

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА ПРИРОДА ПРИНЦИПУ EX AEQUO ET BONO

Анотація. У статті досліджується історія зародження ex aequo et bono. Автор розглядає вплив основних особливостей стародавнього періоду на становлення принципу, в якості природно-правового. Доводиться, що свої витоки принцип бере у внутрішньому праві (основна ідея римського природного права), як один із основних принципів загально соціального права, формуючись в діяльності національних, в т.ч. судових установ, пізніше запозичується міжнародними судами і сьогодні становить основу діяльності міжнародно-правових ад'юкаційних структур та міжнародно-правової системи вцілому.

Ключові слова: міжнародне право, принцип справедливості, ex aequo et bono, aequitas, jus gentium, мировий посередник, римське право, канонічна справедливість, ст. 38 Статуту МС ООН.

Summary: The article examines the history of origin ex aequo et bono. The author examines the influence of the main features of the ancient period to the establishment of the principle, as a principle of natural law. It is proved that the principle is established in domestic law (Roman main idea of natural law) as one of the basic principles of general social law, forming a national activity, including the judiciary, later borrowed by international courts and now forms the basis of international legal justice and international legal system as a whole.

The concept of «fairness» and «equality» as a central category of natural law, that in international law generally called principle of ex aequo et bono, occurs in domestic law as a general principle, however, is of great significance for international law, both as a general principle and as a basis for other international principles, such as the principles of non-discrimination.

Justice is the main principle, the idea of regulatory law in general, and particularly international, connecting link between natural and positive international law that international law allows to operate in full compliance with socio-economic and other realities of life. The principle is the link positive and natural international law, general principles of law, which in his opinion are crystallized in the form of international justice.

Keywords: international law, the principle of equity, ex aequo et bono, aequitas, jus gentium, conciliator, Roman law, canonical justice, Art. 38 Statute of the International Court of Justice.

Постановка проблеми. Справедливість є головним принципом, регулятивною ідеєю права взагалі, та міжнародного зокрема, поєднуючою ланкою між природним і позитивним у міжнародному праві, що дозволяє функціонувати міжнародному праву у повній відповідності соціально-економічним та іншим реаліям буття. А. Фредросс називає сполучною ланкою позитивного та природного міжнародного права загальні принципи права, які на його думку кристалізуються у вигляді міжнародної справедливості.

Такий зв'язок знаходимо вже в період римських глосаторів, коли принцип справедливості являв собою коректив застосування «старого» римського права до сучасного для них життя, крім того, за принципом справедливості як і за звичаєм визнавалась можливість (здатність) відмінити закони. Отже, право судді керуватися при винесенні рішення із міркувань справедливості було чітко закріплене ще у XII ст., тоді як сьогодні дане право досить скептично оцінюється сучасними позитивістами. Глосатори, як і представники церковної влади, у середні віки намагалися виводити із принципу справедливості і пов'язаного із ним природного права, норми права, які б відповідали сучасним потребам тодішнього суспільства.

Вічна боротьба «позитивного» і «природного» в міжнародному праві, що не припиняється із давніх давен завжди потребувала знаходження компромісу, а краще балансу. Мірило такого балансу було знайдено в справедливості «*aequitas*» (від латинського рівномірність, справедливість). Полеміка про

справедливість не припиняється з часів виникнення самого права, а відповідно має відповідне забарвлення, що відповідає певному історичному стану розвитку самого права, та повсякчас є мірилом права.

Зв'язок права із справедливістю є складовою, перш за все, європейської правової культури. Ще Стародавньому римському праву була відома максима – *maxime in iure aequitas spectanda est* (найвище в праві дотримуватись справедливості). Одним з перших, хто філософськи обґрунтував необхідність універсального права як справедливості осягненої розумом, що подарований людині як «громадянину світу» Богом були стоїки. Засновник школи Зенон (336-264pp до н.е.) запропонував ідею вселенської республіки, що діє за спільним законом. В єдиній космічній державі, за філософією стародавньої Стої, основою є природне право, засноване на розумі (Логосі), позитивне ж право має ґрунтуватися на космополітичній моралі тобто на природному праві людини. В Давній Греції справедливість стала основою правопізнання, взаємність та еквівалентність міжнародних відносин у них повинна була базуватися на добросовісності і справедливості.

Метою даної статті стало дослідження становлення та розвитку принципу справедливості в міжнародному праві.

Викладення основного матеріалу. Перші вимоги принципу «справедливості», що знаходимо у римському праві, що тлумачилось каноністами, як «канонічна справедливість» (зокрема, Гугучо 13ст.)[1; С.98], тобто тлумачення норм римського права у відповідності із потребами реально існуючих відносин задля справедливості та пізніше постглосаторами, які тлумачили норми у відповідності до практичного життя, незалежного від того, чи вкладалися вони в рамки старого римського права.

В кінці XI-на поч. XIII ст. «канонічна справедливість» (*aequitas canonica*) набуває свого найбільшого поширення та навіть набуває переваги над цивільним юридичним правом глосаторів. Основним принципом природного права кантоністи вважали заборону завдавати іншим те, що самі б не побажали по відношенню до себе і робити іншим те, що сам побажав би по відношенню до

себе. Сьогодні ці ідеї виведені у принципі взаємної вигоди у міжнародному рівні, при чому в міжнародному приватному праві, що є ще одним свідченням того, що загальні принципи права, сформовані на основі принципу справедливості, беруть свої витoki у внутрішньому праві.

Наступне визнання «канонічної справедливості» знаходимо і у світському праві, яке набуло єдності із канонічним римським правом лише у XIVст. Постглосатори на відміну від глоса торів, які формулювали норми римського права як ідеальні постулати, на прикладі канонічного вчення про справедливість висувають тезу, про тісний зв'язок права із життям, а тому за допомогою «вільного тлумачення» римських норм формулюють нові висновки, які найбільш віддзеркалюють реально існуючі потреби життя. Сьогодні ця ідея отримала подальший розвиток та значного поширення у доктрині «живого» міжнародного права та «еволютивного тлумачення» міжнародного права, що ефективно використовується органами міжнародного правосуддя на сучасному етапі.

Наука про історію права довела, що перші згадки про природну рівність сягають античності (V-IVст. до н.е.), коли перші уявлення про рівність являли собою математичні розрахунки (Протагор, Сократ, Аристотель, Платон). Аристотель вважав рівністю – справедливість по відношенню до іншого. Тобто, ще з часів античності справедливість ототожнювалась з рівністю, хоча всім відомо, що цей період часу характеризується пірамідальною структурою міжнародних відносин, нерівномірним розвитком суб'єктів та різними рівнями та видами їх правового статусу (і навіть застосовують для виправдання сингулярного права). Основною ідеєю права у самих його витоків була рівність і справедливість. Ще римляни застосовують термін *aequitas* для позначення протилежностей права справедливого (*aequitas ius*) та несправедливого, що не відповідає рівності права (*ius in iquum*), зокрема в дигестах Юстиніана право називається мистецтвом добра і справедливості.

У посткласичний період римського права *aequitas* набуває релігійного забарвлення у вигляді рівності перед Богом, а в конституціях християнських

імператорів *aequitas* та правосуддя має перевагу перед нормами суворого національного права.

Поняття «справедливість» та «рівність», як центральні категорії природного права, що у міжнародному праві прийнято іменувати принципом *ex aequo et bono*, виникає у внутрішньому праві у вигляді загального принципу, однак має величезне значення і для міжнародного права, як у вигляді загального принципу, так і в якості основи для інших принципів, наприклад принципи недискримінації. Подальший розвиток в міжнародному праві даний принцип знайшов в теорії *jus cogens* та *erga omnes* будуть розглянуті пізніше.

В період активного розвитку міжнародного права на основі *jus gentium*, особливого розвитку набуває теорія природного права, яке засновується саме на доктрині *aequitas*. Так, Т.Аквінський виводить поняття «спільного блага», як критерій справедливості міжнародного права, а схоласт Вікторія та Суарез – поняття «універсально держави» де пріоритети у відносинах держави і людини належить останній. Вже Г.Гроцій висуває ідею про первинне та вторинне *jus gentium*, де перше природне міжнародне право, засноване на справедливості, а друге узгоджене міжнародне право. Ідея Г.Гроція про право, як добре і справедливе було перенесене ним і на міжнародну площину.

Інший представник природної школи міжнародного права С. Пуфендорф (1632-1634) називає природне міжнародне право як «універсальна соціальна етика, заснована на рівності людей»[2], незалежно від віросповідання. В наступних періодах міжнародне право та принцип справедливості будуть покладені в основу права прав людини, яке бурхливо розвивається в епоху Відродження та не полишає еволюції і на сучасному етапі, та ряду основних принципів міжнародного права, зокрема принципу суверенної рівності держав, який сьогодні зазнав значних змін у розумінні його сутності та наповнення.

Досягнення абсолютної рівності (суверенної рівності) як реалізації принципу міжнародного справедливості навряд чи може бути остаточним, однак припинення боротьби за неї може призвести до панування сили, тому як вірно зауважує А.А.Мережко: «справедливість є процесом, а не результатом, а

міжнародне право є одним із дієвих засобів боротьби за справедливість у міжнародному співтоваристві»[3; С.20].

Принцип справедливості інкорпорується у позитивне договірне чи звичаєве міжнародне право, і підтверджується загальними принципами міжнародного права, зокрема принципом заборони застосування чи погрози силою, принципом самовизначення народів та націй, принципом суверенітету та захисту прав людини. Крім того, міжнародна справедливість у розумінні рівності суб'єктів міжнародного права забезпечується принципом взаємності, що дозволяє досягти одного із завдань міжнародного права – встановлення балансу сил, або балансу між свободою та рівністю.

Аналогічно в філософському розумінні справедливості, міжнародна справедливість немає чітко визначеного змісту, а скоріше є синтезом свободи (суверенітету держав) та рівності (принцип рівності держав). Справедливість не завжди рівність у прямому значенні, однак за особливих обставин така нерівність є найкращим виразом справедливості.

У А.Фердроса міжнародна справедливість є відправним принципом всієї міжнародної системи, на його думку, принцип є кристалізацією усіх загальних принципів права у міжнародній судовій практиці, та у практиці міжнародних арбітражів, зокрема. В міжнародному комерційному арбітражі широкого розповсюдження сьогодні набуває практика вирішення спорів «мировим посередником» (*amiable compositeur* або *ex aequo et bono*) на основі принципу справедливості *equity*, тобто на підставі принципів справедливого та розумного, а не на підставі імперативних жорстких правових норм та правил. Така процедура бере свої витoki ще з часів Стародавньої Греції, пережила падіння Римської імперії та Середньовіччя. Так, претори перегринів розглядаючи міжнародні спори та діючи на підставі грецьких принципів та принципах сумлінності та справедливості, приймали рішення створене для конкретної справи, яке ґрунтувалося як на нормах римського, так і іноземного права. Отже, принцип справедливості став основою для створення універсальних норм права (*jus gentium*) в рамках судової практики римських преторів. Така практика

преторів знайде своє визнання і у позитивному закріпленні можливості вирішення міжнародних спорів на підставі загальновизнаних принципів внутрішнього права на сучасному етапі.

Сьогодні нормативно закріплена й «міжнародним законодавцем» у Типовому законі ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торгівельного арбітражу 1985р. (ч.2 ст.33) та Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ 1976р.; та як підтверджує практика комерційні сторони частіше звертаються саме до такого способу вирішення спорів.

Принцип справедливості у міжнародному праві дозволяє міжнародному суду корегувати норми позитивного права, застосування яких призвело б до явно несправедливого результату. В даному випадку таке тлумачення на підставі принципу міжнародної справедливості скоріше є засобом зменшення або пом'якшення нерівності у міжнародних правовідносинах, який в сучасній теорії міжнародного права воно йменується еволютивним тлумаченням. У широкому розумінні під принципом справедливості можна побачити творчий заряд правового (еволютивного) розвитку міжнародного права, що отримується шляхом гнучкого застосування жорстких норм позитивного міжнародного права.

Зокрема, в арбітражному судовому рішенні Міжнародної палати в 1989р. арбітражний суд зазначив, що останній «...може не застосовувати у вузькому та дослівному значенні ті положення, застосування яких призведе до конфлікту рівності перед законом»[4]. На думку А.А. Мережка такий підхід міжнародного суду пояснюється гегелівською формулою: «що розумне, то дійсне, а що дійсне, то розумне»[3; С.15].

Прикладом еволютивного тлумачення можна назвати справу ЄСПЛ *Selmouni v. France* (1999)[5], де суд обґрунтовуючи власне рішення назвав ЄКПЛ «живим інструментом»[6], де раніше дії які розглядалися як «жорстоке та принизливе поводження» сьогодні тлумачаться як катування поліції стосовно потерпілого. Отже для забезпечення принципу справедливості судовий орган може змінювати зміст норми, саму норму, хоча і не змінює тексту основного

джерела норми, відмовляючись від своїх рішучих попередніх правових позицій суд задля забезпечення ефективності та дієвості правозахисту.

Отже, принципи *ex aequo et bono* («справедливості і доброти»), як загальновизнаний принцип права базується на судовій практиці як міжнародно-правовій так, і на національній.

Приклади застосування принципу справедливості на національному рівні можна навести і з вітчизняної. Зокрема, узагальнений досвід практики судів загальної юрисдикції свідчить про посилення на загальні принципи права у своїх рішеннях є скоріше формальним чи додатковим, ніж винесення рішення суто на підставі принципу, що на думку О. Уварової [7; С151-152], обґрунтовується низьким рівнем розуміння природи принципів права та відповідно неправильним його застосуванням, що тягне скасування таких рішень вищими інстанціями. Однак все ж таки приклади існують.

Актуальним та доволі спірним питанням сучасної доктрини міжнародного права є норма ст. 38 Статуту МС ООН. В даному ракурсі жваво обговорюються питання актуальності формулювання терміну «цивілізовані нації» та проблема ієрархії джерел, закріплених в статті та реально існуючих зокрема. Обидві проблеми тісно пов'язані із функціонуванням принципів міжнародного права. Зокрема, щодо ієрархії, то тут зазначити, що ця проблема остаточно не вирішена ні в науці ні в нормативному закріпленні, тоді як сучасна практика міжнародного суду ООН та ЄСПЛ доводить факт надання переваги принципу справедливості, ніж конкретним нормам права чи судовому прецеденту (приклади таких судових рішень згадувалися у Розділі 1 даної роботи), що доводить неактуальність на сучасному етапі розвитку міжнародного права загального правила про допоміжний характер загальних принципів, як джерел міжнародного права.

Чи мають загальні принципи права рівне становище поряд із договорами та звичаями? Цікавим припущенням є те, чи взагалі може бути колізія між ними. Якщо взяти колізію між принципами та звичаями, то звичай є практика підтверджена *opinion juris*, тоді важко уявити загальновизнаність принципу, яка б суперечила такому визнанню. І у випадку з договором, також важко уявити

узгодження волі держави за договором, яка б суперечила основам правової системи, яку фіксують загальні принципи. Такі припущення скоріше є підтвердженням відсутності ієрархії щодо трьох перших джерел згаданих у ст. 38 Статуту МС ООН, застосування яких не залежить один від одного.

На підставі загальних принципів права справедливості і розумності досить часто вирішувалися міжнародні спори щодо меж реалізації суб'єктами свого права (справи міжнародного суду ООН щодо островів Менк'є та Ейкріхос, щодо храму Преах-Віхеар, ряд справ щодо делімітації континентального шельфу, справа Буркуна Фасо проти Малі 1986р.), як джерело ідей права прав людини у справах щодо Південно-Західної Африки, у справі Індія проти Пакистану 1968р., Лівія проти Мальти 1985р. та ряді інших.

Найвідомішими прикладами застосування принципу справедливості є рішення судді Гудзона 1937 року в спорі між Голландією та Бельгією, у якому суддя вказав, що принцип справедливості є частиною міжнародного права: «У відповідності із ст. 38 Статуту, або незалежно від даної статті, суддя має певну свободу розглядати принцип справедливості в рамках міжнародного права, яке повинно бути застосоване»[8; Р.104].

Що ж до терміну «цивілізовані», то він давно перестав відповідати сучасним реаліям міжнародного співіснування та вимагає термінового перезавантаження усієї статті 38 Статуту міжнародного суду ООН. Зокрема, О. Києвець[9; С.78] стверджує, що «цивілізованою» у змісті ст. 4 Статуту ООН вважається «миролюбна» нація, Ф. Раймондо[10; Р.52-53] вважає «цивілізованою нацією» ту праву якої відповідає міжнародним стандартам захисту прав людини, а ряд авторів в т.ч. і зарубіжних стверджують про зайвість такого терміну у тексті статті. На нашу ж думку, при редагуванні норми п. с ст. 38, варто брати до уваги той момент, що міжнародне право, як «живий організм» постійно еволюціонує, а тому обмежувати «загальні принципи» суб'єктною ознакою – означає звужувати його зміст. Суб'єктний склад сучасних міжнародних відносин якісно та кількісно еволюціонував з часу прийняття діючої редакції даної норми, та можливий подальший його розвиток також виключати не можна, а тому варто було б не

обтяжувати термінологічно формулювання даного пункту ні щодо суб'єктного чи іншого (зокрема часового, чи якісного) навантаження. Загальні принципи права за своєю природою є явищем соціальним, а тому повинні застосовуватись у відповідності до реально існуючих, життєво необхідних потреб кожного історичного етапу розвитку соціуму.

Досить популярним є твердження про те, що стандартом цивілізації є західна цивілізація, а принципи що склалися на основі європейських та американських стандартів, в процесі раціоналізації повинні скласти основні принципи цивілізованих народів, однак географічна класифікація сьогодні не модна, оскільки більшість питань міжнародно-правового характеру вирішується на рівні міжнародних організацій, чії норми все частіше показують більший коефіцієнт ефективності (наприклад, МВФ встановлює стандарти законодавства шляхом встановлення умов). На сучасному етапі розвитку міжнародного права формується підхід до надання пріоритету у вирішенні міжнародних проблем недержавними учасниками та зменшення ролі принципу суверенної рівності держав. Так, на думку Панезі М.[11; Р.73], сучасний суддя при вирішенні міжнародного конфлікту повинен звертатися не до вивчення національних систем з розглядуваного питання та пошуку спільних норм, а знайти загальні принципи регулювання у розглядуваній галузі. Глобальна участь держав у спільному вирішенні проблем в рамках міжнародних організацій надає розробленим ними стандартам найбільшого визнання, оскільки до участі у розробленні запрошуються якомога більша кількість зацікавлених у вирішенні проблеми сторін, а відповідно досягається найбільша узагальненість та універсальність шляхом досягнення найширшого консенсусу, та регулятивна ефективність зокрема. Саме тому загальні принципи (стандарти) в якості інструменту для інноваційної оцінки соціальних явищ, у меншій мірі прив'язані до традиційного уявлення про державний суверенітет.

На думку австрійського вченого А.Фердроса, за змістом п. с. ст. 38 Статуту ООН стосується лише загальних принципів внутрішньодержавного права, які в силу суспільної необхідності можуть застосовуватись до вирішення

міжнародних спорів із врахуванням особливостей міжнародно-правового регулювання. Тоді, як загальні принципи права, як фундаментальні засадничі норми міжнародного права, властиві усім правовим системам, оскільки впливають із соціальної природи усіх людських співтовариств (людяність, добросовісність), вони стоять вище міжнародного права, тобто є нормами *jus cogens*, є орієнтирами справедливості для усіх позитивних норм міжнародного права. Повне презавантаження ст. 38 щодо принципів має врахувати право суду при вирішенні питання чи здатний принцип вирішити спір та врегулювати відповідне міжнародне правовідношення на підставі принципу справедливості, до якої в правовій системі принцип не відносився чи походження якої бере.

Певної гнучкості отримують і норми міжнародного права, зокрема згідно ст. 59, 74 Конвенція ООН з морського права 1982 р. конфлікти щодо виключної економічної зони повинні вирішуватись сторонами на підставі справедливості шляхом укладення угод, з метою досягнення справедливого рішення. Згідно Конвенції про право несудохідні види використання міжнародних водовідтоків 1997р., держави повинні використовувати міжнародні відтоки справедливим та розумним чином.

Висновок. Отже, проаналізувавши історію становлення принципу *ex aequo et bono* в міжнародному праві, можна сказати, що свої витoki принцип бере у внутрішньому праві (основна ідея римського природного права), як один із основних принципів загально соціального права, формуючись в діяльності національних, в т.ч. судових установ, пізніше запозичується міжнародними судами і сьогодні становить основу діяльності міжнародно-правових ад'юкаційних структур та міжнародно-правової системи в цілому.

Література:

1. Грабарь В.Э. Римское право в истории международно-правовых учений: элементы международного права в трудах легистов XII-XIV вв. - Юрьев: Типография К. Маттисена, 1901.- 305с.
2. Антисери Д., Реале. Дж. Западная философия от истоков до наших дней. От Возрождения до Канта - С.-Петербург: «Пневма». - 2002. - 880с.

3. Мережко О.О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права. - Київ: Юстініан, 2010. - 316с.
4. Aguilar Alvarez, Guillermo, note to ICC Award No. 4972, Clunet 1989, at 1105 et seq. // Електронний ресурс: Режим доступу: <http://www.trans-lex.org/919000/print/>
5. Рішення ЄСПЛ у справі *Selmouni v. France* від 28.07.1999 // [Електронний ресурс]. - Режим доступу: // www.echr.coe.int.
6. Аналогічні справи ЄСПЛ: Коссі проти Об'єднаного Королівства 1978 року, Маркс проти Бельгії 1979 року, Тілер проти Об'єднаного Королівства 1978 року, Джеймс та інші проти Об'єднаного Королівства 1986 року та інші.
7. Уварова О. О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика: Монографія / О. О. Уварова; Нац. ун-т "Юрид. акад. України ім. Я. Мудрого". - Х.: Друкарня МАДРИД, 2012. - 196 с.
8. Malcolm N. Shaw International Law. - Cambridge University Press, Sixth edition. - 2008. - 1710p.
9. Київець О. Джерело міжнародного права як природно-правова категорія // Публічне право. - 2011. - № 1. - С. 76-81.
10. Raimondo F. General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals - BRILL, 2008 - 212p.
11. Panezi M. Sources of Law in Transition Re-visiting General Principles of International Law // *Ancilla Iuris*, 2007. - P.66-79.