

Київський національний торговельно-економічний університет

Кафедра міжнародного, цивільного та комерційного права

ВИПУСКНА КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА

на тему:

**ВПЛИВ МІЖНАРОДНОГО ЗВИЧАЮ НА ФОРМУВАННЯ
МІЖНАРОДНОГО ЕКОНОМІЧНОГО ПРАВА**

студента 2 курсу, 10 мз
групи, спеціальності 293
«Міжнародне право»,
спеціалізації
«Міжнародне право»

Новосьолова Микити Сергійовича

Науковий керівник
к.ю.н., доцент

Михайловський Віктор Ігорович

Гарант освітньої програми
д.ю.н., професор

Мазаракі Наталія Анатоліївна

Київ 2021

ЗМІСТ

ВСТУП.....	3
РОЗДІЛ 1. ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ЗВИЧАЮ ЯК ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ЕКОНОМІЧНОГО ПРАВА	
1.1. Підходи до визначення поняття міжнародного звичаю як джерела міжнародного економічного права.....	8
1.2. Особливості формування міжнародного звичаю в міжнародному економічному праві.....	12
1.3. Значення міжнародного звичаю у системі джерел міжнародного економічного права.....	21
РОЗДІЛ 2. ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ВПЛИВУ МІЖНАРОДНОГО ЗВИЧАЮ НА ФОРМУВАННЯ МІЖНАРОДНОГО ЕКОНОМІЧНОГО ПРАВА	
2.1. Практика застосування міжнародного звичаю у регулюванні міжнародних економічних відносин.....	29
2.2. Переваги та недоліки міжнародного звичаю як джерела міжнародного економічного права.....	36
ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ	45
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	50

ВСТУП

Актуальність теми. Правовий звичай вважається одним із найдавніших джерел права, що використовувався для врегулювання суспільних відносин за відсутності договірного регулювання у письмовій формі. Зокрема, у міжнародному праві звичай значний час відігравав провідну роль серед інших джерел міжнародного права. Проте з розвитком міждержавних відносин та еволюцією міжнародного договірного права, значення міжнародного звичаю як регулятивного інструменту у міжнародному праві почало поступово зменшуватись. Більшість вітчизняних та зарубіжних науковців визначають, що складності у доведенні існування звичаєвої норми та відсутність однакової процедури визнання практики держав у якості юридично обов'язкової для суб'єктів міжнародного права.

З приводу ролі та значення міжнародного звичаю як джерела міжнародного економічного права думки у наукових колах значно різняться. Одна група науковців впевнена у тому, що міжнародне звичаєве право є основою міжнародного права в цілому та окремих її галузей, зокрема й міжнародного економічного права, та має своє втілення в інших формах вираження міжнародного права (принципах, договірних нормах та ін.); інша група дотримується протилежної думки, що полягає у другорядності міжнародного звичаю та його обмеженій ролі у регулюванні міжнародних відносин у більшості галузей та інститутів міжнародного права.

У будь-якому випадку, питання застосування міжнародного звичаю у врегулюванні міжнародних публічних правовідносин, зокрема й економічного характеру, залишається актуальним і досі. Це обумовлюється стабільністю застосування міжнародно-правових звичаєвих норм, що виникли внаслідок тривалої та однорідної практики держав та визнавалися ними юридично обов'язковими. Такі міжнародні звичаї у доктрині міжнародного права отримали назву класичних. При цьому на даному етапі розвитку міжнародного права класичні міжнародні звичаї зустрічаються все менше; водночас при

регулюванні міждержавних відносин частіше використовується міжнародний звичай у його сучасному вигляді. Саме тому дослідження сучасних міжнародних звичаїв в якості джерела міжнародного економічного права є дуже важливим та нагальним питанням для наукового співтовариства в галузі міжнародного права.

Дослідженням поняття, значення та специфіки міжнародного звичаю у системі джерел міжнародного права займалися такі вчені, як А. Андрейків [14], Д.П. Богатчук [15], Я. Броунлі [47], М.В. Буроменський [16], В. Г. Буткевич [17;18], О. Р. Вайцеховська [19], К. Дальман [48], П. Дамбері [51], І.І. Дахно [23], М. Діксон [49], Б. Зіємблиці [46], А. Касезе [45], О.В. Київець [24;25], Ф. Кіргіс [53], Є. Конторович [52], І.І. Лукашук [31], Дж. Менкес [57], О.А. Музика-Стефанчук [34], О.О. Нігреєва [35], В.Ф. Опришко [36], Б. Стерн [62], Б. Токарський [39], І. А. Ширер [60], М. Шоу [56], І.В. Шпак [40], Ю.В. Щокін [41;42;43] та інші.

Мета дослідження полягає у встановленні значення та особливостей процедури створення міжнародного звичаю, визначенні його поточної ролі у врегулюванні міжнародних економічних відносин на основі відповідної фахової літератури і міжнародно-правових актів для з'ясування майбутніх перспектив у подальшому його використанні державами та вироблення шляхів вдосконалення механізму застосування міжнародного звичаю.

Для досягнення поставленої мети потрібно виконати такі **завдання**:

- визначити поняття та сутність міжнародного звичаю як джерела міжнародного економічного права;
- охарактеризувати особливості процедури формування міжнародної звичаєвої норми в міжнародному економічному праві;
- визначити роль міжнародного звичаю серед інших джерел міжнародного економічного права та в окремих підгалузях міжнародного економічного права;

- дослідити практику застосування міжнародного звичаю у регулюванні міжнародних відносин економічного характеру;
- визначити переваги та недоліки використання міжнародних звичаєвих норм у регулюванні міжнародних економічних відносин;
- виокремити проблемні питання у практиці застосування міжнародного звичаю та запропонувати шляхи їх вирішення.

Об'єктом дослідження є правовідносини, що виникають у процесі застосування міжнародно-правового звичаю.

Предметом дослідження є значення, специфіка застосування та особливості формування міжнародного звичаю як джерела міжнародного економічного права.

Методи дослідження. Для досягнення визначеної мети були застосовані такі методи дослідження: порівняльно-правовий, формально-логічний, діалектичний, системно-структурний, аналізу і синтезу, моделювання.

Порівняльно-правовий та формально-логічний методи використано при тлумаченні положень міжнародних документів та рішень міжнародних органів правосуддя; діалектичний метод – для дослідження значення міжнародного звичаю у регулюванні міжнародних відносин; аналізу та синтезу – при доведенні або спростуванні теоретичних положень; моделювання – при формулюванні пропозицій щодо вдосконалення правової регламентації створення та застосування міжнародного звичаю.

Теоретичну основу висновків, викладених у даному дослідженні, складають наукові праці відомих вчених-юристів в галузі міжнародного права, а також міжнародного економічного права.

Емпіричну основу роботи складають підручники, посібники, наукові монографії, публікації в періодичних наукових виданнях.

Зокрема, використання зазначених методів дозволило найбільш ґрунтовно і всебічно дослідити міжнародно-правовий звичай як складову системи джерел міжнародного економічного права та на основі цього

визначити практичні особливості його застосування та відповідні переваги та недоліки у порівнянні з іншими джерелами.

Наукова новизна випускної кваліфікаційної роботи полягає у комплексному дослідженні сутності, особливостей створення та застосування міжнародного звичаю у міжнародних публічних відносинах, зокрема економічного характеру, а також виявленні основних переваг та недоліків міжнародного звичаю у порівнянні з іншими джерелами міжнародного економічного права. Також у даній роботі міститься теоретичне і практичне підґрунтя використання міжнародного звичаю у міжнародних економічних правовідносинах та змістовні пропозиції щодо удосконалення механізму регулювання міждержавних відносин за допомогою міжнародно-правових звичаїв.

Окремі положення випускної кваліфікаційної роботи викладено у статті «Значення міжнародного звичаю щодо врегулювання міжнародних економічних відносин», що опублікована у збірнику наукових статей студентів «Міжнародне право: трансформація доктрини та практики». К.: Київ. нац. торг.- екон. ун-т, 2021. С. 100-105.

Практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що їх зміст дозволяє виокремити закономірності та особливості створення, використання та реалізації міжнародних звичаєвих норм у практиці суб'єктів міжнародного економічного права з метою вироблення ґрунтовних пропозицій та рекомендацій щодо вдосконалення даного правового механізму. Зібраний матеріал може бути використаний при підготовці до лекційних занять та спецкурсів у вищих навчальних закладах, а вироблені узагальнення можуть використовуватись для дослідження окремих аспектів зазначеної теми та підготовки аналітичних праць.

Структура випускної кваліфікаційної роботи обумовлена метою і предметом дослідження та авторським підходом до розгляду обраної теми. Випускна кваліфікаційна робота складається із вступу, двох розділів, що

містять в собі п'ять підрозділів, висновків та пропозицій, а також списку використаних джерел. Повний обсяг роботи становить 55 сторінок, із яких основна частина роботи займає 49 сторінок. Список використаних джерел складається з 62 найменувань.

РОЗДІЛ І

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ЗВИЧАЮ ЯК ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ЕКОНОМІЧНОГО ПРАВА

1.1. Підходи до визначення поняття міжнародного звичаю як джерела міжнародного економічного права.

Міжнародний звичай вважається одним із основних джерел міжнародного права, що являє собою результат узгодження волі держав та визнання міжнародно-правової норми юридично обов'язковою для них. Так, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН Суд, вирішуючи передані йому спори згідно з міжнародним правом, застосовує міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної в якості правової норми [4]. У науковому просторі містяться більшою мірою одностайні погляди щодо визначення поняття міжнародного звичаю. Наприклад, О.В. Щокін визначає правову природу міжнародного звичаю з позиції юридичного позитивізму, політико-орієнтованої теорії та природного права [41, с. 39].

Зокрема, з позиції юридичного позитивізму сутність міжнародно-правової норми полягає у тому, що єдиним способом створення міжнародно-правової норми є узгодження воľ суб'єктів міжнародного права, що відповідає практиці держав та природі міжнародного права. Як зазначає сам О.В. Щокін «юридичний позитивізм, який сформувався на основі позитивістського напрямку у філософії, виходить із реальності факту, даних досвіду, що, безперечно, існує. Він обмежується вивченням зовнішніх ознак правових явищ, не прагнучи глибше проникнути в перебіг подій, урахувати їх підґрунтя, розібратися в морально-етичних переживаннях залучених суб'єктів» [41, с. 42]. З позиції юридичного позитивізму під міжнародним звичаєм слід розуміти неписане правило поведінки, що склалося у практиці держав як єдиних нормотворчих суб'єктів міжнародного права протягом

певного часу на основі узгодження їх воль та позицій, яке закріплюється визнанням такими суб'єктами юридичної обов'язковості міжнародної звичаєвої норми.

Якщо розглядати правову природу міжнародного звичаю з позиції політико-орієнтованої теорії, то слід виокремити безпосередній зв'язок з парадигмою політичного реалізму [38, с. 334]. Можна без жодних сумнівів стверджувати, що у формуванні міжнародно-правових норм, в тому числі звичаєвих, має місце політичний фактор. Домінування на міжнародній арені певної держави або групи держав неминуче вплине на стан міжнародних відносин та звичаєву практику між державами. Проте, таке домінування може бути не тільки загальним, але й стосуватися окремих сфер міждержавних відносин. У такому контексті політичний аспект формування міжнародного звичаю може розглядатися як один з другорядних його факторів або ж визнаватися базисом, основним мотивом утворення міжнародної звичаєвої норми. З позиції саме політичного реалізму міжнародні правовідносини розглядаються виключно в якості боротьби держав за світове верховенство, оскільки лише держави є фактично єдиними суверенними суб'єктами міжнародного права. Отже, з позиції політико-орієнтованої теорії міжнародний звичай – це неписана правова норма, що є результатом узгодження позицій та інтересів держав, які прагнуть за допомогою свого політичного впливу захистити національні інтереси держави, з метою вироблення міжнародної практики, що задовольнить інтереси такої держави або групи держав.

Досліджуючи зміст поняття міжнародного звичаю з позиції природного права, важливою є думка В. Г. Буткевича з приводу визначення природи міжнародно-правової норми у відповідності з теорією природного права, що включає в себе визнання основних загальнолюдських цінностей, урахування моральних засад суспільства та основних принципів цивілізованих народів [17, с. 40]. За таких умов основним призначенням міжнародного

звичаю є регулювання міждержавних відносин з метою підтримки миру, безпеки та розвитку співробітництва між усіма або окремими державами на благо усього світового співтовариства. Таким чином, в контексті теорії природного права під міжнародним звичаєм розуміється неписане правило поведінки держав, що склалося у міжнародній практиці протягом певного часу, вироблене на основі узгодження воľ і позицій держав, для регулювання міждержавних відносин з метою розвитку співробітництва та забезпечення безпеки світового співтовариства.

Поняття міжнародного звичаю як джерела міжнародного економічного права доречніше буде тлумачити, виходячи із поєднання юридичного позитивістського підходу та теорії природного права, оскільки сфера міжнародних економічних відносин є безперечно однією із найсуттєвіших для кожної держави, що безпосередньо впливає на суверенітет, політичний та економічний добробут, безпеку та роль на міжнародній арені. Разом з тим, на мою думку, найменшу увагу у визначенні поняття міжнародного звичаю слід приділяти політико-орієнтованому підходу, який передбачає об'єктивне зловживання державою у процесі формування міжнародної звичаєвої норми своїм політичним або економічним становищем з метою вироблення такої практики держав, що буде максимально захищати інтереси такої держави. Така позиція обґрунтована тим, що для створення міжнародної звичаєвої норми необхідна воля багатьох (декількох) держав, що досягається шляхом узгодження їх позицій та інтересів. Таким чином, міжнародний звичай стає результатом узгодження воľ і позицій держав, кожна з яких прагне захистити свій національний інтерес.

Правова природа міжнародного звичаю може бути різною в залежності від змісту та спрямованості звичаєвої норм при регулюванні міжнародних відносин. Як загальні, так і спеціальні принципи міжнародного економічного права можуть бути виражені у формі міжнародно-правового звичаю, що визнається міжнародною спільнотою та підтверджується практикою

застосування державами та іншими суб'єктами. Такі загальні звичаєві норми, зазвичай, мають письмове закріплення в багатосторонніх угодах та установчих документах міждержавних організацій. Наприклад, у Декларації про встановлення нового міжнародного економічного порядку від 1 травня 1974 року закріплені основоположні економічні принципи співробітництва держав, що набули з часом форми міжнародно-правового звичаю: «Кожна держава має право прийняти ту економічну та соціальну систему, яка буде найбільш ефективною для її розвитку, і не повинна бути підданою через це будь-якій дискримінації; надання міжнародним співтовариством активної допомоги країнам, що розвиваються, без будь-яких політичних або військових умов; зміцнення за допомогою індивідуальних та колективних дій взаємного економічного, торговельного, фінансового і технічного співробітництва між країнами, що розвиваються, головним чином на преференційній основі тощо» [8].

Отже, виходячи з вищезазначеного, природа міжнародного звичаю є досить специфічною у порівнянні з іншими джерелами міжнародного економічного права. Ця специфіка проявляється у наявності різноманіття підходів до визначення сутності міжнародного звичаю. Міжнародний звичай як джерело міжнародного економічного права – це правило поведінки, яке за узгодженням держав, застосовується у їх практиці протягом певного часового періоду та визнається такими суб'єктами міжнародного економічного права юридично обов'язковим з метою безпосереднього регулювання міжнародних економічних відносин та заповнення прогалин у міжнародному договірному праві. Таке визначення поняття міжнародного звичаю можна застосовувати, використовуючи основні підходи, зокрема теорію юридичного позитивізму, політико-орієнтовану теорію та концепцію природного права. Зміст міжнародного звичаю як однієї із форм існування міжнародно-правових норм більшою мірою залежить від того, з якою метою використовується звичаєва норма та на досягнення якого результату суб'єкти міжнародного права

розраховують, застосовуючи її або визнаючи в якості юридично обов'язкової. Як на мене, найбільш обґрунтованими та реалістичними підходами виявились юридично позитивістський та природно-правовий, оскільки вони допомагають розкрити глибинну сутність та призначення міжнародного звичаю у якості інструменту регулювання міжнародних економічних правовідносин.

1.2. Особливості формування міжнародного звичаю в міжнародному економічному праві

Процес формування міжнародної звичаєвої норми характеризується своєю особливістю у порівнянні з договірною нормою у міжнародному праві. Ця особливість полягає, здебільшого, у відсутності формально-визначеної регламентації процедур створення звичаєвої норми. У подальшому відсутність такої регламентації призводить до труднощів у доведенні існування міжнародного звичаю та його застосування у конкретних правовідносинах.

Зазвичай, як на нормотворчому рівні, так і на доктринальному виділяють два основні елементи міжнародно-правового звичаю: практику держав та переконаність у її правомірності або юридичній обов'язковості (*opinio juris*). Практика держав являє собою матеріальну складову звичаю, а *opinio juris* – психологічну. Такий підхід до визначення структури міжнародного звичаю запропонував М. Шоу [56, с. 156].

Двоелементний підхід для встановлення наявності звичаєвої норми міжнародного права, зокрема, застосовується у практиці Міжнародного Суду ООН. Так, у Рішенні в справі про континентальний шельф між Лівією та Мальтою від 3 червня 1985 року Суд зазначив в параграфі 27: «це є, звичайно, аксіомою, що основу міжнародного звичаєвого права слід шукати, насамперед, в існуючій практиці *opinio juris* держав, хоча багатосторонні

конвенції можуть відігравати важливу роль у відтворенні та визначенні правил, що випливають із звичаїв, або навіть у їх розвитку» [49]. У даному положенні Міжнародний суд ООН визнає необхідним наявність двох складових для підтвердження існування звичаєвої норми міжнародного права.

Разом з тим, існують й інші думки стосовно основних складових міжнародно-правового звичаю. Так, Антоніо Касезе виділяє три елементи звичаєвої норми: загальна практика, *opinio juris* та *opinio necessitates*. Як зазначає сам італійський спеціаліст з міжнародного права А. Касезе: «При цьому спочатку при створенні звичаєвої норми практика держав розглядається з урахуванням політичних, економічних чи соціальних потреб об'єктивного характеру (*opinio necessitates*). Коли така практика держав не зустрічає опору зі сторони інших суб'єктів, вона поступово перетворюється у звичаєву норму, оскільки держава починає розуміти, що її поведінка визначається вже не економічними чи політичними потребами, а необхідністю діяти у відповідності із нормами міжнародного права (*opinio juris*)» [45, с.157-160].

Такого ж підходу до визначення основних елементів міжнародної звичаєвої норми дотримується і деякі вітчизняні науковці. Зокрема, В. Г. Буткевич стверджує, що «для підтвердження наявності міжнародного звичаю, як правило, вказують на три головних фактори: а) міжнародна практика (прецеденти); б) *opinio juris sive necessitatis* – думка, що визнає цю практику (прецеденти) за юридичну норму; в) фактор часу (тривалість застосування)» [17, с.121-122]. Даний підхід безперечно має право на своє існування, проте, враховуючи сучасний стан розвитку міжнародного права, часовий фактор (тривалість) перестає бути одним із основних елементів утворення міжнародної звичаєвої норми у зв'язку з виникненням, так званих, «миттєвих звичаїв». Виокремлення тривалості застосування як елементу міжнародного звичаю є доцільним в розумінні класичного міжнародно-правового звичаю, до якого, наприклад, у більшості випадків відноситься міжнародний звичай економічного характеру. Таке правило поведінки

повинно пройти випробування у часі та утворити сталу і незмінну практику держав. Зокрема, ще до створення міжнародних організацій у сфері регулювання світової торгівлі у країнах Західної Європи діяло звичаєве правило, згідно якого держави зобов'язані шляхом співробітництва регулювати корегування цін на товари, що експортуються країнами, що розвиваються, по відношенню до цін на товари, що ними імпортуються, з метою сприяння створення для таких країн справедливих умов ведення торгівлі. Згодом, дане положення було закріплено у ст. 28 Хартії економічних прав та обов'язків держав [7].

Наразі, у міжнародній правотворчій діяльності суб'єктів міжнародного економічного права не існує єдиної процедури створення міжнародного звичаю. Це зумовлюється тим, що міжнародна звичаєва норма, зазвичай, виникає після тривалої однорідної практики держав. Так, у справі, що стосувалася права проходу через територію Індії, Міжнародний суд ООН визнав практику, що склалася між Португалією та Індією, міжнародним звичаєм локального характеру, який створював для цих держав відповідні права та обов'язки. Зміст звичаєвої норми полягає у тому, що за відсутності договірного регулювання права проходу Португалії до своїх анклавів через територію Індії, ці відносини повинні регулюватися відповідно до сформованої практики, за якою цивільним особам Португалії надається право проходу через територію Індії до анклавів, що знаходяться під юрисдикцією Португалії. Рішенням Міжнародного суду ООН від 16 квітня 1960 року було встановлено, що між державами існувала практика, за якою Португалії надавалося право вільного проходу між анклавами на території Індії, і ця практика була визнана сторонами в якості обов'язкової та створювала для сторін відповідні права та обов'язки [12]. Таким чином, суб'єкти міжнародних правовідносин, використовуючи міжнародний звичай, визнають його юридичну силу на основі мовчазної згоди. Більше того, формування

міжнародно-правового звичаю, зазвичай, пов'язується із певними часовими рамками, які завжди є різними.

Попри відносну однастайність щодо елементів формування міжнародного звичаю, існують досить різні погляди вчених на розмежування змістових понять практики як фактичної підстави існування звичаю та визнання її юридично обов'язковою (*opinion juris*) як правової підстави. Одна група науковців (Б. Стерн [62], К. Дальман [48], Ф. Кіргіс [53] та ін.) розділяє точку зору про те, що до практики можна відносити лише фактичних суб'єктів міжнародного права. Інші ж науковці, серед яких І. І. Лукашук [30], В. Г. Буткевич [18], М. Діксон [49], І. А. Ширер [60], дотримуються такої думки, за якою крім фактичних дій держав, міжнародних організацій та інших суб'єктів міжнародного права, до практики також слід включати офіційні позиції таких суб'єктів, що можуть закріплюватися в документах або висловлюватися усно.

Для того, щоб практика держав набула здатності виступати повноцінним елементом звичаєвої норми міжнародного права, вона має бути досить «щільною», тобто відповідати певним критеріям. Такі критерії були сформульовані Міжнародним судом ООН в Рішенні у справі про континентальний шельф Північного моря 1969 року. Зокрема, Суд у параграфі 74 зазначив наступне: «Хоча короткий період часу сам по собі не обов'язково є перешкодою для формування нової звичаєвої норми міжнародного права, необхідною має бути вимога, аби протягом цього періоду практика держав, включаючи ті, чиїх інтересів це особливо стосується, повинна бути не лише широкою, але і практично одноманітною в тому, що стосується положення, яке застосовується. Більше того, така практика повинна застосовуватися таким чином, аби стало очевидно загальне визнання того, що мова йде про норму права або юридичний обов'язок» [58]. Спираючись на це рішення Міжнародного суду ООН, у доктрині міжнародного права було сформовано три основні вимоги, яким повинна відповідати практика держав для визнання її елементом звичаєвої норми міжнародного права:

- 1) стійкість та одноманітність;
- 2) загальність та репрезентативність;
- 3) здійснення практики протягом певного часу.

Стійкість та одноманітність практики держав полягає у стабільному та безперервному здійсненні державами фактичних дій згідно з загальним правилом звичаю та недопустимості зміни такої поведінки незалежно від конкретних обставин та факторів впливу. Загальність практики держав свідчить про вчинення державами певних дій, що носять загальний характер та не мають чіткого алгоритму, тоді як репрезентативність практики держав забезпечує їх внутрішню згоду діяти відповідно до погодженого правила поведінки. Тривалість здійснення практики завжди є невизначеною, оскільки кожне окреме звичаєве правило має пройти стадію випробування та довести свою ефективність у врегулюванні певних правовідносин між державами.

Різне тлумачення практики держав як об'єктивного елемента міжнародного звичаю може впливати і на суб'єктивний елемент. Так, визнання державами звичаєвої норми в якості юридично обов'язкової частіше за все здійснюється через різні форми її зовнішнього вираження. І. І. Лукашук вважає, що «для встановлення міжнародного звичаю вагоме значення мають такі форми практики, в яких позиція суб'єктів виражена досить чітко (заяви, ноти, комюніке, резолюції міжнародних органів і організацій)» [31, с. 74]. Такої ж думки дотримується і В. Г. Буткевич, зазначаючи, що такими формами вираження практики держав можуть бути також заяви держав щодо їх позиції з тієї або іншої проблеми, протести, дотримання або ігнорування певних правил, прийняття відповідних законодавчих актів, рішень судів, адміністративних та виконавчих органів тощо [17, с. 122].

Більше того, ідентичну позицію щодо визначення змісту поняття практики як матеріального (об'єктивного) елементу формування міжнародного звичаю зайняв Комітет з питань формування звичаєвого (загального) права Асоціації міжнародного права. У доповідях Комітету

розширюється зміст практики держав через перерахування її виявів, до яких було віднесено: усні акти держав; упушення у відповідних обставинах; акти фізичних осіб, корпорацій та інших суб'єктів, якщо вони здійснюються за згодою держави; практика законодавчих, виконавчих та судових органів держави; практика міжнародних судів і трибуналів; практика міжнародних міжурядових організацій [61]. Враховуючи таке широке тлумачення практики держав, стає можливим формування міжнародного звичаю через загальні конференції та резолюції Генеральної Асамблеї ООН. Зокрема, на думку Б. Токарського, «резолюції ГА ООН, як і універсальні конференції, можуть: засвідчити існування міжнародного звичаю; допомогти конкретизувати міжнародний звичай у процесі його формування; дати поштовх до формування звичаю» [39, с. 141].

З такої практики держав випливає чіткий перелік фактичних дій суб'єктів міжнародного права, що визначає матеріальну частину міжнародно-правового звичаю. З огляду на таку позицію щодо розкриття змісту практики, виникає необхідність визначення сутності суб'єктивного елемента *opinio juris* в якості доказу існування та визнання такої практики. Адже по суті саме психологічна складова міжнародного звичаю є необхідною для надання фактичній практиці правового характеру. За відсутності визнання державами міжнародно-правового звичаю в якості юридично обов'язкової норми, таке правило поведінки втрачає свою юридичну природу і набуває ознак узвичаєння, тобто міжнародної звички вчиняти певні дії за конкретних обставин. Також у зазначеному вище параграфі 74 Рішення МС ООН у справі про континентальний шельф Північного моря 1969 року було сформовано підходи до визначення суб'єктивного елемента міжнародної звичаєвої норми та принцип відмежування її від узвичаєння. Зокрема, Міжнародний суд ООН встановив, що «акти, які розглядаються, не лише повинні утворювати стійку практику, але й за своїм характером або способом здійснення вони мають свідчити про переконаність у тому, що ця практика стала обов'язковою в силу

існування норми права. Необхідність у такому переконанні, тобто існуванні суб'єктивного елементу, міститься у самому понятті *opinio juris sive necessitatis*. Зацікавлені держави повинні таким чином усвідомлювати, що вони підкоряються тому, що рівнозначно юридичному обов'язку. Ні повторення, ні навіть звичаєвий характер актів не є повністю достатніми. Існує багато міжнародних актів, наприклад у сфері дипломатичного протоколу, які здійснюються майже однаково, але викликані простими міркуваннями ввічливості, доцільності чи традиціями, але не усвідомленням юридичного обов'язку» [58].

Визнання фактичної практики держав юридично обов'язковою може здійснюватись не лише суб'єктами міжнародного права, які безпосередньо формують міжнародний звичай, але й міжнародними судовими органами. На думку О.Р. Вайцеховської, «однією з форм визнання звичаю є відповідні рішення міжнародного суду. За наявності спірної ситуації, яку не вдається вирішити на підставі наявних міжнародно-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» [20, с. 153]. Проте варто відмітити, що між об'єктивним та суб'єктивним елементами міжнародного звичаю існує досить тонка межа, яка може виключати необхідність чіткого розмежування цих складових звичаю. Зокрема, у науковому правовому середовищі існує така думка, що визнання *opinio juris* у деяких випадках є частиною практики держав, яка безпосередньо проявляється у їх фактичній поведінці, а тому не підлягає окремому доведенню у контексті визнання практики звичаєвою нормою. У такій парадигмі утворення звичаю дії держави повинні повністю відповідати її офіційній позиції та суб'єктивним намірам. Адже саме розходження у поведінці та прихованих мотивах держав викликає найбільші труднощі у доведенні наявності міжнародного звичаю.

Також не менш важливим є питання визнання «мовчазної» згоди в якості однієї з форм вираження суб'єктивного елементу міжнародно-правового звичаю. В основу формування міжнародно-правових норм покладена теорія угоди, одне з основних положень якої полягає у тому, що «якщо держава не виражала своєї згоди на обов'язковість міжнародно-правової звичаєвої норми, що формується або вже існує, то юридично вона не зв'язана нею» [25, с. 112-113]. Тому мовчазна згода держав має виходити з її фактичної поведінки або певних фактів. На думку О.В. Київця, «факти, в яких знаходить вираження мовчазна угода, повинні бути актами держав в галузі міжнародних відносин, з яких випливає воля держави діяти певним чином взаємно й в обов'язковому порядку» [25, с. 111]. Проте варто зазначити, що існує тонка межа між «мовчазною згодою» або «згодою, що мається на увазі» та відсутністю чіткої позиції держави з приводу наявної практики застосування. Мовчазна згода держави на визнання існування звичаєвої норми може виражатися у деклараціях, заявах, меморандумах, комюніке, дипломатичній переписці, рішеннях вищих органів державної влади, законодавчих і виконавчих актах, рішеннях судів тощо. У разі, якщо відсутність чіткої позиції держави з приводу визнання міжнародного звичаю помилково сприйматимуть за мовчазну згоду, така держава може надати пояснення або виразити протест проти визнання практики держав в якості міжнародного звичаю. Так, відмова Японії погодитись із забороною вилову китів вже багато років не дозволяє утворитися цій міжнародній нормі чи то у договірній, чи то у звичаєвій формі. Однак частина наукової спільноти схиляється до висновку про те, що наслідком заперечення є тільки вилучення держави, що заперечує, з-під дії певної звичаєвої норми, а не відсутність її як такої взагалі [35, с. 367]. Проте відсутність протесту відіграє важливу роль у визнанні звичаю і дає підстави припускати, що держава мовчазно визнала сформовану практику як юридично обов'язкову. Так, на думку Ю.В. Щокіна «сучасна міжнародно-правова доктрина й практика «мовчання» держав (тобто відсутність їх відповідної

реакції у зв'язку з будь-якими подіями на міжнародній арені) розглядають як невизначеність, неясність, відсутність їх позиції, а не як згоду, що мається на увазі, з певними повторюваними міжнародними відносинами». Також він зазначає: «При встановленні звичаїв загального міжнародного права враховується загальносвітова практика, в якій позиція будь-якої конкретної держави, особливо не виражена чітко, може взагалі не братися до уваги. Але при цьому у держав зберігається право на «активну незгоду» із практикою за допомогою офіційних заяв і протестів, що може виключити їх з дії широко визнаних звичаєвих норм» [20, с. 171].

Отже, враховуючи різні погляди і думки науковців, а також позицію міжнародних судових установ з приводу процедури формування міжнародного звичаю, можна дійти такого висновку, що міжнародно-правовий звичай утворюється у практиці держав шляхом сталого і постійного вчинення певних дій суб'єктами міжнародного економічного права, враховуючи визнання державами такої практики у якості обов'язкової звичаєвої норми на основі офіційної позиції держав або мовчазної згоди. Тому домінуючою позицією стосовно структури міжнародного звичаю залишається саме та, що закріплена у п. 2 ч. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, відповідно до якої елементами міжнародного звичаю є доказ загальної практики держав (об'єктивний, матеріальний елемент) та визнання її в якості правової норми (суб'єктивний, психологічний елемент). Разом з тим, деякі науковці виділяють також і ще один елемент – фактор часу (тривалість застосування). Проте як вже зазначалося раніше, даний елемент є характерним лише для класичного міжнародного звичаю. Відповідно підтвердженням існування міжнародного звичаю між державами, зазвичай, є односторонні акти держав, рішення міжнародних міжурядових організацій, рішення міжнародних органів правосуддя, «мовчазна згода» у випадках, коли вона виходить від держави, яка є стороною конкретних правовідносин тощо.

1.3. Значення міжнародного звичаю у системі джерел міжнародного економічного права

З приводу ролі та значення міжнародного звичаю як джерела міжнародного економічного права існує декілька переважно різних думок науковців та юристів-міжнародників. Єдина теза, яка простежується у дослідженнях науковців сутності міжнародного звичаю, є те, що звичай вважається найдавнішим джерелом як міжнародного права загалом, так і безпосередньо міжнародного економічного права та його значення з розвитком правової культури та міжнародного співтовариства почало змінюватись.

У системі джерел міжнародного економічного права традиційно головна роль відводиться міжнародним договорам, які передбачають чітко зафіксовані положення щодо регулювання питань економічного характеру між державами, міжнародними організаціями та іншими суб'єктами міжнародного економічного права. Безперечно у міжнародних економічних відносинах більшість питань, зокрема фінансово-кредитні, валютні, інвестиційні, науково-технологічні, врегульовані нормами договірної права. Це забезпечує стабільність виконання державами взятих на себе зобов'язань за міжнародними договорами за принципом *pacta sunt servanda*. Так, В.П. Кононенко вважає основним призначенням міжнародних звичаїв у врегулюванні міжнародних відносин за відсутності універсального багатостороннього договору, в якому були б закріплені всі основні принципи міжнародно-правового регулювання [27, с. 56].

Більше того, у теорії міжнародного права має місце позиція стосовно значної ролі міжнародного звичаю в галузі міжнародного економічного права. Так, М. В. Буроменський стверджує, що «міжнародне економічне право як частина міжнародного публічного права не може обійтися без звернення до звичаєвих норм, а основне значення в регулюванні світової економіки

належить основним принципам міжнародного права, які мають звичаєво-правову природу» [16, с. 237]. Дійсно, звертаючи увагу на основоположні принципи міжнародного економічного права, які були сформовані завдяки визнання звичаєвих норм, що склалися на основі тривалої практики держав, дана позиція здається більш ніж обґрунтованою.

Разом з тим, варто відзначити, що посилання на міжнародний звичай при регулюванні міжнародних економічних відносин зустрічається, наприклад, у практиці міжнародних інвестиційних арбітражів. Так, Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів у справі *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, зазначив, що уряд ДР Конго зобов'язаний виплатити компенсацію компанії «B&B» внаслідок націоналізації підприємств, що входили до організаційної структури компанії. В обґрунтування цього рішення міжнародний арбітраж посилався на звичаєву норму, згідно з якою виплата компенсації при націоналізації визнається всіма цивілізованими народами [59].

Проте враховуючи домінуюче положення міжнародного договору у системі джерел міжнародного економічного права, більшість науковців, серед яких можна виокремити Я. Броунлі [47] та І.І. Дахно, відводять міжнародному звичаю досить обмежену роль у регулюванні міжнародних відносин економічного характеру. Зокрема, останній пояснює таку обмеженість тим, що «підтримка широкого розмаїття стандартів міжнародного публічного права не сприяє застосуванню звичаєвого права» [23, с. 18]. Особливо гостро зменшення ролі міжнародно-правового звичаю спостерігається в міжнародному фінансовому праві. Міжнародно-правові звичаї, що існували у сфері фінансового співробітництва, з розвитком міжнародного права перетворились у норми міжнародних договорів, що гарантують юридичну стабільність їх застосування. Так, у другій половині XIX століття на основі латиноамериканської «доктрини К. Кальво і Л. Драго» склався міжнародний звичай неприпустимості дипломатичного та військового втручання іноземних

країн з метою стягнення боргів з держав та її громадян [30]. Дане звичаєве правило спочатку було закріплено в ст. 1 Гаазької конвенції про обмеження застосування сили у разі стягнення договірних боргових зобов'язань від 18.10.1907 р., а з часом – заклало основу таким принципам міжнародного права, як співробітництво держав та мирне розв'язання міжнародних спорів [3].

Існують і вкрай радикальні позиції стосовно значення міжнародного звичаю серед джерел міжнародного економічного права. Зокрема, Л. Л. Лазебник зазначає, що у системі джерел міжнародного фінансового права не міститься міжнародно-правового звичаю. На його думку, зазначена система поділяється на дві групи: міжнародні договори та акти міжнародних фінансових організацій [29, с. 30]. Відсутність міжнародного звичаю у міжнародному фінансовому праві може бути зумовлена наявністю чіткої та детально регламентованої нормативної бази у міжнародному договірному праві, оскільки міжнародні валютно-кредитні та інші фінансові відносини потребують максимальної визначеності.

Тим не менш, навіть у договірному праві можуть виникати прогалини, що потребують своєчасного вирішення та усунення задля продовження та збереження стабільних відносин між суб'єктами. Саме таку роль і відводять міжнародно-правовому звичаю – усунення прогалин у договірному праві між державами та міжнародними міжурядовими організаціями. Так, наприклад, «у випадку, коли двостороння інвестиційна угода не містить юридичних елементів, необхідних для законного застосування стану необхідності», Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів постановив, що «правило, що регулює це питання, буде, таким чином, знайдено в міжнародному звичаєвому праві» [51, с. 700].

Проте існує й інша позиція стосовно значення міжнародного звичаю у регулюванні міжнародних економічних відносин. Так, О.А. Музика-Стефанчук стверджує, що «міжнародний звичай є серцевиною міжнародного

права та являє собою практичне підґрунтя основних його принципів» [34, с. 174]. Насправді, звичаєва норма може закріплюватись і в інших джерелах міжнародного економічного права. Наприклад, принцип міжнародного співробітництва держав, закріплений у Статуті ООН та Декларації про принципи міжнародного права 1970 р., має звичаєву природу та лише згодом набув письмового закріплення у міжнародному договорі [9]. Таким чином, міжнародні звичаї, які набули універсального характеру та визнання усього світового співтовариства, можуть трансформуватись в інші джерела міжнародного права, зокрема перерости у загальний чи галузевий принцип міжнародного права або знайти своє закріплення у положеннях міжнародного договору або в акті міжнародної організації тощо.

Варто також зазначити про існування найменш схильної позиції відносно міжнародного звичаю як джерела міжнародного економічного права. Хоча ця думка є найменш поширеною у наукових колах як вітчизняних, так і закордонних, проте вона також має своє місце серед інших. Прихильниками даної теорії можна назвати П. Маланчука [32], М. Мальського [33] та деяких інших. Згідно цієї позиції, із розвитком міжнародного права, звичай майже втратив свою актуальність і дієвість як у більшості галузей міжнародного права, так і у сфері економічного співробітництва. Наприклад, С. М. Перепьолкін вважає, що «міжнародний звичай не характерний для сучасного міжнародного митного права, оскільки держави приділяють надзвичайно багато уваги документальному закріпленню та юридично-технічному фіксуванню положень в угодах у галузі митного співробітництва» [37, с. 80]. Тому втрата міжнародним звичаєм свого значення пояснюється максимальною регламентацією міжнародних відносин нормами договірної права, витісненням звичаєвих норм загальними засадами (принципами) міжнародного права, а також нормами «м'якого права».

На мою думку, дана теорія має ряд своїх недоліків, серед яких можна виокремити: існування міжнародних торгових звичаїв, які зберегли своє

значення крізь призму часу та досі регулюють велику частину торговельних відносин між державами, особливо у сфері торговельного мореплавства; посилення держав на міжнародні звичаї та доведення факту їх існування у міжнародних судових інституціях та в рамках міжнародних організацій тощо. Зокрема, у сфері торговельного мореплавства протягом тривалого часу практикою європейських держав було вироблено міжнародну звичаєву норму, що встановлювала право вільного виходу (транзиту) до моря. Згодом така практика держав була закріплена у Конвенції про транзитну торгівлю внутрішньоконтинентальних держав від 8 липня 1965 року. Так, у Принципі IV преамбули Конвенції 1965 року зазначено: «З метою всебічного сприяння економічному розвитку держав, що не мають виходу до моря, всі держави надають на основі взаємності право вільного та необмеженого транзиту державам, що не мають виходу до моря, для забезпечення їх вільної участі в регіональній та міжнародній торгівлі за будь-яких обставин та по відношенню до всіх видів товарів» [2].

У зарубіжній доктрині міжнародного права існує думка, що роль та значення міжнародного звичаю, серед іншого, залежить від його сфери дії. Є. Конторович у своїй науковій праці «Ефективність звичаїв у міжнародному праві» поряд із загальними міжнародними звичаями виділяє також спеціальні та місцеві міжнародні звичаї. Спеціальний міжнародний звичай створюється шляхом повторювання фактичних дій меншої групи держав, ніж це було б необхідно для створення міжнародного звичаю загального характеру. Більше того, коли спеціальна звичаєва практика держав набуває статусу спеціальної звичаєвої норми міжнародного права, вона стає юридично обов'язковою лише для конкретних держав, які брали участь у її формуванні. В цьому полягає головна відмінність між загальною та спеціальною звичаєвою нормою — загальний звичай є обов'язковим навіть для тих держав, які не брали участі в його формуванні, натомість спеціальний звичай створюватиме зобов'язання для держави лише за наявності чітких доказів її згоди. З огляду на це, Є.

Конторович пояснює перевагу загального звичаю міжнародного права у тому, що він здатний набути юридичної обов'язковості за наявності відносно широкого кола держав, що беруть участь у звичасвій практиці, на відміну від особливого звичаю, що за своєю сутністю гальмує розвиток міжнародного звичасвого права в цілому [52, с. 876-877].

Не менш важливим у визнанні існування міжнародної звичасвої норми відіграють рішення міжнародних судових установ. З урахуванням того факту, що рішення органів міжнародного правосуддя визначаються як допоміжний засіб встановлення норм міжнародного права, вони дозволяють встановити наявність або відсутність звичасвої норми у конкретних правовідносинах між державами, розглядаючи окремі елементи міжнародного звичаю. У разі посилення однієї із сторін справи на застосування міжнародного звичаю міжнародний судовий орган повинен установити: зміст звичаю – точне формулювання, втілене в ньому; коло суб'єктів, на яких поширюється дія даного звичаю; юридичну чинність звичасвої норми на момент виникнення спору; співвідношення даного звичаю з іншими нормами, втіленими в писаних джерелах міжнародного права; співвідношення з іншими звичаями тощо. Аналогічну позицію відносно впливу міжнародної судової практики на розвиток звичасвого міжнародного права займає І.В. Шпак. Він зазначає, що «як допоміжні засоби встановлення норм права, рішення Міжнародного суду ООН відіграють винятково важливу роль правового інструментарію, за допомогою якого явно не виражене джерело міжнародного права (міжнародний звичай) кристалізуються в конкретні формулювання; встановлюється наявність конкретних звичасвих норм, конкретизується їх зміст, фіксуються умови, за яких та чи інша норма підлягає застосуванню» [40, с. 362].

З огляду на те, що в більшості випадків формулювання міжнародного звичаю досить коротке й лаконічне, Міжнародний суд, зіставляючи його з фактичними правовідносинами, винесеними на його розгляд, змушений

уточнювати і конкретизувати його. Тим самим неминуче відбувається розширення змісту норми, тобто вона знаходить нюанси такого ж неписаного характеру. І тут роль судової практики дійсно може бути занадто важливою в виробленні нових звичаєвих норм. Як зазначає О. Коптева: «Якщо взяти практику Міжнародного суду, то вона свідчить про те, що його рішення ґрунтуються на договірних нормах і вже ustalених звичаях. Однак ступінь конкретизації деяких звичаїв у його рішеннях настільки великий, що може дати поштовх до утворення нових звичаєвих норм або вперше зафіксувати появу нової звичаєвої норми, яка є, з одного боку, елементом уже існуючого міжнародно-правового звичаю, а з другого – самостійною нормою» [28, с. 121].

Проте варто відмежовувати встановлення наявності звичаєвої норми та її формулювання. Оскільки міжнародні судові та арбітражні органи не є учасниками міжнародного правотворчого процесу, вони не мають повноважень утворювати міжнародний звичай, адже це залишається виключною прерогативою держав, які своїми фактичними діями створюють практику. З цього приводу, достатньо влучно висловився А. І. Андрейків. Науковець зазначив наступне: «Не варто розглядати рішення міжнародних судових органів як універсальний механізм створення звичаєвих норм міжнародного права – вони лише встановлюють факт того, що те чи інше правило поведінки є звичаєвою нормою та застосовують його, але в жодному разі не надають звичаєвого характеру тій чи іншій нормі, чи створюють звичаєві норми в односторонньому порядку» [14, с. 162]. Натомість міжнародні суди та арбітражі у процесі своєї діяльності можуть лише встановлювати наявність норм міжнародного права, прояснити та конкретизувати їх зміст шляхом використання різного роду тлумачення. Дана функція органів міжнародного правосуддя дозволяє здійснювати фіксацію наявності звичаєвих норм міжнародного права, а також проводити їх тлумачення відповідно до фактичної практики держав та визнання

міжнародного звичаю в якості юридично обов'язкової норми міжнародного права для конкретних держав у справі.

Таким чином, у теорії міжнародного економічного права існують різні погляди з приводу ролі міжнародного звичаю у системі джерел міжнародного економічного права, кожна з яких має свої переваги та недоліки. Проте найбільш наближеною до реалій сучасності, на наше переконання, вдається позиція з приводу обмеженості міжнародного звичаю в якості регулятора міжнародних економічних відносин. Зокрема, найвагомішу роль міжнародний звичай відіграє у сфері торговельних відносин між державами, включаючи сферу торговельного мореплавства. В інших сферах правового регулювання звичаєва норма поступово втрачає своє значення, враховуючи необхідність чіткого і детального регламентування міжнародних правовідносин. Крім того, у сфері фінансів, міжнародних інвестицій, транспорту, а також у сфері науково-технічного співробітництва міжнародні звичаї мають найменше застосування. Оскільки основні економічні відносини між суб'єктами міжнародного економічного права регулюються на основі багатосторонніх та двосторонніх договорів, а також рішеннями міжнародних міжурядових організацій, міжнародному звичаю відводиться другорядна роль у якості джерела міжнародного економічного права. Як вже зазначалося раніше, основним завданням міжнародних звичаєвих норм є усунення прогалин у договірному праві між державами та його гармонізації. З огляду на це, міжнародний звичай в сфері економічного співробітництва відіграє допоміжну, але не менш важливу роль, ніж інші джерела даної галузі міжнародного права.

РОЗДІЛ II

ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ВПЛИВУ МІЖНАРОДНОГО ЗВИЧАЮ НА ФОРМУВАННЯ МІЖНАРОДНОГО ЕКОНОМІЧНОГО ПРАВА

2.1. Практика застосування міжнародного звичаю у регулюванні міжнародних економічних відносин

Як вже зазначалося раніше, становище міжнародного звичаю у системі джерел міжнародного економічного права є невизначеним через значні розбіжності позицій у доктрині міжнародного права. Проте не варто ігнорувати той факт, що міжнародні звичаєві норми досі існують та використовуються суб'єктами міжнародного права при регулюванні різноманітних видів міжнародних відносин, зокрема й економічного спрямування. Як зазначає польський професор Вроцлавського економічного університету Бартош Зіємблицькі, «хоча вплив міжнародного економічного звичаю на міждержавні відносини є достатньо обмеженим, деякі звичаєві норми загального міжнародного права продовжують регулювати економічні відносини між розвиненими країнами та країнами, що розвиваються» [46, с. 208]. Прикладами таких звичаїв польський науковець наводить, зокрема: принцип свободи відкритого моря, право на дипломатичний захист, застосування міжнародних претензій в разі порушення міжнародних зобов'язань, принцип *pacta sunt servanda*, режим найбільшого сприяння тощо [46, с. 209].

Слід зазначити, що у вітчизняній доктрині міжнародного права існує чітке розмежування природи міжнародно-правових норм в залежності від форми їх зовнішнього вираження (договірні, звичаєві, норми-принципи, норми «м'якого права» і т.п.). Натомість, у зарубіжній доктрині поряд із класичною класифікацією міжнародно-правових норм за критерієм їх зовнішнього вираження існує також й інша класифікація – за критерієм

правової природи виникнення (утворення). Відповідно, саме за цим критерієм були наведені вищезазначені міжнародні звичаї – в першу чергу враховувалася звичаєва природа утворення правової норми.

На окрему увагу заслуговує становлення загальновизнаного принципу *pacta sunt servanda*. Незважаючи на те, що наразі положення про обов'язковість міжнародних договорів має нормативне закріплення в якості договірної норми та навіть фундаментального принципу міжнародного права, *pacta sunt servanda* зароджувалося в якості міжнародного звичаю, що мав основоположне значення на найбільш ранніх етапах міжнародних відносин. Зокрема, походження фрази «*pacta sunt servanda*» «слід завдячувати, скоріше за все, середньовічним каноністам»: «одну з найстаріших згадок цієї фрази у формулюванні, яке ми знаємо тепер, можна віднайти у праці «*Liber Extra*», декретах Папи Григорія IX від 1234 року, що перезатверджували положення Ради Карфагену (близько 348 р. н. е.)» [24, с. 428]. Проте остаточний зміст даного правила у якості звичаєвої норми було сформульовано на Карфагенському Соборі в 438 р., і вона поширювала свою дію на всі договори [21, с. 93].

Норма *pacta sunt servanda* склала звичаєву основу формування одного із загальних принципів міжнародного права – добросовісного виконання міжнародних зобов'язань. Принцип добросовісного виконання міжнародних зобов'язань є більш широким за сферою своєї дії, ніж норма «*pacta sunt servanda*», оскільки передбачає обов'язкове виконання зобов'язань, що впливають не лише з договорів, а й з інших джерел міжнародного права [15, с. 182]. В цьому контексті звичаєва природа норми *pacta sunt servanda* дозволила їй досягти статусу принципу міжнародного права, оскільки практика її застосування державами забезпечила її стабільність та юридичне визнання з боку таких суб'єктів в якості обов'язкової для кожної держави.

Разом з тим, варто звернути увагу на те, що у сучасному міжнародному економічному праві міжнародний звичай у «класичному

вигляді» досить важко зустріти. Не беручи до уваги детальну регламентацію міжнародних економічних правовідносин нормами договірного права, міжнародно-правові норми, що мають звичаєву природу походження, зазвичай, трансформуються у договірні положення, принципи, відтворюються в актах міжнародних міжурядових організацій. Таке перетворення є цілком логічним та передбачуваним. Адже письмове закріплення міжнародно-правових норм, у тому числі звичаєвих, гарантує стабільність та однорідність регулювання міжнародних економічних правовідносин.

Для прикладу, принцип постійного суверенітету над природними ресурсами вважається звичаєвою нормою загального міжнародного права, що передбачає невід'ємне право кожної держави на розпорядження своїми природними ресурсами в інтересах свого національного розвитку. Цей звичай був закріплений та деталізований у таких міжнародних документах, як резолюція Генеральної Асамблеї ООН «Невід'ємний суверенітет над природними ресурсами» від 14 грудня 1962 року та Хартія економічних прав та обов'язків держав від 12 грудня 1974 року. Зокрема, у п. 1 ч. 1 резолюції ГА ООН від 14.12.1962 р. зазначено, що «право народів і націй на їх невід'ємний суверенітет над природними багатствами і ресурсами має здійснюватися в інтересах їх національного розвитку та добробуту населення відповідних держав» [10]. Дане положення містить звичаєве право на суверенітет над природними ресурсами, яке випливає із безпосередньої практики його застосування державами. Більше того, у п. 6 ч.1 резолюції ГА ООН вказано, що «міжнародне співробітництво з метою економічного розвитку країн, що розвиваються, а саме у вигляді державних або приватних капіталовкладень, обміну товарами і послугами, технічної допомоги або обміну науковими відомостями, має сприяти незалежному національному розвитку цих країн і ґрунтуватися на повазі їх суверенітету над їх природними багатствами і ресурсами» [10]. Вказана звичаєва норма у цьому положенні виступає вже в якості принципу здійснення міжнародного економічного співробітництва.

Також існує доволі слушна позиція відносно особливостей створення міжнародних звичаїв у сучасному міжнародному правопорядку. Так, на думку В. Ф. Опришко, «в міжнародному економічному праві в останній час прийняте використання звичаїв, які створюються не в результаті тривалої практики, а шляхом визнанням державами декількох або навіть одного нормативно-правового або ж навіть не правового акта. Спершу такі норми формуються, наприклад, у рекомендаціях міжнародних економічних організацій, а потім визнаються державами як звичаєві норми і вже використовуються як такі» [36, с. 76]. У такому випадку «звичаєвість» такої норми полягає у визнанні її обов'язковості державами за відсутності тривалої фактичної практики застосування даного положення.

Прикладом закріплення таких звичаєвих норм є прийняття Заключного акта Женевської конференції ООН з торгівлі і розвитку 1964 року, у якому містяться «Принципи міжнародних торгових відносин та торгової політики, що сприяє розвитку». У даному міжнародному акті містяться як загальні принципи, що зачіпають інтереси всіх країн світу, так і спеціальні, які стосуються лише проблем країн, що розвиваються. Саме серед спеціальних принципів, що набули звичаєвого характеру у міжнародних правовідносинах, можна виділити принцип «здійснення торгівлі певними видами сировинних товарів, враховуючи інтереси як країн-експортерів, так і країн-імпортерів, спрямованих, в першу чергу, на збільшення та стабілізацію експортного доходу від сировинних товарів, зокрема доходу країн, що розвиваються» [3].

У міжнародному фінансовому правопорядку існують сфери, в яких діє практика міжнародного співробітництва, що давно склалася, але не була закріплена в міжнародних договорах. Мова йде про порядок отримання фінансування держав у міжнародних фінансових організаціях, який закріплений у статутах організацій лише загалом, а на практиці він представляє дуже чіткий алгоритм дій, якого десятиліттями ретельно дотримуються суб'єкти даних правовідносин. Наприклад, порядок отримання

фінансування від Міжнародного валютного фонду передбачає направлення від відповідної держави Листи про наміри та Меморандум [5]. У цих документах держава-позичальник описує свої економічні проблеми, їх причини, необхідну для їх вирішення, суму коштів, які хоче отримати від Фонду, а також вказує обрану конкретну програму фінансування. Однак на практиці вся ця інформація (у Листі та Меморандумі) формується не державою-позичальником, а комісією відповідного департаменту МВФ, який після попереднього вивчення економічної ситуації формує відповідний звіт про можливу програму фінансування, необхідну суму коштів та, що головне, тих реформ, виконання яких стає умовою надання кожного наступного траншу. Ця інформація оформляється у вигляді Листа про наміри та Меморандуму від імені відповідних центральних органів держави без змін, що є важливою умовою позитивного рішення МВФ щодо надання фінансування. Вдається можливим, що дії держав в контексті мовчазної згоди і постійного виконання цих правил є *opinio juris*. З цього випливає, що правила отримання фінансування, які Фонд застосовує щоразу на практиці співпраці з державами, є міжнародно-правовими звичаєвими нормами процесуального характеру.

Разом з тим, звичаєві норми міжнародного права можуть знайти своє відображення в актах органів міжнародних організацій, що надає їм письмову форму закріплення та гарантує чітку визначеність правового змісту звичаїв. Прикладом кодифікації звичаєвих норм, що стосуються відповідальності держав за міжнародні протиправні діяння та порушення міжнародних зобов'язань, є Проект статей про відповідальність держав за міжнародні протиправні діяння, розроблений Комісією з міжнародного права ООН у 2001 році. Даний міжнародний акт містить значну кількість міжнародних звичаїв, які виникли у практиці багатьох держав, переважно європейських, та отримали визнання їх у якості правової норми шляхом висловлення офіційної позиції з цього приводу або на основі «мовчазної згоди». Як зазначає М.С. Коверзнев, «норми, що становлять інститут міжнародно-правової відповідальності, мають

переважно звичаєвий характер, що надає підвищеної значимості їх кодифікації» [26, с. 52]. Дійсно, систематизація норм, що застосовуються державами впродовж тривалого періоду часу та визнаються ними в якості обов'язкової юридичної норми, є абсолютно логічною та виправданою з огляду на створення єдиного кодифікованого міжнародного акта, що безперечно сприятиме у застосуванні та посиленні на відповідні звичаєві норми.

Так, у ст. 34 Проекту статей про відповідальність держав за міжнародні протиправні діяння 2001 року зазначається, що «повне відшкодування шкоди, спричиненого міжнародним протиправним діянням, здійснюється у формі реституції, компенсації та сатисфакції, що може застосовуватись окремо або у їх сукупності» [11]. Дане положення закріплює види санкцій, що застосовувалися у міждержавних відносинах протягом тривалого часу у разі порушення державами своїх міжнародних зобов'язань. Першим випадком застосування економічних санкцій, що був зафіксований у писемних джерелах, стала, так звана, «мегарська псефізма», яка припадає на Vст. до н.е. Економічні санкції були накладені Афінським морським союзом на місто Мегари з метою припинення прийняття в Мегарах афінських рабів-втікачів та розорювання ними прикордонних священних земель. Санкції полягали у забороні торгівлі Мегар з містами і гаванями держав, які входили до складу Афінського морського союзу. В підсумку, ефективність таких санкцій виявилась неочевидною: з одного боку, Мегари зазнали великих економічних збитків, а з іншого – населення було змушено звернутися за військовою підтримкою до союзників, в результаті чого розпочалася Пелопоннеська війна [44, с. 52].

Разом з тим, слід звернути увагу на звичаєву норму міжнародного права, яка міститься у ст. 49 Проекту статей про відповідальність 2001 року. Її зміст полягає у наступному: «Держава, права якої було порушено, має право застосувати контрзаходи проти держави, що скоїла міжнародне протиправне

діяння, виключно з метою спонукання держави виконати її міжнародне зобов'язання. Контрзаходи, що застосовуються до держави-порушниці, обмежуються тимчасовим невиконанням такої держави своїх міжнародно-правових зобов'язань. Контрзаходи мають застосовуватись у такий спосіб, щоб сприяти відновленню виконання відповідних зобов'язань» [11]. Наведені положення були сформовані на основі практики держав, що склалася починаючи з XIX ст. та стосувалася застосуванням державами мирних блокад в якості контрзаходів на порушення міжнародних зобов'язань. Зокрема, такий засіб контрзаходів застосовувався для запобігання військового конфлікту або навіть припинення воєнних дій [44, с. 53].

Взагалі, у вітчизняній науковій спільноті поширеними є думки стосовно доцільності кодифікації звичаєво-правових норм про відповідальність держав за міжнародні протиправні діяння. Зокрема, Т. Грабович підтримує кодифікацію статей про відповідальність держав, обґрунтовуючи її сприянням прогресивного розвитку права міжнародної відповідальності. Вчена також зазначає, що «міжнародна судова та державна практика підтверджують, що статті про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння містять низку визнаних звичаєвих норм міжнародного права. З одного боку, такі звичаєві норми існують незалежно від їх закріплення у міжнародних актах, з іншого ж боку - кодифікація норм в міжнародному договорі забезпечуватиме юридичну визначеність у сфері міжнародної відповідальності держав» [22, с. 322].

Таким чином, міжнародний звичай в якості джерела міжнародного економічного права може набувати різноманітних форм та утворюватися різними способами. Проте головною особливістю міжнародних звичаєвих норм є визнання її обов'язковості державами та підтвердження її існування практикою застосування суб'єктами міжнародного права. Враховуючи постійний розвиток та удосконалення міжнародних правовідносин, класичні звичаєві норми, що утворились протягом тривалого їх застосування

державами, все частіше знаходять своє письмове закріплення у міжнародних угодах, актах міжнародних організацій, а також зазначаються у рішеннях міжнародних судових установ. Разом з тим, тривалий характер практики держав є характерним для міжнародного звичаю в якості інструменту регулюванні міжнародних економічних відносин, адже фактор часу є підтвердженням надійності звичаєвої норми та відповідності його всім політичним, економічним та соціальним вимогам міжнародного співтовариства.

2.2. Переваги та недоліки міжнародного звичаю як джерела міжнародного економічного права

Як відомо, у системі джерел міжнародного економічного права міжнародний звичай займає неоднозначне становище, виходячи зі змісту та характеру міжнародних правовідносин конкретної підгалузі чи інституту. Попри це, звичай міститься у переліку джерел таких підгалузей міжнародного економічного права, як міжнародне торгове право, міжнародне фінансове право, міжнародне транспортне право тощо. Проте його роль та значення у регулюванні правовідносин між суб'єктами міжнародного економічного права помітно зменшується. Це обумовлюється активним розвитком договірних відносин між державами, міжнародними організаціями та іншими суб'єктами міжнародного економічного права. Міжнародні двосторонні та багатосторонні угоди передбачають детальну регламентацію міжнародних публічних відносин, що дозволяє відвести іншим джерелам правового регулювання другорядну роль. Тим не менш, міжнародні звичаєві норми продовжують складати невід'ємну частину як міжнародного публічного права в цілому, так і міжнародного економічного права зокрема. Як зазначає професор Вроцлавської школи економіки Джензі Менкес, «Комісія з міжнародного права досі працює над формуванням звичаєвого міжнародного права, що

формально повинно призвести до кодифікації (і можливого розвитку) нормативно-правових актів щодо звичаю; навіть якщо така кодифікація виявиться успішною, тобто призведе до розробки проекту Конвенції ООН (або, що більш ймовірно, «Проекти статей про...»), з точки зору міжнародного співтовариства це лише затримає необхідні норми, що регулюватимуть створення міжнародного права за допомогою звичаїв» [57, с. 190].

Безумовно, міжнародний звичай має ряд значних переваг у порівнянні з іншими джерелами міжнародного економічного права, що дозволяє йому і досі залишатися у конкретних випадках ефективним засобом вирішення питань правового характеру між державами.

По-перше, міжнародна звичаєва норма по суті є втілення практики держав діяти певним чином у конкретних правовідносинах, тому надійність застосування міжнародних звичаїв забезпечується власне волевиявленням суб'єктів міжнародного права. Визнання такої практики юридично обов'язковою (*opinio juris*) фактично є підтвердженням правомірності її виникнення та надання статусу загальної міжнародно-правової норми. Більше того, міжнародний звичай може виявитися більш ефективним способом регулювання правовідносин між державами у випадках відсутності відповідної договірної норми. Враховуючи тривалість прийняття міжнародних договорів та внесення змін до їх положень, міжнародний звичай здатний, у зв'язку з відсутністю чітко регламентованої процедури утворення, врегулювати відповідні правовідносини у відносно короткий проміжок часу. При цьому варто зазначити, що мова йде не про «класичний» міжнародний звичай, якому притаманний обов'язковий фактор часу, тобто тривалого застосування правила у практиці держав, а скоріше міжнародно-правова звичаєва норма у сучасному вигляді. Але сучасний не означає «миттєвий», оскільки будь-яке «вигадане» правило в міждержавних відносинах має пройти випробування практикою, за допомогою якої усуваються нестійкі в часі правила, щодо яких немає однозначної позиції держав. Як слушно зазначає

О.Р. Вайцеховська, процес формування звичаю може бути певною мірою (але навряд чи дуже значно) прискорений завдяки «доступним і миттєвим комунікаціям», але лише за умови проходження всіх етапів (суб'єктивного та об'єктивного) формування такої норми [19, с. 25].

По-друге, міжнародно-правовий звичай у разі відсутності чіткої регламентації міжнародною договірною нормою може доповнювати або уточнювати зміст формулювання положень міжнародного договору. Так, у консультативному висновку в справі про юрисдикцію Європейської Дунайської комісії на ділянці між Галацом і Браїлою (1927 р.) Постійна палата дійшла висновку, що, незважаючи на відсутність відповідних повноважень в міжнародних договорах, які регулюють діяльність Європейської Дунайської Комісії (Паризький договір 1856 р., Берлінський договір 1878 р., Лондонський договір 1883 р., відповідні положення Версальського договору 1919 р., Статут Європейської Дунайської Комісії 1921 р.), вона має необхідні юрисдикційні повноваження на зазначеній ділянці Дунаю на підставі практики, що склалася у звичай, визнаний всіма заінтересованими сторонами [55, с. 17].

Також не виключена можливість зміни норми міжнародного договору міжнародно-правовим звичаєм. Частіше за все, така зміна обумовлюється «застарілістю» положення міжнародного договору та неможливістю використання даної норми до наступного внесення змін до міжнародного договору. У такому разі договірні сторони можуть застосувати міжнародну звичаєву норму, що регулює подібні правовідносини, або використовувати практику договірних держав, що склалася у їх правовідносинах, але не набула нормативного закріплення. Проте за таких умов існує вірогідність виникнення проблеми із порушенням умов міжнародного договору, що може видаватись державою за зміну положення договору міжнародним звичаєм. Із впевненістю можна стверджувати, що міжнародно-правовий звичай, який змінює норму міжнародного договору, має задовольняти всі основні вимоги, які висуваються для встановлення даного виду норм міжнародного права. Оскільки зміни у

міжнародному договорі можуть здійснюватися тільки юридичним шляхом, тоді й практика держав у такому випадку повинна мати не лише фактичний, але і юридичний характер, тобто бути такою, що має ознаки утворення міжнародно-правового звичаю. З цього випливає, 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.

По-третє, більшість універсальних міжнародних звичаїв становить норми *jus cogens*, що є загальнообов'язковими для застосування усіма державами через їх суттєвий та принциповий характер, оскільки вони зачіпають основоположні права та інтереси усього міжнародного співтовариства. Імперативність норм загального міжнародного права закріплена у Віденській конвенції про право міжнародних договорів 1969 року. Так, згідно зі ст. 53 Конвенції 1969 року договір, що на момент укладення суперечить імперативній нормі загального міжнародного права, є нікчемним, оскільки така імперативна норма є нормою, що приймається та визнається міжнародним співтовариством держав у цілому як така, відхилення від якої недопустиме і яку може бути змінено тільки наступною нормою загального міжнародного права, що мала б такий самий характер [1].

Взагалі, *jus cogens* – це імперативна норма міжнародного права, вираження якої відображається в чітко визначеній, конкретній та категоричній формі, і яка є наслідком втілення певних уявлень держав та націй про міжнародне співіснування. Таким чином, більшість імперативних норм міжнародного права, в тому числі норми, що мають звичаєву природу походження, набули статус *erga omnes*, що полягає у встановленні зобов'язань щодо всієї світової спільноти. Як зазначає Ю.В. Щокін: «Імперативні норми міжнародного права — це міжнародно-правове втілення універсальних моральних вимог, що з'явилися в результаті практики людства. Вони виникли з повторюваних суспільних відносин, які сформували універсальну

правосвідомість. Тому головною і природною формою їх міжнародно-правового нормативного вираження є міжнародно-правовий звичай, ефективність додержання якого зумовлюється добровільним і свідомим вибором правила поведінки, що закріплюється ним» [43, с. 250]. Звичайно, норми *jus cogens* є загальнообов'язковими для всіх суб'єктів міжнародного права незалежно від форми закріплення та правової природи їх походження, проте сам факт перетворення міжнародного звичаю на основоположну імперативну норму міжнародного права свідчить про те, що звичаєва практика держав має вирішальне значення при наданні звичаю статусу норми *jus cogens*. Таким чином, норми *jus cogens* міжнародного права черпають свою юридичну силу в тих соціальних нормах, які мають абсолютний моральний авторитет у всього світового співтовариства і природним чином формуються у вигляді міжнародно-правових звичаїв

По-четверте, у разі виникнення прогалин у договірному праві між державами та іншими суб'єктами міжнародного права міжнародний звичай може регулювати правовідносини, у тому числі економічні, безпосередньо або за аналогією з іншими подібними відносинами. Так, Міжнародним Судом ООН у 1952 році було винесено рішення у справі, що стосувалася прав громадян США у Марокко, відповідно до якого Судом за відсутності чіткого врегулювання спірних правовідносин застосовувався принцип найбільшого сприяння. Згідно з цим принципом, який став наслідком тривалої практики держав щодо застосування цього неписаного правила, кожна держава повинна надати іншій державі найбільш сприятливі умови реалізації прав іноземців у разі надання їх іноземцям будь-яких третіх держав. Зокрема, Міжнародний Суд у своєму рішенні визнав дискримінаційним режим Франції щодо здійснення контролю імпорту США на території Марокко та сплати податків на споживчі товари [13, с. 31-32].

Доволі часто питання про заповнення прогалин у міжнародному договірно-правовому регулюванні порушується у зв'язку з розширенням

тлумаченням статутів міжнародних міжурядових організацій. Це пояснюється тим, що при створенні міжнародної організації держави-засновники об'єктивно не в змозі передбачити всі політичні ситуації, з якими вона може зіштовхнутися у майбутньому. Тому постає проблема розширення повноважень міжнародних організацій з метою ефективного виконання ними статутних цілей, що безпосередньо пов'язана з широким тлумаченням положень статутів міжнародних організацій. У якості зміни міжнародних договірних норм звичаєвими, слід розглядати практику міжнародних організацій, що явно виходить за межі їх статутних повноважень. До речі, І.І. Лукашук, розглядаючи юридичні підстави заснування Радою Безпеки ООН трибуналів з колишньої Югославії та Руанди, логічно доходить до думки про формування міжнародно-правового звичаю, який «узаконив» даний вихід: «Найбільш широким тлумаченням Радою Безпеки своїх повноважень відбулося, мабуть, шляхом заснування міжнародних трибуналів з колишньої Югославії та Руанди. Їх необхідність диктувалася інтересами захисту прав людини, попередженням масових злочинів проти людяності. Заснування трибуналів за допомогою договорів потребувало б багатьох років. Єдиною реальною можливістю виявилися рішення Ради Безпеки. Вони явно виходили за межі її повноважень за Статутом. Проте члени ООН їх мовчазно визнали і тим самим легалізували дії Ради» [30].

Разом з тим, міжнародному звичаю як одному з джерел міжнародного економічного права притаманний ряд суттєвих недоліків, які об'єктивно обґрунтовують зменшення його впливу на міжнародні економічні правовідносини.

На мою думку, серед них варто виокремити один із найвагоміших недоліків міжнародного звичаю – складність доведення наявності юридичної обов'язковості діяти певним чином або утримуватись від певних дій у практиці держав. Фактична відсутність юридично регламентованої процедури визнання практики держав у якості міжнародно-правової норми створює

значні перешкоди у посиленні суб'єктів міжнародного економічного права на використання міжнародного звичаю як у дво- або багатосторонніх відносинах між державами, так і в органах міжнародного правосуддя. По суті для стабільного та ефективного застосування міжнародної звичаєвої норми держави повинні чітко й конкретно висловлювати згоду на надання звичаю юридичної обов'язковості з метою забезпечення його повної реалізації. Проте державна практика регулювання міжнародних відносин за допомогою звичаю склалася так, що кожна держава намагається утримуватись від будь-яких прямих та безпосередніх висловлювань з приводу того, що може покласти на неї додаткові міжнародні зобов'язання.

Іншим «слабким місцем» міжнародного звичаю як регулятора міжнародних економічних правовідносин є обмеженість правового змісту звичаєвої норми, враховуючи відсутність її письмового закріплення (у класичному вигляді) та, відповідно, й детальної регламентації умов застосування, ймовірних правових наслідків, відповідальності за порушення або неналежне застосування тощо. Відсутність такої деталізації може спричинити ускладнення у застосуванні міжнародного звичаю з урахування усіх істотних обставин справи та наявного стану політичних відносин між сторонами. З цього випливає, що в основі звичаєвої норми міжнародного права лежить практика держав з приводу вчинення певних дій або утримання від їх вчинення за конкретних обставин. При цьому застосування даного правила можливе лише за наявності чітко вираженої згоди суб'єктів відповідних правовідносин та однакового розуміння тлумачення юридичного змісту міжнародно-правового звичаю.

Також доречно буде зазначити, що враховуючи тривалість застосування міжнародного звичаю (у його класичному вигляді) та його фактичне виникнення у період відсутності будь-якого іншого регулювання конкретних відносин, окрім звичаєвого, такий міжнародний звичай може втратити свою актуальність та ефективність з урахуванням динамічного

розвитку міжнародних економічних відносин та міжнародного публічного права в цілому. Тому деякі звичаєві норми, здебільшого локального характеру, можуть виявитися застарілими та не відповідати сучасному характеру та змісту міжнародних відносин між суб'єктами. Зазвичай, у разі виявлення неактуальності застосування міжнародного звичаю, що може бути спричинена зміною характеру правовідносин, держави намагаються врегулювати дане питання більш надійними та передбачуваними методами правового регулювання.

Отже, враховуючи всі вищенаведені позитивні та негативні аспекти застосування міжнародного звичаю при регулюванні міжнародних відносин економічного характеру, вдається можливим дійти висновку про те, що міжнародний звичай у порівнянні з іншими джерелами міжнародного економічного права на даному етапі свого існування втрачає дієвість та актуальність через вагомість недоліків, які створюють значні ризики для держав при регулюванні економічних відносин, включаючи фінансові, інвестиційні, транспортні, митні, науково-технічні та інші сфери регулювання. Проте більш детальне та чітке визначення його правового статусу дозволить підвищити стабільність і надійність його використання, та, відповідно, зміцнити довіру до нього у якості інструменту регулювання міждержавних відносин з урахуванням усіх його переваг над іншими джерелами міжнародного економічного права.

Наразі застосування міжнародних звичаїв здійснюється з урахуванням їх правової природи, ефективності використання, наявності нормативного закріплення, а також безпосередньо способу утворення. Найбільш ефективними у застосуванні варто виділити звичаєві норми, які набули нормативного закріплення у якості норм-принципів та договірних норм міжнародних актів, а також рішень міжнародних міжурядових організацій. По суті такі норми вже набули договірної форми або якості принципу, але їх природа утворення залишається звичаєвою, оскільки забезпечується тривалою

практикою застосування держав (принцип виконання договорів, принцип відшкодування шкоди внаслідок міжнародних протиправних діянь або порушення міжнародних зобов'язань, принцип свободи відкритого моря тощо).

Разом з тим, деякі міжнародні звичаєві норми утворюються вже після їх письмового закріплення у міжнародних актах держав або міжнародних організацій. У такому випадку характер звичаєвості надається їм самими суб'єктами міжнародної правотворчості. На мою думку, це здійснюється з метою спрощення використання правової норми з урахуванням визнання її юридично обов'язковою усіма державами, що домовились про її застосування. Згодом така норма може набувати характеру принципу у випадку регулювання загального предмету міжнародних відносин.

У порівнянні з іншими джерелами міжнародного економічного права у більшості сфер застосування звичаєва норма здатна ефективно регулювати лише ті відносини, які склалися у сталій практиці держав та щодо яких наявна згода суб'єктів на визнання юридичної обов'язковості. Найбільше проблем виникає при застосуванні міжнародного звичаю у разі прогалин у договірному праві держав або в актах «м'якого права». У таких випадках відсутність чіткої процедури утворення та визнання міжнародного звичаю спричиняє розбіжності у позицій держав та фактичній складності регулювання таких правовідносин. Саме тому такі переваги міжнародного звичаю, як стабільність на надійність застосування, здатність доповнення та уточнення змісту інших джерел правового регулювання, заповнення прогалин у договірному праві між державами можуть набути не лише теоретичного, але й практичного характеру тільки у разі проведення ґрунтовної та всебічної роботи над офіційним визначенням та закріпленням правового статусу міжнародного звичаю.

ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ

Здійснивши дослідження міжнародного звичаю в якості джерела міжнародного економічного права на підставі викладеного в випускній кваліфікаційній роботі матеріалу, можна зробити наступні висновки:

1. Міжнародний звичай як джерело міжнародного економічного права являє собою правову норму, що виникає внаслідок однорідної сталої практики держав, визнаної юридично обов'язковою для конкретних держав або усього міжнародного співтовариства, призначену для врегулювання відносин у різних сферах міжнародного економічного права з метою розвитку міжнародного економічного співробітництва на благо усього людства. Сутність міжнародного звичаю розкривається відповідно до різних правових підходів: за концепції юридичного позитивізму – міжнародно-правова звичаєва норма утворюється на основі взаємної згоди держав як єдиних суверенних суб'єктів міжнародного нормотворення; згідно політико-орієнтованої теорії – міжнародний звичай є інструментом політичного впливу розвинених держав на міжнародній арені та спрямований на захист національних інтересів окремих держав або їх груп; відповідно до концепції природного права – міжнародно-правові звичаї є втіленням стабільної практики держав, що утворюється на основі їх вільного волевиявлення та визнання юридично обов'язковою з метою підтримання миру та безпеки, а також розвитку міжнародного співробітництва у різних суспільних сферах життя усього людства.

2. Особливості формування міжнародної звичаєвої норми полягають, зокрема, у наявності двох основних взаємопов'язаних елементів, які забезпечують фактичне та юридичне існування міжнародного звичаю – загальна практика та *opinio juris*. Практика виражається у фактичних діях суб'єктів міжнародного права та має відповідати критеріям сталості та одноманітності, загальності та репрезентативності, а також тривалості її застосування. Формами вираження загальної практики держав можуть бути

усні акти держави; акти законодавчої, виконавчої та судової влади; акти фізичних або юридичних осіб, якщо вони здійснюються за згодою держави; рішення міжнародних судових інституцій; акти міжнародних міжурядових організацій тощо. Визнання такої практики держав юридично обов'язковою для неї (*opinio juris*) в якості суб'єктивного елементу міститься у офіційних заявах, нотах, комюніке, резолюціях міжнародних органів і організацій тощо. Щодо визнання міжнародного звичаю державою за «мовчазною» згодою наразі є досить сумнівним, оскільки чітке вираження позиції держави стосовно юридичної обов'язковості звичаєвої норми, зазвичай, здійснюється шляхом вчинення активних дій, зокрема у офіційних заявах уповноважених органів держави. Фактор часу є необхідним елементом визнання міжнародного звичаю лише в контексті утворення міжнародно-правового звичаю у класичному вигляді, на відміну від деяких сучасних міжнародних звичаєвих норм, що характеризуються «миттєвим утворенням» та нормативним закріпленням в інших джерелах міжнародного права.

3. З урахуванням цих особливостей та їх впливу на практичну реалізацію звичаєвих норм, роль та значення міжнародного звичаю доволі помітно різниться в залежності від сфери міжнародно-правового регулювання. Найчастіше звичаєві правовідносини зустрічаються у міжнародному торговому праві, а також у сфері торговельного мореплавства, оскільки звичай довгий час вважався основним джерелом існування правової норми у даній підгалузі міжнародного економічного права. Обмежена роль міжнародного звичаю притаманна фінансовій, інвестиційній та митній сфері міжнародних відносин, тоді як у сфері науково-технічного та транспортного співробітництва держав він майже не застосовується. В цілому при регулюванні міжнародних відносин економічного характеру значення міжнародного звичаю є досить обмеженим у порівнянні з іншими джерелами міжнародного економічного права з огляду на те, що міжнародні договори та акти міжнародних організацій є більш чітко визначеними та стабільними

формами вираження міжнародно-правових норм. Проте міжнародно-правовий звичай наразі відіграє допоміжну, але не менш важливу роль у системі джерел міжнародного економічного права, головним призначенням якого вбачається усунення прогалин у договірному праві суб'єктів міжнародного права на основі загальної практики держав.

4. Практика застосування міжнародного звичаю в економічних відносинах між суб'єктами міжнародного права є доволі неоднорідною та нестабільною, що обумовлюється особливостями створення звичаєвих норм та відносною складністю доведення їх існування. Безпосереднє використання міжнародно-правового звичаю у його класичному вигляді (за відсутності явно вираженої письмової форми вираження) можна спостерігати у випадку виникнення міжнародних спорів між державами, коли наявність існування міжнародної звичаєвої норми, що застосовувалась сторонами, встановлюється міжнародною судовою установою, зокрема Міжнародним судом ООН. Проте у більшості випадків міжнародно-правові звичаї, що регулюють основоположні відносини між державами з приводу реалізації ними своїх суверенних прав та несення відповідних обов'язків, набувають форми норм-принципів, що знаходять своє закріплення в міжнародних актах (принцип добросовісного виконання міжнародних зобов'язань, принцип невід'ємного суверенітету над природними ресурсами, принцип взаємної вигоди, принцип найбільшого сприяння тощо). Загалом у міжнародному економічному праві простежується тенденція до максимального договірного закріплення державами міжнародно-правових норм як на двосторонньому, так і на багатосторонньому рівнях.

5. Міжнародному звичаю як джерелу міжнародного економічного права притаманний ряд характерних переваг та недоліків у порівнянні з іншими способами закріплення міжнародно-правових норм. Так, до основних переваг міжнародного звичаю можна віднести такі: стабільність застосування міжнародного звичаю на основі загальної практики, яка є втіленням

волевиявлення держав та визнання її в якості правової норми; доповнення та уточнення змісту договірних положень за допомогою використання міжнародного звичаю; звичаєві норми є основою загального міжнародного права, що містить норми *jus cogens*, які є загальновизнаними та мають реальний механізм дотримання; міжнародні звичаї здатні ефективно заповнити прогалини у договірному праві держав та інших суб'єктів міжнародного права за допомогою загальної практики застосування та вираження згоди держав на їх обов'язковість. Разом з тим, міжнародним звичаям притаманні і суттєві недоліки, які обмежують їх вплив на міжнародні правовідносини. Серед них варто виокремити наступні: складність доведення наявності юридичної обов'язковості певної практики держав; обмеження чіткого змісту міжнародної звичаєвої норми у зв'язку з відсутністю письмового закріплення (у випадку класичних міжнародно-правових звичаїв); невизначеність тривалості практики держав для встановлення об'єктивного елементу міжнародного звичаю.

6. У першу чергу, державам варто дійти максимально узгодженої позиції стосовно значення, ролі, ефективності та необхідності міжнародного звичаю. У разі вирішення питання на користь звичаєвого регулювання деяких міжнародних відносин, слід вдатися до наступних дій:

- утворити тимчасовий консультативний комітет, який здійснить всебічний та ґрунтовний аналіз практики держав у застосуванні міжнародного звичаю для регулювання міжнародних економічних правовідносин;
- на основі проведеної аналітичної роботи надати офіційне тлумачення поняттю міжнародного звичаю, його структури, процедури формування та надання юридичної сили;
- виокремити найбільш придатні для звичаєвого регулювання міжнародні відносини з-поміж усіх сфер економічного співробітництва держав;

- здійснити всеохоплюючу кодифікацію існуючих міжнародних звичаїв як локального, так і універсального характеру з метою спрощення посилання на їх застосування державами та іншими суб'єктами міжнародного економічного права.
- надати об'єктивну оцінку та перспективи використання міжнародних звичаїв для регулювання окремих міжнародних відносин у майбутньому.
- на основі проведеної кодифікації міжнародних звичаєвих норм розробити міжнародно-правові акти, які будуть містити універсальні звичаї у різних сферах міжнародно-правового регулювання.

Зазначена консультативна та дорадча робота дозволить максимально об'єктивно оцінити наявний стан розвитку міжнародного звичаю та доцільність його використання державами у сучасних реаліях міжнародного економічного права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text (дата звернення: 20.10.2021).
2. Конвенція про транзитну торгівлю внутрішньоконтинентальних держав від 08.07.1965 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_166#Text (дата звернення: 20.10.2021).
3. Конвенція про обмеження застосування сили у разі стягнення договірних боргових зобов'язань від 18.10.1907 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_444#Text (дата звернення: 20.10.2021).
4. Статут Міжнародного Суду Організації Об'єднаних Націй від 26.06.1945 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010#Text (дата звернення: 20.10.2021).
5. Статті Угоди Міжнародного валютного фонду від 22.07.1944 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_921#Text (дата звернення: 24.10.2021).
6. Хартія економічних прав та обов'язків держав : Резолюція 3281 від 12.12.1974. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_077 (дата звернення: 20.10.2021).
7. Заключний акт Женевської конференції ООН з торгівлі і розвитку від 1964 р. URL: https://digitallibrary.un.org/files/TD_442-RU (дата звернення: 20.10.2021).
8. Декларація про встановлення нового міжнародного економічного порядку: Резолюція 3201 (S-VI) ГА ООН від 01.05.1974. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_339.#Text (дата звернення: 20.10.2021).
9. Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту

ООН: Резолюція 2625 (XXV) ГА ООН від 24.10.1970 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_569#Text (дата звернення: 20.10.2021).

10. «Невід’ємний суверенітет над природними ресурсами»: Резолюція 1803(XVII) від 14.12.1962 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_819#Text (дата звернення: 20.10.2021).

11. Текст Проекту статей про відповідальність держав за міжнародні протиправні діяння. Доповідь Комісії з міжнародного права. 53 Сесія ГА ООН. Нью-Йорк, 2001. С. 356 URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/responsibility.pdf (дата звернення: 24.10.2021).

12. Рішення Міжнародного Суду ООН від 16.04.1960 р. Короткий виклад рішень, консультативних висновків і постанов Міжнародного Суду. URL: https://legal.un.org/icjsummaries/documents/russian/st_leg_serf1.pdf (дата звернення: 24.10.2021).

13. Рішення Міжнародного Суду ООН від 27.08.1952 р. Короткий виклад рішень, консультативних висновків і постанов Міжнародного Суду. URL: https://legal.un.org/icjsummaries/documents/russian/st_leg_serf1.pdf (дата звернення: 24.10.2021).

14. Андрейків А. Тлумачення норм звичаєвого права у практиці міжнародних та національних судових установ. *Право.UA*. 2016. № 1. С. 159-165.

15. Богатчук Д.П. Нормативне закріплення принципу добросовісного виконання міжнародних зобов’язань та його співвідношення з нормою «*facta sunt servanda*». *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2016. № 36. С. 179-182.

16. Буроменський М. В. Міжнародне право: навч. посібник / За ред. М. В. Буроменського. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 336 с.

17. Буткевич, В. Г. Міжнародне право. Основи теорії: підручник. Київ: Либідь, 2002. С. 606.

18. Буткевич О.В. Міжнародне право ХХІ ст.: утвердження концепції «живого права». Альманах міжнародного права. Вип. 2. Одеса, 2010. С. 37-47.
19. Вайцеховська О.Р. Міжнародно-правовий звичай в системі джерел міжнародного фінансового права. *LegeașiViata*. 2019. Iulie. С. 22-26.
20. Вайцеховська О.Р. Роль міжнародно-правового звичаю в системі джерел міжнародного фінансового права. Публічне право. 2017. № 4 (28). С. 151-156.
21. Голубєва В. Деякі теоретико-правові аспекти впливу регіоналізації на національне законодавство. *Вісник Тернопільського національного економічного університету* № 3, 2016. С. 85-97.
22. Грабович Т. Кодифікація норм про міжнародну відповідальність держав у межах ООН. *Підприємництво, господарство і право*. № 10. 2020. С. 320-323.
23. Дахно І.І. Міжнародне економічне право: навч. пос. К.: Центр учбової літератури, 2009. 304 с.
24. Київець О.В. Джерела міжнародного права: дис. док. юрид. наук: 12.00.11 / О.В. Київець; Ін-т законодавства Верховної Ради України. Київ., 2012. С. 460.
25. Київець О.В. Ієрархія договірних і звичаєвих норм міжнародного права. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. №3. 2010. С. 108-113.
26. Коверзнів М.С., Коверзнєва Г.П. Відповідальність у міжнародному праві. *Альманах міжнародного права*. №13. С. 49-56.
27. Кононенко В. П. Вирішення територіальних спорів Міжнародним Судом ООН: теорія і практика : монографія / В. П. Кононенко. Київ-Одеса : Фенікс, 2018. 438 с.
28. Коптева О. Місце і роль зобов'язань erga omnes у системі норм міжнародного права. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. №3. 2010. С. 119-123.

29. Лазебник Л.Л. Міжнародне фінансове право: навч. пос. Київ : Центр учбової літератури, 2008. 312 с.
30. Лукашук И. И. Глобализация и международное сообщество. *Право и политика*. 2000. № 4. URL: <http://zakon.rin.ru/cgi-bin/view.pl?midr=481&id=580&npage=5&pagein=3> (дата звернення: 24.10.2021).
31. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. фак. и вузов. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: ВолтерсКлувер, 2008. 432 с.
32. Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом / перекл. з англ. Харків. Консум, 2020. 592 с.
33. Мальський М. Теорія міжнародних відносин. 4-те вид., перероб. і доп. ЛНУ ім. І. Франка / Мальський М., Мацяк М. Київ: Знання. 2011. 406 с.
34. Музика-Стефанчук О.А. Сучасний погляд на міжнародне фінансове право та його джерела. *Наука і правоохорона*. 2013. № 2(20). С. 174-181.
35. Нігрєєва О.О. Деякі питання утворення міжнародного звичаю. *Правова держава*. №12. 2010. С. 364-368.
36. Опришко В. Ф. Міжнародне економічне право і процес : монографія. Київ:Парламентське вид-во, 2014. 518 с.
37. Перепьолкін С. М. Джерела та форми міжнародного митного права. *Правова позиція*. № 2 (19). 2017. С. 79-84.
38. Субботін. А. Політичний реалізм : Українська дипломатична енциклопедія : у 2-х т. : Київ : Знання України, 2004. 812 с.
39. Токарський Б. Формування міжнародного звичаю у сучасному міжнародному праві. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. Вип. №98. 2011. С. 140-142.
40. Шпак І. В. Вплив практики Міжнародного Суду ООН на розвиток системи звичаєвого міжнародного права. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. С. 357-365.

41. Щокін Ю.В. Міжнародно-правовий звичай крізь призму теорії «мовчазної» угоди. *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 3 (46). С. 162–171.
42. Щокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії і практики : монографія. Харків : Право, 2012. 456 с.
43. Щокін Ю.В. Роль міжнародно-правових звичаїв у формуванні імперативних норм міжнародного права. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. № 1 (48). С. 242–251.
44. Янакаєва К.М. Історичні аспекти становлення інституту санкцій у міжнародному праві. *Право і суспільство*. №5-2. 2015. С. 52-57.
45. Antonio Cassese. *International Law*. Second edition. Oxford University Press, 2005. P.221.
46. Bartosz Ziemblicki. Some Reflections on Customs in International Economic Law. Article in *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, 2018. P. 204-215.
47. Brownlie Ian. *Principles of Public International Law*. 7th edition. New York: Oxford University Press, 2008. 784 p.
48. Christian Dahlman, 'The Function of Opinio Juris in Customary International Law' (2012). *Nordic Journal of International Law*. P. 81.
49. Continental Shelf (Libyan Arab Jarnahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 13.
50. Dixon M. *Textbook on International Law* / M. Dixon. Oxford : Oxford University Press, 2007. 400 p.
51. Dumbery, Patrick (2010) "Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?," *Penn State International Law Review*: Vol. 28: No. 4, Article 5.P. 701.
52. Eugene Kontorovich, "Inefficient Customs in International Law". John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 334, 2007.P. 921.

53. Frederic L. Kirgis. Custom on a Sliding Scale. 81 Am. J. Int'l L. 146 (1987). URL: scholarlycommons.law.wlu.edu/wlufac (дата звернення: 24.20.2020).
54. ICSID Reports. Cambridge, 1993. Vol. 1. P. 330-335.
55. Jurisdiction of the European Commission of the Danube Between Galatz and Braila. Advisory Opinion. PCIJ. Series B. № 14, December 8th, 1927 // Collection of Advisory Opinions. Publications of the Permanent Court of International Justice. Leyden, A.W. Sijthoff's Publishing Company, 1927. P. 17.
56. Malcolm N. Shaw. International law. Sixth edition, Cambridge University Press, 2008. P. 198.
57. Menkes, Jerzy. (2018). Custom in International Economic Law. Wroclaw Review of Law, Administration & Economics. 8. 188-203.
58. North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1969, p. 3.
59. Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach. The Vienna Convention on Law of Treaties: A Commentary. Berlin: Springer, 2012. P. 1423.
60. Shearer I.A. Starke's International Law. 11th Edition. / I.A. Shearer – London, UK : Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1994. 629 p.
61. Statement of principles applicable to the formation of general customary international law [Electronic resource]. Committee on formation of customary (general) international law. International law association. London Conference. 2000. URL: <http://www.ilahq.org/en/committees/index.cfm/cid/30> (дата звернення: 24.10.2021).
62. Stern B. Custom at the Heart of International Law. Duke Journal of Comparative & International Law. 2001. Vol. 11. No. 1. P. 89–108.