**2. ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ПРАВА**

**2.1. Поняття джерела міжнародного права**

Джерело міжнародного права – це форма зовнішнього виразу норм міжнародного права, яка створюється шляхом узгодження воль суб’єктів міжнародного права.

Джерело міжнародного права не є сталою категорією. Одні джерела з'явилися, розвивали міжнародне право і, в результаті докорінних змін в міжнародних відносинах, припинили виконання функції джерела міжнародного права (рішення вселенських церковних соборів). Інші залишаються характерним джерелом міжнародного права протягом всієї історії його розвитку (звичай міжнародного права).

Історія розвитку науки міжнародного права в галузі джерел права проходила між двома категоричними точками зору:

а) термін "джерело міжнародного права" надуманий, двозначний і розпливчатий.

Застосовувати його в системі, де приймаються обов’язкові рішення, небезпечно, в першу чергу, для функціонування самої системи;

б) джерело міжнародного права – це будь-який аргумент, що використовується в міжнародних домаганнях для підтвердження існування певного правила чи норми.

Загальновизнаним є перелік джерел, закріплений в ст. 38 Статуту Міжнародного Суду

ООН: "Суд, який зобов’язаний вирішувати передані йому спори на підставі міжнародного права застосовує:

а) міжнародні конвенції, як загальні, так і спеціальні, що встановлюють правила, напевно визнані заінтересованими в спорі державами;

b) міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як правова норма;

с) загальні принципи права, визнані цивілізованими націями;

d) судові рішення і доктрини кваліфікованих спеціалістів різних націй з публічного права як допоміжний засіб для визначення правових норм (із застереженнями статті 59)".

Відповідно до статті 59 Статуту Міжнародного Суду рішення Суду обов’язкове лише для сторін, які беруть участь у справі і лише в даній справі.

За національним законодавством, як і за іншими засобами односторонньої дії визнається лише допоміжна роль у встановлені існуючих міжнародно-правових звичаїв.

**2.2. Міжнародний договір**

Міжнародний договір є універсальним джерелом міжнародного права тому, що юридична сила його випливає із загального міжнародного права, а не з конкретного, спеціального джерела, яким є, наприклад, статут для правосуб’єктності міжнародної організації.

Основні ***вимоги до міжнародних договорів*** як джерела міжнародного права:

1. Бути об’єктивно правомірним.

2. Бути укладеним у відповідності з:

а) принципами й нормами сучасного міжнародного права;

б) нормами права міжнародних договорів;

в) законодавством держав у частині, що стосується процедури укладення міжнародних договорів.

3. Реалізовуватись у відповідності з принципами і нормами міжнародного права й положеннями самого договору.

4. Повинен надавати права "покладати обов’язки на суб’єктів міжнародного права.

5. Повинен регулювати відносини, які підпадають під об’єкт міжнародно-правового регулювання та ін.

На відміну від внутрішньодержавного права джерела міжнародного права формально не мають чіткого співпідпорядкування. Разом із тим, міжнародному праву властиві пріоритети джерел.

Так, Статут ООН є найбільш авторитетним утіленням основних загальновизнаних принципів міжнародного права, які мають імперативний характер (jus cogens). Усі договори, які суперечать йому, є недійсними. Договори, які містять імперативні норми міжнародного права, мають перевагу перед міжнародними договорами, що формулюють диспозитивні норми.

***Визнається пріоритет джерел:***

1.міжвідомчі договори - міжурядові договори, міждержавні договори

2. локальні, партикулярні – регіональні договори – універсальні договори

***Пріоритетність міжнародних договорів залежить від:***

- простору дії;

- часу дії;

- часу укладення договору (принцип lex posterior derogat priori);

- характеру норм (імперативні норми мають перевагу перед диспозитивними);

- змісту норм (норми категоричні мають перевагу перед рекомендаційними);

- відповідності діючим принципам і нормам міжнародного права *(обов’язки держави*

*по партикулярним зобов’язанням поступаються перед обов’язками, що випливають з принципів міжнародного права й універсальних норм)*;

- раніше взятих зобов’язань *(не вступати в блоки, нейтралітету, неприєднання тощо)*;

- форми міжнародного договору *(коли одні і ті ж відносини регулюються усним*

*договором і письмовою угодою, перевага надається письмовій)*;

- від суб’єктів як сторін міжнародної *угоди (угоди міждержавних організацій є джерелом другого порядку).*

Але міжнародні договори мають також й певні **недоліки:**

1. Більшість договорів є результатом компромісу, якого досягнуто в результаті переговорів. Часто компроміс удається досягти за рахунок втрати чіткості, ясності формулювання. Переважна більшість принципів і універсальних норм міжнародного права в міжнародних угодах формулюються дещо звужено *(порівняно зі звичаєвим правом)*.

2. Більшість міжнародних договорів за кількістю їх сторін поступаються відповідним міжнародним звичаям, які визнають сучасні суб’єкти міжнародного права.

3. На підготовку і переговори з метою укладення багатосторонніх договорів потрібні роки, а інколи десятиріччя *(характерно для відносин роззброєння, контролю над озброєнням, заборони*

*зброї масового знищення тощо)*.

**2.3. Міжнародний звичай**

Міжнародний звичай – це правило поведінки, яке конституйоване загальною практикою.

Для універсальних звичаїв необхідне загальне визнання. Визнання регіональних і партикулярних підтверджено рішеннями Міжнародного Суду. У справі про португальсько-індійський спір щодо права проходу по індійській території (1960), Суд вирішив: "партикулярна практика лише між двома державами, яка визнається ними як правова, дає підстави для визнання звичаєвої норми, яка діє між ними".

Необхідно розрізняти міжнародний звичай і міжнародну звичку. Звичка є юридично не обов’язковим правилом поведінки, а міжнародний звичай і загальні принципи права можуть визнаватися і без міждержавної практики.

**Міжнародний звичай (МЗ)** і **міжнародний договір (МД)** є універсальними джерелами міжнародного права, але вони мають суттєві відмінності:

1. В ***МД*** можна простежити чітку різницю між правотворчою процедурою і нормативним результатом, в ***МЗ*** правотворча процедура і нормативний результат не мають процедурної відокремленості.

2. ***МД*** створюється в рамках формальних переговорів, ***МЗ*** - завдяки практиці держав.

3. Форма існування МД - конкретний правовий акт, МЗ - правило поведінки держав, закріплене їх практикою.

4. Завдяки МД можна сформувати як загальні так і конкретні рішення, МЗ формує лише

основні правові принципи, керівні засади.

5. МД є джерелом практично всіх галузей міждержавних відносин, МЗ не може бути джерелом правового регулювання тих галузей міжнародних відносин, які потребують детальної регламентації.

6. МД властивими йому засобами регулювання сприяє розвитку нових міжнародних відносин, МЗ базується на існуючій практиці.

7. В МД норми регіонального й партикулярного характеру переважають над універсальними, в МЗ переважають норми універсального характеру.

Звичай заповнює відповідні прогалини в міжнародному праві на випадок відсутності конвенційного регулювання. Часто звичай регулює міжнародні відносини паралельно з міжнародним договором. Міжнародний звичай є основним регулятором відносин між державами

– не учасницями міжнародного договору й державами-учасницями договору з державами – не учасницями.

Міжнародний звичай застосовується між державами-сторонами міжнародного договору в таких випадках:

І) для регулювання відносин, які виникли до вступу договору в силу (Віденська конвенція про право міжнародних договорів, ст. 4);

ІІ) для регулювання відносин, які виникли після вступу договору в силу (паралельне регулювання), а саме:

1) якщо в галузі відносин діють загальновизнані принципи й норми міжнародного права;

2) якщо міжнародні договірні й міжнародні звичаєві розпорядження близькі, але не тотожні;

3) якщо конвенція закріплює зовсім нові норми, держави користуються

міжнародним звичаєм щодо старих юридичних фактів;

4) коли важко встановити момент "перетворення" звичаєвої норми в договірну;

5) якщо договірна норма уточнює звичаєву;

6) коли конвенційна норма закріплює лише принципові вимоги звичаю, а нові звичаї розвивають ці положення;

7) коли міжнародний договір стає доказом існування міжнародного звичаю;

8) коли міжнародний договір виконує функцію кодифікації міжнародних звичаїв;

9) коли міжнародний договір підписаний (ратифікований), але не вступив у силу;

10) коли в міжнародному договорі визначається, які міжнародні звичаї можуть застосовуватися;

11) коли звичай складається в ході розробки міжнародного договору (до його укладення);

12) коли міжнародний договір укладається для тлумачення міжнародного звичаю.

Свідченням **наявності** міжнародного звичаю є:

а) міжнародна практика (прецеденти);

б) *opinio juris sive necessаtis* (думка, яка визнає цю практику за юридичну норму);

в) тривалість застосування.

Для створення міжнародно-правового звичаю важлива практика тільки суб’єктів міжнародного права. Міжнародна практика повинна бути постійною, загальною, одноманітною й тривалою.

Стосовно тривалості міжнародної практики, вважається, що для створення міжнародного звичаю потрібно стільки часу, скільки вимагає ситуація необхідного ступеню визнання.

Щодо **opinio juris sive necessatis** слід зазначити, що визнання міжнародного звичаю - необхідна умова завершення звичаєвої нормотворчості. Opinio juris може бути як явно висловленим, так і мовчазним, а також виводитись із загальної практики. Підставою для юридичної обов’язковості міжнародного звичаю є згода держав.

Міжнародний звичай не має офіційного письмового формулювання. Він може встановлюватися шляхом тлумачення, але за правилами й методами визнаними при тлумаченні міжнародних договорів. Норми міжнародного звичаю мають рівну юридичну силу з нормами міжнародного договору. Звідси між договором і звичаєм діють принципи:

lex posterior derogat priori, lex speciales derogat generale.

**2.4. Загальні принципи права**

Статут Міжнародного Суду ООН закріплює "загальні принципи права" як джерела сучасного міжнародного права. Практика Міжнародного Суду ООН показує, що він неохоче використовує це джерело, тобто своєю діяльністю ставить під сумнів справедливість статутного положення. За більш ніж 50 років своєї діяльності Суд лише декілька разів використовував "загальні принципи права".

Тому вчені запропонували нове тлумачення "загальних принципів права".

***Загальні принципи права є спільними правовими поняттями, логічними правилами, технічними принципами, які використовуються при тлумаченні й застосуванні права як міжнародного, так і внутрішньодержавного. Свій початок вони беруть як в концепціях природного права, так і в основних положеннях міжнародного й внутрішньодержавного права (особливо римського права). Значна кількість загальних принципів права є трансформованими в право закономірностями розвитку суспільних відносин, принципами функціонування систем управління в суспільстві.***

Поняття загальних принципів міжнародного права охоплює:

1. Загальні принципи, які трансформувалися в право через закономірності розвитку суспільних відносин *(особистий позов, який виник з делікту вмирає разом із суб’єктом; дія моя вчинена мною проти моєї волі, не моя дія; не можна врахувати випадкові події і нікого не можна зобов’язати їх передбачити; так як природа нічого не робить стрибками, це не повинен робити закон, добро народу є вищий закон)*;

2. Загальні принципи, які склалися в праві на основі принципів функціонування систем управління в суспільствах *(справедливість і благо є закон законів; застереження, яке забороняє відмову не дійсне із самого початку; не законна умова не вважається зобов’язуючою; де є вина, там повинно бути покарання)*;

3. Загальні принципи права, які склалися на основі розвитку правових систем:

а) загальні принципи матеріального права (*ніхто не повинен мати користь від здійсненого ним правопорушення; ніхто не може надати право до тих пір, поки воно йому не належить; lex posterior derоgat priori; рішення, винесене по спору між суб’єктами, не торкається суб’єктів, які не є учасниками спору; lex specialis derogat generali);*

б) загальні принципи процесуального права *(вислухай і іншу сторону; тягар доведення лежить на тому; хто стверджує, а не на тому, хто заперечує; обов’язок доброго судді - приймати рішення, які сприяють розвитку правосуддя, тлумачення закону не породжує порушення права)*;

в) доктринальні або концептуальні загальні принципи *(від слів закону не можна виходити)*;

4. Загальні принципи внутрішньодержавного права *(покарання за державну зраду перевищує покарання за будь-які злочини; подружжя відповідає законам природи)*;

5. Загальні принципи міжнародного приватного права *(торгівля повинна бути загальною і не перетворюватися в монополію; шлюб дійсний за законами місця його здійснення, принцип "закон суду")*;

6. Загальні принципи міжнародного публічного права *(власник території володіє нею до неба і до найбільших глибин; публічне користування берегами ріки - це те ж саме, що і користування самою річкою)*.

**Загальні принципи права** (***ЗПП***) не можна ототожнювати з **принципами сучасного міжнародного права** (***ПМП***), хоч вони і формулюють загальні засади, головні ідеї в праві:

1. ***ПМП*** формуються на основі діючих міжнародних звичаїв і міжнародних договорів, ***ЗПП*** - на основі функціонування правових систем як закономірності.

2. Головним для ***ПМП*** є регулювання міжнародних відносин, а потім неузгодженостей в правовій системі. Головним для ***ЗПП*** є регулювання неузгодженостей в правовій системі, а потім регулювання відносин.

3. ***ПМП*** є вищими імперативними нормами міжнародного права, ***ЗПП*** – правилами юридичної логіки, юридичної техніки.

4. ***ПМП*** характерні тільки для системи міжнародного права або для її галузі чи інституту, ***ЗПП*** - не тільки для міжнародних, а й для національних правових систем.

5. ***ПМП*** можуть формулювати два і більше правила поведінки. ***ЗПП*** в переважній більшості вміщують лише одне правило в одному принципі.

6. ***ПМП*** в застосовуються міжнародній практиці дуже часто, ***ЗПП*** - дуже рідко.

Загальні принципи права хоч і є правовими положеннями, але за сутністю не є нормами права. Вони можуть застосовуватися в міжнародному праві лише за згодою держав або міждержавних організацій.

**2.5. Допоміжні джерела міжнародного права**

Допоміжними джерелами міжнародного права є – рішення міжнародних органів та організацій, рішення міжнародних судів та арбітражних трибуналів, доктрина міжнародного права.

Питання щодо правотворчих **рішень міжнародних організацій** як джерела міжнародного права є дискусійним в науці міжнародного права.

Втім, на сьогодні склалась загальна думка, що рішення міжнародних органів і організацій є допоміжними, не основними джерелами сучасного міжнародного права. При цьому одні автори обмежують подібні рішення рамками резолюцій Генеральної Асамблеї ООН і рішень Ради

Безпеки, інші розглядають їх в значно ширшому плані. В якості джерел міжнародного права розглядаються акти спеціалізованих установ ООН *(конвенції і рекомендації МОП, ЮНЕСКО,ВПС; конвенції постанови і регламенти МСЕ; конвенції* і міжнародні санітарні правила ВООЗ*;*

*рішення і рекомендації УМКО; конвенції, стандарти, рекомендації, процедури, технічні регламенти УКАО)* міжнародних конференцій, регіональних міжнародних організацій.

Як правило особливо виділяються рішення міжнародних судових установ.

Щодо визнання **рішення міжнародних судів та арбітражних трибуналів** джерелами міжнародного права в науці міжнародного права й досі немає одностайності.

На відміну від основних джерел, судові та арбітражні рішення не є результатом узгодження воль держав, й відповідно не створюють норми права, але виступає у ролі тлумачення та застосування основних джерел.

В Статуті Міжнародного Суду ООН також передбачено можливість застосування **судових рішень** у якості допоміжного джерела, але виключно за умови їх обов’язковості лише по конкретній справі та для сторін цієї справи. Судові рішення використовуються лише за згодою обох сторін ex aequo et buno, тобто по справедливості. Однак, і в такому випадку рішення Суду повинні базуватись на діючих міжнародно-правових нормах.

Міжнародна судова та арбітражна практика може підтвердити існуючі міжнародно-правові норми або сприяти появі нових норм міжнародного права.

Особливе місце серед міжнародних судових установ посідає Європейський Суд з прав людини. В своїх судових рішеннях Суд з прав людини на головне місце поставив свої попередні рішення (прецеденти). Мотивуючи свої судові рішення власними прецедентами, Суд фактично зобов’язав держави їх поважати і виходити з них при аргументації їх позицій у власних справах.

**Доктрина міжнародного права**. Думка вчених-міжнародників завжди високо цінувалась як засіб встановлення наявності чи відсутності норм міжнародного права. До послуг вчених

вдавалися, коли необхідно було дати кваліфіковане тлумачення міжнародно-правових актів. Коли ж держави і міжнародні організації почали широко публікувати міжнародно-правові документи, державні акти, дипломатичні джерела, рішення міжнародних організацій тощо до доктрини як засобу встановлення норми вдаються все менш.

На сьогодні знижується тенденція звернення до вчених з метою отримання їх тлумачення норм міжнародного права. Цю функцію досить успішно виконують міжнародні судові установи, відповідні комітети міждержавних організацій. Міжнародний Суд ООН в своїх рішеннях жодного разу не посилався на доктрину міжнародного права.

Досвід провідних вчених світу широко використовується в діяльності Комісії з міжнародного права ООН. Саме через Комісію вчені мають можливість впливати на правосвідомість і практику держав, а через них і на формування і розвиток міжнародного права. Але проекти Комісії як і доктрини міжнародного права не є джерелами міжнародного права.

**Національне законодавство і рішення національних судів** на сьогодні не є джерелом міжнародного права.