

МІЖНАРОДНЕ ПУБЛІЧНЕ ПРАВО



*Оксана Вайшеховська,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри європейського права та
порівняльного правознавства
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича*

УДК 341.1/8

Роль міжнародно-правового звичаю в системі джерел міжнародного фінансового права

Глобалізації світової фінансової системи, посилення економічної взаємозалежності країн світу, створення інституційної системи щодо забезпечення співпраці з фінансових питань та безперервного функціонування фінансової системи спричинили активізацію співробітництва щодо правотворчості в сфері фінансів як між державами, так і між державами та міжнародними фінансовими організаціями. Внаслідок цього вплив міжнародних договорів та актів міжнародних фінансових організацій на міжнародний фінансовий правопорядок значно посилюється. Такі тенденції обумовлюють потребу переосмислення місця міжнародного звичаю в системі джерел міжнародного фінансового права на сучасному етапі розвитку міжнародних фінансових відносин.

Питанню джерел міжнародного фінансового права, зокрема міжнародно-правовому звичаю, в науковій

літературі приділялось уваги відносно мало. Переважно даної проблематики торкались в контексті досліджень міжнародного фінансового права в цілому, зокрема такими вченими як Л. Л. Лазебник, В. М. Шуміловим, Г. В. Петровою та іншими. Більш глибоко міжнародний звичай вивчався в працях науковців, які в рамках досліджень міжнародного права аналізували систему його джерел (М. О. Баймуратов, М. В. Буроменський, В. Г. Буткевич, І. І. Лукашук та інші). Важливою в цьому напрямку є сучасна монографічна праця О. В. Київець, предметом дослідження якої виступають джерела міжнародного права.

Метою статті є на підставі правового аналізу правової природи міжнародних звичаїв визначити їх вплив на формування міжнародних фінансових норм в умовах сучасних особливостей та тенденцій міжнародного фінансового правопорядку.

Міжнародні звичаї займають особливе місце в системі джерел міжнародного права. Проте, в системі джерел міжнародного фінансового права правовий звичай за питомою вагою та значимістю поступається міжнародному договору [1, с. 57]. В. Ф. Опришко визначає міжнародно-правовий звичай як закріплені неписані, само собою зрозумілі правила організації та здійснення міжнародних відносин [2, с. 46]. Звичай використовуються з мовчазної згоди сторін (мовчазна угода) і, зазвичай, не мають свого формального (письмового) закріплення в жодному договорі. Ці норми, як правило, створюються і розвиваються в процесі довготривалої практики їх застосування в міжнародних відносинах. Під міжнародним правовим звичаєм, зазначає Л. Л. Лазебник, розуміють норму міжнародного права, що виникла самостійно, без державно-владної волі чи санкції з боку держав, з правосвідомості всього народу або певних груп та набула юридичної сили в результаті тривалого застосування її як обов'язкової [3, с. 30]. В свою чергу міжнародне звичаєве право виділяють як окремий вид права, що складається з правових звичаїв і виступає первісною формою міжнародного права. Відповідно до статті 38 Статуту Міжнародного суду ООН міжнародний звичай як доказ загальної практики визнається правовою нормою [4].

Правовий звичай сформувався шляхом загальної і постійної практики держав та прийняття як обов'язкової норми міжнародним співтовариством, тому він аргіогі складається з двох елементів: практики країн як доказу існування звичаю та *opinio juris* (визнання в якості норми) [5, с. 129]. Міжнародний звичай набуває статусу правової норми за допомогою *opinio juris sive necessitatis*, тобто підтвердження того, що незмінна, тривала практика сприймається як правова норма учасниками правовідносин [5, с. 130]. Однією з форм визнання звичаю є

відповідні рішення міжнародного суду. При наявності спірної ситуації, яку неможливо вирішити на підставі відомих правових норм, суд консолідує та формалізує існуючу практику в цій сфері, виводячи з неї міжнародний звичай. При цьому він не виступає законодавцем або єдино можливим суб'єктом здійснення *opinio juris* звичаю. Надання міжнародному звичаю значення формально визнаної міжнародно-правової норми може здійснюватися також державами шляхом закріплення відповідного правила в міжнародних договорах [6, с. 47], в актах міжнародних організацій або, як зазначено в статті 38 Статуту Міжнародного суду ООН, в доктринах «найбільш кваліфікованих спеціалістів з публічного права різних націй» [4]. Наприклад, принцип взаємної вигоди вперше отримав закріплення у формі звичаєвої норми в сфері торгівлі ще в період середньовіччя і на протязі розвитку міждержавних економічних відносин неодноразово отримував визнання держав в актах міжнародних організацій (наприклад, в Хартії економічних прав та обов'язків держав від 1974 року [7]).

Навколо правового звичаю в якості джерела міжнародного права в науковій літературі завжди точиться багато дискусій, насамперед в силу того, що даний вид норм є неписаним правилом. Саме відсутність писаної форми, зокрема відсутність «авторитетного» тексту, викликає безліч дискусій, починаючи з питань щодо його виникнення і закінчуючи проблемами його застосування, особливо в поєднанні з міжнародним договором. Особливо «важкі» часи для правового звичаю настали в сучасний період, коли його роль відходить на другий план в силу домінування міжнародних договорів, а також поступовим зменшенням звичаєвих норм шляхом потрапляння їх в міжнародні договори.

Особливо гостро таке зменшення ролі міжнародно-правового звичаю спостерігається в міжнародному фі-

нансовому праві. Питання фінансового характеру в міжнародних відносинах завжди мали для держав важливе значення, тому вони намагались врегулювати їх саме в міжнародних договорах, які в силу своєї правової природи вважаються більш чітким і передбачуваним джерелом в контексті тлумачення і застосування. Міжнародні правові звичаї в сфері фінансів, що отримали закріплення в міжнародних договорах, припинили своє існування в якості міжнародно-правового звичаю, перетворившись на міжнародну норму, закріплену міжнародним договором. Так, у другій половині XIX століття на основі латиноамериканської «доктрини К. Кальво і Л. Драго» склався звичай неприпустимості дипломатичного та військового втручання іноземних країн з ціллю стягнення боргів з держав та її громадян [10]. Л. М. Драго зазначав, що державний борг не може бути причиною збройної інтервенції і, тим більше, окупації території. Цей принцип отримав наукове обґрунтування в його працях з міжнародного права [12], а в 1907 році був закріплений Гаазькою конвенцією про обмеження випадків застосування сили для стягнення за договірними борговими зобов'язаннями. На сьогодні дана міжнародно-правова звичаєва норма отримала свого найвищого закріплення – в принципах міжнародного права (а також в принципах міжнародного фінансового права), серед яких – принципи мирного розв'язання спорів та мирного співробітництва.

В сучасній міжнародно-правовій науковій літературі домінуючою стала позиція щодо мінімального значення правового звичаю в системі джерел міжнародного фінансового права. Г. В. Петрова зазначає, що в сфері міжнародних публічних фінансів міжнародні звичаї практично не застосовуються [8, с. 61]. На думку Л. І. Волової, всі міжнародно-правові джерела міжнародного фінансового права поділяються на дві групи: 1) міжнародні договори, до яких нале-

жать і договори про заснування міжнародних фінансових організацій; 2) акти міжнародних фінансових організацій [9, с. 44]. При цьому науковець навіть не вказує на наявність такого джерела в міжнародному фінансовому праві як міжнародно-правовий звичай.

Інші науковці, як вітчизняні, зокрема Л. Л. Лазебник [3, с. 27-44], так і зарубіжні, наприклад В. М. Шумілов [10, С. 80-99], не констатують відсутність міжнародно-правових звичаїв в системі джерел міжнародного фінансового права. В своїх наукових працях, досліджуючи джерела міжнародного фінансового права, вони (ніби по інерції загальностворених підходів) розглядають весь класичний набір джерел міжнародного права і, аналізуючи міжнародно-правовий звичай, дають йому загальну характеристику та наводять приклади трансформації звичаєвої норми в договірну.

Тому, є підстави констатувати в системі джерел міжнародного фінансового права поступове витіснення міжнародними договорами міжнародно-правових звичаїв. Оскільки даний процес не відбувся в одну мить, а тривав десятиліттями, ці два види джерела тісно переплітались весь цей час і взаємодіяли. Взаємодія кодифікаційних конвенцій і загального звичаєвого права відбувалась і відбувається на таких трьох рівнях: 1) міжнародний договір може закріплювати існуючі норми міжнародного звичаєвого права; 2) міжнародний договір може містити нові норми, які через певний відрізок часу можуть стати обов'язковим для держав, що не є стороною договору, внаслідок переходу цих договірних норм до загального звичаєвого права; 3) нова норма звичаєвого права, яка з'явилась в результаті змін або невдоволення окремими положеннями договору з боку його учасників, може з часом призвести до модифікації дії договору.

Генезис джерел міжнародного фінансового права ілюструє поступо-

ве переливання норм, що регулюють міжнародні фінансові відносини, із форми міжнародно-правового звичаю у форму міжнародного договору. Це природний процес бажання суб'єктів міжнародного права надати чітку правову регламентацію надзвичайно важливим для них питанням фінансового характеру. Проте на фоні такої «повноводної течії» правових норм з русла міжнародно-правових звичаїв в договірне русло спостерігається процес іншого характеру. Так, в процесі розвитку міжнародного фінансового права виникли, так звані, типові договори або, як називають їх окремі науковці, наприклад В. М. Шумілов, уніфіковані проформи. Як зазначає науковець, такого роду типові – рекомендовані – проформи мають ціль спрямовувати практику в прогнозоване русло, створювати стійкі норми багатостороннього рівня. Як правило, типові договори слугують основою на двосторонніх переговорах з певних питань [10, с. 98]. Запроваджені вони були в практику внаслідок складних ситуацій, які регулярно повторювались і мали характерні особливості. З правової точки зору, типовий договір не володіє юридичною силою, проте внаслідок технічної досконалості тексту і політичного розповсюдження закладених в ньому ідей часто набирає певний міжнародний авторитет. Типовий договір є матрицею, якій притаманні такі властивості: 1) внаслідок якості змісту вона є засобом міжнародного навчання (зразка); 2) внаслідок поширеності іноді стає джерелом міжнародного фінансового права [3, с. 41]. Іншими словами, багаторазові укладання двосторонніх договорів на основі таких типових договорів є ознакою визнання державами норм, що зафіксовані в них, що являє собою *opinio juris* (визнання в якості норми), яке перетворює норми типових договорів в норми міжнародного звичаю. В такому разі типовий договір у застосуванні до окремих ситуацій можна розглядати як джерело звичаєвого права.

Типові договори найбільше набули розповсюдження в таких сферах міжнародного фінансового права як міжнародне податкове право, де з 1929 року стали укладатись двосторонні договори про уникнення подвійного оподаткування [11], та міжнародне інвестиційне право, де з 70-х років ХХ століття для встановлення сприятливого інвестиційного режиму між розвинутими державами і державами, що розвиваються, набули важливого значення типові двосторонні договори про заохочення і захист інвестицій. Такі типові договори відносяться до джерел міжнародного фінансового права, а саме до такого його виду як міжнародно-правовий звичай.

Таким чином, правила, які багаторазово однотипно застосувались в міжнародних договорах (наприклад, міжнародних договорах про уникнення подвійного оподаткування) набувають статусу міжнародно-правового звичаю, виступаючи при цьому зразком (моделлю) при укладанні нових міжнародних договорів з цього ж питання.

Підсумовуючи, слід зазначити, що набуття міжнародним звичаєм в фінансовій сфері статусу повноцінного джерела міжнародного фінансового права обумовлює окрім довготривалої практики його застосування державами, наявність *opinio juris*. Надання міжнародному фінансовому звичаю значення формально визнаного міжнародно-правової фінансової норми може здійснюватися міжнародними судами в рішеннях, доктринами найбільш кваліфікованих спеціалістів з публічного права різних націй, державами шляхом укладення міжнародних договорів. На відміну від двох перших способів визнання, де міжнародний звичай стає міжнародно-правовою звичаєвою нормою, останній спосіб визнання обумовлює перехід міжнародного звичаю в договірну правову норму.

В силу специфіки міжнародного фінансового права міжнародно-правовий звичай відіграє в його сис-

темі джерел незначну роль, поступаючи міжнародному договору як за питомою вагою, так і за значимістю. Сучасній системі джерел міжнародного фінансового права притаманне поступове перехід правових норм, що регулюють міжнародні фінансові відносини, з форми міжнародно-правового звичаю у форму міжнародного договору, оскільки важливість фінансових питань для держав вимагає чіткої та передбачуваної форми правового регулювання. За останні десятиліття міжнародно-правові звичаї в фінансовій сфері поступово знайшли своє закріплення в міжнародних договорах, а деякі набули рівня міжнародних принципів.

Наступною тенденцією розвитку джерел міжнародного фінансового права на сучасному етапі є перетворення положень рекомендаційних актів міжнародних інституцій шляхом багаторазового одноманітного застосування їх державами на джерело міжнародного фінансового права у формі міжнародно-правового звичаю. Типові договори, розроблені міжнародними інституціями, які слугують

основою на двосторонніх переговорах з певних питань, з правової точки зору не володіють юридичною силою. Проте, шляхом укладання двосторонніх договорів на основі типових договорів, вони отримують офіційне визнання державами (*opinio juris*), що, в поєднанні з великою кількістю застосування, надає правилам типових договорів статусу міжнародно-правової звичаєвої норми. Такі типові договори у сфері інвестицій та уникнення подвійного оподаткування слід кваліфікувати як джерело міжнародного фінансового права - міжнародно-правовий звичай.

Оскільки питома вага міжнародних звичаєвих норм в сфері міжнародних фінансових відносин не є значною, процес *opinio juris* міжнародних звичаїв в фінансовій сфері за допомогою рішень міжнародних судів відбувається все рідше. Основними джерелами правового регулювання сучасних міжнародних фінансових відносин насамперед виступають міжнародні договори та акти міжнародних фінансових організацій.

Список використаних джерел

1. *Ерпильова Н. Ю.* Международное банковское право: теория и практика применения / Н. Ю. Ерпильова; Нац.исслед.ун-т «Высшая школа экономики». – М.: Изд.дом Высшей школы экономики, 2012 – 671 с.
2. *Опришко В. Ф.* Міжнародне економічне право: Підручник / В. Ф. Опришко. – Видання друге, перероб.і доп. – К. КНЕУ, 2003. – 311 с.
3. *Лазебник Л. Л.* Міжнародне фінансове право: Навч. пос. / Л. Л. Лазебник. – К.: Центр учбової літератури, 2008. – 312 с.
4. *Статут* Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду від 26.06.1945 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_010
5. *Ківець О. В.* У пошуках міжнародного права: переосмислюючи джерела / О. В. Ківець – Кам'янець-Подільський: ПП «Видавництво «Оіум». 2011 – 480 с.
6. *Толстих В.* Рішення міжнародних судів / В. Толстих // Міжнародне право. – 2012. - №2 – С.41-54.
7. *Хартії* економічних прав та обов'язків держав (Резолюція ГА ООН 3281 (XXIX)) від 12.12.1974 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_077
8. *Петрова Г. В.* Международное финансовое право: учебник / Г. В. Петрова. – М.: Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2011. – 457 с.

9. *Волова Л. И.* Международное финансовое и международное инвестиционное право в системе общего международного права: учеб. пособие / Л. И. Волова. – М.: Юрлитинформ, 2014. – 184с.

10. *Шумилов В. М.* Международное финансовое право. Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / В. М. Шумилов. – М.: Междунар. отношения, 2011. – 328 с.

11. *Типова* конвенція Організації Об'єднаних націй про уникнення подвійного оподаткування у відносинах між розвинутими країнами і країнами, що розвиваються [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_UpdateRu.pdf

12. *Drago L. M.* Cobro coercitivo de deudas publicas / Drago L. M. – Buenos Aires, 1907.

Вайцеховська О. Р. Роль міжнародно-правового звичаю в системі джерел міжнародного фінансового права

В статті проаналізована правова природа міжнародно-правового звичаю як джерела міжнародного права. Досліджено особливості та способи набуття міжнародних звичаєм статусу міжнародно-правової звичаєвої норми. Здійснено правову характеристику місця міжнародно-правового звичаю в системі інших джерел та його ролі в міжнародному фінансовому праві. Висвітлені тенденції розвитку системи джерел міжнародного фінансового права на сучасному етапі.

Ключові слова: міжнародне фінансове право, джерела міжнародного фінансового права, міжнародний звичай, міжнародно-правова звичаєва норма.

Вайцеховская О.Р. Роль международно-правового обычая в системе источников международного финансового права

В статье проанализирована правовая природа международно-правового обычая в качестве источника международного права. Исследованы особенности и способы превращения международного обычая в международно-правовую норму. Проведена правовая характеристика места международно-правового обычая в системе других источников и его роли в международном финансовом праве. Определены тенденции развития системы источников международного финансового права на современном этапе.

Ключевые слова: международное финансовое право, источники международного финансового права, международный правовой обычай.

Vaitsekhovska O. The role of the international legal practice in the system of sources of international financial law

The article deals with the legal nature of the international legal practice as a source of international law. The author examines the peculiarities of the international practice and focuses on the procedures through which it acquires the status of the international legal customary norm. The study investigates the legal characterization of the place of the international legal practice in the system of other sources, defining its role in the international financial law. The tendencies of development of the system of sources of international financial law at the present stage are also emphasized in the research.

Key words: international financial law, sources of international financial law, international practice, international legal customary norm.