

КРИТЕРІЇ ВИЗНАЧЕННЯ ДЖЕРЕЛ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Проблематика, пов'язана з джерелами міжнародного права, є достатньо складною та різноманітною. Незважаючи на тривалий період дослідження, чимало питань стосовно зазначеної проблеми не отримали однозначних відповідей. Одним з таких невирішених аспектів є вироблення критеріїв для виділення джерел міжнародного права з низки схожих явищ, котрі, однак, такими не є. Метою даної статті є спроба запропонувати ряд критеріїв, сукупність яких давала б можливість визначити, що належить відносити до джерел міжнародного права.

Коли мова заходить про джерела міжнародного права, чимало теоретиків і практиків звертаються перш за все до ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН. Слід зазначити, що це єдиний документ, який претендує на звання своєрідного переліку джерел сучасного міжнародного права, що тією чи іншою мірою визнається більшістю дослідників всього світу. Проте багато хто з вчених визнає цей перелік лише як відправну точку для подальшого розширення. Чимало дослідників говорять про свою незгоду зі спробою використання ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН як вищезначеного переліку. Загальне зауваження, що його поділяють багато сучасних дослідників, висловив французький професор Нгуен Куок Дінь: «... ст.38 не позбавлена повністю недоліків: деякі її формулювання не є чіткими, а головне, вона не дає вичерпного переліку формальних джерел сучасного міжнародного права» [1, с.62].

Дотримуючись запропонованої логіки, можна зробити висновок, що кінцевою метою досліджень цієї проблематики і є визначення «вичерпного переліку формальних джерел». Однак такий напрямок бачиться нам хибним. Тут необхідно погодитися з такою думкою, висловленою Г.В. Ігнатенко та С.А. Малиніним: «Статут ООН містить положення про повагу до обов'язків, «що впливають з договорів та інших джерел міжнародного права» (преамбула), що свідчить принаймні про такий підхід, який не визнає раз і назавжди визначеного, що у принципі не підлягає змінам, переліку джерел. Можна вважати аксіомою, що держави та інші суб'єкти міжнародного права у процесі узгодження воль не тільки виробляють правила взаємних відносин, але й встановлюють форму існування таких правил, тобто визначають вид джерела міжнародного права» [2, с.38]. Схожої думки додержується і П.Н. Бірюков [3, с.42]. Він, зокрема, підкреслює свободу держав при виборі форм закріплення норм міжнародного права, а отже і свободу використання нових джерел. Такий підхід ми вважаємо повністю обґрунтованим. Слід зазначити, що така постановка питання яскраво висвітлює проблему відсутності у науці міжнародного права чітких критеріїв для визначення джерел міжнародного права.

Безпосередньо з цим пов'язана і спроба здійснити їх поділ на основні та неосновні (додаткові, допоміжні тощо) [Див. напр.: 4, с.22–23; 5, с.111]. Проте такий поділ джерел права є лише наслідком невпевненості стосовно

того, чи можна віднести той чи інший тип документів до джерел міжнародного права. Ще одну причину для такого поділу ми вбачаємо у спробі примирити різні підходи до віднесення того чи іншого явища до джерел права. Ми вважаємо такий підхід невиправданим. Свого часу Г.В. Ігнатенко та С.А. Малинін висловили наступну думку: «Такий поділ не відповідає самому поняттю джерела права. Або дана юридична форма (той чи інший міжнародно-правовий акт) є втіленням норми права – і тоді ми маємо справу з джерелом міжнародного права, або ця форма не закріплює норм, і, отже, не може бути джерелом права. У зв'язку з цим за логікою речей постановка питання про якісь «допоміжні» джерела виключається» [2, с.37–38]. Таку ж думку висловлюють і інші вчені [Див. напр.: 3, с. 41–42]. Справді, або ця форма відповідає критеріям, що пред'являються до джерела права, і є ним, або ні. В останньому випадку можна говорити про таку форму лише як про додатковий засіб, який може бути використаний для розуміння і/або тлумачення тих чи інших форм, але не більше. Неправильно називати подібні, часто факультативні засоби джерелами міжнародного права.

І знову ми стикаємося з відсутністю чітких критеріїв, що дозволяють розмежувати джерело міжнародного права і названі вище факультативні засоби.

Слід зазначити, що актуальність проблеми вироблення чітких критеріїв уже відмічалась сучасними дослідниками [6, с.34]. Лутнікова О.В. зазначає, що деякі вчені, взагалі нехтуючи класичною доктриною джерелознавства, часом без будь-яких пояснень називають джерелами міжнародного права ті форми, які, на її думку, такими не є. Влучною ілюстрацією цього служить наведений у статті приклад зі спробою довести існування нової галузі міжнародного права – міжнародного права розвитку.

Однак не можна погодитися із запропонованим дослідницею підходом до вибору критеріїв для визначення джерел міжнародного права. Перш за все слід розмежувати поняття «норма права» та «джерело права». Незважаючи на те, що ці поняття багато у чому взаємопов'язані, вони різні і мають відмінні ознаки й особливості. Про помилковість змішання цих двох понять говорив ще один із перших дослідників джерел міжнародного права М.М. Мінасян: «... ідентифікація норм міжнародного права і його джерел вносить плутанину в теорію і не дає жодної користі практиці, зважуючи докупити самостійні категорії – принципи, норми, джерела права, які мають зовсім різне призначення» [7, с.24].

На жаль, О.В. Лутнікова повторює помилку, від якої М.М. Мінасян і застерігав. Згадуючи про необхідність вироблення критеріїв для визначення джерел міжнародного права, авторка говорить про критерії розмежування юридичних та інших норм. Далі О.В. Лутнікова як «однозначний і базовий критерій» виділяє специфіку процедури нормотворчості, «тобто особливий спосіб створення, закріплення й узгодження політичних воль держав, що мають намір створити не лише правило, а саму юридичну норму» [6, с.35].

Необхідно підкреслити, що не існує єдиної процедури створення норм міжнародного права. Залежно від джерела, до якого включається норма міжнародного права, порядок формування і визначення джерела права зміню-

ється. Як зазначав французький професор Нгуєн Куок Дінь: «Для чіткого усвідомлення проблеми необхідно від самого початку строго розрізняти *міжнародні юридичні норми та формальні джерела* міжнародного права. Під нормами розуміється зміст, субстанція правила, виробленого відповідно до «процедурних» вимог того чи іншого формального джерела» [1, с.62].

Слід також звернути увагу на той факт, що більшість суперечок щодо джерел міжнародного права полягає у віднесенні або у відмові від віднесення того чи іншого виду актів до категорії «джерела міжнародного права». Зокрема, протягом тривалого часу ведуться дискусії щодо віднесення до цієї категорії рішень міжнародних організацій, міжнародних судових органів тощо. Ще одним суперечливим моментом є тлумачення того, що саме слід відносити до загальних принципів права, визначених як джерела ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН. Використання процесуального критерію як критерію для пошуку відповіді на поставлені питання є даремним. Пропонований автором процесуальний критерій в принципі може бути використаний для розмежування правових та інших соціальних норм. Але неправильно говорити про процесуальні критерії, тобто специфіку нормотворчості, як про головний, однозначний та базовий критерій для виявлення джерел права за відсутності єдиного усталеного порядку формування норм міжнародного права.

Незважаючи на те, що, за влучним зауваження М.О. Ушакова, загальна теорія права є на сьогодні лише теорією внутрішньодержавного (національного) права, неможливо спробувати віднайти критерії джерела права, і у тому числі права міжнародного, без звернення саме до загальної теорії права [8, с.38].

Перш за все, слід процитувати декілька визначень, що найбільш повно відображають суть цього поняття. С.Л. Зівс вважає, що «джерело права є зовнішньою формою об'єктивізації правової норми. Причому лише об'єктивована («у певній формі») норма стає загальнообов'язковою, правовою нормою, реалізація якої забезпечується відповідними засобами державного впливу» [9, с.9].

Російський фахівець В.С. Нерсесянц вказує: «У загальній теорії права форми вираження і закріплення правових норм визначаються як джерела права в юридичному формальному сенсі» [10, с.265].

Відома українська дослідниця теорії права О.Ф. Скакун дає таке визначення: «Юридичні джерела (форми) права – офіційно-документальні форми вираження і закріплення норм права, що походять від держави або є визнаними нею і надають їм юридичного, загальнообов'язкового значення» [11, с.308].

З урахуванням поданих визначень можна вивести такі критерії джерела права: наявність у джерелі норм права; загальнообов'язковість джерела; наявність відповідної офіційно-документарної форми; визнання державою за тією чи іншою формою вираження права статусу «джерела права».

Наявність норм права у джерелі підкреслюють практично всі вчені. Більше того, С.Л. Зівс прямо говорить про те, що норма права «не існує і не

може існувати поза джерелом права – оболонкою буття правової форми» [9, с.9]. Таке твердження є повністю адекватним. Воно тонко підмічає глибинний зв'язок між нормою і джерелом права, їх взаємодію та взаємозалежність: норма права не може існувати поза джерелом права, а джерело права не можна вважати таким, якщо в ньому будуть відсутні правові норми.

Загальнообов'язковість джерела права також називається багатьма дослідниками. Вона пов'язана, перш за все, із загальнообов'язковістю норм права, які це джерело у собі містить. Виходячи з природи норм права, логічно можна зробити висновок про те, що джерело права є обов'язковим для суб'єктів тієї галузі права, до якої це джерело права відноситься. Однак Г.Ф. Шершеневич свого часу висловив думку про обов'язковість джерел права для суду, не згадуючи про обов'язковість джерел для суб'єктів права [12, с.96.]. На нашу думку, слід говорити про обов'язковість джерела права, перш за все, для суб'єктів права. І лише потім говорити про обов'язковість джерел права для суду під час прийняття рішення щодо спору між суб'єктами, оскільки суд у даному випадку розглядає відносини, врегульовані джерелами права, обов'язковими для цих суб'єктів.

Небагато дослідників говорять про необхідність офіційно-документарної форми як обов'язкового атрибута джерела права. Одним з них був С.Л. Зівс, який писав: «... до поняття джерела права входять два суттєві елементи. По-перше, це зовнішня форма – форма вираження, форма встановлення і вираження. По-друге, це елемент конститутивний – надання нормі якості правової норми» [9, с.9.].

Слід погодитися з думкою О.Ф. Скакун про обов'язковість такої форми. Відсутність офіційно-документарної форми робить неможливим визначення суті як окремих норм права, так і всього джерела в цілому, а також однакове застосування цього джерела.

Причини відсутності згадок у інших авторів про необхідність офіційно-документарної форми джерела права ми вбачаємо у радянських традиціях досліджень цього питання. Як зазначив Г.І. Муромцев, у той час «поняття «система джерел права» зазвичай замінялося поняттям «система законодавства». Проблема ролі джерел права у правовій системі витіснялася питанням про співвідношення системи права і системи законодавства» [13, с.24]. Тому говорити про обов'язковість офіційно-документарної форми не було необхідності з огляду на недостатність уваги до інших джерел права, ніж нормативно-правовий акт, який і так уже був втілений у відповідну офіційно-документарну форму.

Про обов'язковість визнання державою статусу «джерело права» також говорить більшість учених. Говорячи про роль держави у формуванні та визнанні статусу «джерело права» за тією чи іншою формою, слід згадати про три способи формування позитивного права, виділені С.С. Алексеевим. Зокрема:

- звичаєве право (право, виражене переважно у звичаях);
- право суддів (право, що утворюється переважно судом);

– право законодавця (право, що утворюється шляхом законодавчої діяльності держави) [14, с.35].

Як зазначає С.С. Алексєєв далі: «Офіційний, публічний характер джерелам права практично надається двома шляхами: правотворчості та санкціонування» [14, с. 77]. Однак він залишив поза увагою невтручання держави у практику застосування цілої низки джерел права (звичаїв, релігійних доктрин) як регуляторів різних суспільних відносин. Г.І. Муромцев справедливо відзначив ці особливості у суспільствах із сильними релігійними традиціями [13, с.28–30]. У цьому випадку можна говорити про особливе, мовчазне санкціонування державою подібних звичаїв як джерел права, оскільки вона (держава) не застосовує будь-яких дій, направлених на перегляд чи зміну усталеної практики або звичаїв застосування релігійних доктрин для регулювання суспільних відносин.

Таким чином, способами визнання статусу «джерела права» можуть бути як активні дії органів державної влади: видання джерел права, визнання існуючого джерела права (ратифікація міжнародного договору), визнання судом звичаю або прецеденту, – так і пасивні: невтручання у практику застосування того чи іншого звичаю, релігійної доктрини тощо.

Розглядаючи особливості формально-юридичних джерел міжнародного права, слід перш за все відзначити, що вони зумовлені особливостями самої системи. Незважаючи на певні розбіжності у трактуванні особливостей, більшість дослідників майже однотайно вказують на те, що міжнародне право відрізняється від права внутрішньодержавного за об'єктом (предметом) регулювання, порядком створення норм, формою їх зовнішнього вираження (джерелами) і функціонування міжнародно-правових норм [Див. напр.: 15, с.5; 16, с.193]. Із цього випливає висновок про те, що критерії для визначення джерел міжнародного права дещо відрізняються від тих, які були виділені нами з загальної теорії права.

Якщо перший критерій – наявність норм права – є незмінним і для джерел міжнародного права, то загальнообов'язковість має яскраво виражені особливості, притаманні виключно цій системі права.

В.А. Василенко виділяє ці особливості під загальною назвою «персоніфіковано обов'язкова нормативність», тобто приписи норм міжнародного права поширюють свою дію лише на ті суб'єкти, що брали участь у створенні та (або) висловили свою згоду на обов'язковість для них даних норм [16, с.179]. Не можна не погодитися з виділенням такої особливості. За відсутності у міжнародному праві вищої волі, яка нав'язувала би суб'єктам певні норми поведінки, саме персоніфіковано обов'язкова нормативність є тим механізмом, який одночасно забезпечує обов'язковість норм міжнародного права, не зазіхаючи при цьому на суверенітет суб'єктів. Участь у створенні або визнанні обов'язковості для себе норм міжнародного права, що вже існують, є невід'ємним правом держави, тобто одним із проявів суверенітету.

Із зазначеного вище можна зробити висновок, що стосовно міжнародного права другий (загальнообов'язковість) та четвертий (визнання дер-

жавою джерела) з вказаних нами чотирьох критеріїв зливаються в один, оскільки у даному випадку держава, на відміну від внутрішньодержавного права, виступає як творцем, так і суб'єктом права.

Стосовно офіційно-документарної форми слід зазначити таке. Ця форма також є обов'язковою і для джерел міжнародного права. Лише дотримання певної норми, притаманне тому чи іншому джерелу, тобто відсутність вад форми, дає змогу говорити про те, що така форма вираження права може бути віднесена до того або іншого джерела міжнародного права. Для віднесення до категорії «джерело міжнародного права» вона повинна мати певні ознаки, властиві даному конкретному джерелу. Зокрема, для міжнародного договору такими ознаками є: письмова форма, дотримання порядку укладання, підписання повноважним представником, належна ратифікація (якщо вона передбачена) тощо. Деякі фахівці вказують на існування усних міжнародних договорів [Див. напр.: 5, с.116; 17, с.79]. Слід зазначити, що незважаючи на існування такого явища, Віденська конвенція «Про право міжнародних договорів» 1969 р. прямо вказує на необхідність письмової форми як одного із обов'язкових атрибутів міжнародного договору.

Для звичаю такими ознаками є наявність усталеної практики та *opinio juris*. Недотримання певної форми, притаманної тому чи іншому джерелу права, дає підставу говорити, що дане явище не є тим джерелом права, чий формі воно відповідає.

Як приклад, наведемо спроби віднести декілька взаємопов'язаних односторонніх актів держав до міжнародного договору. Щоправда, при цьому такий договір пропонувалося назвати «неформальним» [8, с.28–30]. З таким підходом не можна погодитися, однак подібні спроби демонструють важливість офіційно-документарної форми як одного з критеріїв джерела міжнародного права. Адже у даному прикладі саме недотримання форми дозволяє розмежувати джерело міжнародного права (договір) і документи, які до джерел даного виду не належать. Ще один приклад невідповідності форми. Свого часу П. Гуггенхейм вважав, що норми права, які виникли з двосторонньої практики, є не звичаєм, а договором, заснованим на конклюдентних діях держав [18]. Невідповідність формі договору у даному випадку є очевидною. І це не в останню чергу стало причиною того, що процитована точка зору не отримала визнання.

Зі сказаного вище можна зробити висновок, що основними критеріями для визначення джерела міжнародного права є:

- наявність у джерелі норм права;
- персоніфіковано обов'язкова нормативність такого джерела;
- належна офіційно-документарна форма, обов'язкова для даного джерела.

Лише наявність сукупності цих трьох критеріїв дає підставу говорити, що в даному випадку перед нами джерело міжнародного права.

Список літератури: 1. Динь Н. К. Международное публичное право в 2-х томах. К., 2003. Т. 1. 2. Игнатенко Г.В. Малинин С.А. Новые тенденции в международном правотворчестве// Советский ежегодник международного права. 1986. М., 1987. 3. Бирюков П.Н. Международное право. М., 1999. 4. Лукашук И.И., Шинкарецькая Г.Г.

Международное право. Элементарный курс. М., 2003. 5. Буткевич В.Г., Мищик В.В., Задорожний О.В. Міжнародне право: основи теорії. К., 2003. 6. Лутникова О.В. К вопросу о необходимости возрождения доктрины об источниках международного права // Право: теория и практика. 2004. № 9. 7. Минасян Н.М. Источники современного международного права. Р/на/Дону, 1960. 8. Ушаков Н.А. Проблемы теории международного права. М., 1988. 9. Зивс С.Л. Источники права. М., 1981. 10. Нерсесянц В.С. Проблемы общей теории права и государства. М., 1999. 11. Скакун О.Ф. Теория держави і права. Х., 2001. 12. Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. М., 1908. 13. Муромцев Г. И. Источники права (Теоретические аспекты проблемы)// Правоведение. 1992. № 2. 14. Алексеев С.С. «Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования». М., 1999. 15. Тимченко Л.Д. Международное право. Х., 2002. 16. Василенко В.А. Основы теории международного права. К., 1988. 17. Кузнецов В.И. Международное право. М., 2001. 18. Guggenheim P. Lokales Gewohnheitsrecht//Osterreichische Zeitschrift fur offentliges Recht (und Volkerrecht) 1961/ Bd.11. S. 327-334].

Надійшла до редколегії 05.05.05

С.О. Сергеев

СПОСОБИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАКОННОСТІ В СФЕРІ ФІСКАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

В Україні визнається і діє принцип верховенства права, який проголошений Конституцією України. Відповідно до цього принципу правова держава має будувати свої відносини з особою і суспільством на основі правових актів, насамперед законів [1, с.39–40]. Отже, закон повинен мати обов'язкову силу як для платника податку, так і для органу, який виконує владні повноваження держави.

Проблеми забезпечення законності в сфері фіскальних правовідносин були предметом досліджень багатьох вчених, зокрема Т.С. Воїнової, П.Т. Геги, І.В. Головача, Є.В. Калюги, М.П. Кучерявенка, А.М. Ластовецького, О.М. Московенка, Ю.О. Самури, В.М. Селіванова та інших. Однак, беручи до уваги складність досліджуваної проблеми, вона ще залишається дуже актуальною. Означена проблематика визначена однією із пріоритетних в Стратегічному плані розвитку державної податкової служби України на період до 2013 р.

На жаль, в процесі державного регулювання фіскальних відносин принцип законності у більшості випадків залишається декларативним. Як відзначають В.М.Селіванов, О.М.Московенко, І.В.Головач, «сьогодні основні податки і збори встановлені Верховною Радою України з порушенням законодавчо визначених базових принципів внесення змін до податкового законодавства. Тобто орган законодавчої влади України став на шлях порушення законності в Україні, не дотримуючись принципів, закладених ним же у базовому Законі «Про систему оподаткування» [2, с.5]. На цей час має місце недостатнє наукове опрацювання проектів юридичних актів, спрямованих на регулювання сфери податків, що призводить до появи значної кількості неузгодженостей, а то й помилок при їх ухваленні і застосу-