окремі види та елементи злочинів. А. Кассезе вважає усталеною міжнародно-правовою традицією, те, що судді міжнародних судів можуть виходити за рамки позитивних матеріальних норм, якщо того вимагає реалізація «Духу і цілей Статуту» [11, Р. 945].

Статуту Нюрнберзького та Югославського трибуналів не містили детального закріплення складу злочинів, у зв'язку з чим судді виводили положення про злочин, його склад та підстави кримінальної відповідальності із норм загального права. При цьому, статуті міжнародних трибуналів містять пряме посилання на звичай, коли йдеться про закони та звичаї війни.

Голова Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії А. Кассезе зазначав, що положення статутів перших військових трибуналів та *ad hoc* трибуналів були недостатньо розроблені і перед суддями стояло завдання визначити, в чому саме полягали порушення законів та звичаїв війни [12, р. 20].

Так, у справі Мілітінович та ін. Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії сформував позицію, що некодифіковане звичайне міжнародне право здатне забезпечити «обгрунтоване повідомлення», яке може спричинити індивідуальну кримінальну відповідальність [13, р. 41]. Поняття «обгрунтоване повідомлення» Н.О.Чернядьєва характеризує як «знання правової норми» [14, с. 272], проте, на наш погляд, більш влучно вживати термін «правова позиція».

Слід зазначити, що відповідно до ст. 21 Римського статуту, яка визначає право, що застосовується Міжнародним кримінальним судом, до його джерел віднесено «міжнародні договори, принципи і норми міжнародного права, включаючи загально визнані принципи міжнародного права збройних конфліктів» [10]. Тобто, в ст. 21 прямо на звичаї не вказується, але і не охоплено норми міжнародного права лише договірними. Навпаки, в окремих статтях є прямі посилання на звичаї, зокрема, в п. (b) ч. 2 ст. 8 Римського статуту міститься посилання на матеріальну норму міжнародного звичаю («інші серйозні порушення законів та звичаїв, що застосовуються в міжнародних військових конфліктах у встановлених межах міжнародного права»), а в ч. 3 ст. 65 йдеться про звичаєву процесуальну норму («звичайні процедури розгляду справи»). Окрім цього, відповідно до ч. 2 ст. 21 Римського статуту Суд може застосовувати принципи і норми відповідно до того, як вони були витлумачені в його попередніх рішеннях, а в п. 2 ст. 31 йдеться про допустимість посилання на інші, не вказані в Римському статуті підстави звільнення від відповідальності, якщо вони впливають із застосовного права [10].

А. Кассезе зазначав, що незважаючи на те, що звичай зраховано до правових джерел, які застосовуються Міжнародним кримінальним судом відповідно до ст. 21 Римського статуту, «його роль в діяльності Міжнародного кримінального суду (МКС) буде менш «видатною» з причини більшої пропрацьованості дефініцій злочинів і наявності в розпорядженні суду елементів злочинів» [12, р. 20]. Так, основне значення Римського статуту полягає, перш за все, у консолідації раніше розрізнених правових положень, та кодифікації конвенційних та звичаєвих норм про міжнародні злочини.

Таким чином, питання про потенційну криміналізацію діянь, які раніше не були предметом розгляду Міжнародного кримінального суду, на підставі норм звичаєвого права може вважатися відкритим. Такий стан справ, на думку Н.О.Чернядьєвої, є «небезпечною тенденцією» міжнародного кримінального судочинства: відбувається перехід від конвенційної (статутної) матеріально-правової підстави обвинувачення осіб у вчиненні злочинів до звичаєво-правової, яка не узгоджена в міждержавному середовищі і багато в чому є вираженням суб'єктивного думки складу суду, який виносить обвинувальний вирок [14, с. 275]. В. Деган також критично оцінює діяльність міжнародних *ad hoc* трибуналів, «звинувачуючи» їх у створенні, а не застосуванні норми права [15, с. 46].

Учені як і раніше переконані в тому, що зміна норм міжнародних договорів міжнародно-правовими звичаями, хоча і є рідким випадком, але в той же час зустрічається в реальному житті. Так, А.М. Талалаєв, досліджуючи це саме питання, підкреслює: «Оскільки всякі зміни в міжнародному договорі можуть здійснюватися тільки юридичним шляхом, то й практика держав у цьому випадку також повинна носити не фактичний, а юридичний характер, тобто бути такою, що веде до утворення міжнародно-правового звичаю» [16, с. 211]. З цього приводу Ю.В.Щокін зазначає, що «практика, яка суперечить договірній нормі, не буде розглядатися як її порушення тільки в тому випадку, якщо вона одержить юридичне визнання (*opinio juris*) з боку учасників договору. Зрештою, держави – сторони договору самі ухвалюють рішення щодо того, порушений він чи ні...» [4, с. 285].

Якщо норма передбачена звичаєм претендує на статус імперативної, то визнання абсолютно всіх держав –

суб'єктів міжнародного права не потрібно, що обґрунтовано в остаточній доповіді Комітету з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права, який діяв в межах Асоціації міжнародного права [17].

Отже, незважаючи на відсутність у Віденській конвенції з права міжнародних договорів 1969 р. норм, які прямо передбачали б можливість зміни міжнародних договорів міжнародно-правовими звичаями, така можливість не виключається [4, с. 285].

Однак, кожна держава має право заявити про невизнання тієї чи іншої нової норми звичаєвого права, після чого вона не буде мати для неї юридичної сили, однак невизнання державою норми звичаєвого права має бути: 1) чітко висловленим та недвозначним; 2) держава набуває статусу рішуче заперечуючої – такої, що не приймає норму у цілому. Отже діє правило «рішучого заперечуючого» (persistent objector). [5, с. 53].

На сьогодні переважним є підхід, відповідно до якого «Міжнародні практики повинні бути обережними при визначенні звичаєвих норм у міжнародному кримінальному праві, щоб переслідувати та карати підозрюваних у міжнародних злочинах, не загрожуючи принципу законності» [18]. Слід зазначити, що проти ідеї розгляду звичаєвого права як джерела міжнародного кримінального права виступав ряд вчених. Дослідники акцентують, що норми, виведені із звичаєвого права, є досить неточними та розмитими [19]. Неоднозначність, як зазначає Шахрам Дана, також суперечить принципу законності, що вимагає конкретності та юридичної визначеності [20].

Слід звернути увагу на взаємозв'язок принципу nullum crimen sine lege (не існує злочину без закону) та міжнародного звичаю. Свого часу адвокати підсудних Нюрнбернського і Токійським військовими трибуналу посилалися на порушення принципу законності, оскільки їх клієнтів притягували до відповідальності за некриміналізовані на рівні міжнародного договору діяння. Проте такий аргумент не був прийнятий вказаними трибуналами зокрема з тієї причини, що злочини, які вхо-

дили до їхньої юрисдикції, мали звичаєво-правову природу [7]. Проте, пам'ятаючи цю обставину, Генеральний секретар ООН звернув увагу укладачів Статуту МТКЮ на той факт, що принцип nullum crimen sine lege вимагає від суду застосовувати норми гуманітарного права, які поза всяким сумнівом є міжнародним порядком, щоб в подальшому не виникла проблема з членством тієї чи іншої держави в певній конвенції [21].

Цілком вірно зазначає М.Гіґінейшвілі, що «принцип nullum crimen sine lege не варто тлумачити розширено, діяння може бути криміналізоване не лише у письмовому законі, але і на рівні міжнародного звичаю» [7].

Дослідження Юдана Тана показало, що «звичаєве право є або джерелом, або інтерпретаційною допомогою міжнародного кримінального права» [18], а саме основного його джерела - міжнародних договорів.

Висновки. Звичаєве право є і залишається вагомим складовою системи джерел правового регулювання міжнародного співробітництва у боротьбі зі злочинністю та діяльністю міжнародних та інтернаціоналізованих кримінальних трибуналів. Особлива увага дослідників на сьогодні прикута до дискусії щодо звичаєвого права як джерела міжнародного кримінального права з огляду на принципи законності та nullum crimen sine lege. Аналіз практики функціонування міжнародних трибуналів та Міжнародного кримінального суду показує, що міжнародний звичай залишається вагомим джерелом як матеріальних, так і процесуальних норм міжнародного кримінального права (судочинства), а також важливим чинником взаємозв'язку правових систем держав-учасниць та усталених в них положень кримінального права із міжнародним кримінальним правом. Міжнародний звичай особливо є застосовним якщо йдеться про злочини, які мають міжнародний характер або мають трансдержавний характер, що визнані у внутрішньому праві держав міжнародного співробітництва. В той же час міжнародні злочини є предметом визначення та деталізації на рівні договірних норм, щодо яких звичаєві норми відіграють допоміжний, компенсативний характер.

ЛІТЕРАТУРА

1. Щокін Ю.В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії і практики : монографія. Харків : Право, 2012. 456 с.
2. Буткевич О. В. У истоков международного права / О. В. Буткевич. – Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс, 2008. С. 260.
3. Арчага Э.Х. де. Современное международное право: пер. с исп. / Э. Х. де Арчага. Москва : Прогресс, 1983. 480 с.
4. Щокін Ю.В. Міжнародно-правовий звичай: сучасні проблеми, теорія і практика. Дис. д.ю.н. спеціальність: 12.00.11 – міжнародне право. Харків: Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2016. 422 с.
5. Теліпко В.Е., Овчаренко А.С. Міжнародне публічне право: Навч. посіб. / За заг. ред. Теліпко В.Е. Київ: Центр учбової літератури, 2010. 608 с.
6. Остроухов Н.В., Ромашев Ю.С. Практика как основа формирования международного обычая. Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 186–199. URL: <https://law-journal.hse.ru/data/2017/07/20/1173827067/romashev.pdf>
7. Гигинейшвили М.Т. Международной обычай как источник международного уголовного права. Общество: политика, экономика, право. 2017. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/mezhdunarodnyu-obyuchay-kak-istochnik-mezhdunarodnogo-ugolovnogo-prava/viewer>.
8. Международное публичное право: учебник / Л.П. Ануфриева, К.А. Бекашев, Е.Г. Моисеев, В.В. Устинов [и др.]; отв. ред. К.А. Бекашев. – 5-е изд., перераб. и доп. М.: Изд-во Проспект, 2009. 1008 с.
9. Анцилотти Д. Курс международного права. Т. 1, Введение. Общая теория / под ред. Д. Б. Левина. Москва: ИЛ, 1961.
10. Римський Статут Міжнародного кримінального суду 1998 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text
11. Cassese A. The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law. Journal of International Criminal Justice, Volume 4, Issue 5, November 2006, Pages 933–958. URL: <https://doi.org/10.1093/jicj/mql074>.
12. International Criminal Law. Cases & Commentary / A. Cassese, G. Acquaviva, M. Fan, A. Whiting. Oxford (UK), 2011. 648 p.,
13. Tobiloba O. Awotoye, State Responsibility as a Panacea to International Terrorism, Humanities and Social Sciences. Vol. 1, No. 1, 2013, pp. 14. Чернядьєва Н.А. Современное состояние и тенденции развития международно-правовой борьбы в терроризме. Дис. Д.ю.н. спеціальність: 12.00.10 – Международное право; Евтроейское право. Москва: Московский государственный юридический университет имени О.Е.Кутафина (МГЮА), 2018. 540 с.
15. Degan V.-D. On the Sources of International Criminal Law // Chinese Journal of International Law. 2005. Vol. 4. P. 45-83.
16. Талалаев А. Н. Международные договоры в современном мире. Москва : *Междунар. отношения*, 1973. 248 с.
17. International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) – 66 p. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>
18. Tan, Yudan, 2018. The Identification of Customary Rules in International Criminal Law. *Utrecht Journal of International and European Law*, 34(2), pp.92–110. DOI: <http://doi.org/10.5334/ujiel.434> URL: <https://utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujiel.434/>
19. Judge Abdul Koroma, 'Foreword' in Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-beck (eds), *Customary International Humanitarian Law*, vol 1, Rules (ICRC and CUP 2005) xiii.
20. Shahram Dana, 'Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing'. Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 99, no. 4 (2009), str. 857-928.
21. Отчет Генерального секретаря ООН к резолюции СБ ООН 808 [Електронний ресурс]. UN Doc. S/25704. 1993. 3 May. URL: http://www.icty.org/xfile/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf (дата обращения: 12.06.2017), п. 34