

**КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ**

**КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ**

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

МАНИК АЛЬОНА ЗАХАРІВНА

УДК 341.1/8

ДИСЕРТАЦІЯ

**ІДЕЇ КОНЦЕПЦІЇ «ЖИВОГО» ПРАВА ЄВГЕНА ЕРЛІХА У
РОЗВИТКУ СУЧАСНОГО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА**

Спеціальність 12.00.11 – міжнародне право

Подається на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

(підпис, ініціали та прізвище здобувача)

Науковий керівник –
доктор юридичних наук, доцент
Буткевич Ольга Володимирівна

Київ - 2018

АНОТАЦІЯ

Маник А. З. Ідеї концепції «живого» права Євгена Ерліха у розвитку сучасного міжнародного права. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.11 – Міжнародне право. – Київський національний університет імені Тараса Шевченка – Київський національний університет імені Тараса Шевченка, МОН України, Київ, 2018.

Дисертація є самостійною завершеною науковою роботою, комплексним дослідженням ідей концепції «живого» права Євгена Ерліха у розвитку сучасного міжнародного права.

У дослідженні здійснено аналіз соціологічної школи права. Зокрема, вказано, що тлумачення права з такого погляду та його методологічне обґрунтування здійснив видатний вчений-юрист Євген Ерліх. В основу його дослідження було покладено мультинаціональний буковинський соціум. Саме буковинський поліюридизм став базою для концепції «живого» права Є. Ерліха. Встановлено, що своє розуміння природи права Є. Ерліх вкладає у сутність права суспільства. Положення про походження права автор пов'язав з питанням про те, які інститути впродовж своєї еволюції сприяли розвитку правових відносин і за допомогою яких суспільних процесів ці відносини стали правовими. В міжнародному праві прослідковують аналогічну тенденцію становлення норм та інститутів відповідно до відносин, що розвиваються і стають правовими, від соціальних до міжнародно-правових.

Так, автором дослідження зазначено, що Є. Ерліх у структурі права виокремив такі складові, як «право держави», «право юристів», «право соціальних союзів». Ці феномени є актуальними і у сучасних міжнародних відносинах із врахуванням особливостей міжнародно-правового регулювання. Зокрема, «право держави» на міжнародному рівні можна досліджувати як «право міжнародних договорів», що ґрунтується на теорії

узгодження воль держав; «право юристів» - як правотворча та правозастосовна діяльність органів міжнародного правосуддя; «право соціальних союзів» - правотворча та правозастосовна діяльність міжнародних організацій та інших недержавних суб'єктів міжнародного права.

Крім того, при розгляді концепції «живого» права Є. Ерліха встановлено, що вчений вбачав справжнє життя права в суддівській діяльності. А завданням судді повсякчас було тільки справедливе і доцільне рішення. Сьогодні ця теза набуває особливої актуальності в міжнародному праві. Значний інтерес австрійського вченого був прикутий до ситуації «мовчання закону». Тлумачення права на думку дослідника є однією з найістотніших його властивостей, а герменевтичний процес загалом постає основним джерелом розвитку права. Оскільки, позитивна норма не в змозі дати правила для усіх можливих ситуацій, а ті правила, які вона закріплює швидко старіють у потоці соціального життя, суддя повинен орієнтуватися не тільки на виявлення істини як умови справедливого рішення, а й брати до уваги соціальні інтереси, економічні потреби, політичні, етичні, культурні фактори, враховуючи також сьогодишню ситуацію, а й інтереси майбутніх поколінь.

Проведений в роботі аналіз ряду сучасних аспектів міжнародно-правового регулювання все ж таки дає ґрунтовні підстави для висновку про те, що сучасне міжнародне право еволюцінує як «живий» організм. Аспектами, що аргументують визнання в доктрині міжнародного права теорії міжнародного права як «живого», виявлено такі: еволютивні зміни та адаптація міжнародного права до потреб суспільства характеризується стійкістю незмінних основних сутнісних якостей, *історичною трансформацією*, пристосовуваністю, механізм *самозбереження* на основі природно-правового «живого» загального права; в міжнародному праві сферою застосування ідей «живого» права є найбільш динамічні, нестабільні, змінні відносини, що потребують гнучкого регулювання, зокрема сфера прав

людини, охорона навколишнього середовища, економічні відносини, космічне право і т.д.; сучасні *міжнародні стандарти* з впевненістю можна назвати нормами «живого» права, оскільки вони здатні до моментального реагування та пристосування до швидкоплинних змін та розвитку в процесі історичної трансформації міжнародних відносин; навіть звичаєва норма може набувати якості «живої» норми міжнародного завдяки *теорії «моментального» звичаю*; наявність в міжнародному праві категорії *міжнародне «м'яке» право* можна вважати підтвердженням «живого» характеру, яке пояснюється тим, що держави все частіше обирають «м'яке» право, оскільки його основним завданням є не сувора регламентація, а координація поведінки на основі формулювання рекомендацій чи визначення напрямків співробітництва.

Автором здійснено аналіз та виявлено точки дотику між «живим» правом Є. Ерліха та міжнародним правом, так, перша – причина його виникнення. Євген Ерліх черпав ідеї виникнення права у римському праві, звідки і випливають ряд висновків щодо походження міжнародного права у *jus gentium*. Міжнародне право виникає у додержавний період і було зумовлене життєво необхідними суспільними потребами за межами роду (за словами Є. Ерліха «соціального союзу»). Перші міжродові відносини регулювалися на основі погодження волі у формі угод (за Є. Ерліхом «живе» право панує в угодах»). Отже, «живе» міжродове право зароджується в соціальному житті роду, обумовлюється діяльністю соціальних утворень та реальними потребами життя. Таким чином, міжнародне право має свої первинні витoki у соціумі. Потреба в регулюванні міжнародних міжродових конфліктів стала основним каталізатором появи та розвитку міжнародного права з метою забезпечення мирного вирішення спорів та прогресивного співіснування соціальних союзів. Еволюція права доводить його дієвість (у Є. Ерліха дієвість є вирішальною роллю у розмежуванні «мертвого» права і

«живого»), поза державним втручанням чи наявністю санкцій та первинність права перед державою.

Порівнявши теорії походження права відповідно до концепції «живого» права Є. Ерліха та дослідивши походження міжнародного права, можемо з впевненістю стверджувати, що виникненню міжнародного права послужили ті ж детермінанти, за допомогою яких виникло право у теорії Є. Ерліха, а саме ланцюг «соціальні союзи» – теорія примирення – і, як результат, *jus gentium*.

У дослідженні надано авторське визначення поняття міжнародне право як «живе» право. Зокрема, міжнародне «живе» право – це право, яке забезпечує управління життям сучасної міжнародної спільноти відповідно до потреб сьогодення, в основі якого лежить сукупність норм і принципів міжнародного права, а також актів «м'якого» права та рішень міжнародних судових установ. Метою міжнародного права, як і «живого» права за Є. Ерліхом, є насамперед урегульованість відносин у змісті впорядкованості, а не обмеженості санкціями.

Автор з'ясувала, що з позицій розуміння міжнародного права як «живого», такі процеси як міжнародне правотворення та правозастосування є *нерозривними процесами*. В «живому» міжнародному праві його норми мають вищий ступінь виконання і як наслідок – вищий процент ефективності правозастосування. Згадані процеси тісно пов'язані з актуальною проблемою їх суб'єктного складу в сучасних міжнародних відносинах. Розширення кола суб'єктів міжнародних правовідносин стало причиною розширення кола суб'єктів міжнародного правотворення та набуття якісно нових ознак «живого» права класичними джерелами міжнародного права. Сучасною є тенденція переходу основних функцій у міжнародному правотворенні від держав до інших суб'єктів, тоді як збільшується роль держави у забезпеченні їх виконання, імплементації на національному рівні. Беззаперечно, що головна роль у наділенні рисами «живого» права належить *органам*

міжнародного правосуддя. Вони вдаються до правотворчості при необхідності адаптації застарілих чинних правових норм з метою заповнення прогалин в праві або з метою конкретизації абстрактного характеру норми для врегулювання фактично наявних міжнародних відносин. Фактично органи міжнародного правосуддя стали платформами прогресивного розвитку міжнародного права, на сучасному етапі вони здобули та поступово збільшують авторитет інтелектуальних центрів, які генерують новаторські ідеї та підходи. *Міжнародні організації* – основні суб'єкти створення норм «м'якого» права і водночас значна частина системи норм «живого» міжнародного права, до яких спостерігається стійка тенденція збільшення. В умовах сучасної глобалізації міжнародного права активними учасниками міжнародно-правового нормотворення стають *транснаціональні корпорації* та *неурядові міжнародні організації*.

Крім того, міжнародна *правозастосовна діяльність* набуває характеру «живого» процесу, на що вказує вищий процент ефективності порівняно із класичним правозастосуванням на основі позитивно-правових норм. Така ефективність досягається не під примусом, а на основі добровільності, однак завдяки життєвій необхідності, справедливості та відповідності інтересам суб'єктів виконання «живих» норм.

У дослідженні визначено місце універсальних міжнародних судових установ у розвитку сучасного міжнародного права як «живого». Так, їх діяльність вбачається у створенні нових норм міжнародного права, шляхом прийняття рішень щодо конкретних справ в межах тлумачення норм і принципів міжнародного права, виявленні звичаєвих норм та загальних принципів права, тлумаченні міжнародного договору як «живого» інструмента. Рішення міжнародних судів можуть бути поштовхом для початку формування абсолютно нового напрямку, доктрини чи, навіть, галузі права. Найяскравіше творчий підхід в процесі

еволютивного тлумачення норм міжнародного права Судом ООН проявляється при розгляді й вирішенні ним територіальних спорів.

Ще одним напрямком розвитку сучасного міжнародного права як «живого» в процесі діяльності універсальних судових установ є прийняття консультативних висновків, що набувають загальновизнаного авторитету, навіть стосовно держав, які не брали участь у його прийнятті, проте можуть вважатися напрямком у формуванні нових еволютивних норм міжнародного права. На відміну від рішень, такі висновки не наділені обов'язковим характером, але мають рекомендаційний характер, і високу ефективність виконання, що свідчить про ознаки «живих» норм.

Автор констатувала, що «живе» тлумачення є життєво необхідною умовою ефективності міжнародного права в контексті відсутності єдиного правотворця на міжнародно-правовій арені. Стандарти, закріплені в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ), які розвиваються Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) в ході еволютивного тлумачення, із впевненістю можна назвати «живим» правом. При розгляді конкретної справи доктрина еволютивного тлумачення ЄКПЛ дозволяє суддям при розгляді конкретної справи найефективніше пристосовувати положення Конвенції до соціальних умов, що постійно змінюються. Застосування методу розширювального тлумачення дає можливість ЄСПЛ радикально змінювати свою практику, враховуючи те, що простежується тенденція щодо розширення прав і свобод людини та звуженого розуміння компетенції держав-учасниць Конвенції щодо обмеження прав і свобод людини. В усіх рішеннях ЄСПЛ звертається до принципів ефективного захисту та верховенства права на міжнародному рівні, які є правовим підґрунтям та міжнародно-правовим базисом еволютивного тлумачення ЄКПЛ.

Ключові слова: «живе» право, соціологічна теорія, міжнародні судові установи, Міжнародний суд ООН, Європейський суд з прав людини, еволютивне тлумачення.

SUMMARY

A. Manyk Ideas of the concept of the «living» law of E. Ehrlich in the development of modern international law. – Qualifying scientific work manuscript copyright.

The thesis for degree of Candidate of Juridical Sciences in specialty 12.0.11 – International law. – National Taras Shevchenko University of Kyiv. – National Taras Shevchenko University of Kyiv, Ministry of Education and Science of Ukraine, Kyiv, 2018.

The dissertation is an independent completed scientific work, comprehensive research of ideas of the concept of the «living» law of E. Ehrlich in the development of modern international law.

In the research it was carried out an analysis of the sociological school of law. Thus, it is stated that the justification of the law from this point of view and its methodological substantiation was carried out by the outstanding Austrian scientist-lawyer E. Ehrlich. The basis of his research was the multinational Bukovina community. Such Bukovinian multiculturalism became the basis for the concept of the "living" law of E. Ehrlich. It is established that his understanding of the nature of law E. Ehrlich governs the essence of the right of society. The question of the origin of the law author puts on the question of which institutions during their evolution contributed to the development of legal relations and through which the social processes of relations became legal. In international law there is a similar tendency of the formation of norms and institutions in accordance with the relations that develop and become legal, from social to international legal.

Thus, the author of the study notes that E. Ehrlich in the structure of law allocates such components as "state law", "law of lawyers", "the law of social unions." Such phenomena are relevant in contemporary international relations,

taking into account the peculiarities of international legal regulation. In particular, the "law of the state" at the international level can be investigated as "the law of international treaties" based on the theory of harmonization of the will of the states; "Law of lawyers" - as law-making and law enforcement agencies of international justice; "The law of social unions" - law-making and law-enforcement activities of international organizations and other non-state actors of international law.

In addition, when considering the concept of "living" law E. Ehrlich established that the scientist saw the true life of law in the judicial activity. And the task of a judge of all times is a judgment in a case that is fair and expedient. This thesis now becomes of special relevance in international law. The special interest of the Austrian scientist was tied to the situation of "silence of the law". The interpretation of the right to his opinion is one of his most significant properties, and the hermeneutical process in general appears to be the main source of the development of law. Since a positive norm is not able to give rules for all possible situations, and the rules establishes rapidly become obsolete in the flow of social life, the judge must focus not only on finding the truth for a fair decision, but also to take into account social interests, economic needs, political, ethical, cultural factors, not only the situation at the moment, but also the interests of future generations.

The analysis of a number of modern aspects of international legal regulation carried out in the work nevertheless gives a solid basis for concluding that modern international law evolves as a "living" organism. Aspects that justify recognition in the doctrine of international law of the theory of international law as "living", the following are revealed: evolutionary changes and adaptation of international law to the needs of society is characterized by the stability of unchanging basic essential qualities, historical transformation, adaptability, the mechanism of self-preservation on the basis of the general natural "living" law; in international law, the sphere of application of the ideas of "living" law is the most dynamic, volatile,

changing relations that require flexible regulation, in particular the sphere of human rights, environmental protection, economic relations, space law, etc .; modern international standards can be safely referred to as "living" law, as they are capable of responding instantly and adapting to fleeting changes and development in the process of historical transformation of international relations; even the customary norm can acquire the quality of the "living" norm of the international due to the theory of "instant" custom; the presence in international law categories of international "soft" law can be considered a confirmation of the "living" nature, which is explained by the fact that states increasingly choose soft law, since its main task is not strict regulation, and coordination of behavior on the basis of the formulation of recommendations or definition of cooperation directions.

The author analyzed and found points of contact between the "living" law of E. Ehrlich and international law, so, the first reason - the reason for its occurrence. E. Ehrlich drew up his ideas of the emergence of law in Roman law, from where we can draw a number of conclusions about the origin of international law in *jus gentium*. International law takes its origins in the pre-state period, which was caused by vital necessities of social needs outside the family (according to E. Ehrlich's "social union"). The first intercourse relations were regulated on the basis of the consent of the will in the form of agreements (according to E. Ehrlich, the "living" right prevails in the agreements "). Consequently, "living" intercultural law originate in the social life of a family, conditioned by the activities of social formations and real life needs. Thus, international law has its primary origins in society. The need to regulate international inter-ethnic conflicts has become the main catalyst for the emergence and development of international law in order to ensure peaceful settlement of disputes and progressive coexistence of social unions. The evolution of law proves its effectiveness (in E. Ehrlich, virtue is a decisive factor in distinguishing between "dead" law and "living"), without state intervention or the presence of sanctions and the primacy of law before the state.

Comparing the theory of the origin of law in accordance with the concept of the "living" law of E. Ehrlich and investigating the origin of international law, we can confidently say that the emergence of international law served by the same determinants, through which the right to the theory of E. Ehrlich, namely the "social unions" - the theory of reconciliation - and, as a result, *jus gentium*.

The study provides an author's definition of the concept of international law as "living" law. Accordingly, international "living" law is a right that provides for the management of the life of the modern international community in accordance with the needs of the present, based on a set of norms and principles of international law, as well as acts of "soft law" and decisions of international judicial institutions. The purpose of international law, as well as the "living" law of E. Ehrlich, is primarily the regulation of relations in the content of ordering, and not limitation of sanctions. The rules of international law must be fulfilled and enforced today not under the influence of imperative, but voluntarily, because they are specific, can be objectively interpreted, and their implementation will lead to the interests of the states themselves.

The author substantiates that from the standpoint of understanding the international law as "living," such processes as international law-making and law enforcement are inextricable processes. In "living" international law, its norms have a higher degree of execution and as a consequence a higher percentage of the effectiveness of enforcement. The mentioned processes are closely connected with the actual problem of their subject structure in modern international relations. Expansion of the circle of subjects of international legal relations has caused the expansion of the circle of subjects of international law-making and the acquisition of qualitatively new features of "living" law by classical sources of international law. The current tendency is the transition of the main functions in the international law-making from the states to other subjects, while the role of the state increases in ensuring their implementation, implementation at the national level. It is undeniable that the main role in giving the features of "living" law

belongs to the bodies of international justice. They resort to law-making if necessary to adapt obsolete existing legal rules in order to fill gaps in the law or in order to specify the abstract nature of the rules for settling the actual existing international relations. In fact, the bodies of international justice have become platforms for the progressive development of international law, at the present stage they have gained and gradually increased the authority of intellectual centers that generate innovative ideas and approaches. International organizations are the main subjects of creating soft law, which is a significant part of the system of norms of "living" international law, which has a steady tendency to increase them. In the context of the current globalization of international law, multinational corporations and non-governmental international organizations are becoming active participants in international legal regulation.

In addition, international law enforcement activities acquire the character of the "living" process, which indicates a higher percentage of efficiency compared with classical law enforcement on the basis of positive legal norms. Such efficiency is achieved not by coercion, but on the basis of voluntariness, but due to vital necessity, justice and compliance with the interests of the subjects of the implementation of "living" norms.

The study identified the place of universal international judicial institutions in the development of modern international law as "living". Thus, their activities are seen in the creation of new rules of international law, through the adoption of decisions on specific cases within the interpretation of norms and principles of international law, the identification of customary norms and general principles of law, the interpretation of an international treaty as a "living" instrument. Decisions of international courts can be the impetus for the beginning of the formation of a completely new direction, the doctrine or, even, the field of law (international environmental law in fact owes its appearance to a court decision). The most brilliant creative approach in the process of evolutionary interpretation of the norms of international law

by the UN Court is manifested in the consideration and resolution of territorial disputes.

In addition, the adoption of advisory opinions, which receive a universally recognized authority, even in relation to the states which did not participate in its adoption, can be considered as another direction in the development of modern international law as "living" in the process of functioning of universal judicial institutions, and therefore can be considered as a direction in the formation of new evolutionary norms of international law. Such conclusions, unlike the decisions, are not obligatory, have a recommendatory character, but they have high efficiency of performance, which testifies to signs of "living" norms.

The author substantiates that "living" interpretation is a vital condition for the effectiveness of international law in the context of the absence of a single law-maker in the international legal arena. Standards enshrined in the European Convention on Human Rights, developed by the ECHR during the course of an evolutionary interpretation, with certainty can be called "living" law. The doctrine of the evolutionary interpretation of the European Convention on Human Rights allows judges, when considering a particular case, to best adapt the provisions of the Convention to constantly changing social conditions. The application of the expanded interpretation method allows the ECHR to radically change its practice, in addition, the tendency towards the expansion of human rights and freedoms and the limited understanding of the competence of the States parties to the Convention to restrict human rights and freedoms are traced. In all its decisions, the ECHR refers to the principles of effective protection and the rule of law at the international level, which are the legal basis and the international legal basis for the evolutionary interpretation of the ECHR.

Key words: "living" law, sociological theory, international judicial institutions, UN International Court, European Court of Human Rights, evolutionary interpretation.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Статті у наукових фахових виданнях України

1. Маник А.З. Концептуальні засади соціолого-юридичного підходу до визначення сутності права // Право і суспільство. №6-1, ч. 2, 2014. №6-1. ч. 2. С. 24-28.
2. Маник А.З. Вплив діяльності міжнародних судових установ на формування «живого» права // Український часопис міжнародного права. №4, 2014. С. 240-244.
3. Задорожна С.М., Маник А.З. Внесок наукової спадщини О.В. Задорожного у сучасне розуміння основних принципів міжнародного права // Український часопис міжнародного права. Спецвипуск, присвячений пам'яті професора О.В. Задорожного. 2017. С. 74-80.
4. Задорожна С.М., Маник А.З. Становлення та розвиток науки міжнародного права в Чернівецькому національному університеті імені Юрія Федьковича // Український часопис міжнародного права. № 2, 2018. С. 22-29.

Статті в іноземних виданнях:

1. Манык А.З. Актуализация проблемы свободного правоопределения в творчестве Е. Эрлиха // Закон и жизнь. Международный научно-практический правовой журнал. Министерство юстиции Республики Молдова. Кишинэу: SRL «Cetatea de Sus». 2014. № 7/2(271). С. 88-91.

2. Маник А.З. Застосування принципу динамічного (еволютивного) тлумачення Європейським Судом з прав людини // Eurasian Academic Research Journal № 6 (06), 2016. Yerevan 2016. С. 97-104.

3. Манык А.З. Участие органов международного правосудия в международном правотворчестве согласно концепции «живого» права // Studii Juridice Universitate. 2017. Anul X, Nr. 3-4 (39-40). С. 67-74.

Тези наукових доповідей на конференціях:

1. Маник А.З. Вчення Є. Ерліха про «живе» право і сучасне міжнародне право // Práva a slobody človeka a občana: mechanizmus ich implementácie a ochrany rôznych oblastiach práva: medzinárodná vedecká konferencia. Bratislava, Slovenská republika, 19-20 septembra 2014 r. (Права та свободи людини і громадянина: механізм їх реалізації та захисту різними галузями права: міжн. наук.-прак. конф., (м. Братислава, Словацька Республіка, 19-20 вересня 2014 р.)). Bratislava: Paneurópska vysoká škola, 2014. С. 265-268.

2. Маник А.З. Здійснення суддівської діяльності відповідно до теорії вільного правознаходження Євгена Ерліха // Сучасний стан і перспективи розвитку держави і права: матеріали міжн. наук.-прак. конф. (м. Львів, 27-28 червня 2014 р.). Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2014. С. 18-20.

3. Маник А.З. Вплив доктрини «живого» права Є. Ерліха на сучасне розуміння міжнародного права // «Розвиток науки і практики міжнародного права» та Міжнародно-правові читання, присвячені пам'яті Олександра Задорожного: матеріали міжн. наук.-прак. конф. (м. Київ, 22 червня 2018 р.). Київ: Українська асоціація міжнародного права; ІМВ, 2018. С. 135-139.

ЗМІСТ

ВСТУП	17
РОЗДІЛ 1. СОЦІОЛОГІЧНА КОНЦЕПЦІЯ ПРАВА ЄВГЕНА ЕРЛІХА	27
1.1. Професор Євген Ерліх – один з засновників соціологічної школи права	27
1.2. Сутність концепції «живого» права Євгена Ерліха.....	42
1.3. Вільне правознаходження як спосіб заповнення прогалин у праві	54
ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ I	64
РОЗДІЛ 2. ТЛУМАЧЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ЯК «ЖИВОГО» ПРАВА	67 Док
2.2. Походження міжнародного права відповідно до концепції «живого» права Євгена Ерліха	89
2.3. Особливості міжнародного правотворення та правозастосування відповідно до концепції «живого» права Євгена Ерліха.....	99
ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ II	123
РОЗДІЛ III. РОЗВИТОК СУЧАСНОГО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ЯК «ЖИВОГО» ПРАВА	127
3.1. Діяльність універсальних міжнародних судових установ	127
3.2. Роль Європейського суду з прав людини в утвердженні концепції міжнародного права як «живого» права	143
ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ III	160
ВИСНОВКИ	164
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ ТА ЛІТЕРАТУРИ	174
ДОДАТОК 1	200

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Соціальні зміни, які відбуваються у сучасному міжнародному співтоваристві неминуче призводять до змін і трансформації головного регулятора відносин всередині такого співтовариства - міжнародного права. Зараз все частіше поширюються думки про те, що міжнародне право виступає ефективним стабілізатором міжнародних відносин насамперед завдяки своїй гнучкості й здатності адаптуватися до соціальних змін. Саме здатність права змінюватись у відповідь на зміни суспільних відносин становить головну ознаку його ефективності та визначає спроможність слугувати надійним упорядковувачем суспільних відносин, а також характеризує міжнародне право як «живе».

Сучасна доктрина міжнародного права поступово відходить від класичного позитивізму. Причиною цього є те, що головним об'єктом міжнародно-правового регулювання виступає захист інтересів індивіда та різноманітних соціальних союзів, які становлять основу сучасного міжнародного права. Гомоцентричність сучасного міжнародного права визначається як одна з його характерних рис. Інтереси міжнародного громадянського суспільства, як правило, окреслюють спрямованість міжнародно-правового регулювання. Відтак це право неодноразово визначається як право світової спільноти, яка складається з різноманітних соціальних, культурних та інших груп.

З огляду на це, особливого значення для сучасної науки і практики міжнародного права набув соціологічний напрямок, кристалізований у правознавство завдяки висунутій Євгеном Ерліхом теорії «живого» права, тобто права, що здатне адаптуватись до потреб суспільства, має можливість регулювати відносини між різними соціумами, які мають різні релігії, звичаї, культури тощо. Найактуальнішою серед наукових праць автора щодо міжнародного права є праця Євгена Ерліха «Основи соціології права», в

основу якої покладені дослідження, проведені ним на території сучасної Буковини. Для вченого сучасна Буковина була мультинаціональною. Тут проживали й понині проживають спільноти різних національностей. Фактично це був регіон поліюридичний, в якому поряд із загальнодержавним діяли різноманітні правові комплекси – звичаєві, етнічні, релігійні тощо. Специфіка такої мультинаціональності – це поєднання культури, моралі, звичаїв, правил поведінки та норм, що регулювали відносини між соціальними союзами різних національних приналежностей, що послужило основою для вироблення теорії «живого» права на основі дослідження цих соціальних союзів.

Саме така «мультинаціональність» характерна для міжнародного права, яке ефективно регулює відносини між народами з різними правовими системами, релігіями, національними, культурними та іншими особливостями. Для цього міжнародне право змушене було протягом історії виробити риси адаптативності та гнучкості. Ці ж риси й дозволили йому ефективно пристосовуватись до змін у соціальних відносинах, надали йому характер явища, що еволютивно змінюється.

Вивчення соціального життя союзів дасть пояснення гнучкості приписів міжнародно-правового характеру, їх пристосованості до змін у суспільному житті та відповідності інтересам міжнародної спільноти.

Погляд на міжнародне право як на «живе» знаходить все більше прихильників з погляду теорії, а також втілюється на практиці сучасного міжнародного права, зокрема активний в цьому Європейський суд з прав людини, оскільки саме в його рішеннях, завдяки еволютивному тлумаченню норм міжнародного права, відбивається соціальна ефективність та «сучасність» норм міжнародного права. Загалом, підвищення ролі міжнародного судочинства в підтримці міжнародного правопорядку та міжнародно-правовому регулюванні завдяки правовому активізму сучасних міжнародних судових установ є практичним втіленням теорії «живого»

права, що базується на судовій практиці. «Першопрохідцем» в цьому був також Є. Ерліх, який запропонував заповнювати прогалини та недоліки писаного позитивного права судовим рішенням – «вільним правознаходженням». Це поняття має багато спільного із правовим активізмом сучасних міжнародних судових установ (зокрема ЄСПЛ).

Теорія «живого» права формувалася незвичним способом. На відміну від інших доктринальних розробок (правових концепцій), які виникали у відповідь на потреби юридичної практики, теорія «живого права» спершу була висунута Є. Ерліхом як доктринальна концепція. Згодом стосовно міжнародного права вона була підтримана бельгійським вченим Е. Нісом, знову ж таки як теорія. Дещо пізніше згодом вона втілилась на практиці еволютивному тлумаченні норм міжнародного права та в правовому активізмі ЄСПЛ та інших судових установ.

Теоретичну основу дисертаційного дослідження становлять праці як вітчизняних учених, так і зарубіжних науковців. Соціолого-юридичним вивченням права як фактичного порядку суспільного життя займалися такі відомі послідовники цієї школи, як Ф. Гек, І. Герман, А. Гелен, Є. Ерліх, Ф. Жені, Г. Зінцгеймер, Г. Канторович, Е. Фукс, Е. Юнг та інші. Подальший розвиток ці ідеї отримали в рамках американської школи юридичної соціології у працях таких юристів, як К. Ллевеллін, Р. Паунд, П. Сорокін, Д. Френк, О. Холмс та інші. При цьому серед класиків соціологічної думки варто згадати М. Вебера, Л. Дюгі, Е. Дюркгейма, М. Оріу та інших. Чималий внесок у вивчення соціолого-юридичних аспектів права зробили й дослідження М. Антонова, В. Бігуна, С. Боботова, О. Бунчук, В. Васильчук, Т. Вюртенбергера, Р. Гаврилюк, М. Гравітца, Н. Гураленко, Ж. Гурвича, М. Духовського, Ж. Карбоньє, С. Карвацької, Б. Кістяківського, М. Ковалевського, М. Коркунова, Р. Коттерелла, К. Кульчара, В. Лапасвої, Н. Лумана, В. Марчука, Н. Неновські, П. Новгородцева, Р. Пенто, М. Ребіндера, С. Савчука, Р. Циппеліуса та інших учених-юристів. У їхніх

наукових працях висунуто низку оригінальних ідей відносно соціальної природи права, обґрунтовано підхід до дослідження права як динамічного соціально-юридичного явища. У доктрині міжнародного права такий напрям розвитку міжнародного права малодосліджений, однак серед науковців, які займалися вивченням міжнародного права як «живого» права й інших його аспектів, що мають безпосередній вияв у розумінні міжнародного права як «живого», можна назвати таких вітчизняних та зарубіжних вчених: М. Антонович, Т. Анцупова, К. Бекашев, І. Білас, В. Буткевич, О. Буткевич, Л. Вальдхабер, М. Веліжаніна, В. Верещетін, М. Гнатовський, С. Голубок, Д. Гом'єн, Н. Гончарова, В. Грабар, Р. Домінго, П.-М. Дюпуї, С. Задорожна, А. Кансадо Тріндаде, Д. Кеннеді, О. Київець, О. Кобан, Т. Короткий, М. Коскенієммі, І. Крєтова, Х. Лаутерпахт, І. Лукашук, М. Медведєва, О. Мережко, А. Мірошніченко, Ю. Моцок, О. Поєдинок, Е. Ніс, К. Савчук, Б. Сімма, А. Сьмбятян, Жорж Ссель, О. Тарасов, Л. Тимченко, Г. Тойбнер, Г. Тункін, Л. Хєнкін, Р. Хіггінс, М. Циммерман, А. Червяцова, С. Шевчук та ін.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертаційне дослідження виконано в межах наукової теми № 16БФ048-01 «Асоціація, як новий формат відносин України з Європейським Союзом: політичний, правовий, економічний та інформаційний аспекти», яка є складовою Комплексної наукової програми Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Мета і завдання дослідження дисертаційного дослідження. Метою дисертаційного дослідження є теоретико-методологічне обґрунтування міжнародного права як живого права відповідно до концепції Євгена Ерліха.

Для досягнення мети у дисертаційній роботі передбачено розв'язання таких *завдань*:

- проаналізувати сутність і основні напрямки соціології права Євгена Ерліха та вивчити їх придатність до тлумачення особливостей міжнародного права;
- розкрити сутність концепції «живого» права Євгена Ерліха з погляду специфіки суспільних відносин глобалізованого світу;
- дослідити теорію вільного правознаходження як одного із способів заповнення прогалин у праві та встановити особливості явища правового активізму сучасних міжнародних установ як її проекції;
- проаналізувати доктрину міжнародного права в контексті теорії «живого» права;
- дослідити походження міжнародного права відповідно до концепції «живого» права Євгена Ерліха;
- розкрити характерні риси міжнародного права – гнучкість, адаптативність до змінних обставин, здатність регулювати різноманітні види відносин між різними за своєю природою суб'єктами відповідно до концепції «живого» права Євгена Ерліха;
- проаналізувати роль діяльності універсальних міжнародних судових установ у розвитку сучасного міжнародного права як «живого» права;
- обґрунтувати роль і значення Європейського суду з прав людини в утвердженні концепції міжнародного права як «живого» права;
- встановити сутність і правову природу еволютивного тлумачення міжнародного права та правового активізму міжнародних судових установ.

Об'єкт дослідження – суспільні відносини, які виникають у процесі реалізації ідей концепції «живого» права Євгена Ерліха при правотворчій та правозастосовній практиці сучасного міжнародного права, тлумаченні сучасного міжнародного права.

Предметом дослідження виступають ідеї концепції «живого» права Євгена Ерліха та їх вплив на розвиток сучасного міжнародного права.

Методи дослідження. Під час встановлення об'єктивності та обґрунтованості наукових положень, висновків і рекомендацій, що виносяться на захист, використано комплекс загальнонаукових та спеціально-наукових методів: історичний метод – при дослідженні становлення та розвитку соціології права та теорії «живого» права Євгена Ерліха; порівняльний метод – при виявленні паралелей між походженням «живого» права загалом та міжнародного права як «живого»; метод тлумачення права – при дослідженні норм міжнародно-правових актів, рішень міжнародних організацій та міжнародних судових органів у сфері застосування норм «живого» міжнародного права та їх реалізації; системний метод – при встановленні місця норм міжнародного права і рішень міжнародних судових установ, які вироблені у процесі міжнародного правотворення відповідно до концепції «живого» права; метод прогнозування і моделювання – для розробки практичних рекомендацій щодо адаптації механізму правового регулювання відносин на міжнародному та національному рівнях, що виникають у зв'язку з реалізацією суб'єктами міжнародного права власних прав та обов'язків, що виникають у процесі правотворення та правозастосування відповідно до концепції «живого» права.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що дисертація є першим у вітчизняній науці комплексним дослідженням ідей концепції «живого» права Євгена Ерліха у розвитку сучасного міжнародного права. Попередні наукові роботи, присвячені дослідженню концепцій «живого» права Євгена Ерліха, здійснені переважно з позицій соціології та/або загальної теорії права, або впливу такої концепції на формування та розвиток внутрішньонаціонального права, зокрема приватноправової його складової.

Наукову новизну дослідження відображають такі основні його результати:

у роботі *вперше*:

- подано характеристику міжнародному праву як «живому» праву крізь призму теорій «еволютивного тлумачення» цього права;
- запропоновано авторське визначення міжнародного права як «живого» права;
- висунуто тезу про те, що між поділом права Євгеном Ерліхом на «право союзів», «право держави» та «право юристів» можна провести паралель у міжнародно-правовій площині, зокрема виокремлюючи право міжнародних організацій» (як прототип «права союзів»), «право міжнародних договорів» (мова йде не про галузь міжнародного права право міжнародних договорів, а про сукупність позитивно-правового, переважно договірної масиви, власне норм позитивного міжнародного права, прототип «права держави») та «право міжнародних судових установ» (прототип «права юристів», створення норм міжнародного права, шляхом еволютивного тлумачення останніх при здійсненні своєї діяльності міжнародними судовими установами універсального та регіонального рівня);
- показано втілення теорії Є.Ерліха про «вільне правознаходження» у явищі правового активізму сучасних міжнародних судових установ та виявлено особливості останнього;
- виявлено особливості сучасного міжнародного права, які дозволяють йому бути ефективним регулятором змінних відносин між різноманітними суб'єктами;

удосконалено:

- пояснення еволютивної природи міжнародного права, його адаптативної здатності;

- тезу про те, що сучасні правозастосовний і правотворчий процеси є нерозривними процесами, що підтверджується вищим рівнем ефективності виконання «живих» норм міжнародного права;
- тезу про те, що відповідно до концепції «живого» права Євгена Ерліха про багатоджерельність такого права спостерігається відхід від класичного розуміння дводжерельності у міжнародному праві;
- теза про те, що еволютивне тлумачення позитивних норм міжнародного права набуває ознак «живого» права відповідно до концепції Євгена Ерліха, який не заперечував того, що позитивна норма може бути «живою» нормою права;
- положення про те, що діяльність універсальних судових установ у розвитку сучасного міжнародного права як «живого» проявляється у двох напрямках: по-перше, шляхом еволютивного тлумачення норм «твердого» права, по-друге, вирішення справ на основі принципу *ex aequo et bono* не прив'язуючись до норм позитивного права;

отримали подальший розвиток:

- положення про те, що предметом регулювання «живого» права є швидкоплинні, змінні відносини найбільш прогресивних і нових галузей міжнародного права, які регулюються на основі гнучких та «м'яких» методів правового регулювання та за відсутності застосування примусу;
- положення про те, що виникненню міжнародного права послужили ті ж детермінанти, за допомогою яких виникло право у теорії Євгена Ерліха, а саме ланцюг «соціальні союзи – теорія примирення – і, як результат, *jus gentium*»;
- положення про необхідність переосмислення змісту ст. 38 Статуту ООН як єдиного міжнародно-правового документа, який визначає

джерела міжнародного права, а також про зміну ієрархії у переліку джерел міжнародного права з погляду на нього як на «живий» організм;

- положення про те, що ідеї Євгена Ерліха про вільне правознаходження як спосіб заповнення прогалин у праві у міжнародно-правовій площині найяскравіший вираз знаходить при еволютивному тлумаченні Європейським судом з прав людини Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод як «живого» документу. Така діяльність є найкращим прикладом утвердження концепції міжнародного права як «живого» права;
- пояснення паралелізму між специфікою міжнародного права та поліюридизмом комплексних (багатонаціональних) суспільств.

Теоретичне і практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що результати дослідження – загальнотеоретичні і практичні висновки – можуть бути корисними для поглиблення наукового розуміння проблем, що розглядаються, а також використані у практичній роботі. Зокрема, можна виділити такі сфери застосування результатів дисертації: *науково-дослідну* (в процесі подальшого вивчення проблем розуміння міжнародного права як «живого» права); *правотворчу* (удосконалення і подальший розвиток міжнародно-правових та національних правових положень, пов'язаних із еволютивним тлумаченням норм міжнародного права міжнародними судовими установами, зокрема Європейським судом з прав людини); *освітню* (в процесі викладання курсів «Міжнародне право», «Право Європейського Союзу», «Практика Європейського суду з прав людини», «Міжнародний захист прав людини», «Історія міжнародно-правових вчень», «Історія міжнародного права», інших юридичних, політологічних, історичних дисциплін).

Особистий внесок здобувача. Дисертація є самостійною науковою працею, в якій висвітлені власні ідеї та розробки автора, що дозволили вирішити поставлені завдання. Робота містить теоретичні та методичні

положення і висновки, сформульовані дисертантом особисто. Використані в дисертації ідеї, положення чи гіпотези інших авторів мають відповідні посилання і використані лише для підкріплення ідей здобувача.

Апробація результатів дисертації. Дисертація обговорювалась на засіданні кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Основні положення дисертації доповідалися та обговорювалися на таких науково-практичних конференціях та семінарах: Міжнародна науково-практична конференція «Права та свободи людини і громадянина: механізм їх реалізації та захисту різними галузями права» (м. Братислава, Словачка Республіка, 19-20 вересня 2014 р.); Міжнародна науково-практичної конференція «Сучасний стан і перспективи розвитку держави і права» (27-28 червня 2014 р., м. Львів), Міжнародна науково-практична конференція «Розвиток науки і практики міжнародного права» та Міжнародно-правові читання, присвячені пам'яті Олександра Задорожнього» (м. Київ, 22 червня 2018 року), Третя міжнародна конференція «Ethical & Social Dimensions on Public Administration & Law (м. Сучава, Румунія, 26-29 квітня 2018 р.).

Публікації. За результатами дослідження опубліковано десять наукових праць (вісім з яких належать особисто автору), у тому числі чотири у фахових виданнях, перелік яких затверджено МОН України, три статті в іноземних наукових виданнях та три тези доповідей на наукових конференціях.

Структура дисертації відповідає меті та поставленим завданням дослідження, що обумовлені логікою наукового пошуку. Дисертація складається з вступу, трьох розділів, восьми підрозділів, висновків, списку використаних джерел, додатку. Загальний обсяг дисертації становить 201 сторінку, з них 173 сторінки основного тексту. Список використаних джерел міститься на 26 сторінках та налічує 234 найменування. Додаток 1 складається з 2 сторінок.

РОЗДІЛ І. СОЦІОЛОГІЧНА КОНЦЕПЦІЯ ПРАВА

ЄВГЕНА ЕРЛІХА

1.1. Професор Євген Ерліх – один з засновників соціологічної школи права

Право, як основний регулятор відносин у суспільстві, тісно пов'язане з останнім і з суспільним розвитком. Сьогодні як у доктрині внутрішньодержавного права, так і у доктрині міжнародного права науковці все менше послуговуються ідеями класичного позитивізму під впливом багатьох чинників, серед яких основним можна назвати збільшення впливу суспільства на суто державні й урядові чинники, а також розвиток політичної та правової культури членів суспільства. Сучасний розвиток міжнародного права демонструє зміни, які відбуваються у розумінні та тлумаченні останнього, насамперед це проявляється у переході від класичних позитивістських та природно-правових концепцій до нової – демократично-ліберальної, в центрі якої перебуває захист інтересів соціальних союзів, які становлять основу сучасного міжнародного права. Саме тому, право треба вивчати передусім у соціальних проявах, тобто його необхідно досліджувати соціально-науково, що безпосередньо пояснює той факт, що сьогодні соціологічний підхід до права є одним з основних у правознавстві. Так, «на прикладі різних філософсько-правових шкіл – позитивістських, феноменологічних – помітно, як «чиста думка» поступається місцем аналізу соціальних змін пізнання, як межа між пізнавальним та соціальним поступово зникає» [72, с. 127].

Процес поступового відходу від класичного позитивізму і зародження багатоманітності в правовій доктрині розпочався ще наприкінці XIX – на початку XX ст., коли розвиток юриспруденції знаменується виникненням нових напрямків і шкіл, однією з яких стала соціологічна школа, що спочатку сформувалася у Європі, а потім отримала поширення у США. Серед вчених, які доклали зусиль до розвитку нової соціологічної науки, можна назвати

О. Конта, Г. Спенсера, К. Маркса, М. Вебера, Е. Дюркгейма. Значний поштовх до поширення в юриспруденції соціальних поглядів дали наукові дослідження таких вчених, як Є. Ерліх, Г. Гурвич, О. Жені, Б. Кістяківський, С. Муромцев, Л. Петражицький, П. Сорокін та інші. Так, Федущак-Паславська Г. вказала на те, що «філософським підґрунтям соціологічної юриспруденції стала філософія прагматизму: істинне є те, що корисне, а щодо права – правомірне те, що корисне» [172, с. 191]. Згідно з соціологічним напрямом у юриспруденції першоджерелом права були ті відносини, які склалися між соціальними групами, а норми, що їх регулювали були похідними, відповідно до цього – творцем права є соціум, а законодавець здійснює лише фіксацію такої норми. Особливе місце у такому напрямку відводиться судовій практиці, це пояснюється тим, що саме правозастосовна практика виступає критерієм ефективності правового регулювання.

Серед галузевих напрямків соціології права виділяють такі: солідаризм, інституціоналізм, рух «вільного права», соціологічна юриспруденція Р. Паунда. Представники *солідаризму*, зокрема О. Конт, Е. Дюркгейм, Л. Дюгі, у сфері міжнародного права Ж. Ссель (призма «подвійної функціональності») розуміли право через призму поєднання позитивістських і соціологічних підходів, в основі яких була ідея соціальної солідарності, яка вбачала джерелом права соціальну солідарність. У свою чергу, М. Оріу, П. Сорокін, Г. Гурвич будучи прихильниками *інституціоналізму* як напрямку соціології права, відстоювали думку про те, що правові норми завдячують своєму виникненню не лише державі як єдиному суб'єкту нормотворення, але й діяльності інших соціальних інститутів. Варто зазначити, що деякі науковці [1, с. 262] вказували на зв'язок такого напрямку соціології права з психологічною теорією права, що у свою чергу підтверджується правовим плюралізмом при тлумаченні джерел права. Є. Ерліх, Г. Конторович, розробляючи *рух «вільного права»* як одного із

напрямків соціології права, поклали за основу більш ширше розуміння права, а не лише з точки зору розуміння його як закону. Це проявлялося в тому, що нормативне закріплення у законі норми не означало, що вона автоматично стає чинним правом. Представники цього руху розуміли її лиш як перспективу для формування належного, а головне – бажаного правопорядку. Окремо виділяють *соціологічну юриспруденцію Р. Паунда*, найбільший розвиток і поширення якої відбувся на території США, хоча такий напрямок отримав підтримку і в континентальній Європі. Так, вчений наділяв право функцією соціального контролю, яка проявлялася у двох формах – визначення рівня впливу людини на природу та визначення впливу на саму людину.

Засновником власне соціології права та її методологічного обґрунтування по праву вважають видатного австрійського вченого-юриста Євгена Ерліха, який народився у Чернівцях (14 вересня 1862 р.), своє дитинство провів у м. Самбір. Здобувати вищу освіту вчений розпочав у Львівському університеті, а продовжив і закінчив навчання у Віденському університеті, де здобув наукову ступінь доктора права.

Що ж стосується наукової кар'єри, то вона розпочалася у Чернівецькому університеті. Саме з ним пов'язують пік наукової активності молодого вченого, який був не просто рядовим викладачем, а у період з 1906 по 1907 рр. навіть займав посаду ректора навчального закладу. Початком виникнення соціології права вважають вихід у світ у 1913 р. «Основ соціології права» Є. Ерліха. Варто зазначити, що друкована спадщина науковця складає понад півсотні робіт, в основу яких покладені дослідження, які вчений отримував у тогочасній мультинаціональній Буковині, де перепліталися культура, мораль та звичаї таких народів як австрійців, євреїв, ромів, українців, угорців, росіян та ін. Власне така велика кількість національностей послужила базою до вироблення вченим теорії про право союзів та теорії «живого» права.

«Соціоцентричність поглядів Є. Ерліха зумовлена і його розумінням права, держави і суспільства», – зазначає В. Бігун [13, с. 107], додаючи, що в основі таке розуміння включає і дослідження соціальних функцій права. М. Ребіндер висловився так: «Євген Ерліх є ключовою постаттю, з якою пов'язують виникнення соціології права» [138, с. 127]. М. Антонов [7, с. 12-137] зазначає, що Є. Ерліха варто визнати як одного із засновників теоретичної соціології. А В. Марчук [110, с. 147-151] вказує на те, що наукова спадщина Є. Ерліха є «відправною точкою» для дослідження проблеми виникнення і розвитку соціологічного напрямку в юриспруденції. Сучасний англійський вчений Д. Ллойд [53, с. 212] у праці «Ідея права» відніс Є. Ерліха разом з М. Вебером, до «блискучих німецьких (австрійських) учених». Таку високу пошану Д. Ллойд присвоює Є. Ерліху в зв'язку з прагненням останнього віднайти поруч з формальними нормами соціальні, які б регулювали усі аспекти життя суспільства. Відомий американський соціолог Р. Паунд, який вважав Є. Ерліха «піонером соціологічного методу в праві» писав про нього [23, с. 160]: «Євген Ерліх потребує окремої згадки. Не зважаючи на окремі недоліки, його «Основи соціології права» є однією з найвизначніших книг доби. При ньому були лише зародки в книгах та у судовому і адміністративному процесі технік доведення народних звичаїв та впливу цих звичаїв на право. Але він спонукав нас вивчати такі речі і відповідні техніки були розроблені. Він зумів розумно, як ніхто до нього, порівняти правову і юридичну думку римського права та англійського загального права, сучасного римського права та права теперішньої континентальної Європи. ...І все ж він бачив набагато більше. ...Він поклав визначний початок порівняльній соціології права, яка стрімко розвивається зараз. Цінність його праці для з'ясування проблеми співвідношення права і законодавчого процесу очевидна. ...Цілком зрозуміло, що він мав відчутний вплив в Америці, де ми стикаємося із

значною кількістю проблем, пов'язаних із трансформацією права. Є. Ерліх відчутно доповнив теорію звичаю Савін'ї» [223, с. 334-336].

«Візитівкою» ж соціально-правової філософії Є. Ерліха виступає теза про соціальне призначення права, яке виникає в процесі соціальної взаємодії, і завданням якого є регулювання внутрішнього порядку соціальних союзів. «Право, – стверджував Є. Ерліх, – перш за все, є організацією» [186, с. 42].

Для того, щоб вивчити соціологічну зумовленість ефективності права, науковець закликав вивчати соціальне життя і психологічні процеси, які в ньому відбуваються. Це забезпечить, на думку вченого, більш гнучкий характер приписів законодавця, а також дасть змогу таким приписам стати більш пристосованими до змін суспільного життя та відповідати інтересам соціальних союзів.

Як зауважує Є. Ерліх, основу організації всіх соціальних союзів становлять соціальні норми, які своєю появою безпосередньо завдячують таким союзам, їх природі та взаємовідносинам між членами цих союзів. Кожна соціальна спільнота, будучи об'єднанням людей, формулює власні правила поведінки та норми, які відображають їх інтереси; члени таких союзів визначають правила поведінки обов'язковими і саме вони є основою моделювання їх поведінки. Це можуть бути як релігійні, сімейні, етнічні, договірні, політичні, трудові союзи, так і нації та держави в цілому.

Ототожнення внутрішнього правопорядку і норм дії членів союзу привело вченого до висновку про відносний характер примусової сили права. Суть такого твердження полягає у тому, що право – це найбільш чітка суспільна система порядку, а будь-яка правова норма, в свою чергу, – це фактична сила, яка, за своєю природою, вже примусова. Відповідно до цього, основне завдання права зводиться не просто до встановлення й підтримки щоденного мирного життя соціуму, але й до створення певних правових умов для функціонування суспільства.

Оскільки основним методом соціології права є метод спостереження, то основне завдання такої науки можна визначити як вивчення внутрішнього порядку різного роду соціальних союзів. Це завдання відрізняє власне соціологію права від юриспруденції, оскільки, якщо остання ставить перед собою за мету вивчення текстів законів, то ерліхівський соціологічний підхід полягає у встановленні дії цих законів у окремих союзах чи державах загалом. Виконання соціологією такого завдання стає можливим при збиранні, описі й аналізі фактичних даних, що дає змогу всебічно дослідити дієвість правових норм та ефективність регулювання ними різного роду суспільних відносин.

Визначаючи право як інтелектуальну конструкцію (*ein gedankliches Ding*), засновану на результатах спостереження за соціальними явищами й фактами, Є. Ерліх стверджує, що «не було б ніякого права, якби не було людей, які усвідомлюють значення права. ... Однак, як і всюди, тут наші уявлення також сформовані з матеріалу, який ми отримуємо з чуттєвого сприйняття дійсності» [186, с. 612-613], і саме це спонукає ученого до висновку, що не поняття передують фактам, а навпаки, і як підтвердження останнього автор пише: «в основі наших уявлень завжди лежать факти, які ми спостерігаємо. Такі факти мали з'явитися швидше, ніж у людському мозку взагалі почала зароджуватися думка про право й правові відносини» [186, с. 613]. Інакше кажучи, щось таке, що ми називаємо правом, існує в довколишній дійсності і дає нам матеріал для формування наших понять, і вже потім ми знаходимо у дійсності ті чи інші явища, згідно з цими поняттями.

Дещо пізніше основою в поясненні природи права для Є. Ерліха послужив тезис про те, що поняття ніколи не передують фактично наявному, а правопорядок – дзеркальне відображення фактичних відносин, тому право повинно опиратися не на державну владу, а безпосередньо на юридичні факти. У свою чергою юридичні факти породжують конвенційні правила, що

відрізняються своєю гнучкістю, здатністю до постійної трансформації. До них учений зараховував звичай (регулярно повторювані поведінкові акти, що сприймаються як зобов'язуючі), владарювання (відмова від частини своєї автономії на користь соціальної спілки, яка бере на себе функцію захисту), володіння (наявність у соціальній спілці певного фактичного порядку володіння речами, на який опирається весь лад союзу), волевиявлення (опосередковує передачу оволодіння від однієї особи до іншої).

Німецький юрист Манфред Ребіндер, підтримуючи погляди Є. Ерліха та продовжуючи їх розвивати, стверджував, що не специфічність кожного союзу відіграє роль, а однорідність їх господарських і суспільних життєвих умов, які сприяють виникненню однорідних правових фактів і тим самим однаковому правовому оформленню. Крім цього, певна частина правової скарбниці належить культурній спадщині поколінь, які віджили. При цьому відбувається постійне пристосування до нових потреб і відносин [227, с. 15]. Старі правові форми повинні вибувати (*ausgeschieden*), а нові – адаптуватись. Будучи засобом задоволення суспільних і господарських потреб, ці факти стають одним напрямком права, тобто однією організаційною формою всього суспільства. «Замість того, щоб обґрунтовувати необхідність суворої регламентації суспільних відносин нормами закону, слід вимагати зворотного – керуватися нормами фактичних життєвих відносин» [110, с. 150].

Вивчаючи автобіографічні матеріали життя австрійського правознавця, М. Антонов констатував, що формування поглядів Є. Ерліха не випадкове. До цього схиляла сама атмосфера регіону, де Є. Ерліх провів більшу частину життя, бо Буковина була населена переважно українцями, румунами, австрійцями, угорцями, словаками, росіянами, євреями, ромами, рутенцями. Австрійський культурний вплив не мав вирішального значення, а офіційне імперське право не відігравало суттєвої ролі в правовому житті регіону, значна частина якого регламентувалася звичаями відповідних національних і

територіальних громад [8, с. 566]. Тогочасна Буковина була яскравим прикладом провінційного життя, з його поліетнічним та багатокультурним складом. Вчений, як безпосередній спостерігач та учасник суспільних відносин, не міг не помічати різницю між формально визначеними нормами та соціальними, тобто нормами за якими жили різні етнічні групи тогочасної Буковини. Тогочасні закони не у повному обсязі відображали реально наявні суспільні відносини. Маючи численні прогалини, приписи законів залишалися нечинними. Сам Є. Ерліх писав про це: «В Буковині, наприклад, поряд проживають чимало національностей: русини, румуни, німці, євреї, росіяни, словаки, мадяри, цигани. Юрист старого ґатунку скаже напевне, що всі вони мають лише одне й теж цілком однакове право, що діє в усій Австрії. Однак вже навіть поверхневий погляд на речі переконав би його, що кожен з тих народів притримується в усіх своїх правничих відносинах щоденного життя цілком відмінних правових засад» [61, с. 194]. Саме тому вчений намагався приділити значну увагу не «примітивному» вивченню законодавства (законознавству), а дослідженню звичаєвого права, судової практики, проявів господарського життя, узагальнити їх з позиції свого соціологічного світогляду¹, встановити зв'язки між усіма цими проявами і

¹ До такого рішення, як стверджував сам Є. Ерліх, він прийшов не один. Є. Ерліх повідомляє про ранні праці хорвата Богіціса, який зібрав відомості про звичаєве право південних слов'ян і виклав їх у численних анкетах у формі 800 запитань, про подібний твір болгарина Бобцева, про звичаєве болгарське право, а також двотомну монографію іспанця Коста про іспанське звичаєве право. Німецькою мовою про звичаєве право одночасно з Є. Ерліхом писали Дністрянський, Маучка та Коблер. Але всі перераховані автори в своїх дослідженнях базувались на теоретико-правовій основі історичної школи права і не відмежовували нове право від залишків старих правових норм. На відміну від них, Є. Ерліх вважав, що емпіричне вивчення правового життя є лише допоміжним засобом для дослідження його закономірностей у теперішньому часі. Він дорікає історичній школі права, що її представники не з'ясували до кінця принцип про правову свідомість, який вони висунули, що «дух» народу – єдино правильне джерело всього права. Є. Ерліх критикує їх за те, що вони займалися лише пошуками

здійснити узагальнене пізнання тогочасної правової дійсності. У процесі пізнання істинної природи права Є. Ерліх постійно роздумував не про умоглядні, ідеальні моделі й конструкції права, як це було прийнято повсюдно задовго до нього та досягло свого апогею в його час, а про воістину живу правову дійсність у всій її багатогранності, неповторності й багатстві, динамізмі та статиці.

Аналізуючи соціально-економічні і політичні передумови розвитку німецької юриспруденції XIX ст., автор першої вітчизняної монографії, присвяченій основоположним ідеям соціологічного підходу до розуміння права, В. Марчук зазначав: «ерліхівська концепція стала породженням епохи, коли з одного боку, швидко росли картелі, спілки, трести і т. д., яким було тісно в рамках старих правових приписів й які претендували на широку свободу від загальнодержавного регулювання, а з другого – були необхідні нові правові регулятори їх внутрішніх і зовнішніх зв'язків. Звідси і виникала потреба теоретичного обґрунтування законодавства лише як одного й далеко не удосконаленого виду права» [111, с. 43-44], поряд із яким існують інші джерела права такі як договір, звичай, доктрина, принципи й судова правотворчість.

На противагу традиційним базовим поняттям правової системи, таким як «правило», «норма», «логіка», «формальність», вихідним пунктом в ерліхівському поясненні природи права послужили нові, якісно відмінні поняття – «доцільність», «функціональність», «дієвість». Основна думка зводилася до того, що створення того чи іншого законодавчого акту вимагає знання не тільки того, якими повинні бути регульовані ним відносини, а й того, які вони насправді.

Є. Ерліх вважав, що право за своєю природою і функціональністю є свого роду певним упорядкуванням. Підтримування структури суспільства,

абстрактних правових положень і не проявляли інтересу до справжнього права, не дослідили формування правових відносин.

яке Є. Ерліх розумів як суму людських асоціацій, залежить швидше від «внутрішнього порядку», ніж від правової норми [180, с. 269]. Таким чином, австрійський соціолог права зосередив свою увагу на дослідженні самого суспільства, прагнучи, на основі вивчення реально наявних відносин, вивести загальні правила поведінки їхніх учасників. «Найсумніше, – стверджував науковець, – те, що в цей час чимало правознавців докладають чимало зусиль над формулюванням понять закону й звичаєвого права, шукаючи труднощі, очевидно, зовсім не в тому місці, де їх треба шукати. У питанні про джерела права мова зовсім не йде про те, як юридичні правила, які повинен застосовувати суддя або службовець, набувають для нього обов'язкової форми. Право складається не з юридичних пропозицій, а з юридичних інститутів; хто хоче сказати, які джерела права, має пояснити звідки виникли держава, церква, община, сім'я, майно, договір, спадщина, унаслідок чого вони змінюються й розвиваються. Призначення теорії джерел права полягає в тому, щоб за рушійними силами розвитку визначити принципи організації права; тут не достатньо вказати на форми, в яких фіксуються правові норми, точніше, певний вид правових норм. ...Перше питання науки про право – питання про походження права – переходить, таким чином, у питання про те, які фактичні інститути впродовж історичного розвитку сприяли розвитку правових відносин і за допомогою яких суспільних процесів відносини стали правовими» [186, с. 135-136]. Керуючись такою методологією, учений вкрай однозначно, чітко й виразно здійснює своє методологічне самовизначення як дослідника права, а також фіксує своє розуміння природи права – воно у своїй суті є правом суспільства.

Саме цілісне бачення права в аспекті фактичності й нормативності, яке лежить в основі соціології права Є. Ерліха, і привело мислителя до ідеї фактичної відсутності меж між юридичною дійсністю та соціальною дійсністю норм і правил, а також дало привід критикам дорікнути вченому у методологічній невиразності і методологічній невизначеності. Так,

Г. Кельзен у кінцевому висновку своєї рецензії на роботу Є. Ерліха «Основи соціології права» резюмує: «Зусилля Є. Ерліха закласти основоположення соціології права має бути визнане невдалим насамперед через повну відсутність чіткої постановки проблеми і чіткого методу» [73, с. 638]. Для Є. Ерліха право знаходиться в суспільстві, виробляється суспільством і немислиме в аспекті чистої повинності, у відриві від фактів соціального життя. Між тим залишається проблематичним питання про те, як поєднати в одному соціологічному сприйнятті нормативний характер права й фактологічний аспект правової поведінки. Оскільки соціологію цікавлять факти, то для нормативності не залишається місця, якщо не припустити тут наявність фактору, який стоїть за нормативністю й впливає на її фактичне здійснення. Така методологічна підстава, яка використовувалася Є. Ерліхом для розмежування факту та норми, на думку його наукового опонента, неприйнятна (незадовільна), оскільки не можна соціальне право вважати фактом та виключити його зі сфери права.

Варто зазначити, що не тільки фундатор нормативістського підходу до розуміння й пізнання права виступав із різкою критикою ерліхівського вчення. Більше століття навколо наукових праць Є. Ерліха розгорталася відверта ідейна боротьба, що в кінцевому підсумку тільки підсилювало зацікавлення особистістю іменитого вченого та його творчістю. Так, спочатку методологічне й теоретичне новаторство Є. Ерліха, як і його внесок у світову юридичну науку, були вкрай критично сприйняті більшістю вчених-юристів Австрії та Німеччини – сучасників Є. Ерліха, згодом категоричне заперечення і традиційне ухилення від висвітлених видатним ученим-юристом основних аспектів соціологічного пізнання права було типово (характерне) для радянської правової науки [16; 108; 109; 169]. Радянські теоретики-правознавці піддали ігноруванню, а нерідко повному розгрому й знищенню наукову спадщину Є. Ерліха за те, що саме він був творцем першої «буржуазної лженауки» [164, с. 46], спрямованої на здійснення лозунгів: «за

вільне право», «судову правотворчість» й «суддівський розсуд». «Виникнення «буржуазних соціологічних теорій» радянське правознавство називало «поворотом від принципу буржуазної законності до її розпаду», соціологічне праворозуміння – протиставленням нормативному розумінню свого трактування права, що ототожнювалася з фактичним ладом суспільства, й вказувало на типові для буржуазного світогляду риси – ідеалізм і обмеженість. ...Відмінність соціологічних досліджень у галузі права в радянській і буржуазній юридичних науках визначається різним трактуванням самого розуміння права і його сутності. Цією протилежністю і зумовлена відмінність завдань і висновків соціологічних досліджень права в радянській юридичній науці і в дослідженнях буржуазних авторів» [109, с. 19]. Звичайно, що з позицій позитивізму, праворозуміння Є. Ерліха могло стати руйнівною силою, а відповідно і негативно вплинути на розвиток радянської концепції соціального та політичного устрою та ослабити їхні засади. Саме тому висновок радянського правознавства був дуже жорстоким: «історичною заслугою» Є. Ерліха та [австрійського соціолога] Реннера є й те, що вони, погоджуючись з ідеєю «соціальної функції» права французького синдикаліста Леона Дюгі, сприяли певною мірою формуванню фашистської «правової теорії» в Німеччині» [108, с. 150]. Того ж часу й західноєвропейські правники-позитивісти часто закидали Є. Ерліху те, що, по-перше, його соціологічні спостереження надто амбіційні (брак адекватних наукових критеріїв достовірності), а, по-друге, його підхід до права надто розмитий, узагальнений та обмежений. Вважалось, що, намагаючись обґрунтувати соціальну детермінованість права, соціологічна школа звела його до соціальних відносин і внаслідок цього втратила саме право, знівельовала його специфіку. На підтвердження цього професор університету Ерлангена-Нюрнберга Р. Циппеліус стверджував наступне: «правова наука жодним чином не є частиною соціології, а становить нормативну науку. Правові судження мають принципово інший зміст – вони не описують як фактично протікає регулярна

людська поведінка, а визначають, як повинна вона протікати, тобто вони мають не дескриптивний, а прескриптивний зміст» [174, с. 252-253].

Окремі положення про «живе» право заперечуються і сучасними науковцями, які вважають помилковою тезу Є. Ерліха про те, що «життя повинно було б перетворитися на пекло, якби воно регулювалося тільки правом» [186, с. 113]. Як аргумент, основним недоліком висунутої концепції називають відсутність у працях розмежування правових та інших соціальних норм [13, с. 144].

Хотілося б зазначити, що безумовно, у роботі Є. Ерліха присутні певні фрази, які з першого погляду підтверджують висловлювання критиків теорії Є. Ерліха. Проте є одне «але» – складається враження, що критикам Є. Ерліха відома лише одна його робота – «Основи соціології права», оскільки весь критичний аналіз здійснюється тільки на основі цієї наукової праці. Решту робіт вченого залишилися проза увагою і викликають зацікавленість лише серед вузькопрофільних спеціалістів. Можливо, це пояснюється тим, що вони доступні тільки німецькою мовою. Та все ж, варто врахувати, що «Основи соціології права» – це частина трилогії, яку Є. Ерліх задумав. Вона виконує роль свого роду вступу до неї, а вже у двох інших роботах автор розвиває проблематику правової доктрини та судового тлумачення права, при цьому вже коректуючи свої радикально висловлені думки, що здійснено власне під впливом тієї критики, яка лунала на адресу «Основ соціології права».

Незважаючи на критику та використання деякими правниками-позитивістами відомих аргументів щодо неприйнятності ідей соціодинаміки права, сьогодні демонструє, що в юридичній літературі спостерігається зростання чисельності прихильників наукової творчості Є. Ерліха. Так, із позиції дослідження неklasичних соціокультурних традицій пізнання права, вітчизняна дослідниця Р. Гаврилюк зауважує: «удвічі живе право живе тому, що, попри воістину незчисленну множину винесених йому вироків, виголошених анафем недоброзичливцями й відвертими конкурентами,

явними ідейними противниками по науковому цеху, це право як доктрина та дійсність серед дуже багатьох інших чинних у той час концепцій не тільки дожило до нашого часу, але й ще більше зміцніло і складає нині один із найбільш надійних фундаментів правової світобудови людського суспільства» [37, с. 14]. Хоча основна праця Є. Ерліха погано структурована, містить повтори, двозначності й навіть здається суперечливою, все ж, за висловом Р. Коттеррелла, професора коледжу королеви Марії Лондонського університету, ця праця «віртуозна. ...У даному творі вчений поєднує соціологічний та юридичний аналіз (настільки тісно, що неможливо відмежувати їх один від одного) та змушує юриста стати соціологом, тобто прямо спостерігати за юридичними процесами в суспільстві. При цьому, мислитель і соціолог має на меті розкрити спостерігачу всі тонкощі юридичного мислення та правової доктрини з метою усвідомлення їх прямого або опосередкованого впливу на структуру соціальних відносин та способів мислення» [84, с. 549].

Детальне обґрунтування ідея соціальної дієвості права дістала у вихідному ерліхівському положенні – «писане право («право в книгах») не завжди відповідає реальним правилам, за якими в дійсності функціонує суспільство («живе право»). Привертаючи увагу юристів саме до права в дії, вчений спробував відійти від вузького, позитивістського зацілювання на нормах законодавства» [196, с. 47-58,60]. Останні ніколи не бувають повними й адекватними сучасним реаліям. Законодавство починає застарівати з того самого моменту, коли воно було сформульоване. Зміна соціальних умов неминуче приводить до того, що норми писаного права починають застосовуватися в дусі нового часу [71, с. 91]. У такому методологічному ключі, вчений визначав право не статично, як систему норм, але (й передусім) як соціодинамічну систему, що охоплює сферу їх функціонування. За його переконанням, право можливо дослідити лише в розвитку, як процес постійного взаємопереходу від генезису правових норм

до їх соціальної дії, в широкому контексті структурних і функціональних зв'язків із соціальними чинниками [157, с. 69]. Американський соціолог Р. Паунд писав про те, що «перехід до функціональної точки зору є найбільш вагомим прогресом у науці права на сучасному етапі. Функціональна позиція вимагає, щоб право розглядалося у дії, тобто практикуючі юристи мають поєднувати правову дійсність з живою соціальною дійсністю» [225, с. 54].

Отже, на основі викладеного вище можна підсумувати, що ерліхівська соціологія права «становить складний візерунчастий килим, витканий із різних типів регулювання та джерел права» [84, с. 558]; тут не існує суттєвого розмежування та відсутнє протистояння державного й недержавного правопорядків й юрисдикцій. Право не існує «само по собі», не має «чистих» правових явищ (ситуацій), норм та інститутів, усі вони одночасно виступають психічними, культурними, економічними, політичними феноменами, а тому система права володіє лише відносною автономністю. Юриспруденція не може обмежуватися вивченням законодавства – догми права, оскільки, по-перше, загальні норми права не завжди можуть гнучко реагувати на соціально-економічну й політичну обстановку, що змінилася, а, по-друге, в такому разі неможливе його вдосконалення [66, с. 516]. Тільки соціальна дійсність права дає можливість оцінки чинного законодавства, системи права і, тим самим, формулювання критеріїв її зміни та вдосконалення.

1.2. Теорія «живого» права Євгена Ерліха і його підхід до праворозуміння

Австрійський вчений пояснював юридичні явища і процеси, виходячи з соціологічного підходу, відповідно до якого право є не тільки системою формальних норм, встановлених державою, а «живим», тобто виробленим у процесі людського співіснування, як систему діючих норм моралі, релігії, звичаїв, честі, правил пристойності тощо, які регулюють «не тільки позаправові відносини», а «на кожному кроці проникають і в галузь права...» [110, с. 149]. Варто зазначити, що Є. Ерліх не просто вигадав термін «живе» право», а перейняв моду, яка існувала в суспільстві перед Першою Світовою війною. Поняття «живе» того періоду фігурувало у різних сферах і галузях життя суспільства.

Для розкриття змісту та ознайомлення з поняттям «живого» права Є. Ерліхом було організовано семінар «живого права», який проводився на юридичному факультеті Чернівецького університету. Перша згадка про семінар датується 10 жовтня 1909 року. Головне завдання цього семінару науковець вбачав у збиранні та обробленні численного фактичного матеріалу, результатом якого стало те, що жорсткій критиці була піддана обмеженість дослідження правової дійсності шляхом лише виключного вивчення текстів нормативних актів та механізмів їх реалізації.

На основі даних, отриманих за результатами проведення семінару, науковцем було висунуто і обґрунтовано тезу про те, що тогочасна правова наука, що розроблялася юристами, була обмежена лише досягненням тимчасової мети, що у свою чергу призводило до поверхневого сприйняття норм права. Як підтвердження сказаному, варто навести думку Є. Ерліха [186, с. 469], який писав, що для юристів-практиків завжди діють прекрасні норми-рішення. Однак, попри їх формальну тотожність, у різних ситуаціях вони можуть підлягати реалізації та застосуванню зовсім по-різному. Тому необхідно завжди проникати вглиб того змісту, який лежить за зовнішньою

формальністю норми. Як неможливо вивчити сімейне право без опису сім'ї або пояснити майнове право, не знаючи видів речей, так неможливо і договірне право досліджувати без проникнення в зміст самих договорів (тлумачення міжнародного договору міжнародними судовими установами). Саме тому на перший семінар запрошеними були не студенти-юристи, а практикуючі юристи, які мали вищу юридичну освіту.

Що ж стосувалося власне студентів, то Є. Ерліх вважав: «семінари «живого права» дадуть «можливість студентам пізнавати науковий метод» і пробудять в них свідомість дійсності» [168, с. 107]. Доречними в цьому контексті були слова Є. Ерліха про те, що вже через п'ять хвилин після спілкування зі студентом перед ним «відкривається новий світ. ... Тисячі справ, на які він до цього часу не звертав ніякої уваги до цього часу, отримували для нього нового життя... ставали для нього свідками «живого» права» [138, с. 127].

В «Основах соціології права» [186] австрійський учений переконливо показав, що хоча право за своєю природою єдине не тільки в межах країни, а й у світовому масштабі, виступаючи нормативним способом соціальної дійсності, воно зовні проявляється в ряді якісно відмінних між собою феноменів. Це, як мінімум, право держави, право юристів, право соціальних союзів і, власне, «живе» право, яке є феноменом права суспільства загалом.

Приступаючи до характеристики права соціальних союзів, вчений визначав, що першоосновою будь-якого соціологічного аналізу є поняття суспільства. Суспільство, на думку автора, це сукупність людських союзів, які тісно пов'язані між собою. У свою чергу, ці союзи, будучи основою суспільства, характеризуються різноманіттям: держава, народ, міжнародно-правове співробітництво країн, політичні, економічні і суспільні союзи цивілізованих народів, релігійні союзи й окремо взяті церкви, секти та релігійні рухи, класи, верстви, політичні партії в державі, сім'ї як у вузькому, так й у широкому сенсі. Усі ці об'єднання формують світ і пересікаються між

собою, з'єднують суспільство в тих межах, в яких взаємодія між ними є найбільш тісною. На думку Є. Ерліха, для того щоб зрозуміти джерела, розвиток та сутність права, потрібно насамперед, вивчити порядок, заведений в союзах. Причина невдач усіх попередніх спроб окреслити зміст права вбачалась в тому, що вони виходили лише із правових положень, не беручи до уваги наявний порядок. Подібно тому, як у далекому минулому право становило порядок, який існував у родах, сім'ях та домашніх спільнотах, сьогодні його треба шукати в нормах, які визначають внутрішню будову союзу, а також в договорах і статутах, розроблених за допомогою узгодження позицій. З такого погляду, норма є порядком асоціацій людей та виникає завдяки безпосередньому міжособистісному спілкуванню. Норма є не просто продуктом волі владного суб'єкта чи простим узгодженням інтересів, а виконує роль упорядкування внутрішнього життя соціальних союзів.

Кожен соціальний порядок, в основі якого лежать діючі, певним чином визначені, правила поведінки, містить у собі також певні елементи примусу, до яких можна віднести норми звичаїв, моралі, релігії, такту, *comitas gentium*, порядності та моди, що забезпечують підкорення окремих індивідів союзу, при цьому не обмежуючи їх у свободі діяти так, як їм хочеться. Тісний зв'язок між правовими і позаправовими нормами можна пояснити спершу тим, що ефективність права з погляду його соціальної дії безпосередньо залежить від певних прихованих дій окремих асоціацій. Як підтвердження цього, можемо навести наступні приклади: страх перед втратою ділової репутації, суспільної довіри чи навіть вигнання з певної спільноти. Так само церква, сім'я, партія чи інша група є найбільш ефективним засобом попередження правопорушення та боротьби з самим правопорушником після скоєння діяння. Індивід визначає свою поведінку згідно з нормами, до яких змушують його соціальні зв'язки. А це підтверджує той факт, що дії, які вчиняє держава для санкціонування права відповідно до власної волі, є значно меншими за свою роллю. Очевидним у цьому контексті є й те, що їх

відсутність жодним чином не вплинула б згубно на правопорядок всередині союзу.

Основним завданням соціального права є створення та забезпечення порядку всередині соціальних союзів та між ними зокрема. Реалізація такого завдання можлива передусім через те, що саме соціальне право своєю появою завдячує суспільній самодіяльності, оскільки воно безпосередньо підпорядковане «живим» суспільним відносинам. Так, В. Антонов зазначає, що «упорядкування таких суспільних відносин відбувається за такою схемою, що люди спочатку сприймають певні приписи в якості обов'язкових. Потім дані приписи закріплюються в уявленнях людей як норми належного, а з часом у фактичній поведінці людей ці норми реалізуються у формі юридичних актів» [8, с. 577].

Також Є. Ерліх проводив паралель між соціальним правом та звичаєвим правом. Якщо бути більш конкретними, то саме звичаєве право, яке є «живим» за своєю природою, становить основу для подальшого формування різного роду порядків – економічного, соціального та державного зокрема. При цьому ключовим моментом для виникнення норми є її визнання в масштабах того чи іншого союзу. Іншими словами, в ерліхівській концепції мова йде не про визнання на рівні індивідуальної психіки, а про визнання з боку всього соціального союзу. На думку Є. Ерліха норма, незалежно від того чи є вона нормою права, чи іншою соціальною нормою, повинна бути визнана в **свідомості**, найбільш важливі норми діють лише через переконання, коли ще у дитинстві всі усвідомлюють розмаїття термінів «не можна», «недостойно», «не слід» тощо [186, с. 130].

Непоодинокими є висловлювання про те, що розроблена концепція «живого» права Є. Ерліха є прямим запереченням і критикою недієвого офіційного права; що Є. Ерліх свого роду абсолютизував виключне створення права соціальними союзами, тим самим намагаючись відсторонити від цього процесу державу, а також визначав право як продукт виключно дії

міжособистісного спілкування [79, с. 24; 90, с. 63; 208, с. 39]. Проте таке розуміння і критика може вважатися хибною. Як доказ цьому можна навести аргументи М. Антонова [6, с. 157-181], який зазначає, що таке дуалістичне розуміння права не притаманне австрійському вченому, адже, на його думку, право за своєю сутністю є єдиним соціальним цілим, в основі якого закладена множинність соціальних порядків. Тому критика ерліхівської концепції з позицій нівелювання або заперечення офіційного права та ролі держави у створенні останнього є безпідставною. Мабуть, одним із чинників, який призвів до появи такої критики можна назвати те, що критикам не до кінця було зрозумілим, що Є. Ерліх розумів під правом держави – незважаючи на гострі зауваження щодо самодостатності права держави, у жодній із праць Є. Ерліха не можна віднайти прямого протиставлення державного й соціального права в контексті їх юридичної сили та дієвості. Більше того, професор Чернівецького університету не виключав можливості для державного права набути соціальної дієвості та стати «реальним посібником» для суб'єктів права, тобто отримати статус «живого» права. Для науковця державне право не є тотожним закону у широкому його розумінні [186, с. 179], і, що найголовніше, «державні правові норми рідко відрізняються від соціальних» [186, с. 376], оскільки виникнення і тих, і інших норм зумовлено суспільною необхідністю. Визнання ідеї, згідно з якою правовий розвиток знаходиться передусім в соціальному житті, ще не свідчить про те, що такий розвиток не може бути підпорядкований контролю з боку публічної влади. Остання може або залишити соціальним союзам можливість створення і застосовування свого права, або утримуючись від втручання в певні галузі, делегувати союзам свободу саморегулювання. Це демонструє автономію «м'якого» права, однак аж ніяк не свідчить про абсолютний характер такої автономії чи повну незалежність соціального права від права держави. У цьому контексті професор із Чернівців говорив лише про наявність у соціальних союзів і асоціацій здатності до саморегуляції незалежно від

державної регламентації, а не про те, що така саморегуляція завжди здійснюється чи повинна здійснюватися поза рамками офіційного права [219].

Для Є. Ерліха держава була одним із різновидів соціальних союзів, саме тому розробляючи і розвиваючи теорію «живого» права науковець часто направляв свої дослідження до питань наявності зв'язку між державним і соціальним правом, адже самоврядний порядок, який існує у суспільстві, з причин його питомої значимості, породжує загальновизнані правила поведінки і трансформується у право держави. Наприклад, повага до батька і матері перетворюються в усталене правове положення лише тоді, коли державний і громадський порядок опирається на сімейний. Спільність, яка вноситься в їх відносини в безпосередньому зв'язку з Богом, стає ефективною, і тоді релігійні заповіді трансформуються у норми права [186, с. 207]. Крім того, можна висунути тезу про те, що австрійський вчений вбачав реальність дії державного права у випадку застосування покарання. Така дієвість полягає у наступному: усередині соціальних союзів діють, як зазначалося вище, норми моралі, звичаїв, релігії та такту, *comitas gentium*, дія яких поширюється на всіх членів союзу. І у випадку порушення даних норм як з боку осіб, які є поза даним союзом, так і осіб-членів союзу, застосовується власне державне право, саме тому вчений визнавав за правом держави перш за все роль захисника устрою, який склався.

Як зазначалося вище, ерліхівське праворозуміння не обмежувалося лише розумінням права як закону, одним із типів права за Є. Ерліхом є право юристів (*das Juristenrecht*) – сукупність норм-рішень (*Entscheidung normen*), тобто правових положень, відповідно до яких суди вирішують правові спори. Їх існування науковець пов'язував з недосконалістю та неповнотою врегулювання суспільних відносин організаційними нормами, з їх нездатністю врегулювати конфлікти та складні ситуації.

Поясненням існування такого права є той факт, що вся соціальна дійсність та суспільні відносини виникають не за якимось правилом чи запрограмовано, а відповідно до розвитку суспільства. Саме тому, той об'єм правових норм, які забезпечують регулювання таких відносин, повинен виникати, змінюватися, трансформуватися та пристосовуватися до тих умов соціальної та правової дійсності, регулювання яких вони покликані забезпечувати. При цьому вчений не відкидав і те, що узгодження між змістом норми і змістом конкретної справи є процесом не із простих. За таких умов, як зазначав вчений, велика роль відводиться особі юриста, а точніше його можливостям та умінням наділити правову норму тим змістом і тими рисами, які б змогли повністю забезпечувати регулювання конкретної справи. Тому практична діяльність юристів не може обмежуватися лише рамками того змісту, який був закладений у нормі при її створенні. Юрист повинен насамперед застосовувати закони формальної логіки, встановлені стереотипи і уявлення, а потім почати розглядати конкретні емпіричні факти і вже в результаті цього переходити до певних узагальнень. Важливим у здійсненні такої діяльності є насамперед врахування динаміки соціально-правових відносин, яка не завжди є однотипною.

Щодо встановлення змісту права завдання суддів полягає за суттю в тому, щоб із розпоряджень закону логічно виводити рішення у конкретних ситуаціях та випадках. Ця ідея настільки широко розповсюджена, що багатьом юристам здається неприродною думка, що теорія пізнання, історія права, логіка, психологія і соціологія повинні об'єднатися, щоб створити сучасну юриспруденцію, показати, наскільки вона багата й як багато вчить [187, с. 338]. Для досягнення цього, за Є. Ерліхом, необхідно позбутися переконань про всемогутність юридичних конструкцій, аналогії та інших способів юридичної логіки, які ніби покликані в кожному окремому випадку визначати в правовому положенні функцію під назвою «воля законодавця».

Цей процес за суттю є ні чим іншим, як прихованим вільним знаходженням права.

Право юристів можна також визначити як певну творчу діяльність, сутність якої зводиться до формування норм-рішень, які прямо впливають з сутності суспільних відносин і зміна їх змісту безпосередньо залежить від зміни змісту відносин. Як підтвердження цього, можна згадати про рецепцію римського права, особливість якої полягає у тому, що запозичення здійснюються на користь римських норм-рішень, а не на користь римських правовідносин. Особливістю таких реципійованих норм є постійна зміна їх змісту відповідно до зміни суспільних відносин. Як зазначав сам Є. Ерліх, кожен випадок рецепції чужого права є вираженням закону постійності. Так, завдяки рецепції, продовжують діяти деякі норми, які були винайдені римськими понтифіками ще дві тисячі років тому. У цьому контексті вчений стверджує, що може виникнути питання: якщо правильно, що норми виникали з тих відносин, які вони повинні були регулювати, то як сталося так, що така давня норма через такий проміжок часу після свого виникнення може залишатися застосовною у зовсім іншому суспільному і економічному устрої? Є. Ерліх не забарився з відповіддю та визначив, що дійсно сучасне (на момент написання роботи Є. Ерліхом – А.М.) німецьке право містить норми, які співпадають за змістом з нормами Кодексу Юстиніана, з законами Дванадцяти таблиць. Аналогічно й Цивільний кодекс Наполеона може діяти у двох зовсім різних суспільствах, французькому і румунському [186, с. 177-178]. Відповідь на це питання науковець бачить у тому, що ті норми, які своїм корінням сягають у римське право, постійно змінюють і збагачують свій зміст протягом тисячоліть, водночас набуваючи такої суспільної значущості і абстрактності, що це дає їм можливість пристосовуватися до різних умов.

Право юристів можна назвати своєрідним мостом між нормами-рішеннями та власне правовими нормами. Спочатку норми-рішення

зводяться до ряду принципів, які забезпечують вирішення справ в аналогічних, схожих ситуаціях. Це забезпечує їх тривале існування, зокрема той період часу, доки існують відносини, вирішенням яких вони завдячують свою появу. Якщо ж відносини мають довготривалий характер, то такі норми-рішення можуть набути нормативного закріплення. Однак й це закріплення не означає, що такі норми не повинні трансформуватися відповідно до потреб суспільних відносин. Звідси, в оцінці Є. Ерліха, право юристів – мистецтво, спрямоване на те, щоб змусити право служити потребам правового життя. Мистецтво права значно відрізняється від науки права, незважаючи на те, що можливі стільки видів юридичних наук, скільки існує потреб правового життя. Водночас, для автора тільки три галузі цього мистецтва набули особливого значення: праводіловодна юриспруденція складання документів; адвокатська юриспруденція захисту інтересів; судова юриспруденція, яка впливає з потреб вирішення правових спорів.

Праводіловодна юриспруденція – документи як суддівської, так й позасуддівської діяльності, які через певні установи обґрунтовують правові відносини, сприяють їх мирному й упорядкованому розвитку. Критикуючи теоретичну юриспруденцію за нездатність пізнати соціальні реалії, за використання догматизації права як знаряддя реалізації державної політики, унаслідок чого в поле зору науки про право потрапляє лише незначна частина правового життя, пов'язана із діяльністю судових чиновників. Зрозуміти всю специфіку правовідносин тільки з рішень суддів неможливо з тієї причини, що судовий спір становить конфлікт, що є скоріше виключенням, ніж правилом. У цій перспективі Є. Ерліхом, вкотре критикується (протиставляється, зіставляється) теза про «визначення права виключно як примусового порядку. ...більша частина правових відносин протікає без будь-якого втручання держави, причому суб'єкти таких правовідносин навіть не замислюються про те, щоб звернутися до держави

для регламентації їх сімейного, господарського, релігійного життя, хоча державний правопорядок і припускав би подібне звертання» [6, с. 168].

Адвокатська юриспруденція захисту інтересів зводиться не лише до механізму практичного застосування юридичних норм і принципів права, а й характеризується мистецтвом переконання опонента та інтерпретаційною активністю юриста. Основна функція права – захист інтересів представників суспільства: при цьому виникнення права пов'язане з тим етапом розвитку людської цивілізації, коли соціальні інтереси почали істотно ускладнюватися й диференціюватися. З часом кількісний і якісний розвиток потреб неминуче привів до того, що вони почали вступати між собою в серйозні протиріччя. Одним із розв'язків цієї проблеми стала інституалізація конфлікту, тобто визнання його відносно прийнятним явищем, що нейтралізується під час дискурсу стосовно прав і обов'язків, переконань щодо своєї правоти й невинуватості. У такому дискурсі спостерігається сфера перетину думок сторін, в якій обвинувачення дивиться на вирішення справи з позиції загальності норм, а захист намагається показати її своєрідність, нетотожність іншим справам, нетотожність із запропонованими обвинуваченням абстрактні приписи права конкретних обставин справи. Відтак, «конфлікт між сторонами» виливається в «конфлікт мотивацій», де перемагає позиція тієї сторони, яка володіє найбільшим потенціалом обґрунтування. У зв'язку із цим, завдання адвоката зводиться до наступного: по-перше, переконати суд, що суспільство має певний інтерес, захист якого він представляє (мистецтво обґрунтування скарги), й, по-друге, показати суду, що інтерес гідний захисту (мистецтво доказу).

Судова юриспруденція, яка впливає з потреб вирішення правових спорів. Постійна динаміка умов життя суспільства вимагає гнучкості правопорядку. Зміни в соціальних, політичних, економічних відносинах сприяють тому, що конфліктні ситуації, які вимагають судового розв'язку за суттю, наповнюються особливостями, що не мають відображення в діючому

законодавстві. У таких випадках суд часто стикається зі складним завданням. Не знаходячи правової норми для вирішення певного спору, він опиняється перед вибором: або зовсім відмовитись від його розгляду, або, виходячи із загальних принципів правової системи, встановити нову норму поведінки й покласти її в основу свого рішення. Звичайно, що вирішувати справу виключно на власний розсуд суддя не повинен, однак відмовити в судовому захисті через відсутність правової норми суддя також не може, інакше це буде вважатись відмовою у правосудді і автоматично породить інше – не правове, тіньове регулювання або зовсім приведе до паралізації деяких видів суспільних відносин. За такої дилеми Є. Ерліх «пропонує суддям самостійно визначити баланс інтересів. ...Причому зробити це суддя повинен не шляхом визначення найбільш важливого інтересу (що пропонує Р. Ієрінг), а шляхом аналізу того соціального контексту й тих уявлень про справедливість, на виконання яких законодавець створив нормативний акт, відповідно до положень якого мала б отримати своє вирішення спірна ситуація (наприклад, сімейний кодекс, якщо мова йде про спір у сім'ї)» [6, с. 177]. Інакше кажучи, якщо ні оскаржуваний, ні протилежний йому інтереси не відображені в законодавстві, суддя повинен вибрати з конфліктних інтересів той, який підлягає захисту з точки зору тієї моделі соціальної справедливості, яку можна вивести з текстів законів як «намір законодавця». Тому в більшості випадків суддя конкретизує норми й принципи права та знаходить методи, за допомогою яких діючі правові пропозиції зможуть бути узгоджені з тими постійно змінюваними вимогами справедливості, які формуються суспільством.

Вчений висунув твердження про те, що будь-який правопорядок і правове життя загалом визначається в правилах поведінки, які фактично застосовуються людьми в їх соціальному спілкуванні (а не в нормах права). У той же час таке спілкування доступно через узагальнення правомірних поведінкових актів, вивчення їх природи, й чи не найголовніше, аналіз їх

зв'язку із прийнятими в суспільстві цінностями. Мислитель застерігав про необхідність вивчення дієвого («живого») права не в ракурсі особистих мотивів і переконань суддів, якими ті керуються при винесенні рішень, а виходячи з «соціального сенсу», закладеного в цих рішеннях. Фактично будь-яке правотворче або правозастосовне рішення, на переконання Є. Ерліха, є не довільним творінням автора, а актом «соціальної творчості», через який законодавці та судді висловлюють (свідомо або по більшій частині несвідомо) суспільні потреби свого часу. У судовому рішенні відображені не тільки розумові здібності, рівень освіти й культури, особливості виховання судді, а й сповідувані ним суспільні цінності, розуміння мети та смислу своєї діяльності. Судді в Є. Ерліха – це не «судді сваволі» чи «судді пануючого режиму», а «судді в кращому розумінні слова»; це юристи з досвідом, які зайняті не тільки правозастосуванням чи правотворчістю, але й спостереженням за повсякденним життям [13, с. 118]. Судді – це слуги суспільства, які покликані встановити справедливість. Задля правильного вирішення спору у їх свідомості переважає, окрім «індивідуального», ще й «суспільний» компонент, а самі вони враховують як ідеологічний, так й психологічний стан, який створився в спільноті протягом певного часу й місця [48, с. 126].

Таким чином, аналізуючи вищесказане можна констатувати, що, дотримуючись ерліхівської теорії «живого» права, вивчення права виключно як писаного, статичного явища, обмеженого законом, істотно звужує його рамки. У зв'язку з цим, соціальним джерелом формування права слід визнати суспільні відносини, їх динаміку, соціальну практику, виникнення нових потреб, механізмів захисту інтересів та інші соціальні трансформації. «Живим» правом є тільки те, що входить в життя, стає живою нормою, все інше лише «голе» вчення, догма або теорія. Тільки те право, яке викристалізовується в процесі суспільного життя, як живий порядок, самодіяльний, ніким окремо не приписаний, однак такий, що постійно

відповідає запитам життя, і є справжнім регулятором суспільних відносин. Тільки воно повинно визначати розвиток права, лише у ньому міститься істинно наукове розуміння права. Право у його цілісності утворюється не внаслідок цілеспрямованих зусиль законодавця, а визначається як продукт соціального конструювання трьох автономних, але не закритих одне від одного правопорядків – права держави, права юристів та права союзів. Взаємодія суспільних норм усіх видів дає повну картину суспільного механізму, а сформована конвенціональна модель різноджерельного права відрізняється своєю гнучкістю, здатністю до постійної трансформації, дає можливість при вирішенні спорів урахувати особливості кожної життєвої ситуації, здійснювати гнучкіше налагодження механізму регулювання суспільних відносин, реалізовувати окремі права, свободи та інтереси кожного представника соціуму, а в разі їхнього порушення, сприяти ефективному захисту.

1.3. Вільне правознаходження як спосіб заповнення прогалин у праві

Сучасна проблематика міжнародного права, яка дискутується, як оцінка оманливих, хоча й кон'юнктурно привабливих, ідей про довершеність формально-визначеного, статичного й безпрогального у праві, в XIX в. була ключовою при науковому обговоренні теорії звичаєвого права й розвивалася в контексті ерліхівського доробку про «вільне правознаходження». Критикуючи нормативне розуміння права як такого, що не здатне охопити всю багатогранність правового життя, визначаючи «державно-правове» правознавство як ремісництво й штучне мистецтво [38, с. 10], Є. Ерліх справедливо звертав увагу на незмінну складову правової регулятивності, сутність якої можна звести до наступного: «писане» (паперове) право ніколи

не зможе збігатися з ритмом соціального життя, яке органічно розвивається. Догматичний підхід до розуміння права не сприяє пізнанню істинної природи правових інститутів. Осторонь залишається важлива практична сторона проблеми, що актуалізує глибинні, активні, динамічні, соціально нелінійні опосередковані аспекти становлення права, які позитивна догматика принципово не в змозі визначити і вивчити. Внаслідок цього догма перебуває у «відриві» від дійсних потреб практики.

Безумовно, що чітке і зрозуміле оформлення правового акту забезпечує організованість і ясність правових відносин. Однак формальна визначеність не завжди враховує того факту, що суспільні відносини за своєю природою є динамічними, постійно піддаються змінам. Неврахування такої особливості може призвести до спотвореного, а інколи і до неналежного нормотворення та правозастосування. Здатність права змінюватися разом зі зміною суспільних відносин становить головну ознаку його ефективності та визначає його спроможність слугувати надійним регулятором суспільних відносин. «Одна з тенденцій сучасного міжнародного права – зростання переконливості погляду на нього не як на статичну, одного разу визначену правотворцем сукупність норм, а як на гнучку систему правового регулювання, здатну ефективно змінюватися, пристосовуватися відповідно до вимог її суб'єктів. Зазначений підхід знаходить дедалі більше прихильників *не лише в теорії*, що можна пояснити відходом від класичного позитивізму і етатизму в міжнародно-правовій науці, утвердженням її ліберально-демократичного напрямку, *але і на практиці*, де актуалізуються такі чинники міжнародного правопорядку як договір, економічні потреби та інтереси учасників міжнародних відносин, політична доцільність» [22, с. 37].

Одним із основних завдань держави, судів та наукової спільноти Є. Ерліх вбачав у здатності залагоджувати конфлікти шляхом формування права. При цьому науковець наголошував на тому, що підпорядкування людини правовим приписам – це аж ніяк не результат примусової сили

держави, а результат колективного досвіду соціальних союзів, точніше того соціального тиску, який може здійснити союз на своїх членів. Як продовження цього Є. Ерліх вказував на те, що правореалізація – це не лише визнання права як продукту діяльності, шляхом створення нерідко «абстрактних» норм, а й формування і відтворення «реального» права в процесі соціального спілкування. Таке колективно визнане правило соціальної поведінки, супроводжене неформальними колективними санкціями, на думку Є. Ерліха, й утворює те право, яке слід називати «живим».

Плюралістичне бачення права Є. Ерліха є досить актуальним і зараз. У цьому аспекті цікавими видаються ідеї німецького мислителя Гюнтера Тойбнера, який підкреслив значення ерліхівської соціально-правової теорії для розуміння процесів глобалізації у сфері права, утворення автономних від держави й саморегулятивних соціальних підсистем (транснаціональних корпорацій, міжнародних організацій, засобів масової комунікації). При цьому Гюнтер Тойбнер [231, с. 3-28] не обмежується локальними соціальними союзами, як це робив Є. Ерліх, а говорить про існування глобальної самовідтворюваної комунікативної мережі, у процесі функціонування якої виникає глобальне право як нова соціально-правова реалія, що визначає свої межі під час правового дискурсу через бінарне кодування «право-неправо». Як показовий приклад цього глобального правового явища Тойбнер наводить міжнародне торгове право (*lex mercatoria*). «Будучи абсолютно незалежним від державної правотворчості, це право виступає тією реальністю, юридична природа якої виражається через *Hierarchisierung* (автономний пошук договором свого місця в існуючій ієрархії правових актів), через *Temporalisierung* (поширення положень торгового договору на минулі й майбутні ситуації), через *Externalisierung* (самовалідація договору, який стає юридично обов'язковим для держави та

інших соціальних союзів поза торговельною спільнотою, наприклад при вирішенні спорів у комерційному арбітражі)» [5, с. 322].

Є. Ерліх висловлювався й про те, що віднайти «досконале позитивне право» через розуміння права як конструкцію з'єднаних одна з одною норм, які в змозі дати відповідь на будь-яке питання, неможливо. На підтвердження цього автор твердив, що кожен соціальний факт наділений власними індивідуальними особливостями і саме тому, щоб право могло ефективно врегулювати суспільні відносини, воно повинно модифікуватися у суддівському рішенні. Вбачаючи справжнє життя права в суддівській діяльності, Є. Ерліх зазначав: «.... тільки конкретні заняття, відношення панування і правовідносини, договори, статuti, останньовольові розпорядження дають правила поведінки, якими керуються люди. І спершу на основі цих правил виникають розсудливі норми судів... Переважна більшість судових рішень опирається на встановленні судами конкретної дії... Коли ми бажаємо зрозуміти (beg-reifen) узагальнення, уніфікації та інші знаходження норм суддею, тоді мусимо спочатку пізнати основу, на якій вони виникли» [60, с. 217-218].

Науковець говорить про те, що весь той комплекс життєвих відносин, що призводять до появи «живого» права нереально описати абстрактними нормами нереально. Такий хід справ можна пояснити тим, що конфліктні ситуації різні за своїми ознаками, а віднайти рішення стає можливим лише у випадку віднайдення спільностей між ними. Проте науковець не відкидає можливості пошуку цієї спільності за допомогою такого суб'єкта, як суддя. Адже, на думку вченого, діяльність судді має безпосередній зв'язок з соціальним буттям. Саме такий суб'єкт спрямовує свою діяльність на пристосування загальноправової норми до конкретних життєвих ситуацій, вникаючи при цьому на зміст спору. Суддя, здійснюючи свою діяльність, знаходить справедливість шляхом творчого правосуддя, він виступає свого роду митцем, адже за переконанням австрійського соціолога права, віднайти

справедливе рішення у справі означає не менше, аніж створити мистецький шедевр. Пошук справедливості як прояв творчої діяльності має суспільно-індивідуальний характер, оскільки конкретно-ситуативне розуміння справедливості в окремій справі завжди засновується на панівній соціальній ідеології та ціннісному сприйнятті.

Є. Ерліх вважав, що завдання судді усіх часів є відповідь на питання, яке рішення у справі буде справедливим і доцільним. «У суспільстві, як і у всесвіті, у минулому міститься теперішнє, в теперішньому – майбутнє. Так само і у сфері права: те, що здавалося справедливим в минулому змінюється тим, що буде здаватися справедливим у майбутньому» [186, с. 273] – за цим твердженням Є. Ерліх визначав суддю, як посередника, який забезпечує не просто механічну дію закону, а його застосування до конкретних обставин.

Невирішеним при цьому залишається питання про принципове ставлення судді до нормативного начала: чи повинен він завжди, за всяких умов бути тільки тлумачем і застосовувачем його, чи перед лицем конкретної справи йому має бути надана більш самостійна і творча роль. Актуалізуючи дослідження у зазначеному напрямі, представники соціологічних концепцій права зауважували, що суддя зв'язаний чинним і звичаєвим правом, історичною спадщиною і принципами, проголошеними в попередніх рішеннях. Судове рішення – це результат правового узгодження: з одного боку, воно повинне бути втіленням справедливості, з іншого – має відповідати правовим нормам щодо цього конкретного випадку під час вирішення наявного спору. Згідно із соціологічним підходом, здійснити пошук справедливості поза формою творчого правосуддя неможливо. Віднайти справедливе рішення у справі важить (значить) не менше, аніж здійснити ефективну правотворчість [30, с. 111]. Тим самим, у практичній дії, рішення судді містить об'єктивну оцінку фактів і доказів через їх суб'єктивне сприйняття, урахування прийнятих у суспільстві моральних цінностей, опосередкованих особистістю судді.

Варто вказати, що такий підхід не отримав підтримки у представників позитивістської школи. Це пояснювалося тим, що єдиного критерію для визначення справедливості не існує, саме тому така діяльність суддів у пошуку справедливості може призвести до суддівського свавілля, оскільки ті детермінанти, які формують категорію справедливості, постійно змінюються.

На противагу критиці представників позитивізму, варто підкреслити те, що Є. Ерліх чітко визначив межі суддівського розсуду, які забезпечують зникнення суддівської сваволі. До таких меж науковець відносив наступні: по-перше, вільний розсуд судді поширюється тільки на інтереси, не урегульовані в правових пропозиціях відносно до інших інтересів; по-друге, доцільність рішення судді має ґрунтуватися на раціональному, об'єктивному науковому методі, що дозволяє достеменно встановити вихідні соціальні інтереси, захищені законодавцем.

Інтерес австрійського мислителя був зосереджений насамперед на ситуаціях «мовчання закону» – пробілів, колізій, невдалих законодавчих формулювань. Учений вважав, що марно шукати рішення для справи, яка лежить перед суддею, в змісті використаних законодавцем слів: «Рішення, яке він жодними кліщами не витягне з правових пропозицій, йому потрібно буде знайти...самостійно зважуючи інтереси, що вступили в протиріччя, і забезпечуючи судовий захист тим інтересам, які він сам вважатиме пріоритетними» [187, с. 543]. В складних випадках судді потрібен науковий інструментарій для знаходження обґрунтованого рішення. І цей інструментарій, на думку австрійського професора, має надати в розпорядження судді тільки соціологія права. Солідні соціолого-правові знання суддів дозволяють знайти конкретне правило, що врівноважить конкретні інтереси у справі, стосовно того загального балансу інтересів, який захищається правовим порядком. Запропонований метод є основною гарантією справедливості судового процесу, оскільки в ньому будуть науково виявлені й зважені всі інтереси.

Для практичної юриспруденції не існує питань, від вирішення яких можна відмовитися, оскільки рішення не може бути відкладено на певний термін, оскільки право слід шукати кожен день. Практичні інтереси, які для судді є першочерговими, переконливо вимагають, щоб зміст, який суб'єкт права вкладає у правову пропозицію, настільки визначав правозастосування, наскільки його можна розпізнати в заданий момент часу. А це означає лише те, що суддя, якому потрібно прийняти рішення на підставі правової пропозиції, повинен це зробити, навіть якщо, можливо, й не має гарантії правильного застосування цієї пропозиції. Є. Ерліх наводить приклади того, як юристи, що спеціалізуються на загальному праві, напрацювали на цей випадок ряд правил для «домашнього користування», в яких висловили правильну думку про те, що суддя повинен приписати правовій пропозиції, зміст якої він не може розгадати, значення, яке здається йому найбільш справедливим [187, с. 546].

У незавершеній роботі соціально-правової трилогії Є. Ерліха обґрунтовується таке: законодавець не в змозі заздалегідь дати правила для всіх можливих ситуацій, а ті правила, які він створює, швидко старіють у потоці соціального життя [187, с. 332-376]. Однак право не зводиться виключно до норми, воно складається зі значної кількості принципів і засадничих начал, до яких, за умови відсутності необхідної нормативної конструкції, слід звертатися, щоб знайти рішення в кожному конкретному випадку [36, с. 5]. При виборі правового рішення суддя повинен брати до уваги й зважувати соціальні інтереси, економічні потреби, політичні, етичні й культурні фактори, враховуючи не тільки ситуацію на сьогоднішній момент, а й інтереси майбутніх поколінь. При цьому різниця між «технічною» теорією судової функції та вільним правознаходженням суддів, за яке агітував Є. Ерліх, – не в питанні про допустимість винесеного рішення в пробільних зонах (обидві теорії де-факто допускають такі дії), а в тому, як цей розвиток права за межами тексту закону здійснюється: ««технічна»

парадигма передбачає використання суто юридичних прийомів дедукції з концепцій і систематики права, тоді як вільне правознаходження передбачає пошук оптимального з політико-правового погляду рішення» [71, с. 92].

Усвідомлюючи той факт, що законодавець не в змозі заздалегідь визначити правила для всіх можливих ситуацій, і що ті правила, які він уже створив, можуть швидко застаріти в потоці соціального життя, на думку Є. Ерліха, завдання судді – виявити нові інтереси, які ще не мають захисту з боку офіційного права, і порівняти їх з тим інтересами, які мав на увазі законодавець при формулюванні відповідних правових пропозицій. Це необхідно для того, щоб переконатися, що інтерес, який шукає захисту перед судом, не відрізняється від того інтересу, який був урівноважений і закріплений у правовій пропозиції. Якщо суддя вважає, що інтерес захищений статтею закону (правовою пропозицією), він застосовує цю статтю. Якщо ж інтерес не має захисту, то можливі дві ситуації: по-перше, або закон захищає протилежний інтерес, і тоді суддя повинен відмовити в судовому захисті, і, по-друге, знаходячи деяке відношення позбавленим захисту з боку законодавця та вважаючи, що з погляду вимог справедливості ці відношення мають бути юридично захищені, суддя може використати свою юрисдикційну владу для дозволу захисту шляхом **тлумачення права**.

Відмовити в судовому захисті через відсутність правової норми суддя не може, а тому за допомогою інтерпретаційних прийомів він намагається узгодити діючі правові пропозиції із постійно змінюваними вимогами справедливості, які формуються суспільством. В цьому процесі зв'язок сьогодення з минулим здійснюється як «перевірка» минулих юридичних рішень, їхнє виправдання історичним умовам й пристосування до нових умов. Процес інтерпретації не зводиться тільки до розуміння закону, а розглядається як черговий етап еволюційного розвитку права.

Інтерпретування права є однією з найістотніших його властивостей, а процес тлумачення права загалом постає основним джерелом розвитку права.

Інтерпретація не може бути суто формальною, вона завжди є наслідком особистісного творення реальності. Такий процес заснований на проникненні не тільки в зовні виражений (об'єктивний), але й у суб'єктивний світ, коли тлумачення здійснюється з урахуванням індивідуальних особливостей позиції інтерпретатора [48, с. 195]. Кожна нова ситуація породжує відповідно новий зміст. У такому разі роль судді у процесі реалізації права полягає в тому, що, розуміючи абстрактну норму права, він водночас виступає творцем її змісту в кожному конкретному випадку. При цьому, будучи представником певної соціокультурної спільноти, суддя, неусвідомлено вносячи творчий момент у процес правозастосування, реалізує ті уявлення про справедливість, які домінують у цій спільноті.

Істотним чинником вільного правознаходження є особистість судді. Вважаючи, що «немає жодної іншої гарантії правосуддя, крім особистості судді», вчений зазначає, що лише наділивши суддю свободою, можна очікувати від нього відповідальності за «несправедливість», сваволі власних рішень. У контексті соціологічно-правового аналізу Є. Ерліх аргументував необхідність вивчення чинного права не тільки в ракурсі наявних мотивів і переконань суддів, якими ті керуються при винесенні рішень, а, передусім, виходячи з «соціального сенсу», закладеного в цих рішеннях. Фактично будь-яке правозастосовне рішення, на переконання вченого, є не довільним творінням автора, а актом «соціальної творчості», через який судді висловлюють (свідомо чи по більшій частині несвідомо) суспільні потреби свого часу [60, с. 211-220].

Суддя виступає у ролі слуги суспільства, який покликаний відновити справедливість. Задля правильного й неупередженого вирішення спору, у правосвідомості судді переважає, крім «надіндивідуального», ще й «суспільний» компонент, а сам він враховує той ідеологічний фон, який створився в спільноті у визначений час й місці. Різноманітне навколишнє середовище, що не є чимось абстрактним, впливає на нього. А тому аналіз

певної правової ситуації та прийняття суддею рішення ніколи не можна вважати суто об'єктивістським. Суддя орієнтується не тільки на виявлення істини як основної умови справедливого рішення, він водночас відповідальний перед усією судовою системою, яка довірила йому цю посаду, й тому неминуче діє у площині усталених у цій системі правових цінностей та традицій, оскільки завжди залежний від майбутніх оцінок колегами своєї діяльності, які так само заангажовані та дотримуються корпоративної парадигми. Переоцінюючи проблему самоіндефікації суддівського корпусу як ключову в контексті реформування судового захисту, російська дослідниця О. Мішина резонно зазначила, «бангалорські принципи поведінки суддів (26 листопада 2002 р., Гаага) продемонстрували необхідність того, щоб судді ставилися до своєї посади як до шанованої та почесної, розуміли ступінь виявленої їм суспільної довіри й докладали максимум зусиль для підтримання та подальшого розвитку довіри до судової системи» [123, с. 109].

Віддаючи належне соціологічному методу, який свого часу розвинув Є. Ерліх у теорії «живого» права, вважаємо, що його значення для юридичних досліджень полягає в тому, що цей метод підкреслює вагомість соціальних функцій суддівської діяльності, визначає та інтерпретує її через соціальну сутність і природу. Нині суддівське правознаходження, шляхом тлумачення норм права є чи не найефективнішим способом заповнення прогалин у праві. За допомогою такого виду діяльності відбувається не безпосередня зміна чи відміна застарілих норм права, а їх пристосування до потреб нових правовідносин. Суддівське правознаходження за Є. Ерліхом є прототипом сучасного суддівського активізму, який найяскравіше спостерігається у діяльності Європейського суду з прав людини, який не скасовуючи старих норм дає їм поштовх до нового життя, шляхом правоінтерпретаційної діяльності.

Висновки до Розділу 1

1. Поява соціологічної школи права, яка почала формуватися в Європі, а набула подальшого розвитку і поширення в США наприкінці XIX – на початку XX ст., припадає на період пошуку більш досконалих, аніж панівний ще тоді позитивізм, шляхів пояснення і регулювання соціальних відносин. Він знаменується зародженням багатоманітності в правовій доктрині (появою нових теорій і течій) після тривалого класичного позитивістського періоду в розвитку правової думки. Це характерно і для міжнародно-правової думки того часу, адже міжнародне право в той період починає відхід від вестфальської системи права до універсального права світової спільноти. Водночас відбуваються процеси активного утвердження універсального міжнародного права (навіть часто всупереч протидії нових незалежних держав, що наполягають на приматі державного суверенітету перед універсально закріпленими правовими зобов'язаннями). Соціологічна школа намагається пояснити зміни як у правопорядках країн і регіонів, так і в міжнародних відносинах.

Професор Чернівецького університету і один з фундаторів соціологічної школи права Євген Ерліх (1862-1922) висунув ідею про соціальне призначення права, яке виникає в процесі соціальної взаємодії і завданням якого є регулювання внутрішнього порядку соціальних союзів. Зі свого боку основу організації всіх соціальних союзів становлять соціальні норми, які своєю появою безпосередньо завдячують таким союзам, їх природі та взаємовідносинам між членами цих союзів.

2. Теорія «живого права» Є. Ерліха виникла у відповідь і на основі аналізу вченим невідповідності між загальнодержавними правовими приписами і реально застосовним правом місцевих громад. Висновки Є. Ерліх базував на аналізі сучасної йому ситуації в поліюридичному регіоні Буковини – Австро-Угорської провінції, де переплелися (застосовувалися і реалізовувалися на практиці) правові комплекси як загальнодержавного

законодавства, так і звичаєві чи релігійні правові комплекси численних проживаючих там народностей. При цьому вчений стверджував про більш ефективну дію наближених до реальних правовідносин місцевих правових звичаїв, а не загальноімперського законодавства.

Відповідно до концепції Є. Ерліха правопорядок є відображенням фактичних відносин, тому право повинно опиратися не на державну владу, а безпосередньо на юридичні факти, оскільки поняття ніколи не передують фактично наявному. Натомість, юридичні факти породжують конвенційні правила, що характеризуються своєю гнучкістю, здатністю до постійної трансформації – це звичаї, владарювання, володіння, волевиявлення.

Теорія Є.Ерліха дає підстави зробити висновок, що юриспруденція не може обмежуватися вивченням лише норми права, оскільки, по-перше, вони не завжди можуть гнучко реагувати на соціально-економічну й політичну обстановку, що змінилася, а, по-друге, в такому разі відсутня здатність права вдосконалюватися. Тільки соціальна дійсність права дає можливість оцінки чинного законодавства, системи права і, тим самим, формулювання критеріїв її зміни та вдосконалення.

3. Є. Ерліх запропонував враховувати такі зовнішні прояви відмінних між собою феноменів: **право держави, право юристів, право соціальних союзів і**, власне, **«живе» право**, яке є імовірністю права суспільства загалом. При цьому право юристів можна назвати своєрідним містком між нормами-рішеннями та власне правовими нормами.

Праводіловодна юриспруденція – документи як суддівської, так й позасуддівської діяльності, які через певні установи обґрунтовують правові відносини, сприяють їх мирному й упорядкованому розвитку. *Адвокатська юриспруденція захисту* інтересів зводиться не лише до механізму практичного застосування юридичних норм і принципів права, а й характеризується мистецтвом переконання опонента та інтерпретаційною активністю юриста. Сутність судової юриспруденції, яка впливає з потреб

вирішення правових спорів полягає в тому, що не знаходячи правової норми для вирішення певного спору, суддя опиняється перед вибором: або зовсім відмовитись від його розгляду, або, виходячи із загальних принципів правової системи, встановити нову норму поведінки.

4. Дотримуючись ерліхівської теорії «живого» права, вивчення права виключно як писаного, статичного явища, обмеженого законом, істотно звужує його рамки. У зв'язку з цим, соціальним джерелом формування права слід визнати суспільні відносини, їх динаміку, соціальну практику, виникнення нових потреб, механізмів захисту інтересів та інші соціальні трансформації. Здатність права змінюватися разом зі зміною суспільних відносин становить головну ознаку його ефективності та визначає його спроможність слугувати надійним регулятором суспільних відносин.

5. Одним із напрямів теорії «живого» права Є. Ерліха є вільне правознаходження як спосіб заповнення прогалин в праві, основою якого є діяльність суддів. Науковець зазначав: що якщо держава створює право безумовно через абстрактні правові приписи, то судді й вчені здійснюють його вільний пошук, розробляючи конкретні правові положення. У відповідь на неефективність для регулювання поточних суспільних відносин позитивного державного законодавства Є. Ерліх запропонував ширше розглянути судовий прецедент, здатний врегульовувати поточні та змінні відносини і враховувати особливості конкретних правових ситуацій. Нині, суддівське правознаходження шляхом тлумачення норм права є чи не найефективнішим способом заповнення прогалин у праві. За допомогою такого виду діяльності відбувається не безпосередня зміна чи відміна застарілих норм права, а їх пристосування до потреб нових правовідносин. Суддівське правознаходження є прототипом суддівського активізму, який найяскравіше спостерігається у діяльності Європейського суду з прав людини.

Основні ідеї розділу висвітлені у наукових працях автора [104,106].

РОЗДІЛ II. ТЛУМАЧЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ЯК «ЖИВОГО» ПРАВА

2.1. Доктрина міжнародного права в контексті теорії «живого» права

Міжнародне право, як зазначив з глибоким переконанням Суарес, «у своїх основних принципах є постійним, але з цього аж ніяк не випливає, що воно є незмінним. Зберігаючи свій теоретичний зміст, будучи завжди правом, воно, разом з тим, безперервно оновлюється і «перероджується» і ніде, мабуть, не знаходять більш кращого застосування слова Геракліта про вічну зміну всього сущого, як у сфері розвитку міжнародно-правових інститутів» [173, с. 21-22]. Ця цитата є актуальною і для сучасної доктрини міжнародного права, де все частіше поширюються думки, ідеї про розуміння його як «живого» організму. Заперечення такого бачення в міжнародному праві є випадковим і ситуативним, тоді як звернення до нього як до «живого» права, у формі прямого його визначення чи шляхом обґрунтування окремих його характерних рис як «живого», є домінантним.

Одним з перших, хто заговорив у міжнародно-правовій доктрині про міжнародне право як «живе», був професор Е. Ніс. Науковець визначив міжнародне право через категорію «живий світ права», підкресливши цим, що воно реагує на політичні зміни, адаптуючись до них, при цьому регулювання міжнародно-правового життя є своєрідним «віддзеркаленням соціальної політики та засобом соціальної інженерії» [220, с. 5].

Сьогодення чи не найяскравіше демонструє еволютивні зміни і адаптацію міжнародного права до потреб суспільства, і як зазначає О. Буткевич [22, с. 39], підтвердження такого характеру міжнародного права ми передусім вбачаємо у трьох чинниках, які здійснюють безпосередній вплив на формування міжнародно-правового порядку XXI ст., а саме: міжнародного договору, економічного інтересу та політичної доцільності. Зі свого боку вважаємо за необхідне зазначити, що ще одним каталізатором у

формуванні концепції «живого» міжнародного права можна з впевненістю назвати діяльність міжнародних судових установ, що проявляється у тлумаченні та правозастосуванні норм міжнародного права. Продовжуючи думку О. Буткевич, варто вказати, що перелічені аспекти – це виразний приклад розвитку сучасного міжнародного права, яке є «живим організмом», здатним акумулювати в собі проблеми та врегулювати різноманітні сучасні аспекти суспільних відносин.

До того ж Л. Хенкін визначив міжнародне право як таке, що «змінюється у світі, який змінюється» [207, с. 551-553]. Це можна пояснити тим фактом, що міжнародне право володіє двома ознаками: по-перше, йому властивий континуїтет при змінних міжнародних відносинах; по-друге – здатність ефективно пристосовуватися до регулювання таких відносин. Характеризуючи сучасні риси міжнародного права, О. Мережко зазначав, що «міжнародне право є доволі динамічним явищем соціального життя і знаходиться в процесі постійного становлення, розвитку. Саме тому виявляється вельми складно «ухопити» його позаісторичну чи надісторичну сутність у вигляді певної незмінної ідеї» [121].

«Той, хто хоче обмежити себе рамками сучасної йому дійсності, не зможе цю дійсність зрозуміти» [54, с. 15] – таку тезу французького дослідника Мішле можна з впевненістю прив'язати до специфіки сучасного міжнародного права, оскільки ця галузь права, як жодна з інших, не лише пов'язана з власною історією, але й активно еволюціонує. Визначивши тісний зв'язок міжнародного права з історією його розвитку, варто аргументувати, що міжнародному праву в різні етапи розвитку та становлення властиві свої особливості. Незважаючи на безперервність еволюції міжнародного права, все ж можна виокремити притаманні йому певні трансформаційні етапи, які призводили до якісних змін міжнародного права. Розглядаючи міжнародне право як систему, у якій відбуваються динамічні зміни, не потрібно забувати про історичні трансформації у різні

періоди, які сприяли «пристосованості» міжнародного права до певних обставин [234, с. 3-29; 206, с. 1-44; 191, с. 1-124].

Сутність історичної трансформації міжнародного права можна розкрити через призму таких елементів, як спадкоємність і еволюція у різні історичні та просторові проміжки, функції і методи впливу на міжнародні відносини, диференціація примату джерел чи суб'єктів міжнародного права, формування та зміна принципів міжнародного права, виникнення нових інститутів. При цьому варто вказати, що процес трансформації взаємозалежний від внутрішніх та зовнішніх чинників, і як стверджував Ж.–Л. Бержель: «право безперервно трансформується, підлаштовуючись до ритму історії ...завдяки цьому право передає особливості свого часу і несе в собі стигмати тієї епохи, коли воно сформувалось» [11, с. 198].

Загалом, упродовж історичної еволюції та розвитку міжнародне право мало декілька етапів трансформації. Причому для кожного нового етапу характерними були певні закономірності, однак, незважаючи на це, під трансформацію ніколи не підпадала сутність міжнародного права, інакше кажучи – не знищувалося старе право, а лише адаптовувалося до нових умов функціонування. Слушним, на нашу думку, є той факт, що кожен наступний етап трансформації займав все менший проміжок часу.

Свідченням того, що міжнародному праву властивий механізм саморегуляції (або «самозбереження»), шляхом пристосування до нових історичних обставин, є те, що протягом історії не можна назвати жодної внутрішньодержавної системи права, котра б не з'явилась, сформувалась, переживала кризу і врешті зникла під впливом різних причин і факторів, наприклад, конституційних, революційних, політичних, економічних, воєнних чи ін. обставин. Цей самий процес виникнення, становлення і відмирання внутрішньодержавних правових систем, як і самих держав буде властивий їм і надалі. Міжнародне право ж, історично трансформуючись, залишається незмінним у своїх основних сутнісних якостях. До такої

пристосовуваності і історичної тяглості у порівнянні із внутрішньодержавними правовими системами в міжнародному праві долучились його риси: акумулювання загальнолюдських цінностей і їх захист.

Влучним прикладом історичної трансформації міжнародного права є сучасна його галузь – гуманітарне право. Гуманізація війни була основною ідеєю міжнародних відносин ще у Стародавній період становлення та розвитку міжнародного права. Основний принцип тогочасного права війни із плином багатьох століть розвивався і сьогодні є основоположним принципом міжнародного гуманітарного права на базі загальновизнаного імперативного принципу мирного вирішення спорів. Отже, міжнародне право як «живе» здатне пристосовувати основні ідеї навіть при корінній зміні основних завдань: так, якщо у докласичному міжнародному праві головним завданням було врегулювання (визначення правових меж) військових відносин, то сучасне міжнародне право основне завдання вбачає у забороні війни та мирному вирішенні будь-яких спорів, проте все ж незмінною залишається ідея гуманності у всіх історичних періодах розвитку міжнародного права.

Сьогодення демонструє тісний зв'язок між міжнародним правом у сталому його розумінні та міжнародним правом як «живим інструментом», оскільки це дозволяє «живому» праву впливати на розвиток та удосконалення міжнародного права.

Р. Колодкін, як один із дослідників, дійшов висновку, що міжнародне право володіє внутрішнім механізмом пристосування до нових умов: «Система міжнародного права дозволяє вирішувати конфлікти, що виникають у зв'язку з формуванням нових міжнародно-правових норм, між старими і новими нормами» [80, с. 60]. Здатність міжнародного права до «саморегулювання», самозбереження можна простежити і під час дискусії щодо обов'язкової сили, ефективності, розвиненості міжнародного права. Ті, хто заперечують ці якості, не враховують переважно здатність міжнародного

права пристосовуватись до різних обставин міжнародної системи і регулювати міжнародні відносини різних видів та типів.

Багато норм «живого» права за змістом є прогресивними і тому відіграють велику роль у розвитку міжнародного права. «Живе» право у міжнародних відносинах сприяє заповненню прогалин у міжнародному регулюванні, застосовується у процесі тлумачення міжнародних договорів, а також для регулювання тих інститутів та галузей, які тільки формуються.

Наявність системи «живих» норм є причиною та поясненням саморегуляції міжнародного права. Такими нормами є насамперед система принципів міжнародного права. Навряд чи критерієм виділення норм «живого» міжнародного права може бути джерело права, ймовірніше це здатність до трансформації, тобто здатність міжнародно-правових норм змінюватися та пристосовуватися до сучасних реалій міжнародного буття. Особливістю міжнародного права, на відміну від національної системи, є відсутність законодавчого органу, а тому вчасно реагувати відповідно до реалій міжнародного життя на основі виключно класичних джерел міжнародного права навряд чи можливо. Зокрема, міжнародний договір потребує довготривалої процедури прийняття та вступу в силу, а звичай вимагають певного періоду практики застосування. Тому, «живе» право варто шукати передусім принципах. Якщо національно-правова система створюється законодавчими органами, то міжнародну правову систему творять її суб'єкти. Очікувати від міжнародного права створення універсального законодавця, означає припинити розвиток міжнародного права, тоді як суб'єкти міжнародного права (міжнародні організації та інституції, держави та ін.) створюють норми міжнародного права, які відповідають сучасним потребам, тобто «живі» норми. Особливість міжнародного права як «живого» полягає в тому, що воно не потребує позитивного визнання чи погодження, адже створюється не для встановлення

обов'язків чи вимог, а, навпаки, для забезпечення прав та свобод самих носіїв та творців міжнародного права.

Одними з найбільш впливових представників соціологічного напрямку в міжнародному праві були французькі юристи Л. Дюгі і Ж. Сель. Л. Дюгі в правових напрацюваннях відштовхувався від думки Аристотеля про те, що людина за своєю природою – суспільна істота, яка живе в суспільстві й підпорядкована його нормам. Перетворення соціальної норми в норму юридичну і народження права (як національного, так і міжнародного) має місце тоді, коли велика частина суспільства приходить до висновку: ця соціальна норма настільки важлива для суспільства, що застосування примусу в якості громадської санкції за її порушення стає суспільно необхідним і відповідає критерію справедливості. Таке право наділене об'єктивним характером і незалежне від волі держави.

Загалом соціологічний підхід відкидає принципову різницю між національним і міжнародним правом, оскільки джерелом створення обох видів норм є суспільне буття. Ж. Ссель вказував, що «міжнародна спільнота – це результат не просто існування і сусідства держав, а, навпаки, взаємопроникнення народів за рахунок міжнародної торгівлі (у широку сенсі). Важко навіть уявити, що здатність організації в суспільство, що лежить в основі державного суспільства, не виходить за межі держави»[54, с. 38]. Як зазначав Ж. Ссель, «право людей» не твориться, воно з'ясовується, виходячи з потреб суспільства [133, с. 340]. Варто уточнити, що Ю. Чайковський з цього приводу зауважив, що міжнародне право для Ж. Сселя було не «правом народів», а «правом людей» найвищого порядку [50, с. 118]. Ж. Ссель вважав міжнародне право продуктом соціального життя, в якому виражалася солідарність. Науковець критикував термін «міждержавне право» з позицій його орієнтації на державу як суб'єкта права. Прибічником солідарності у міжнародному праві був також Н. Політіс [222, с. 155], який переконував, що між індивідами існує тісний зв'язок, органічна

солідарність, яка через взаємодію людей перетворюється в норми міжнародного права. Даючи визначення поняттю «міжнародне право», відомий французький юрист-міжнародник Нгуен Куок Динь підкреслив наступне: «Міжнародне право визначається як право, що застосовується до міжнародного співтовариства. Це формулювання, яке з незначними розбіжностями трапляється у більшості авторів, найбільш просте, хоча воно не означає чистої констатації певної очевидності. Нею передбачається існування міжнародного співтовариства, відмінного від національного співтовариства, внутрішнього суспільства або державного співтовариства. Водночас це визначення вказує на відповідні сфери застосування міжнародного права і права внутрішнього. Врешті-решт, воно підтверджує соціологічний, а, отже, і необхідний зв'язок між правом і суспільством. Будь-якому суспільству необхідне право, і будь-яке право є суспільним продуктом. Вираз *ubi societas, ibi jus* (де суспільство, там є право) стало нормою, що довела свою дієвість в часі і просторі» [54, с. 11].

У сучасному міжнародному праві утворились нові галузі, появу яких досить часто пов'язують з науково-технічним прогресом. До таких галузей, що мають нині найбільш прогресивний розвиток можна віднести: міжнародне повітряне право, міжнародне космічне право, а також інститути міжнародно-правового регулювання в мережі Інтернет та ін. Міжнародне право другої половини ХХ ст. характеризується зверненням найбільшої уваги до правового регулювання відносин в галузі міжнародного права прав людини, поява якої обумовлена активним нарощуванням у міжнародному праві компонента прав людини і саме ця галузь чи не найбільше впливає на характер міжнародного правотворення та правозастосування загалом. Прогресивний розвиток прав людини пов'язаний з трансформацією суб'єктного складу, центром основної уваги в якому постає людина, а її права сьогодні є основним об'єктом міжнародно-правового захисту. У таких галузях міжнародного права норми «живого» права є широко

розповсюдженими. Крім того, можна помітити наступну закономірність: сфера застосування «живого» права – це найбільш динамічні, нестабільні, змінні відносини, що потребують гнучкого підходу, а це і є причиною найбільшого розповсюдження «живого» права у порівняно молодих галузях.

Особливу роль «живе» право відіграє у сфері прав людини, охорони навколишнього середовища, економічних відносин, космічному праві і т.д. При цьому у кожній галузі є свої особливості застосування «живого» права. Зокрема, у сфері охорони навколишнього середовища акти «живого» права формують стандарти, основні принципи, а також розвивають положення раніше прийнятих міжнародних договорів, норми яких, не завжди маючи позитивно-правову природу, врегульовують сучасні потреби людства у вирішенні глобальних проблем захисту навколишнього середовища. У сфері прав людини такі акти використовуються як база для розробки міжнародних договорів, відіграють важливу роль у процесі тлумачення міжнародних норм. Крім того, наступні посилання на норми міжнародних договорів сприяють їх закріпленню і можуть стати поштовхом для трансформації конвенційних норм у норми звичаєвого права. Що ж стосується сфери безпеки, то акти «живого» права виконують роль стимулювання і поширення участі держав у міжнародних договорах. У сфері економіки дія актів «живого» права в основному направлена на регулювання діяльності недержавних учасників міжнародних відносин.

Міжнародно-правове регулювання вказаних галузей якнайкраще демонструє ефективність регулювання найактуальніших проблем сучасного глобального міжнародного співтовариства на основі міжнародних стандартів. Незважаючи на те, що останні не є юридично-обов'язковими, однак притаманна їм характеристика швидкого прийняття та вступу в дію та можливість швидкого внесення змін виправдовує надзвичайно високий рівень зацікавленості до таких норм з боку суб'єктів виконання, навіть не потребуючи наявності механізму їх забезпечення. В нових галузях досить

важко досягнути спільної згоди на основі конкретних норм, тому до їх регулювання залучаються норми «м'якого» права, що характеризуються достатньою гнучкістю, наприклад, угоди щодо захисту навколишнього середовища, які вирішують завдання, які поки не досяжні для «твердого» права. Такі стандарти можна із впевненістю назвати нормами «живого» права, оскільки вони наділені рисою моментального реагування та пристосування до швидкоплинних змін і розвитку сучасних міжнародних відносин. Загалом норми-стандарти можна визначити як своєрідний посередник між правом та реаліями життя, що надають необхідну гнучкість праву.

Розповсюдження «живого» права у сфері прав людини і природоохоронному секторі пояснюється ще й тим, що ці галузі найчастіше піддаються змінам у зв'язку з розвитком суспільства, технічного прогресу та міжнародного співтовариства в цілому.

Сучасна міжнародна доктрина відходить від класичної теорії формування норм на основі згоди держав і все більше звертається до природно-правового розуміння міжнародного права, яке ґрунтується на природно-правових принципах, що формуються на самому факті співіснування людства. Прибічники такого погляду (наприклад, Х. Лаутерпахт) вкладають в основу позитивного міжнародного права не згоду держав, а волю міжнародного співтовариства, що базується на потребах розумності людського співтовариства, на його потребах з метою досягнення спільних інтересів. Отже, повинні бути норми, які відповідають потребам міжнародного життя. Виявлені принципи міжнародного права, є нормами загального характеру, в основу яких закладена ідея, що може тлумачитися відповідно до конкретних обставин справи і тому при своїй постійності відповідає потребам сучасного міжнародного життя.

Не заперечуючи дії принципу державного суверенітету та теорії «узгодження воль» можна з впевненістю стверджувати про обов'язковість

природно-правового «живого» загального права, яке ґрунтується на існуванні сукупності природно-правових принципів міжнародного права. Варто вказати, що під такими принципами розуміють найперше загальні принципи права, справедливість, публічний порядок, зміст яких обумовлений потребами світового співтовариства, яке розвивається, і визначаються міжнародними судами.

Ще одним каталізатором у процесі формування міжнародного «живого» права стали питання, які важко вирішити лише за допомогою загального міжнародного права та/або, які витікають із найбільш молодих, динамічних сфер співробітництва (до прикладу, економічні відносини, екологія). У таких випадках включається механізм пристосовуваності міжнародного права до цих змін, інакше кажучи відбувається трансформація міжнародного права до рівня потреб нових міжнародних відносин. Як зазначалося вище, одним із чинників, що призводить до еволютивних змін у міжнародному праві, є міжнародний договір. Передусім не сам міжнародний договір, а трансформація його норм завдяки еволютивному тлумаченню. Міжнародний договір розглядається не як імперативна незмінність, а як нормативна основа для трансформації, адаптації його норм до сучасних потреб міжнародних відносин. Прийняти новий міжнародний договір важко, натомість адаптувати старі норми до нових потреб легко і ефективно, а головне – це забезпечує справедливість. Так, колись римське право, яке вже не відповідало новим умовам після розпаду Імперії було адаптовано завдяки тлумаченню. Особливо яскраво це підтверджується тим, що трансформаційні процеси переважно реалізуються завдяки дії міжнародних договорів, які здатні більш оперативно реагувати на змінні міжнародні відносини, чим і пояснюється визнання за міжнародним договором ролі основного каталізатора трансформаційних процесів, що сприяє відповідності міжнародного права сучасним міжнародним відносинам.

Все частіший погляд на міжнародне право як «живе» обумовлений також швидкими темпами розвитку економічних і соціальних відносин на міжнародному рівні, що передусім призводить до розуміння і тлумачення міжнародного договору як «живого документа». Теорія «живого документа» сприйнята чи не найперше Європейським судом з прав людини. Насамперед, Європейська конвенція з прав людини тлумачиться, виходячи з буквального сенсу і зіставлення двох її автентичних текстів – англійською та французькою мовами. Проте лаконічні рядки Конвенції, за тлумаченням Суду є «живим інструментом». Розглянуті справи дозволяють уточнювати, конкретизувати, а в чомусь і розширювати нормативний зміст закріплених прав людини. Наприклад, на момент прийняття Конвенції тілесні покарання були нормальним явищем для європейських шкіл, але вже через кілька десятиліть Суд постановив, що вони є порушенням статті 3 (заборона катування або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження або покарання) [41]. Заступник судді Високого Суду Великобританії Ніколас Блейк у доповіді на міжнародному семінарі, який був присвячений теоретичним і практичним проблемам застосування Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, вказав, що принципи дії Конвенції можна звести до наступних: принцип поваги демократії, принцип практичного і ефективного застосування норм Конвенції, принцип «Конвенція – живий інструмент», принцип пропорційності і співрозмірності та ін. ...¹. Як доказ того, що Конвенція є «живим інструментом», можна навести такий факт: з 4 листопада 1950 р. – дня підписання регіонального міжнародно-правового акту – в Розділ I «Права і свободи» Конвенції

¹ Доповідь заступника судді Високого Суду Великобританії Ніколаса Блейка на міжнародному семінарі «теоретичні та практичні проблеми застосування Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод», організованому Російською Академією правосуддя 25 жовтня на тему «Європейська конвенція з Прав людини: національний суверенітет і міжнародне право, принципи дії Конвенції».

стосовно обсягу гарантованих прав і свобод людини не було внесено жодних змін. Перелік цих прав і свобод людини розширявся лише за допомогою прийняття додаткових Протоколів до Конвенції. Незважаючи на це, Конвенція завжди відповідала сучасним для кожного періоду часу умовам життя суспільства.

Необхідно відзначити, що «живе» міжнародне право допускає до участі у його формуванні, а також у підписанні актів «живого» права не лише держав, як суб'єктів міжнародного права, а, зокрема, і міжнародні судові установи.

Особливо актуальним є питання про те, що, незважаючи на існування позитивного міжнародного права, досить часто міжнародні судові установи вдаються до застосування «живого» права. Передусім це зумовлено зростанням темпів розвитку міжнародних відносин, міжнародної економіки, а також такий процес як посилення глобальної взаємозалежності держав. Діючи, вони утверджують розуміння міжнародного договору як «живого інструмента» і необхідність його інтерпретації в динаміці, в розвитку, віддають перевагу тлумаченню договору як «живого документа» перед позитивістською вимогою слідувати «незмінній згоді держав». «Згода держав» – сучасна воля міжнародного співтовариства, кінцевою метою міжнародного права є забезпечення прав людини в глобальному розумінні, тому не важливо хто (який суб'єкт міжнародного права) створює норму, якщо вона відповідає потребам міжнародних реалій.

Однак не лише рішення міжнародних судових установ, тлумачення міжнародних договорів є доказом того, що сучасне міжнародне право «живе». Як зауважив професор І. Лукашук, багато залежить від конкретних умов. Через різкі зміни і появи нових проблем, потребуючи невідкладного вирішення, звичаєва норма також може складатися у результаті єдиного прецеденту («моментальне звичаєве право») [96, с. 85]. Цю ідею вперше озвучив Бін Ченг у своїй статті «Резолюції ООН по космосу: «миттєве»

міжнародне звичаєве право?» («UN Resolution on Outer Space: «Instant» International Customary Law?»)). Крім того, варто зазначити, що застосування норм звичаєвого міжнародного права у сучасному світі також є проявом «живого» права. Оскільки під «живим» правом мається на увазі вся сукупність норм і принципів, якими керуються учасники правовідносин для врегулювання конкретної життєвої ситуації. «Живе» право, на думку Б. Кістяківського, є першочерговим і визначальним фактором впливу на реальне суспільне життя, адже саме в реальних правовідносинах зароджується уявлення про необхідність виникнення чи зміни норм позитивного права [78, с. 399].

Сьогоднішній період розвитку та функціонування міжнародного права характеризується також наявністю дискусії, пов'язаної з таким процесом, як фрагментація міжнародного права. Не вдаючись до аналізу критичних висловлювань вчених щодо негативного впливу цього процесу на всю міжнародно-правову систему, вважаємо за потрібне додати, що особисто нам прихильна думка про те, що саме галузева фрагментація (як один із видів фрагментації) є одним із проявів «живого» міжнародного права, підтверджена появою нових галузей та інститутів. Акцент тут варто робити не на вихід нових відносин з-під регулювання загальним правом, а на отримання нових спеціальних норм, присвячених конкретним актуальним міжнародним відносинам, що і вказує на розвиток «живого» міжнародного права. Оскільки конкретика і є «живим» правом. Питання фрагментації – одне із актуальних напрямків роботи Комісії ООН з міжнародного права, яка підтверджує актуальність для міжнародного соціального світу та набуття юридичного значення процесу створення норм та окремих інститутів і сфер юридичної практики в напрямках торгівельного права, права прав людини, екологічного права, морського права, а також вузькоспеціалізованих галузях, серед яких можна виділити міжнародне право біженців, інвестиційне право. Прибічники фрагментації вбачають в ній збільшення можливостей, що

сприяють досягненню тих цілей, які поставлені перед міжнародним співтовариством у сучасних умовах глобалізації; це свого роду нормальне становище міжнародно-правової системи, її внутрішня характеристика [134; 40, с. 314-323; 39, с. 47-51; 83, с. 23]. Це явище потрібно розглядати як динамічний процес розщеплення, поділу міжнародного права на частини, в результаті чого відбувається створення нових спеціалізованих норм, які відповідно утворюють нові автономні галузі.

«Живе» міжнародне право є ключем до вирішення основних викликів сучасних глобальних міжнародних потреб людства. Міжнародно-правове врегулювання конкретних життєво-необхідних відносин – це основне завдання міжнародного права як «живого». «Живе» право не може бути статичним та незмінним, бо незмінним в ньому є лише базис, що дозволяє постійний розвиток та деталізацію. Заперечувати фрагментацію – заперечувати еволюцію міжнародного права. Фрагментація – це не руйнація чи розподіл, це розвиток у взаємодії та на міцній правовій основі, якою завжди залишається система принципів міжнародного права. Тобто фрагментація – це розвиток на основі загального права.

Ще одним підтвердженням «живого» характеру сучасного міжнародного права є наявність такої категорії як міжнародне «м'яке» право. Концепція «м'якого» права сформувалася приблизно у 70-х рр. ХХ ст. переважно у західноєвропейській правовій доктрині [181, с. 183]. Ставлення науковців та практиків до цього явища є двояким, оскільки до сьогодні не вирішено питання щодо віднесення норм «такого» права до правових чи не правових, а також надання їм обов'язкової сили.

З позицій досліджуваної нами теми вважаємо, що міжнародне «м'яке» право є не лише частиною міжнародного права, але й чітким прикладом «живого» права. «М'яке» право – це норми, які застосовуються до відносин без визнання за ними обов'язковості. Однак, як стверджує О. Шпакович, «вони, частіше за все, дотримуються державами і, більш того,

імплементуються в національне право шляхом включення аналогічних за змістом норм в національне законодавство» [181, с. 183].

Загалом, «м'яке» право можна визначити як сукупність юридично необов'язкових міжнародних норм, які створюються державами, міжнародними міжурядовими організаціями та іншими суб'єктами міжнародного права, не суперечать загальноновизнаним принципам і нормам міжнародного права і спрямовані на регулювання міжнародних відносин. Попри те, що ці норми не містять міжнародно-правових зобов'язань і закріплюються в актах міжнародних організацій, що мають рекомендаційний характер, багатосторонніх, двосторонніх і односторонніх політичних актах держав, все ж юридична обов'язковість нормам «м'якого» права може надаватися шляхом відповідного волевиявлення суб'єктів міжнародного права, тобто в процесі міжнародної правотворчості. Причиною існування і великої прихильності до застосування норм «м'якого» права поряд з існуванням позитивного права є швидкоплинний розвиток міжнародних організацій та збільшення кількості держав-членів світового співтовариства і, як наслідок, ускладнення процесу універсального нормотворення, швидкоплинний розвиток міжнародної економіки та посилення взаємодії держав на глобальному рівні. Держави все частіше обирають «м'яке» право для регулювання сучасних міжнародних відносин, оскільки його основним завданням є не суворе регламентація, а координація поведінки держав та учасників міжнародних відносин на основі формулювання рекомендацій чи визначення напрямків співробітництва.

Право міжнародних організацій представляє собою комплекс власних особливих принципів та норм щодо створення та функціонування міжнародних організацій. Загалом право міжнародних організацій – правова система, що динамічно розвивається, призвана поряд з міжнародним правом і міжнародним приватним правом суттєво впливати не лише на регулювання міжнародних відносин, але й сприяти розвитку міжнародного права.

Сьогодення демонструє зацікавленість більшості вчених-міжнародників до такого феномену, оскільки рішення міжнародних організацій здійснюють вплив на розвиток міжнародного права, піднімаючи таким чином міжнародні організації з позицій другорядного суб'єкта міжнародного права на перші щаблі.

Переважна більшість наукової спільноти переконані, що зовнішньою формою вираження актів «м'якого» права виступають резолюції міжурядових організацій системи ООН і її органів, насамперед Генеральної Асамблеї ООН, а також політичні акти регіональних конференцій і організацій, до яких належить Заключний акт НБСЄ 1975 р., а також прийняті державами і міжурядовими організаціями інші міжнародні акти, наділені морально-політичним характером.

Важливу роль «м'яке» право відіграє у сфері захисту прав людини. Важливим документом, який здійснив вплив на право прав людини і міжнародне право, стала Загальна декларація прав людини 1948 р. [62]. Історія створення цього документу, його зміст та реалізація є прикладами реальної дії «м'якого» права. Спочатку ідея держав-членів ООН полягала у створенні і прийнятті всеохоплювального юридично зобов'язуючого документа з прав людини – Білля про права, однак на той момент (*і така практика є досить поширеною і сьогодні – А.М.*) не всі держави були готові пов'язати себе юридичними обов'язками. Як результат – поява Декларації – акта, який не наділений юридичною обов'язковістю. Однак, не зважаючи на «м'яко-правову природу» Загальної декларації прав людини, вона набула значення важливого міжнародного документа. Основні права, закріплені у нормах Декларації, були включені багатьма державами у власні конституції. Декларація здійснила великий вплив на інші міжнародні договори у цій сфері. Така ситуація є підтвердженням того, що норми «м'якого» права є нормами «живого» права, при чому з погляду їх виконання та дотримання, наділені правовим характером. Це пояснюється й тим, що укладаючи

Декларацію та інші акти «м'якого» права, держави найперше закріплюють у них узгодження своїх воель, що вже сприяє їх дотриманню та виконанню. Крім того, на нашу думку, важливим у процесі прийняття таких актів та їх дотриманні є факт розуміння державами того, що акт можна змінити у будь-який момент, оскільки жодних наслідків не передбачається. Вільна поведінка, точніше кажучи – свобода поведінки, без будь-якого примусу, призводить до трансформації норм «м'якого» права у позитивне міжнародне право і забезпечує його дієвість та відповідність потребам міжнародного соціуму. Що відбулося зокрема і з Загальною декларацією, яка набула якості так званого твердого права, опозитивована внаслідок визнання за нею характеру звичаєво-правового міжнародного права. Цю думку можна підтвердити і тим, що досить розповсюдженими є ситуації, коли розробці договору у сфері прав людини передують прийняття декларації, в якій закріплені основні його положення. Так, Конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1965 р. передувала Декларація про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1963 р., Конвенції про права дитини 1989 р. передувала однойменна Декларація 1959 р.

Зараз спостерігається застосування норм «м'якого права» і в сфері міжнародних економічних відносин, при чому як на регіональному, так і на універсальному рівнях. І. Шумилов стверджує, що «рішення (резолуції) міжнародних організацій належать до спеціальних джерел міжнародного економічного права» [184, с. 112]. Науковець вважає, що зазначені документи включають комплекс наступних видів норм: діючі звичаєво-правові принципи і норми міжнародного економічного права; нові норми і принципи, і власне політичні (рекомендаційні) норми, що мають високу обов'язкову силу морально-політичного характеру («м'яке право») [184, с. 213]. Існують випадки, коли окремі галузі міжнародного економічного права регулюються переважно актами «м'якого права». Ними є рішення (в тому числі рекомендаційні) міжнародних економічних організацій. Рішення

аналогічного характеру вплинули на формування галузі міжнародного економічного права. Оцінюючи роль таких актів, Л. Ковальов дійшов висновку: «Постанови міжнародних економічних організацій, які мають рекомендаційний характер, зазвичай перетворюються у дієвий і ефективний регулятор міжнародних економічних відносин. Так, держави, не укладаючи міжнародно-правових договорів, можуть застосовувати у відносинах між собою ті правила і норми, які були рекомендовані у постановах міжнародних економічних організацій. Таким чином, не будучи джерелами міжнародного права, ці постанови можуть бути використані у правозастосовчій практиці» [114, с. 492]. К. Бекашев натомість зазначає, що «особливістю міжнародного економічного права і його джерел є значна роль так званого «м'якого» права, тобто правових норм, які використовують вирази типу «вживати необхідних заходів», «сприяти розвитку або здійсненню», «прагнути до здійснення» і т.п. Такі норми не містять чітких прав та обов'язків держав, але, тим не менш, є юридично обов'язковими» [117, с. 384]. П. Вейль є більш категоричним і констатує, що незалежно від того, якою за змістом не була б норма міжнародного договору – «м'якою» або «твердою» - вона не перестає бути правовою нормою [232, с. 413-442].

Важливий вплив «м'яке» право здійснило на формування галузі міжнародного космічного права, де застосовуються норми «м'якого» права, які закріплюються в Резолюції Генеральної Асамблеї ООН 1338 (XIII) від 13.12.1958р., Резолюції 1472 (XIV) від 12.12.1959 р. «Міжнародне співробітництво у сфері мирного використання космічного простору», однойменної Резолюції 1721 (XIV) від 20.12.1961 р., Декларації правових принципів, які регулюють діяльність держав з дослідження і використання космічного простору 1962 р. (XVIII). Ця Декларація стала основою Договору про принципи діяльності держав з дослідження і використання космічного простору, включаючи в тому числі Місяць та інші небесні тіла від 19.12.1966 р.

Незважаючи на велику кількість прибічників доктрини міжнародного права як «живого організму», все ж досить поширеною є критика позицій Є. Ерліха, яка, як правило, не заперечуючи ознак «живого» права, базується на обґрунтуванні теорії «живого» права, як застосовної лише до приватноправової сфери, а не до публічного права. Тут варто згадати, що теорія «живого» права Є. Ерліха знайшла своє підтвердження у питанні виникнення міжнародного права. До моменту поділу права на міжнародне та внутрішньодержавне, та відповідно на приватне і публічне право, питання про розмежування у внутрішньодержавному праві приватноправових та публічних інтересів не виникало, тому первісні ідеї міжнародного права перенесені у внутрішнє право не могли не відобразитися у внутрішньому публічному праві. Отже, всі аргументи виступають «за» причетність теорії «живого» права Є. Ерліха до сучасних закономірностей розвитку міжнародного публічного права.

Незважаючи на оцінку критиків, «...що найбільш відомі і цікаві міркування і висновки Є. Ерліха стосуються права приватного, але ніяк не публічного. Відомо, що основний метод публічного права – це юридична централізація, що виражається у веліннях, які походять з єдиного центру, яким є держава, державна влада. ...Регулюючи усі ці відносини на власний розсуд і виключно власною волею, державна влада принципово не може допустити поряд із собою жодної іншої волі, жодної іншої ініціативи» [47, с. 44-45]. Не проводячи аналізу такого підходу до сутності створення права, слід вказати, що окреслені аргументи аж ніяк не можуть бути перенесені на сферу міжнародного права, позбавленого у процесі створення його норм, як єдиного центру, так і визначального впливу держави чи державної влади. У своїй основі норми і принципи міжнародного права породжені системою суспільних відносин між народами, норми міжнародного права походять не від держави («погодження волі держав»), а від людини («погодження волі всіх»). Беззаперечним є й той факт, що сьогодні поширеною є теорія

походження міжнародного права не як «волі держав», а волі «міжнародного співтовариства», в центрі якого залишається людина, права та інтереси якої мають першочергове значення і на міжнародній арені. Відтак, положення про «живе» право цілком можуть бути застосовані до міжнародного публічного права.

Ще один напрямок критики концепції «живого» права базувався на тому, що Є. Ерліх значно розширив сферу дії права, включивши до правової системи усі елементи суспільного життя, а не лише правові (встановлені державною владою) норми. Критики писали: «Є. Ерліх намагався непомірно розширити поняття права. Він виділяв у суспільному житті такі явища, як мораль, звичай, добрий тон і моду, підкреслюючи, що вони здійснюють вплив на правопорядок і навіть проникають в нього» [108, с. 55]. Однак на сьогодні у науці міжнародного права загальновизнаною є думка про те, що сучасна глобальна міжнародна система включає ряд підсистем. І. Лукашук зазначив, що «головними підсистемами міжнародної нормативної системи є міжнародно-правові, політичні норми, мораль. Водночас до неї входять інші різновиди норм: звички, практика, ввічливість, традиції, організаційні і технічні норми, стандарти, релігійні норми та ін.» [96, с. 136]. Принцип же «доброго тону» (*comitas gentium*), або сучасною термінологією міжнародної ввічливості, що сягає часів римського права, відіграє в міжнародному праві суттєву роль і залишається важливим регулятором міжнародних відносин. Тому з впевненістю можна сказати, що зазначені характеристики є цілком властивими й міжнародному праву (міжнародній нормативній системі), яке внаслідок специфіки свого об'єкту регулювання – різноманітних видів відносин між різними за своєю природою суб'єктами – акумулює в собі також норми, що мають позаправове походження з інших систем регулювання суспільних відносин (релігії, етнічних чи національних звичаїв, моралі, етики, культури тощо), при цьому перетворюючи їх на юридично обов'язкові. В процесі врегулювання міжнародних спорів застосовується

велика кількість різних джерел, в тому числі і не правових, зокрема застосування історичних даних, статистика, доктрина та наукові джерела, рішення міжнародних організацій, застосовуються органами міжнародного правосуддя з метою повного та об'єктивного розгляду справи та відповідно винесення справедливого рішення.

Крім того, координаційна природа, яка є сутністю цього права, відсутність вищої влади, узгоджувальний та більш ліберальний характер, здатність змінюватись протягом історії та пристосовуватись до змінних міжнародних суспільних відносин чи подій, адаптивність, властивість усім народам тощо свідчать про можливість застосування до нього основних постулатів теорії «живого» права.

Беззаперечним є той факт, що Є. Ерліх, висуваючи свою теорію «живого» права, здійснював аналіз внутрішньодержавних правових систем і не торкався міжнародного права. Це прослідковується у «теорії суддівського знаходження права», як одному з аспектів «живого» права. Однак, враховуючи реалії сьогодення, саме в міжнародно-правовій сфері ця теорія знайшла своє практичне застосування, а ставлення до міжнародного права міжнародних судових установ утвердилось як до «живого» права (детальному розгляду даного питання присвячено Розділ 3 роботи). Сталося так, як і писав про це Є. Ерліх, ймовірно не встигаючи завершити свою концепцію: «теорія суддівського знаходження права є лише початком наукового осягнення юриспруденції. На науково обґрунтований базис стануть лише законодавці, юристи та судді майбутніх століть. Але все ж таки колись повинно все розпочатися спочатку» [108, с. 50]. Не минуло й півстоліття, як у міжнародному праві ці теорії почали застосовуватися.

Підтвердженням цьому є відбиття у характеристиці міжнародного права як права властивого всім народам (спільним для них) ознак «живого» права як правової системи, про єдність його для всіх соціальних груп, незалежно від внутрішньодержавного законодавства.

Значно пізніше, підтвердженням цьому стали слова самого професора Є. Ерліха: «Ті, хто стверджує про чисельність правових систем, розуміють під «правом» ніщо інше як законодавчі положення, а вони, принаймні, сьогодні, різняться у кожній країні. З іншого боку ті, хто наголошує на спільному елементі серед усієї цієї різноманітності, сконцентровують свою увагу не на законодавчих положеннях, а на соціальному порядку, який у своїх головних засадах є спільним усім цивілізованим країнам і народам. ...Соціальний порядок покоїться на основоположних соціальних інститутах: шлюб, сім'я, власність, угода, правонаступництво» [230, с. 95].

Отже, аналіз сучасної доктрини міжнародного права про бачення міжнародного права як «живого організму», дає підстави для висновку про те, що сучасне міжнародне право характеризується рядом ознак, серед яких прогресивне застосування норм «м'якого» права, підвищення ролі міжнародних стандартів та міжнародного правосуддя у динамічному тлумаченні норм міжнародного права (та інші, що проаналізовані нами вище), які із впевненістю підтверджують визнання за міжнародним правом на сучасному етапі розвитку людства рис «живого» права як в доктрині, так і на практиці його застосування.

Як підсумок, можна констатувати, що міжнародне «живе» право – це право, яке забезпечує управління життям сучасної міжнародної спільноти відповідно до потреб сьогодення, в основі якого лежить сукупність норм і принципів міжнародного права, а також актів «м'якого» права та рішень міжнародних судових установ. Метою міжнародного права, як і «живого» права за Є. Ерліхом, є насамперед урегульованість відносин у змісті впорядкованості, а не обмеженості санкціями. Норми міжнародного права повинні виконуватися та виконуються сьогодні не під впливом імперативності, а добровільно, оскільки вони конкретні, можуть бути об'єктивно розтлумаченими, а їх виконання призведе до забезпечення інтересів самих держав.

2.2. Походження міжнародного права відповідно до концепції «живого» права Є. Ерліха

Розглядаючи питання походження міжнародного права відповідно до концепції «живого» права Є. Ерліха, передусім варто зазначити, що жодної з праць Є. Ерліх не присвятив суто дослідженню міжнародного права, але все ж таки можна згадати окремі його думки, які мають безпосереднє відношення до міжнародного права.

У праці «Основоположні принципи соціології права» Є. Ерліх наголосив, що «сьогодні є лише дві правові системи абсолютно незалежні від держави, або точніше, від державного законодавства, суддівства та адміністрації; це – канонічне право і міжнародне право» [195, с. 162]. Ця думка-твердження є чи не найчіткішою тезою автора щодо міжнародного права, а при більш детальному вивченні концепції «живого» права з впевненістю можна твердити про можливість проведення багатьох паралелей, які зможуть підтвердити той факт, що багато з його ідей є характерними і для міжнародно-правової системи.

«Чи існує така річ, як всесвітнє право? Чи є тільки різноманітні державні законодавства різних народів? ...» [230, с. 94-95] – таким питанням задається Є. Ерліх, стверджуючи про існування «живого» права, реально існуючої правової системи, що є результатом соціального життя, на відміну від сукупності приписів, які встановлені державою. Як результат, автор позитивно відповідає на нього і пропонує розглядати таку систему, як всесвітню, притаманну всім народам.

Загалом хочеться відмітити той факт, що Є. Ерліх робив акцент на тому, що дослідження права у вузьких національних рамках отримає кращі результати і вищу цінність, якщо воно буде враховувати той внесок, який здійснила міжнародно-правова думка в юридичній сфері. Також Є. Ерліх наголосив на тому, що «роль міжнародної юриспруденції в процесі створення загального права була принижена, а роль національної практичної

юриспруденції і національного правознавства, навпаки завищена» [186, с. 474]. Крім того, науковець зазначив про те, що національно правові інститути є досить тотожними і спільними між собою, а це неминуче сприяє загальному (*міжнародному*) нормотворенню, а також дає змогу створити загальну (*міжнародну*) практику і наукову морфологію.

Таке твердження Є. Ерліха спонукає нас заглибитись у дослідження вчених-міжнародників, які шукали природу міжнародного права у римському праві. Зокрема, В. Грабар доводить, що термін «*jus civile*», з яким ототожнюють римське право більшість вчених, вживалося глосаторами у широкому розумінні для позначення трьох груп норм: 1) власне позитивне цивільне (на той час усе внутрішньодержавне) право; 2) природне право, до якого включалися і норми канонічного (божественного) права, про яке також згадує Є. Ерліх, та 3) право народів (*jus gentium*, загальнонародне, повсюдне право). Тобто, спостерігаємо тотожність думок про незалежність двох останніх груп норм. Крім того, тут варто зазначити, що Є. Ерліх був одним з тих, хто вважав *jus gentium* саме міжнародним правом.

Дослівно *jus gentium* (*gentes* з лат. – роди) – це право родів, тобто первісне право було міжродовим, а В. Грабар продовжує і називає його міжнародним, зазначаючи, що перші правові формули, які отримали своє визнання і в сучасному світі, належать до міжродових, зокрема мова йде про договір, оголошення війни.

Основним соціальним союзом у первісному суспільстві був рід (*gens*), відносини між якими регулювалися на основі міжродового права (яке вони називали *jus*), що мали людське першоначало санкціоноване релігією. Такі відносини також обумовлюються соціальною необхідністю виходу із замкнутості та встановлення тривалих мирних відносин співжиття. Норми мали договірне походження (угоди голів племені чи роду від імені останніх), договір (від лат. *foedus*, *fides* – вірність або *pacis* – мир, *pacatum* – мирний договір, *pacisci* – вести мирні переговори) [45, с. 29], а сьогодні міцно

утвердилися в термінології сучасного міжнародного права у вигляді «*bona fides*», пакт як мирний договір.

У В. Грабаря виникнення міжнародного права також пов'язується із двома видами позовів (*iure agere* – для врегулювання спорів, перш за все оголошення війни за міжнародним правом та *lege agere* – для врегулювання спорів за внутрішнім правом) [45, с. 33], тобто із вирішенням конфліктів, причому автор переконливо доводить первинність процедури вирішення міжнародних спорів, звертаючи увагу на те, що процедура оголошення війни виникла раніше процедури цивільних позовів, з якою вона не випадково дуже схожа. Міжнародне право із об'єднанням родів та наступним державотворенням розкололося на дві частини – власне на міжнародне право (*jus gentium*) та внутрішнє право (*jus civile*).

Досліджуючи походження права відповідно до концепції Є. Ерліха та фіксуючи точки дотику, перетину з теорією міжнародного права, можемо зазначити, що чи не першою точкою дотику між «живим» правом і «міжнародним правом» є причина його виникнення.

Є. Ерліх вважав за необхідне відмовитися від панівного на той час в європейській юриспруденції «принципу, за яким право формується державою» [195, с. 12-17]. Засновник теорії «живого» права вбачав джерелом його формування соціальне середовище, а державу – правотворцем тільки на певному етапі історичного розвитку права. За Є. Ерліхом, «живе» право панує здебільшого не в кодексах законів, а в юридичних документах, зокрема договорах, угодах, заповітах та ін.» [63, с. 54]. Ця ідея вченого має безпосереднє відношення і до міжнародного права, де одним із основних джерел є міжнародний договір, згідно ст. 38 Статуту МС ООН, тобто одна з перших форм закріплення правових норм сьогодні є основною в правовому регулюванні міжнародно-правових відносин. Крім того, міжнародні договори із нормами, які вони містили і складали першопочатковий комплекс норм міжнародного *jus gentium*, адже відносини між первіснообщинними родами, за

словами Є. Ерліха, є також соціальними союзами, що регулювалися на основі погодження волі у формі угод, які укладалися головою від імені роду.

Підтвердженням цього є також і той момент, що концепція розвитку міжнародного права у стародавній період передбачала, що це право почало формуватися ще у додержавний період, оскільки було викликано життєво необхідними суспільними потребами розвитку за межами роду (соціального союзу). Саме у цей період відбувається зародження основних міжнародно-правових понять.

Теорія «живого» права Є. Ерліха підтверджується і в історії римського права докласичного (додержавного) періоду. Право (в тому числі міжнародне право) зароджується в соціальному житті роду, обумовлюється діяльністю соціальних утворень та нормами соціального життя, створюється реальними потребами життя, а релігія (пізніше держава) лише дає їм санкцію. Як зазначає К. Кульчар, «Є. Ерліх закидає минулому правознавству, що з усіх явищ правового життя воно займалося лише правовою нормою. ...Якщо соціологія права хоче розкрити закономірності правового життя, то їй слід займатися також і суспільними та економічними явищами, позаяк розвиток права може бути вірно зрозумілим тільки у зв'язку з суспільним та економічним розвитком» [89, с. 82]. Справді, розглядати міжнародне право лише з точки зору нормативного підходу не дасть всебічного та об'єктивного розуміння його суті, адже міжнародно-правова система включає не лише правові норми, а й норми звичаїв, релігії і моралі. Запропонований Є. Ерліхом соціологічний підхід, застосований до міжнародного права як «живого» права, дає можливість врахування у міжнародному праві не лиш правових, а й соціальних, економічних, історичних закономірностей, що стали причиною виникнення та розвитку міжнародного права.

Виникнення міжнародного права – повністю об'єктивний процес, який бере свій початок з перших етапів стародавнього періоду і який відповідав потребам наявних у той час міжнародних суспільних відносин, а відповідно, і

був їхнім віддзеркаленням. Це підтверджує пряму залежність появи міжнародного права і його особливостей від рівня розвитку і стану міжнародних суспільних відносин. Зазначені потреби обумовили і особливості міжнародного права, а також визначили основні напрямки його регулюючої дії, цим самим спроектувавши специфіку міжнародного права на всі наступні періоди, яке, між іншим, характеризувалося особливими відмінними рисами у кожен історичний період.

Соціологічна школа права вважала основною умовою виникнення права існування певного суспільства, соціальної організації. Тому формування права Є. Ерліх пов'язував з періодом виникнення сімей, племен, кланів у первісному суспільстві, соціальних союзів і вироблення ними перших правил соціальної поведінки, жодним чином не пов'язуючи при цьому його появу з утворенням держав. Є. Ерліх писав, що «соціальним союзом є безліч людських істот, які у своїх взаємовідносинах визнають конкретні правила поведінки як обов'язкові і, як мінімум, зазвичай регулюють свою поведінку відповідно до цих правил» [195, с. 68-69]. Такі правила включають всі види відносно стабільних зразків або структур соціальних відносин – від договірних відносин, сімей, релігійних чи політичних організацій, корпорацій, соціальних класів і професій до націй і держав. Оскільки держави, передусім, теж є певною організацією соціальних союзів, то з впевненістю можна стверджувати, що міжнародне співтовариство – це теж соціальний союз.

Соціологія права та «живе» право Є. Ерліха пов'язують виникнення права із існуванням та соціальними потребами різних соціальних союзів, а міжнародне право, насамперед, є тією сукупністю правових норм, що регулюють відносини між такими союзами та аналогічно обумовлюються соціальною необхідністю виходу із замкненості і необхідності соціального спілкування з метою міжсоюзного (між родами, племенами, кланами) співжиття. Тобто міжнародне право також має свої первинні витoki у

соціумі, а, отже, теж є «живим». Крім того, період виникнення права у Є. Ерліха та міжнародного права співпадає і відноситься до періоду виникнення перших соціальних союзів (родів), а, отже, додержавного періоду і не пов'язаний із появою та утвердженням держав.

Учений підкреслював той факт, що вивчення права неможливе без одночасного уявлення обрису суспільства, в якому воно має діяти. Тому юриспруденції не місце в законі. Закон є виразом позитивного права, а у міжнародному праві позитивною нормою є нормативна фіксація у міжнародних договорах, актах міжнародних організацій та ін. Обидві форми позитивного права на національному та міжнародному рівнях іноді називають «книжковим правом», яке цілком може бути недієвим, тобто жодним чином не може впливати, точніше не може врегульовувати реально існуючі суспільні відносини. Є. Ерліх вважав, що право закріплене в законі перетворюється на припис того що має бути, а не те, що є, що позбавляє правове регулювання еластичності, здатності відповідати кращому досвіду. Прибічниками такого бачення є як теоретики [136, с. 43] права, так і міжнародники [118, с. 33].

Порівнюючи походження міжнародного права і права відповідно до концепції Є. Ерліха, беззаперечно можна погодитися з думкою О. Буткевич, яка зазначала: «говорячи про походження права взагалі, професор Є. Ерліх стояв близько до т. зв. «примирительної теорії походження права», яка є синтезом чотирьох класичних шкіл: юридичного позитивізму, теорії природного права, соціологічної юриспруденції та історичної школи» [23, с. 163]. Еволюція права, в тому числі міжнародного права, пройшла етап розвитку виходу соціальних союзів із стану замкненості крізь врегулювання відносин назовні (враховуючи міждродові спори). Такі спори набували військового характеру тільки у випадку неможливості врегулювання мирним шляхом, адже крім мирних договорів в стародавньому світі укладалося безліч торгівельних, культурних та інших соціально-економічних угод. Тобто

міжнародне право виникає не тільки як право війни, хоча на першому етапі становлення воно набуло найбільшого розвитку. Зокрема, в римському праві стародавнього світу міжродовий процес врегульовувався на підставі *iure agere*, яке пізніше було взято за основу внутрішнього процесу на базі законів (*leges*), а саме XII таблиць. Така процедура вирішення внутрішніх спорів абсолютно нагадує процедуру оголошення війни у феціальному праві.

Необхідність врегулювання міжродових відносин (в тому числі міжнародних міжродових конфліктів) стала основним каталізатором появи та розвитку міжнародного права з метою забезпечення мирного вирішення спорів та прогресивного співіснування і розвитку соціальних союзів. У цей час з'являються та прогресивно розвиваються інститути ведення війни, дипломатичні відносини та договірне врегулювання спорів. Примирительна функція стародавнього міжнародного права була фундаментом для появи та розвитку «примирительної теорії» походження права (її представники – англійський вчений Г.Дж. Берман і шведський вчений Е. Аннерс) взагалі, внаслідок дієвого врегулювання міжродових спорів на основі первісного договору про примирення (*pactum*).

Ця теорія досить розповсюджена на Заході, і цьому є пояснення: країни заходу розвивалися еволюційним шляхом, та ще й соціальні інститути тих країн створювалися «знизу», тобто у міру виникнення потреб люди починали вирішувати як достойно протистояти виклику об'єктивної реальності. Однією з таких відповідей було створення права. Згідно з цією теорією, право почало формуватися не для врегулювання відносин в середині роду, а для врегулювання відносин між родами. Між родовими групами виникали конфлікти і їх залагодження було в інтересах племені. З договорів про примирення, які укладалися спочатку на народних зборах, потім радами старійшин, з'явилося, як вважають прихильники теорії примирення, примирительне право. З часом договір примирення, тобто після багаторазового повторення аналогічних ситуацій, переріс у правила, правові

норми. І тут беззаперечним фактом є виникнення права як живого, дієвого, яке врегульовує конкретні життєві обставини. Договір про примирення як жива норма перетворюється у норму права.

Для міжнародного права примирення суб'єктів міжнародних відносин є одним із найважливіших завдань, хоча і виникло воно паралельно з іншими функціями: регулювання і стабілізація міжнародних відносин, запобігання міжнародних конфліктів, встановлення міжнародного балансу сил. Багато дослідників вважають, що групове врегулювання міжгрупових відносин у первіснообщинний період повинно слугувати доказом зародження міжнародних відносин і виникнення правосвідомості у народів.

Від покоління до покоління така система норм продовжувала удосконалюватися в традиційній для того періоду усній формі і, як результат, почала оформлюватися у письмовому вигляді, а пізніше закріплювалася у формі законодавства, тобто у формі декларацій з боку відповідної компетентної інстанції центральної державної влади про необхідність застосування існуючих правил з правом державного втручання (у випадках яких-небудь порушень) у вигляді санкцій. Отже, еволюція права доводить його дієвість, як і «живе» право за Є. Ерліхом, поза державним втручанням чи наявністю санкцій, та первинність права перед державою.

Названі вище функції міжнародного права залишилися притаманними йому і у Середні віки. Міжнародна погоджувальна процедура пройшла випробування часом. Одна з головних цілей – попередження конфліктів, «...змусити сторони представити свій спір на розгляд загальних зборів (сотенного суду), замість того, щоб вирішувати його вендетою, або ж в іншому випадку – забезпечити основу для переговорів між домом жертви і домом кривдника» [12, с. 65-66, 70]. Що ж стосується власне Є. Ерліха, то він розглядав появу і становлення права також в цьому напрямку: «у так званій передісторії права не було судів. Сварки або мирно розв'язуються шляхом компромісу, або тягнуть за собою криваві ворожнечі. ...Коли сторони під

тиском середовища підійшли до усвідомлення того, що їхня сварка має бути мирно розв'язана, але вони ще не можуть досягти угоди стосовно компенсації, після якої скривджена сторона закінчить ворожнечу, вони передавали це на розгляд однієї або більше осіб, яким вони надавали відповідні повноваження» [230, с. 97-98]. Таке положення, не розкриваючи погляди вченого стосовно міжнародного права, все ж дає підстави для визначення методологічно правильного підходу Є. Ерліха щодо дослідження останнього.

Оцінюючи теорію примирення, варто насамперед зазначити, що беззаперечним плюсом цієї теорії є той момент, що вона заснована на численних історичних фактах. Конфлікти справді супроводжують людство впродовж всієї історії розвитку і є далеко не виключенням з правил, а самим правилом.

Говорячи про примирительну теорію походження міжнародного права, не можемо не зазначити той факт, що виникнення міжнародного права часто пов'язують з *jus gentium*, а його теоретичну частину з діяльністю римських юристів, які за загальним визнанням вважалися наставниками міжнародно-правової науки. Як зазначає Буткевич О., римська правова думка визначає, «...що є власне міжнародним правом і в чому полягає його відмінність від права внутрідержавного» [27, с. 615].

Як відомо, в юридичній літературі добре закріпилася думка, що поняття *jus gentium* у римлян не застосовувалося до міждержавних відносин, а виникло і розвивалося на основі відносин приватного права й було поняттям виключно приватноправової площини. Панування такого погляду пояснюється тією обставиною, що історичні дослідження в галузі римського права здійснювалися переважно цивілістами, науковий інтерес яких зосереджений був виключно на інститутах приватного права, тому міжнародно-правова сторона *jus gentium* легко могла зникнути з поля зору їх досліджень. Та все ж, до прикладу, В. Грабар у своїй концепції походження

міжнародного права, зазначає: «Слід передусім позбутися упередженої думки, що в давнині не існувало міжнародного права. ... міжнародне право в тому значенні, у якому термін цей застосовується у наш час, римлянам був відомий. Зародження його слід шукати в міждодових відносинах докласового суспільства; назву *jus gentium* воно отримало в той період. Початково існувало одне тільки міждодове і міжплемінне «право» [45].

У праці «Первоначальное значение римского термина *jus gentium*» [45] В. Грабар стверджує, що «навіть основоположники сучасної науки міжнародного права на початку XVII ст., Джентілі та Гуго Гроцій, не сумнівалися, що *jus gentium* римлян було міжнародним правом, і застосовували цей термін для позначення створеної ними нової галузі правознавства» [45, с. 7].

Серед дослідників римського права були також прибічники теорії розуміння *jus gentium* у значенні міжнародного права. До них належав і Є. Ерліх, який зазначав, що «ще у Лівія і Саллюстія *jus gentium* не означає ніщо інше, як міжнародне право, або право відправлення (майнове право, можуть бути обидва варіанти). Вірогідно вперше зрушення відбулося, коли іноземцям на основі умов гостинності та міжнародно-правових договорів, а, отже, сильного міжнародного права, був наданий правовий захист за правилами, і для цього виникли більше або менше стійкі норми, які зараз називаються *jus gentium*» [194, с. 85-86].

Порівнявши теорії походження права відповідно до концепції «живого» права Є. Ерліха та дослідивши походження міжнародного права, можемо з впевненістю стверджувати, що виникненню міжнародного права послужили ті ж детермінанти, за допомогою яких виникло право у теорії Є. Ерліха, а саме ланцюг «соціальні союзи» – теорія примирення – і, як результат, *jus gentium*.

2.3. Особливості міжнародного правотворення та правозастосування відповідно до концепції «живого» права Є. Ерліха.

Однією з теоретичних проблем сучасного міжнародного права, якому властиві багато суперечок та невирішених питань як теоретичного, так і практичного характеру, є невизначеність умов та складових процесу міжнародної правотворчості. Аналізуючи концепцію «живого» права, можна констатувати особливість міжнародного правотворення та правозастосування, яка полягає у нерозривному зв'язку цих двох процесів на сучасному етапі розвитку міжнародного співробітництва. Міжнародне право згідно з концепцією «живого» права створюється та реалізується у реальних міжнародно-правових відносинах самими їх учасниками. Проблема правотворення та правозастосування міжнародного «живого» права тісно пов'язана із актуальною проблемою суб'єктного складу сучасних міжнародних відносин. Як відомо, сьогодні на міжнародній арені все більш активними учасниками стають не держави, як первинний суб'єкт міжнародного права, а міжнародні організації, транснаціональні компанії, органи міжнародного правосуддя та ряд інших, які безпосередньо беруть участь у правотворенні та правозастосуванні під час реалізації міжнародної правосуб'єктності. Розширення кола суб'єктів міжнародних правовідносин об'єктивно стає причиною розширення кола суб'єктів міжнародного правотворення та відповідно набуття якісно нових ознак – «живого» права класичними джерелами міжнародного права та появи нових форм вираження норм міжнародно-правового регулювання. Держави більше не перебувають «в центрі всієї регулюючої системи міжнародних відносин» [97, с. 135], оскільки у них вже нема виключного права нормотворення. У зв'язку з цим, необхідна переоцінка звичних і, здавалось б, непорушних основ міжнародного правотворення.

Прояв міжнародного правотворчого процесу у контексті джерел міжнародного права є одним із найцікавіших і найдискусійніших аспектів

такого процесу, адже саме особливості джерел міжнародного права безпосередньо впливають на процес нормотворення. Вирішення цього питання цілком пов'язане з дослідженням джерел міжнародного права, оскільки сьогодні у міжнародно-правовій науці та практиці перелік джерел міжнародного права залишається дискусійним. Це пояснюється тим, що міжнародному нормативно-правовому полю, на жаль, бракує документа, який чітко визначив би джерела міжнародного права, а закріплений у ст. 38 Статуту МС ООН – чи не єдиний нормативний перелік джерел – давно вже потребує перезавантаження, в тому числі і переоцінки, переосмислення ієрархії джерел міжнародного права. Положення цієї норми зазвичай сприймається як таке, що встановлює перелік джерел міжнародного права, але це, звичайно, не є загальнообов'язковий перелік, швидше, він є такою собі договірною, так би мовити, відправною точкою під час розгляду питання джерел міжнародного права за браком кращого. На думку І. Лукашука, немає нічого дивного у тому, що ст. 38 Статуту піддається критиці. Це пов'язано з тим, що «положення даної статті було сформульовано ще після Першої Світової війни для Постійної палати міжнародного правосуддя» [96, с. 8], коли міжнародне право розвивалося виключно як позитивне право, адже позитивістські погляди в той час переважали в доктрині міжнародного права.

Враховуючи динаміку розвитку міжнародного права, у міжнародно-правовій практиці нерідко виникає питання й про інші джерела: резолюції міжнародних організацій та конференцій; рішення міжнародних судових установ; норми «м'якого» права, односторонні акти та інші акти. Аналізуючи перелік джерел міжнародного права, варто було б зауважити, що незважаючи на класичний науковий підхід, відповідно до якого основними джерелами міжнародного права визнаються міжнародний договір та міжнародний звичай, сучасна міжнародно-правова наукова доктрина вже давно вийшла за межі дводжерельності міжнародного права та наділяє рисами джерела права найрізноманітніші зовнішні форми його вираження. Вихід за межі

класичного міжнародного правотворення в рамках «міжнародний договір – міжнародний звичай», класичними суб'єктами створення яких визнавалися держави, свідчить про новий етап у міжнародному правотворенні за участю великої кількості недержавних суб'єктів. Тому досліджувати процес правотворення, а відповідно і правозастосування, варто у нерозривному їх зв'язку та не за видами джерел, а відповідно до суб'єктів таких процесів.

Перехід основної функції у правотворенні норм міжнародного права від держав до інших суб'єктів викликаний потребами самих суб'єктів конкретних міжнародних правовідносин, які вимагають від сучасних норм міжнародного права швидкості прийняття, якості реагування на нагальні потреби та ефективності їх правозастосування. Такими ознаками, як буде доведено нижче, наділені норми «живого» міжнародного права.

Беззаперечно, що саме органам міжнародного правосуддя належить головна роль у наділенні рисами «живого» права класичних джерел міжнародного права. Рішення органів міжнародного правосуддя поступово стають незмінним інструментом регулювання міжнародних відносин і розвитку права. Таке бачення є майже абсолютним в доктрині міжнародного права, зокрема Г. Тункін зазначив, що «рішення Міжнародного Суду входять у процес нормотворення як частина міжнародної практики в тому, що стосується констатації наявності норм міжнародного права чи їх тлумачення» [170, с. 163]. Дослідник Д. Претап стосовно міжнародного права доходить висновку, що міжнародний суд займається правотворчістю навіть у випадку деталізації та конкретизації правових норм та принципів міжнародного права. З цим також пов'язана специфіка прийняття міжнародних договорів та внесення змін до них, оскільки «специфічна законодавча діяльність із зобов'язувальним ефектом навряд чи можлива у міжнародному праві, судове проголошення наявності однієї чи іншої ситуації становить важливий метод, завдяки якому право отримує свою конкретизацію та розвиток» [226].

При оцінці ролі органів міжнародного правосуддя в процесі міжнародного правотворення варто враховувати, що обґрунтування правотворчої функції органів міжнародного правосуддя досить складне, тим не менше наслідки прийняття суддями новаторських рішень з їх подальшим широким визнанням зі сторони суб'єктів міжнародного права, вказують на те, що правотворча функція є невід'ємною ознакою і обов'язковою умовою здійснення міжнародного правосуддя. Рішення органів міжнародного правосуддя не лише відображають практику держав у розглядуваних сферах, не є просто «актом підтвердження існування правової норми» [69, с. 75], але і беруть безпосередню участь у процесі її формування.

Суддя Міжнародного суду Х. Лаутерпахт, внесок якого у розвиток доктрини міжнародної судової правотворчості [214; 215] важко переоцінити, чітко обґрунтовує, що «при тлумаченні і застосуванні конкретних норм права Суд не діє у якості механічної машини, що повністю відірвана від соціальних і політичних реалій міжнародного співтовариства. У кожному випадку він застосовує творчий підхід, спираючись на всю повноту міжнародного права і потреб міжнародного співтовариства ...оскільки судова діяльність є нічим іншим, як законотворчість *in concreto*...» [216, с. 319-320]. Х. Лаутерпахт зауважував, що «при застосуванні необхідної абстрактної норми відносно до конкретного спору вони створюють правову норму для окремого спору, представленого на їх розгляд. Справжній розвиток права у суспільстві полягає у процесі кристалізації абстрактної норми права... у міжнародному праві судове правотворення становить важливість з метою врегулювання спорів шляхом розвитку і адаптації права народів у рамках чинного права до нових умов міжнародного життя шляхом безпристрасного судового тлумачення і аргументації» [216, с. 255-256].

Судова правотворчість завжди здійснювалася в рамках міжнародного правосуддя і можлива тільки у зв'язку з розглядом конкретних спорів. Останнє є принциповою відмінністю від правотворчості законодавчих

органів, для яких правотворчість є основним видом діяльності. Відповідно, органи міжнародного правосуддя не займаються правотворчістю при розгляді кожної справи. Необхідність у правотворчості виникає лише після оцінки об'єктивної необхідності у правовому регулюванні. Органи міжнародного правосуддя вдаються до правотворчості в ситуаціях, коли, наприклад, чинні правові норми застаріли і існує необхідність їх адаптації до умов міжнародного життя, що змінилися, або ж коли з метою врегулювання спору необхідно заповнити прогалину в праві, або ж коли правова норма чи принцип мають занадто абстрактний характер і з метою врегулювання спору необхідна їх конкретизація для застосування до відповідних фактичних обставин, що розглядаються.

Описуючи джерела міжнародного права та процес нормотворення зокрема, варто відзначити, що нормотворення в міжнародному праві почалося з формування **міжнародно-правових звичаїв**. Сучасною тенденцією є набуття міжнародно-правовим звичаєм якісно нової риси «живого» міжнародного права завдяки трансформації класичної процедури визнання за нормою звичаєвого характеру шляхом її спрощення, що отримала назву в міжнародному праві «теорія моментального звичаю». Г. Тункін, характеризуючи судову правотворчість з позицій її впливу на розвиток системи звичаєвого права зазначив про те, що «Міжнародний Суд ООН, приймаючи рішення в окремих випадках настільки конкретизує деякі звичаї, що це може спонукати як до виникнення нових звичаєвих норм, так і зафіксувати появу нової звичаєвої норми. При цьому така норма може бути, з одного боку, складовою вже наявного міжнародно-правового звичаю, а з іншої сторони – самостійною нормою» [170, с. 163].

Звертаючи окрему увагу на питання щодо створення міжнародно-правових звичаєвих норм, можна стверджувати, що у зв'язку із динамічними змінами, які останнім часом відбулися у міжнародному праві, доктрина звичаєвого права визнала виникнення нового порядку утворення звичаєвих

норм, який є відмінним від класичного – сьогодні існують сучасні міжнародні звичаї, в основі яких лежать міжнародні норми, процес створення яких відбувся не за допомогою тривалої практики застосування, а шляхом їх закріплення в кількох або навіть і в одному акті. Як доказ існування нового виду звичаєвих норм, варто навести думку І. Лукашука, який зауважив, що «звичаєві норми другого виду спочатку формулюються або у договорах, або у таких не правових актах, як резолюції міжнародних організацій, а далі за ними визнається статус норм загального міжнародного права. Юридично вони існують як звичай, а відповідні акти слугують як доказ їх змісту. Так, резолюції ГА ООН можуть бути доказом існування і змісту звичаєвих норм міжнародного права. Норми другого виду швидко створюються і здатні не лише закріплювати практику, яка склалася, але і формувати її, що є надзвичайно важливим в наш динамічний час» [95, с. 105]. Такі звичаї ще називають «моментальними».

Хотілося б підкреслити, що рішення Міжнародного Суду ООН відіграють винятково важливу роль правового інструментарію, за допомогою якого явно не виражене джерело міжнародного права (міжнародний звичай) кристалізується в конкретні формулювання; встановлюється наявність конкретних звичаєвих норм, конкретизується їх зміст, фіксуються умови, за яких та чи ніша норма підлягає застосуванню та відповідає конкретним життєво-необхідним обставинам сучасного міжнародного буття.

Правотворчість органів міжнародного правосуддя може проявлятися у зміні наявних і створенні нових правових норм, принципів, доктрин, презумпцій. Вона вносить у чинне міжнародне право новизну, яка відповідає реаліям міжнародних відносин і відповідає інтересам його суб'єктів. Органи міжнародного правосуддя своїми рішеннями або дають імпульс для формування, або взагалі завершують процес формування звичаєво-правових норм і загальних принципів права.

Судове правотворення є найяскравішим прикладом тісного взаємозв'язку створення та застосування міжнародного права, адже з огляду на те, що «більшість багатосторонніх договорів – і майже всі ті, що визнані як «правотворюючі», – замість ясних поведінкових вказівок встановлюють широкі стандарти і процедури, забезпечуючи можливість продовження переговорів навіть у період після вступу договору у силу. Такі стандарти передають повноваження прийняття рішення від законодавців («Держав») до органів і осіб, які відіграють головну роль у відповідному правозастосовчому інституті» [210]. Отже, в процесі застосування вже наявних норм міжнародних договорів органи міжнародного правосуддя в процесі еволютивного їх тлумачення надають своїм рішенням рис «живого» міжнародного права.

Різноманітність поглядів стосовно змісту норм і принципів міжнародного права, застосування різних методів тлумачення сприяють виробленню найбільш справедливого у розглядуваній справі рішення. Це свідчить, загалом, про «зрілість» міжнародного права, про відкритість міжнародно-правової системи і її готовності до еволюції. Причому такий процес наділений універсальним, всеохоплюючим характером. Багатоманітність варіантів тлумачення збагачує право. Наявність у органів міжнародного правосуддя можливості запозичення одного з них, а тим більше вироблення власної позиції, додатково підкреслює той факт, що міжнародному праву притаманні як стабільність, так і постійний розвиток. Крім того, можливість перегляду і відмови від відомих варіантів тлумачення і правозастосування знижує вірогідність механічного сприйняття неправильних підходів і, відповідно, винесення несправедливих рішень. Як зазначає Р. Колодкін, «відмінні рішення міжнародних судів у схожих ситуаціях можуть бути знаком того, що конкретна норма міжнародного права, яка регулює такі ситуації, лише формується» [80, с. 60]. Отже, наявність еволютивного тлумачення відомих класичних джерел

міжнародного права є свідченням прогресивного розвитку «живого» міжнародного права, норми якого відповідають потребам та інтересам конкретного міжнародного правовідношення, та забезпечення справедливості при вирішенні конкретного спору.

Сьогодні спостерігається зростання авторитету рішень і консультативних висновків МС ООН як засобів тлумачення не лише Статуту ООН, але й загальних норм міжнародного права, включаючи і основні принципи міжнародного права. Як підтвердження можна назвати істотне уточнення положення Статуту про індивідуальну і колективну самооборону і як результат – уточнення змісту принципу незастосування сили [140].

Крім того, рішення міжнародних судових установ набувають характеру правотворчих у процесі заповнення прогалин у праві, що пояснюється тим, що при здійсненні такої діяльності суди дуже часто починають застосовувати динамічну інтерпретацію міжнародного права, головним завданням якої є «загальний розвиток права та суспільства» [91, с. 468]. При застосуванні такого виду інтерпретації право вважають «живим» інструментом, що тлумачиться в динаміці розвитку, інакше кажучи, при такому виді тлумачення допускається ширше, відмінне від початкових приписів роз'яснення міжнародних норм задля встановлення фактичного змісту норми, який би відповідав потребам конкретного моменту розвитку міжнародних відносин. Як підтвердження, можна також навести думку одного із західних вчених, який стверджує про те, що «судді та судові рішення ... утворюють право... Вони утворюють право у повному сенсі цього слова, ... змінюючи та формуючи право. Суди утворюють право із дуже простої причини: правова система має відповідати двом, інколи конкуруючим, параметрам: правовій визначеності та можливості реагувати на соціальні зміни. Як такі, суди мають одночасно гарантувати правову визначеність, надаючи сталу систему результатів через їхні рішення, тобто приходити до тих самих висновків завдяки тому самому набору фактів, але й

в той самий час бути відкритими до соціальних обставин, що змінюються, які можуть робити їхню судову практику застарілою. Як наслідок, суди повинні формувати та змінювати право, оскільки середовище, у якому вони діють, також зазнає змін» [189].

Потреба у судовій правотворчості особливо відчутна у випадках, коли органи міжнародного правосуддя утворюються в сферах, де раніше не було механізму урегулювання спорів, або такий орган створюється одночасно з узгодженням державами нового договірно-правового режиму. Саме цю роль виконували третейські групи, які розглядали спори в рамках Генеральної угоди з тарифів і торгівлі (далі – ГАТТ) . Судове правотворення в рамках ГАТТ/Світової організації торгівлі (далі – СОТ) виражається у виробленні і застосуванні процесуальних принципів, а також створенні передумов для розвитку нового напрямку в правовому регулюванні міжнародної торгівлі, підтверджує всю багатоманітність методів судової правотворчості. Члени третейських груп і арбітри Апеляційного органу при здійсненні міжнародного правосуддя роблять значний внесок у розвиток права СОТ, а нерідко і міжнародного публічного права. За допомогою правотворчості вони уточнюють та розкривають зміст норм та принципів міжнародної торгівлі, пропонують нові концепції та доктрини, за допомогою еволюційного тлумачення адаптують норми СОТ до змінених умов міжнародного життя. Викладена у рішеннях аргументація з часом стає невід’ємною частиною права СОТ. І саме у мотивувальній частині рішень, що приймаються, формуються концепції і доктрини, що надають раніше прийнятим домовленостям нюансів нового значення. За своєю роллю і масштабом судова правотворчість у рамках ГАТТ/СОТ прирівнюється до правотворчості міжнародних кримінальних трибуналів, значення правотворчості яких важко переоцінити (особливо це стосується Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії (далі – МТКЮ)). Основне значення рішень кримінальних трибуналів полягає в тому, що вони сприяють

безпрецедентному розвитку міжнародного кримінального права. Завдяки діяльності трибуналів багато ключових понять Женевських конвенцій були адаптовані до змінених умов міжнародного життя і потреб міжнародного співтовариства.

Правотворчість стала однією з основних або, щонайменше, невід'ємною характеристикою діяльності МТКЮ. Фактично трибунал своєю діяльністю надав такий необхідний імпульс для розвитку міжнародного кримінального права. У цю сферу МТКЮ зробив унікальний внесок, не зважаючи на те, наскільки суперечливими не були б політичні оцінки його діяльності.

Так, МТКЮ надав високого юридичного значення Римському статуту ще до вступу його в силу на тій основі, що він був схвалений «більшою кількістю держав і може розглядатися як вираження правової позиції, тобто *opinion juris*» [161, с. 249], підтвердивши цим аналогічний висновок, зроблений у справі Прокурор проти Анто Фурундзія, який, так, як і рішення у справі Тадича, містить ряд важливих висновків у контексті розвитку міжнародного гуманітарного права.

Потрібно звернути увагу і на той факт, що рішення, наділені правотворчим характером, притаманні й іншим органам міжнародного правосуддя, серед яких можна назвати Суд Європейського Союзу, Економічний Суд Співдружності Незалежних Держав. Рішення цих судів можуть включати правові позиції, що мають загальний характер і навіть можуть стати поштовхом для формування цілих галузей.

Спроби обмеження правотворчих функцій органів міжнародного правосуддя, якщо не приречені з самого початку, то у всякому випадку досить умовні за своєю ефективністю. Це передусім пов'язано з тим, що правотворчість невіддільна від правозастосування в процесі здійснення міжнародного правосуддя. Якими б жорсткими не були формулювання, що визначають, які норми необхідно застосовувати міжнародним судам,

буквальне слідування таким правилам звало б здійснення правосуддя нанівець, перетворивши суддів в «автоматичні машини правосуддя». Р. Паунд дотримувався переконання, згідно з яким «завдання суду – забезпечити життєздатність будь-якого принципу не за допомогою висновків на основі його норм, не вдаючи з себе якогось «безсмертного» героя, а шляхом ретельного виконання менш амбіційного, але більш корисного завдання, яке відповідає вимогам реального часу, осмисленого застосування такого принципу в конкретній справі, досягаючи реального і справедливого результату» [224, с. 622]. І, як показує практика, більшість органів міжнародного правосуддя розділяють такий підхід.

Фактично органи міжнародного правосуддя є платформами прогресивного розвитку міжнародного публічного права. Органи міжнародного правосуддя здобули і поступово збільшують авторитет інтелектуальних центрів, які генерують новаторські ідеї та підходи. Через призму рішень органів міжнародного правосуддя підходи, які вважаються класичними, представлені у зовсім новому світлі. Об'єднані органами міжнародного правосуддя у плідних дискусіях, зусилля вчених, практиків, представників суддівської спільноти і міжнародних організацій сприяють відмові від стереотипів і, в кінцевому результаті, розвитку міжнародного права. Нормотворча діяльність сформувала важливу функцію органів міжнародного правосуддя по звірянню діючих норм міжнародного права з реаліями міжнародних відносин.

Особливості нинішнього етапу розвитку міжнародного співтовариства полягають в тому, що в сучасному світі змінюється уявлення про правотворчість як прерогативу лише держав. Однак, держава відіграє важливу роль у правотворенні «живих» норм міжнародного права. Зокрема, однією з форм закріплення норм «живого» права є акти, які приймаються державами на двосторонньому рівні. Такі акти не є міжнародними договорами, тому до них часто застосовується поняття «домовленість». Під

домовленістю, на думку Крилова М. мається на увазі «акти, які держави не визнають як джерело міжнародного права, але наголошують на їх важливому значенні» [88, с. 86]. Найбільш розповсюдженими письмовими формами таких актів є: спільні комюніке, декларації, заяви. Держави надають серйозного значення цим актам, і вказують на їх обов'язкову силу, засновану на добровільному виконанні і утриманні учасників від дій, які порушують угоду. Процедура підготовки і прийняття таких актів більш спрощена у порівнянні з міжнародними договорами, при цьому у них закріплюється узгоджена воля суб'єктів міжнародного права і надається обов'язкова сила, відбувається добровільне дотримання таких угод. Наведені ознаки є підтвердженням розуміння цих документів як актів «живого» права у міжнародному праві. Варто звернути увагу і на те, що двосторонні політичні акти можуть мати самостійне значення і можуть бути продовженням міжнародного договору. Досить розповсюдженою є практика підписання спільних планів щодо реалізації міжнародних договорів.

Не менш актуальним і таким, що викликає чималий інтерес, є питання змісту і значення міжнародних односторонніх актів держав. Комісія міжнародного права ООН підтверджує, що «у міжнародному праві ніщо не перешкоджає тому, щоб акт подібного виду (мова йде про політичний акт) міг бути наділений правовими наслідками на міжнародному рівні і таким чином потрапляв під дію міжнародного права» [57]. Стаття 38 Статуту Суду взагалі не згадує таке джерело виникнення та закріплення міжнародних зобов'язань, як односторонні акти суб'єктів міжнародного права, однак такими зобов'язаннями можуть створюватись нові права та обов'язки держави. Отже, односторонні акти держав, як суб'єктів міжнародного права слід вважати нормою «живого» міжнародного права, за умови, якщо такий акт не суперечить узятим на себе міжнародним зобов'язанням держави в їх класичних формах.

Міжнародні організації – один з найбільш динамічних інститутів людського суспільства, який характеризується пристосованістю до реалій процесу міжнародного співробітництва і в рамках якого вони виконують власне функціональне навантаження [182, с. 106]. Низка вчених-міжнародників висловлюють думку про те, що ще одним різновидом джерел «живого» міжнародного права є резолюції та рекомендації міжнародних організацій, які мають відмінні від інших джерел характеристики. Абсолютно не правильним є заперечення значення та впливу таких документів на розвиток та становлення сучасного міжнародного права, оскільки до таких документів належать Декларація про принципи міжнародного права, які стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН 1970 р., та Гельсінський заключний акт 1975 р, які складають основу функціонування сучасної міжнародної спільноти. При цьому, навіть той факт, що за своєю природою такі акти приймалися як акти «м'якого» права, все ж вони слугують підтвердженням існування звичаю в міжнародному праві.

Цілком погоджуємося з думкою О. Шпакович, що «сучасний процес міжнародної правотворчості характеризується посиленням ролі міжнародних організацій» [183, с. 182]. Визнання за міжнародними організаціями якості суб'єкта міжнародної правотворчості насамперед пояснюється визнанням міжнародних організацій суб'єктами міжнародного права. Діяльність міжнародних організацій суттєво впливає на архітектуру сучасного міжнародного права, по суті, вони стали новим етапом у людському розвитку, оскільки сприяють конструктивному і демократичному вирішенню міждержавних питань, про що не можна сказати в період XIX-XX ст., де високий рівень прояву деструктивного націоналізму призвів до двох світових війн. Представники американської науки, зазначаючи, що «правотворчість XXI сторіччя не може зводитися виключно до традиційної правотворчості в сенсі модельних кодексів та статичних текстів, оскільки сам процес побудови

відносин поживає появу нормативних принципів у нових проблемних сферах, призводячи до формування soft law, «режимної розбудови», що іноді дійсно кристалізуються в правових нормах» [209]. На розвиток висловленої думки радник із юридичних питань Держдепартаменту США Г. Кох відносить до так званих «способів утворення міжнародних зобов'язань, що формуються», наступні: «дипломатичний правовий діалог», «багаторівневу кооперацію», «гібридні публічно-приватні угоди». Під дипломатичним правовим діалогом він розуміє «постійне спілкування з приводу правових норм», що може, однак, «приймати форму деморалізуючих угод або угод взаєморозуміння, що ми маємо на папері, не утворюючи обов'язкових правових угод» [209]. Однак, якщо держави є необмеженими у реалізації свого права на створення міжнародно-правових норм, то міжнародні організації беруть участь у процесі міжнародної правотворчості у межах їх компетенції. К. Бекашев зазначає, що «правотворчий процес міжнародної організації включає діяльність, спрямовану на створення правових норм, а також їх подальше вдосконалення, зміну або відміну» [116]. Своє право участі у міжнародному правотворчому процесі міжнародні організації реалізують через укладення міжнародних договорів з іншими суб'єктами міжнародного права та ухвалення правових актів органами міжнародної організації. Сьогодення демонструє широке визнання положень про наявність двох складових правотворчої діяльності міжнародних організацій: а) безпосередню участь у створенні норм міжнародного права; б) участь в правотворчому процесі держав [88]. Міжнародні організації, будучи наділеними договірною правоздатністю, мають право укладати найрізноманітніші угоди в межах своєї компетенції. Як встановлює ст. 6 Віденської конвенції про право договорів між державами і міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями, «правоздатність міжнародних організацій укладати договори регулюють правила цієї організації» [34]. Пункт 1 ст. 2 Конвенції роз'яснює, що «правила організації»

означають, зокрема, установчі акти, прийняті відповідно до них рішення і резолюції, а також усталену практику організації.

На сучасному етапі розвитку міжнародного права міжнародні організації є основними суб'єктами створення норм «м'якого» права, які є значною частиною системи норм «живого» міжнародного права. При цьому спостерігається стійка тенденція до збільшення кількості «м'яких» норм, які відповідно до своєї природи, функцій, що вони виконують та місцем у системі є правовими нормами, які містять права та обов'язки держав, сформульовані дещо в інший спосіб, ніж у «твердих» нормах міжнародного права.

Аналізуючи рішення міжнародних організацій, з впевненістю можна стверджувати про те, що вони є окремим джерелом закріплення прав та обов'язків суб'єктів міжнародного права, незважаючи на те, що дане джерело також не включено до так званого списку джерел ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН.

Всесвітня організація охорони здоров'я (далі – ВООЗ), Всесвітня метеорологічна організація (далі – ВМО), Міжнародна організація цивільної авіації (ділі – ІКАО) тощо в межах своєї компетенції приймають стандарти поведінки. Формально такі стандарти не містять зобов'язального елементу навіть для держав-членів цих організацій. Однак держави-члени не мають змоги (повноважень) запропонувати альтернативні правила, і оскільки їх відмова виконувати такі стандарти може негативно вплинути на їх інтереси, держави вважають за доцільне поводитися відповідно до «необов'язкових норм». Таким чином виникло і продовжує розвиватися «м'яке» право. Тенденція розвитку названих норм свідчить про виникнення в недалекому майбутньому нового основного джерела міжнародного права – стандарту. Міжнародні стандарти, як правило, є актами «м'якого» права і мають, переважно, рекомендаційний характер. Стандарт є тим орієнтиром, який доцільно застосовувати в силу його розумності та практичної цінності. Отже,

забезпечується гармонізація норм національних правових систем у суспільно-важливих сферах. Однак у будь-якому випадку, міжнародні стандарти мають універсальний характер стосовно суб'єктів і тому можуть застосовуватися у будь-якій демократичній державі шляхом їх рецепції. На цих засадах сьогодні будується європейський правовий простір, активним учасником якого є і Україна. Цю тенденцію підкріплює і положення Конвенції ООН з морського права 1982 р., яка відсилає до загальновизнаних міжнародних правил та стандартів щодо захисту навколишнього середовища.

І. Даниленко, як приклад, наводить спробу гармонізувати захист навколишнього морського середовища та забезпечення свободи навігації. Мова йде про ч. 2, 5 та 6 ст. 211, ч. 1 (а) ст. 226 [49, с. 69-74]. Компетентною міжнародною організацією в цій сфері визнано Міжнародну морську організацію (далі – ІМО). Правова природа цих правил та стандартів до кінця невизначена. Виключно практики держав у галузі застосування стандартів недостатньо для того, щоб така практика перетворилася на звичай загального міжнародного права. Ще менше підстав вважати такі норми близькими за своєю природою до договірних зобов'язань держави. Хоча в окремих сферах держави вже готові наділити ІМО повноваженнями зі створення норм зобов'язуючого характеру, особливо у сфері вирішення питань аварій у морі та їх наслідків. Категорію «стандарт» можна знайти і у праві Ради Європи, яка, зокрема, покликана установити стандарти забезпечення прав людини та спеціалізованих установ системи ООН. Відсутність обов'язкового характеру у рекомендаційних актів інституцій системи ООН юридично не применшує ролі цих документів. Так, як приклад, не зважаючи на зміст ст. 38 Чиказької конвенції про міжнародну цивільну авіацію, де зазначається, що «будь-яка держава, яка вважатиме практично примусовим дотримання у всіх відносинах будь-яких міжнародних стандартів або процедур, чи приведення своїх власних правил і практику у повну відповідність до будь-яких стандартів і процедур після зміни останніх, або яка вважатиме за необхідне

прийняти правила і практику, що має яку-небудь особливу відмінність від тих правил, які встановлені міжнародними стандартами, негайно повідомляє ІКАО про відмінності між її власною практикою і тією, яка встановлена міжнародним стандартом» [31, с. 50], на практиці ж держави і національні авіапідприємства намагаються їх дотримуватися.

Доволі часто через використання рішень міжнародних організацій як міжнародно-правового регулюючого інструмента намагаються врегулювати нові суспільні відносини, які, як правило, до того взагалі не були відомі міжнародному праву. Класичною ілюстрацією цього твердження є історія становлення космічного права. Вперше про необхідність міжнародно-правового регулювання використання космічного простору заговорили відразу після запуску СРСР штучного супутника Землі у 1957 р. У 1959 р. Генеральна Асамблея ООН прийняла Резолюцію 1472 (XIV) «Міжнародне співробітництво у сфері використання космічного простору», у 1961 р. – Резолюцію 1721 (XVI) «Міжнародне співробітництво щодо використання космічного простору у мирних цілях». Основу всієї галузі заклала все ж таки перша резолюція, прийнята з цього питання, де було визначено, що дослідження і використання космічного простору здійснюється на благо всього людства, а на космос та небесні тіла розповсюджується міжнародне право, у тому числі і Статут ООН, і вони не можуть бути привласнені жодною державою. На цих же принципах було розроблено Договір про правові принципи діяльності держав щодо дослідження та використання космічного простору, включаючи Місяць і інші небесні тіла (Резолюція (XXI)). Історія міжнародного права не знає випадку такого масштабного розвитку та становлення міжнародно-правової галузі. Простота прийняття рішень міжнародною організацією порівняно із міжнародним договором, а тим більше міжнародним звичаєм, дозволила цій галузі розвиватися надзвичайно швидкими темпами [74, с. 394-395]. Такий приклад дає підстави

визначити рішення міжнародної організації як динамічне джерело міжнародного права.

У формі рекомендації, також до прикладу, була прийнята заява Парламентської асамблеї Ради Європи (далі – ПАРЄ) в сфері захисту сексуальних меншин [135]. Ця сфера прав людини загалом відноситься до національної компетенції держав, однак, значення такого документа, що не має обов’язкової сили, сприяє встановленню єдиного порядку та забезпечення «європейського консенсусу» у відносинах, щодо яких не існує єдиного міжнародно-правового регулювання.

Таким чином, незважаючи на деяку невизначеність та нечіткість правової природи актів міжнародних організацій як джерел міжнародного права, все ж можна зазначити, що такі акти є окремим прошарком системи джерел міжнародного права, оскільки багато в чому визначають подальший розвиток міжнародного права і є актами правотворчості відповідно до концепції «живого» права.

Варто також підкреслити і те, що в умовах сучасної глобалізації міжнародного права активними учасниками міжнародно-правового нормотворення стають такі не державні суб’єкти, як транснаціональні корпорації чи неурядові міжнародні організації. Прийняті ними акти «прямо чи опосередковано, але все ж здійснюють вплив на створення міжнародних норм. Як приклад, можна назвати діяльність Міжнародного Руху Червоного Хреста та Червоного Півмісяця, адже саме їх функціонування стало поштовхом до формування цілої галузі – міжнародного гуманітарного права» [39, с. 47].

Правозастосування. Проаналізувавши правотворчу діяльність якісно нового суб’єктного складу сучасного міжнародного права відповідно до концепції «живого» права, спостерігаємо й характерний для «живого» міжнародного права правозастосовний процес, який відрізняється вищим

процентом ефективності порівняно із класичним правозастосуванням на основі позитивно-правових норм.

Процес правозастосування відповідно до концепції «живого» права, як бачимо розвивається у двох напрямках. Перший – в рамках діяльності органів міжнародного правосуддя в процесі еволютивного тлумачення норм твердого права, які отримують якісно нове забарвлення відповідно до сучасних реалій та потреб глобального співтовариства. Другий напрямок – це втілення норм «живого» права в процесі реалізації та виконання «живих» норм створених некласичними суб'єктами міжнародного правотворення (транснаціональні корпорації (далі – ТНК), неурядові організації). Цей напрямок правозастосування характеризується вищим ступенем виконання, а й відповідно вищим ступенем ефективності правозастосування. Це пояснюється тим, що кінцеве правозастосування на національному рівні ґрунтується на добровільній основі, яка забезпечується не примусовим механізмом, а в силу закріплення прав та обов'язків суб'єктів, які відповідають їхнім реально наявним потребам, при реалізації яких досягається остаточний очікуваний результат врегулювання суспільно необхідних відносин.

Питання ефективності норм міжнародного права вказує про дієвість чи недієвість норм та їх відповідність сучасним реаліям. Наука і практика більшості держав світу при розгляді питання про ефективність норм міжнародного права останнім часом все частіше звертає увагу на особливості реалізації таких норм.

Одним із механізмів міжнародної правореалізації є діяльність Європейського Суду з прав людини. Потрібно зазначити, що діяльність Європейського Суду з прав людини є тим контрольним механізмом, який забезпечує ефективність норм Європейської конвенції про захист прав та основоположних свобод, а також сприяє прогресивному розвитку міжнародного права. Сутність Європейського Суду з прав людини

передбачає підвищення ефективності норм міжнародного права. Рішення Суду регулюють лише конкретні випадки суспільного життя, тому їх юридична чинність вичерпується фактом реалізації індивідуального припису. Тобто рішення Суду в конкретній справі не може бути застосоване до іншого, навіть аналогічного випадку «автоматично», без належного обґрунтування позиції Суду в новому рішенні, хоча він може посилається (і насправді посилається) на свої попередні рішення при ухваленні наступних в аналогічних за фабулами справ. Особливо важливим для забезпечення ефективності норм Конвенції є те, що закріплені у ній права відображені у загальних формулюваннях, а, відповідно, всі питання щодо їх тлумачення і застосування були передані до компетенції Страсбурзького суду. Саме нормативне закріплення таких повноважень дало можливість Суду застосовувати Конвенцію відповідно з її «духом», тобто як «живий інструмент», що означає застосування її відповідно до реалій сьогодення. Тобто відсутність конкретизації закріплених прав у Конвенції і наділення Судом виключними повноваженнями щодо застосування і тлумачення Конвенції, забезпечують відповідність положень Конвенції сучасним тенденціям і дають змогу застосовувати ці положення з урахуванням особливостей сучасних міжнародних відносин. Таким чином, Європейський суд з прав людини щодо наданих йому повноважень високоефективно сприяє дотриманню норм Конвенції, здійснює вплив на інші міжнародні механізми в сфері захисту прав людини і тим самим сприяє розвитку міжнародного права прав людини. У рішеннях органів міжнародного правосуддя підвищуються стандарти чинних обов'язків, робляться висновки про статус звичаєвих норм і загальних принципів права, що сприяє більшій ефективності міжнародного права. Рішення органів міжнародного правосуддя надають відповідним договірним нормам і принципам більшу зрозумілість, адаптують їх зміст до реалій міжнародного життя. Таким чином, у процесі вирішення спорів відбувається «кристалізація» договірних норм: формуючись із абстрактних

формул, вироблених у процесі дипломатичних переговорів, такі норми і принципи набувають контурів прикладних інструментів регулювання міжнародних відносин в актуальних умовах.

Отже, головна роль органів міжнародного правосуддя у застосуванні норм «живого» міжнародного права здійснюється паралельно із діяльністю в процесі правотворення, а саме наданні нових рис класичним джерелам міжнародного права, а тому вимагає детального аналізу діяльності органів правосуддя в процесі застосування норм «живого» міжнародного права в якості окремого предмету дослідження (цьому присвячений Розділ 3 роботи).

У зв'язку з цим, не можна не погодитись з думкою судді Міжнародного Суду В. Верещетіним, що практиці Міжнародного Суду приділено мало уваги, у той час, як «більш-менш глибоке осягнення «живого», діючого міжнародного права неможливе без практики його застосування міжнародним судом, як, втім, і практики інших органів міжнародного правосуддя» [32, с. 74-75].

Перехід основної функції у правотворенні норм міжнародного права від держав до інших суб'єктів, розглядуваних нами вище, не відсуває держави від процесу правозастосування, а, навпаки, призводить до збільшення відповідної їх ролі у забезпеченні виконання норм «живого» міжнародного права та їхньої імплементації на національному рівні. Механізм міжнародно-правового регулювання, принаймні поки що, не може існувати без держав, оскільки саме держави «завдяки суверенітету створюють міжнародне право, наділяють його обов'язковою силою, приводять в дію механізми його здійснення» [97, с. 132]. Якщо більшість із них не згодні з висновками органів міжнародного правосуддя, які містять елементи правотворчості, то така незгода буде практично блокувати трансформацію цих висновків, наприклад, у звичаєво-правову норму. У такому випадку рішення органу міжнародного правосуддя залишиться лише прецедентом, який врегулював конкретний спір. Іншими словами, останнє

слово в процесі правозастосування в міжнародному праві все ж залишається за державами як основними суб'єктами міжнародних відносин. Хоча, у той же час державам стає все складніше контролювати розвиток міжнародного права. Є багато підстав вважати, що процес як правотворення, так і правозастосування, в міжнародному праві поступово набуває характеру, все менш залежного від волі держав, і це не означає, що органи міжнародного правосуддя своїми рішеннями накладають на держав та інших суб'єктів міжнародного права додаткові обов'язки попри їх волю. Для реалізації норм «живого» права характерним є їх виконання та дотримання на добровільній основі, при цьому ж такі норми відображають сучасний стан речей і позицію держав щодо їх обов'язковості.

У нових галузях міжнародного права, таких як міжнародне право прав людини, міжнародне екологічне право, особливу увагу надано не лише реалізації міжнародно-правових приписів на рівні суб'єктів міжнародного права, але і процесу їх реалізації на внутрішньодержавному рівні. Це пояснюється тим, що найбільш гостро питання ефективності, а з ним і питання реалізації міжнародних норм постає у відносно нових галузях міжнародного права, а також у тих сферах, які ще зовсім недавно перебували у віданні виключно внутрішньодержавної компетенції.

Характеру «живого» міжнародне право набуває тоді, коли його норми практично врегульовують реально наявні відносини. В цьому контексті рішення міжнародного суду не завжди виконується відповідачем, або систематично чи повторно, або навіть постійно ним повторюються аналогічні правопорушення, що заважають міжнародному праву набувати «життєздатного» характеру. Для усунення даної перешкоди, в практиці ЄСПЛ діє процедура пілотних постанов, завданням яких є усунення причин чи обставин, які сприяють невиконанню чи систематичному порушенню прав в аналогічних відносинах. ЄСПЛ виносить пілотну постанову, тобто припис державі-деліквенту з усунення проблеми у встановлені строки, в рамках яких

призупиняє розгляд скарг на неї аналогічного характеру; про виконання припису деліквент звітує перед ЄСПЛ. У випадку невиконання припису ЄСПЛ відновлює розгляд аналогічних скарг і ґрунтується на принципі презумпції існування в державі системних порушень ЄКПЛ. Успішним прикладом тут є справа «Броньовський проти Польщі», в якій за піотною постановою ЄСПЛ, уряд Польщі в найкоротші строки прийняв нове законодавство з питання спору, що надало можливість вирішити в досудовому порядку тисячі аналогічних спорів. Як бачимо, ЄСПЛ впливає шляхом тлумачення не тільки на матеріальні, а й процесуальні норми ЄКПЛ, а також виступає чинним механізмом практичної реалізації та забезпечення норм ЄКПЛ та надає гнучкості не тільки нормам ЄКПЛ, а й внутрішньому законодавству держав.

Судова правотворчість розвивається, процес формування звичаєво-правових норм набуває змін, неухильно зростає кількість і авторитет рішень органів міжнародного правосуддя. Все це, на нашу думку, не тільки усуває сумніви про необхідність судового правотворення, але ще більше підкреслює його об'єктивну необхідність.

Варто вказати, що сучасний етап розвитку міжнародного права характеризується також інтерпретаційною діяльністю міжнародних організацій, що виступають свого роду окремим видом міжнародного правозастосування і полягає в тлумаченні міжнародних норм, що містяться у відповідних актах. Крім того, при здійсненні такої діяльності спостерігається вплив і на зміст інших міжнародних норм. Як приклад, можна назвати діяльність ООН, зокрема щодо тлумачення цілей і принципів ООН.

Узагальнюючи все вище викладене, можна зробити висновок про те, що процес нормотворення і правозастосування є дуже тісними в міжнародному праві з позиції розуміння його як «живого» права. На сьогодні, поруч з державами активними учасниками нормотворчого процесу у міжнародному праві є також міжнародні організації, чиї акти «м'якого»

права дуже часто стають повноцінним джерелом регулювання міжнародно-правових відносин, у зв'язку з чим їх можна зарахувати до похідних джерел міжнародного права. Крім того, безпосередній вплив на розвиток та формування норм міжнародного права здійснюють міжнародні судові установи, причому вплив відбувається через факт існування таких установ, а завдяки їх діяльності, тобто мова йде про створення нових норм міжнародного права в процесі прийняття рішень, заборон, ухвал тощо, тобто через їх правозастосовну діяльність. Практика міжнародних судів інколи може мати навіть вирішальний вплив на розуміння, виникнення та тлумачення міжнародно-правових норм, що тягне за собою визнання за такою практикою характеру дієвого джерела міжнародного права. Як справедливо зазначав Л. Оппенгейм [129, с. 38], рішення міжнародних судів хоч і не є прямим джерелом права, однак саме міжнародні суди ефективно виконують більшу частину завдання розвитку міжнародного права. Тому, ми солідарні з думкою П. Маланчука, який вказує, що «правильним буде твердження, що міжнародні суди здатні творити нове право» [98, с. 51].

Щодо правозастосування, то варто зазначити й таке, що дуже часто процес, який супроводжується тлумаченням норми (зокрема еволютивним тлумаченням), може не лише розширити зміст вже наївної норми, але й спричинити виникнення нових норм (детальніше дане судження буде розглянуто у Розділі 3 даної роботи на прикладі Європейського Суду з прав людини). Набуття характерної риси «живого» правозастосування, а саме добровільності, що ґрунтується на суспільній необхідності, справедливості та відповідності інтересам суб'єктів виконання, забезпечує підвищення ефективності міжнародно-правового застосування загалом.

Розглянуті та проаналізовані нами вище особливості міжнародного правотворення та правозастосування відповідно до концепції «живого» права Є. Ерліха, дають підстави стверджувати про необхідність перезавантаження нормативного змісту ст. 38 Статуту МС ООН щодо якісного наповнення

сучасних джерел міжнародного права, в тому числі й їхньої ієрархії в процесі правозастосування. Сучасні тенденції у правотворенні та правозастосуванні все більше підтверджують, що міжнародне право глобального співтовариства є «живим», а природно-правове бачення міжнародно-правового регулювання, що є домінантним у сучасному міжнародному праві, повинно відповідати або хоча б не заперечуватись позитивним міжнародним правом.

Висновки до Розділу 2

1. На відміну від більш «статичних» внутрішньодержавних правових систем і законодавств, які загалом базуються на важкозмінному позитивному вольовому приписі законодавця, міжнародне право покликане регулювати відносини між різними за культурними, правовими, релігійними та етнічними особливостями народами. Тому воно мало виробити в собі риси гнучкості і адаптативності як до специфіки такої різноманітності суб'єктів, так і до змінних внаслідок значущих світових подій суспільних відносин. Сучасний стан розвитку міжнародної спільноти під впливом процесу глобалізації та взаємопроникнення різних рівнів міжнародних відносин також вимагає ефективних та швидких змін у правовому регулюванні. Теорія «живого», змінного і пристосовуваного до змінних суспільних відносин права, запропонована Є.Ерліхом, сьогодні може слугувати таким потребам міжнародного співтовариства в ефективному правовому регуляторі.

Набуття «живого» характеру пояснюється трансформаційними процесами, які відбуваються у сучасному міжнародному праві, адже право змінюється відповідно до змін, які відбуваються у світі. Така трансформація відбувається через призму спадкоємності та еволюції у різні історичні проміжки, однак з взаємозалежністю з внутрішніми і зовнішніми чинниками, постійно підлаштовуючись до темпів розвитку міжнародної спільноти.

Наявність «живих» елементів у класичному міжнародному праві не лише сприяє ефективному регулюванню сучасних міжнародних відносин, але й призводить до утворення нових галузей міжнародного права, появу яких безпосередньо пов'язують з якісно новими і швидкими темпами розвитку міжнародної спільноти та науково-технічного прогресу, зокрема.

2. Сьогодні найважливіша роль «живому» праву відводиться у таких галузях, як гуманітарне право, міжнародне право захисту прав людини, міжнародне право навколишнього середовища та ін.

3. Сучасна доктрина міжнародного права, яка розглядає міжнародне право як «живе», відходить від класичного розуміння формування міжнародних норм лише шляхом узгодження воľ держав. Ще одним підтвердженням розуміння сучасного міжнародного права як «живого» є механізм пристосовуваності міжнародного права до змін у розвитку міжнародної співтовариства у випадках, коли врегулювання таких змін неможливе шляхом застосування загального міжнародного права та у випадках, коли такого регулювання потребують нові сфери співробітництва.

Все частіше до процесу створення нових норм міжнародного права залучаються й некласичні суб'єкти такого процесу, що передусім зумовлено швидкими темпами розвитку міжнародних відносин.

Особливу увагу в доктрині міжнародного права на сучасному етапі її розвитку варто приділяти такому процесу, як фрагментація міжнародного права. Незважаючи на поодинокі формулювання критики такого процесу, вважаємо, що прояв фрагментації, як галузевої, є тим каталізатором, який сприяє створенню нових галузей міжнародного права, що передусім підтверджує його «живий», еволютивний характер.

4. Комплекс норм «м'якого» права є чи не найголовнішим підтвердженням міжнародного права, як «живого». Адже сьогодні норми міжнародного «м'якого» права забезпечують регулювання відносин у різних сферах міжнародного співробітництва, і держави, будучи основними

суб'єктами міжнародного права, загалом віддають перевагу врегулюванню відносин між ними за допомогою таких норм, тоді коли, досягти згоди між державами на рівні укладання договору неможливо, наприклад, через політичні протиріччя.

5. Проводячи паралель між теоріями походження міжнародного права та теорією походження «живого» права відповідно до концепції Ерліха варто зазначити на тому, що обидві зароджуються у римському праві, причому у такому праві, як *jus gentium*.

Порівнюючи дві теорії права, можна також констатувати, що теорія походження «живого» права, як власне і міжнародного права, тісно пов'язана з так званою «примирительною» теорією. Адже, потреба врегулювання міжродових конфліктів мирно, шляхом виходу соціальних союзів за межі замкненості, спонукала до розвитку і утвердження міжнародного права. Появу такої теорії безпосередньо пов'язують з її витоками у *jus gentium*, як основи врегулювання міжродових, а в подальшому міждержавних, відносин.

6. На сучасному етапі спостерігається вихід за межі класичного розуміння суб'єктного складу процесів нормотворення та правозастосування. Часто сьогодні держави, як основні суб'єкти міжнародного нормотворчого процесу, не в змозі створити ефективні норми міжнародного права, тому першість отримують нові суб'єкти – такі як міжнародні (урядові та ключові, найбільш впливові і авторитетні неурядові) організації та міжнародні судові установи. Також вони мають найширші повноваження у сфері формування норм міжнародного права, шляхом вироблення стандартів. Що ж стосується міжнародних судових установ, то процес нормотворення за їх участі відбувається шляхом еволютивного тлумачення норм міжнародного права. Норми міжнародного договору набувають характеру «живих» шляхом їх безпосереднього еволютивного тлумачення стосовно потреб сучасної міжнародної спільноти.

7. Завдяки трансформаційним процесам, які відбуваються у сучасному міжнародному праві, можна з впевненістю сказати, що спостерігається вихід за межі дводжерельності, на рівні з договором та звичаєм. Так, особливої ролі серед джерел міжнародного права починають відігравати принципи, резолюції та рішення міжнародних організацій, а також рішення міжнародних судових установ. Цей факт ще раз підтверджує «живий» характер міжнародного права відповідно до концепції Євгена Ерліха.

Крім того, сучасне розуміння та тлумачення міжнародного права як «живого» права, що є предметом дослідження Розділу 2 також висвітлені у наукових працях автора [100, 101].

РОЗДІЛ III. РОЗВИТОК СУЧАСНОГО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ЯК «ЖИВОГО» ПРАВА

3.1. Діяльність універсальних міжнародних судових установ у розвитку сучасного міжнародного права як «живого»

Глобалізація міжнародних відносин і необхідність вирішення нових міжнародних проблем зусиллями міжнародного співтовариства значною мірою здійснює безпосередній вплив на розвиток міжнародного права. Разом зі зміною характеру міжнародних відносин змінюється й їх правове регулювання. Міжнародне право еволюціонує під впливом багатьох чинників. На сьогодні все частіше міжнародне право розглядається з погляду протиставлення «динамічної» міжнародно-правової практики «статичному» нормативному началу. Такий підхід до сучасного міжнародного права дозволяє розглядати його як «живе» право. Як зазначає А. Мірошніченко, «писане право є «живим» інструментом, яке слід застосовувати у конкретних історичних умовах, обираючи це його розуміння, яке відповідає уявній волі ідеального законодавця (правотворця) на цей момент. При формулюванні тексту правових актів для забезпечення їх гнучкості у багатьох випадках буває необхідним свідомо використовувати конструкції, які дозволять розуміти їх по-різному у певних історичних умовах. Текст акта повинен бути результатом компромісу між бажанням забезпечити його одноманітне розуміння і передбачуване застосування та бажанням забезпечити його гнучкість і можливість застосування в різних умовах» [125]. Зазначений підхід найкраще проявився в діяльності міжнародних судових установ.

Розвиток сучасного міжнародного права, зростання його ролі і ефективності у регулюванні міжнародних відносин характеризується зростанням у другій половині XX – початок XXI ст. кількості органів міжнародного правосуддя як на універсальному, так і на регіональному рівнях, в тому числі і у галузевому напрямку. Такий розвиток системи

органів міжнародного правосуддя свідчить про новий етап еволюції міжнародного права, як системи «живого» права, яке розвивається відповідно до реально наявних міжнародних відносин. Так, поява нових відносин на міжнародному рівні вимагає відповідного міжнародно-правового регулювання на основі норм «живого» міжнародного права, які найшвидше і найефективніше реагують на сучасні виклики та потреби глобального міжнародного співтовариства. Зокрема, створюються ряд нових міжнародних інституцій, що здійснюють функцію право творення [161]. Зокрема, Міжнародний Трибунал з морського права, Міжнародні Трибунали по колишній Югославії та Руанді, погоджені процедури вирішення спорів в рамках Північноамериканської зони вільної торгівлі, вирішення спорів в рамках спільного ринку країн Південного Конусу, створено орган з вирішення спорів СОТ та ін. Серед менш затребуваних, але важливих органів міжнародного правосуддя, варто згадати Суд ЄС, Компенсаційну комісію ООН, інспекційні групи Світового банку, Економічний Суд Співдружності Незалежних Держав, Міжнародний кримінальний суд, Африканський суд з прав людини і народів, Судову палату Загального ринку Східної та Південної Африки, Суд з примирення і арбітражу в рамках Організації з безпеки і співробітництва в Європі, Північноамериканську комісію з питань співробітництва у сфері охорони навколишнього середовища, механізм подачі колективних позовів відповідно до Європейської соціальної хартії. Такий еволютивний розвиток системи міжнародних судових органів у другій половині XX ст. пояснюється об'єктивними факторами, які одночасно є свідченням про набуття міжнародно-правовим регулюванням ознак «живого». Зокрема, необхідність у міжнародно-правовому регулюванні відносин, які на сучасному етапі виходять на міжнародно-правовий рівень регулювання (кримінальне, адміністративне право) або потреба в міжнародно-правовому регулюванні відносин, щодо яких в міжнародному праві виявився правовий вакуум чи відсутність багатостороннього

міжнародного регулювання (екологічні відносини, культурна спадщина людства). Отже, наслідком розвитку сучасного міжнародного права як «живого» права є посилення нормативного регулювання міжнародного правосуддя в рамках міжнародно-правової системи та еволюції у міжнародному правотворенні, що найкраще підтверджує теза Дж. Абі-Сааб, «якщо дев'ятнадцяте століття було століттям парламентів, а двадцяте – урядів, то двадцять перше буде століттям судів та суддів» [188, с. 242].

Роль органів міжнародного правосуддя у розвитку міжнародного права як «живого» передусім вбачається у створенні нових норм міжнародного права шляхом прийняття рішень у конкретних справах, адже саме у рішеннях органів міжнародного правосуддя досить часто трапляються елементи нормотворення, яке здійснюється в межах тлумачення норм і принципів міжнародного права, виявленні звичаєвих норм і загальних принципів права, тлумачення міжнародного договору як «живого інструменту» зокрема. Рішення кожного міжнародного суду і арбітражу може здійснити безпосередній вплив на розвиток міжнародного права, зробити поштовх для початку формування абсолютно нового напрямку, доктрини чи навіть галузі права. При чому це відноситься до рішень не тільки постійно діючих судових органів, але і до арбітражів, включаючи міжнародні комерційні арбітражі, які, представляють «унікальну процедуру..., яка переступає межі системних розбіжностей правових систем». Нерідко те, яким саме чином було врегульовано спір, втрачає значення перед тим, який вклад було зроблено цим рішенням в розвиток міжнародного права. Наприклад, міжнародне екологічне право своєю появою фактично завдячує судовим рішенням. Так, «основоположниками» цієї галузі права стало «безсмертне тріо арбітражних рішень у справах про морські котики Берингового моря, Справа про плавильний завод у Трейлі, і про озеро Лану, завдяки яким і існує міжнародне екологічне право» [161, с. 53].

Як зазначалося, в останні десятиліття відчутно зросла кількість судів, арбітражів та трибуналів, які розглядають спори міжнародного характеру. Серед них особливе місце займає Міжнародний Суд ООН (далі – МС ООН). Цей орган, наділений найбільш демократичним потенціалом, який може здійснювати вплив на розвиток міжнародних відносин відповідно до концепції «живого» права, адже в якості головного судового органу ООН, він відіграє основну роль у справах встановлення верховенства права (Rule of Law) у міжнародних відносинах. Діяльність Суду ООН направлена на забезпечення виконання головної цілі ООН – вирішення мирними засобами та відповідно із принципом справедливості міжнародних спорів та суперечок, які можуть призвести до порушення миру. Отже, саме Суд ООН, як головний судовий орган глобального міжнародного співтовариства, покликаний розвивати та застосовувати міжнародне право відповідно до сучасних реалій міжнародного буття, ґрунтуючись на принципі справедливості та забезпечуючи верховенство права на міжнародному рівні.

Варто звернути увагу, що ще у римському праві принцип справедливості було висунуто як ідею розмежування «твердого» права *jus strictum* та «справедливого» права *jus aequum*, яке із впевненістю можна назвати «живим» правом у сучасному розумінні концепції міжнародного права як «живого». Найефективнішою формою втілення міжнародної справедливості є діяльність Суду ООН, який здатний, використовуючи гнучкість норм міжнародного права, розвивати та пристосовувати право до правової реальності на власний розсуд, збагачуючи змістовно міжнародне право справедливістю, а у певних складних випадках при розгляді конкретного спору, застосовувати справедливість у разі відсутності міжнародно-правової норми, відновлюючи справедливість, порушену при прийнятті норми (згідно п.2 ст.38 Статуту МС ООН). Ця норма у своєму сутнісному розумінні *ex aequo et bono* виступає в якості основи для винесення рішення, втілюючи в собі всю джерельну базу права, яка, як нами

доведено вище, давно виходить за рамки суто дводжерельності і охоплює загальні принципи права, судові рішення і доктрини найбільш кваліфікованих спеціалістів у галузі публічного права різних націй та ряд інших. Міжнародний Суд вирішує передані йому на розгляд спори на основі міжнародного права. У цьому сенсі діяльність Міжнародного Суду ООН чи не найтіснішим чином пов'язана з розвитком міжнародного права. Цей зв'язок втілюється, з одного боку, у тлумачній та консультативній діяльності Міжнародного Суду, а з іншого власне зацікавленість суб'єктів міжнародних відносин у врегулюванні міждержавних спорів виключно мирними засобами на основі рішень Суду ООН у конкретних справах, а відповідно реалізації норм «живого» міжнародного права.

Рішення Міжнародного Суду ООН, прийняті на основі права і справедливості, сприяють прогресивному розвитку сучасного міжнародного права і його інститутів. Вони є важливим джерелом розвитку науки і практики міжнародного права, а у ряді випадків (при наявності відповідних обставин) – у якості прецедентів при врегулюванні аналогічних спорів – входять у процес нормотворення як складова міжнародної практики у частині констатації наявності норм міжнародного права або їх тлумачення, сприяють вдосконаленню міжнародного права, підвищують його ефективність.

У сучасних умовах вагомо підвищується роль Міжнародного Суду ООН у сфері нормотворення. Суд не лише застосовує усталені норми міжнародного права, але і стає активним учасником створення нових міжнародно-правових норм. Питання нормативного характеру рішень міжнародних судових установ виникло ще у першій половині XX ст. при аналізі діяльності Постійної Палати Міжнародного Правосуддя. Французький вчений Жорж Ссель прямо вказував, що рішення суду є формальним джерелом міжнародного права на рівні з договором і звичаєм, обґрунтовуючи необхідність розширеного тлумачення позитивного закріплення джерел міжнародного права, оскільки: «обмежене тлумачення ст. 38 статуту

Постійної Палати Міжнародного Правосуддя породжує проблему невизнання за рішеннями суду сили джерела міжнародного права» [229, с. 426]. На підтвердження цього Е.-У. Петерсманн зауважує наступне: «Оскільки у всіх законах і у всіх міжнародних договорах використовуються нечіткі терміни та недосконалі норми, функція судді зовсім не зводиться до «вуст, які промовляють слова закону» (*la bouche qui prononce les mots de la loi* – Монтеск'є). Здійснюючи вибір між варіантами тлумачення норм і «заповнюючи прогалини» в інтересах правосуддя, судді своїми рішеннями виконують функцію тлумачення, прогресивного розвитку і заповнення законодавчих норм та міжурядових угод» [221]. Вольцех Горальчик стверджує, що тільки рішення, які відповідають тенденціям розвитку міжнародного права, можуть бути сприйняті міжнародною спільнотою і, відповідно, вплинути на розвиток міжнародного права [204, с. 482]. Отже, як бачимо, міжнародна доктрина повністю підтверджує й правотворчу судову функцію Суду ООН при розгляді конкретних спорів, яка є розвитком міжнародного права як «живого».

Найвлучніше творчий підхід в процесі еволютивного тлумачення норм міжнародного права Судом ООН застосовується при розгляді та вирішенні ним територіальних спорів. У таких справах Суд насамперед звертається до розгляду і тлумачення договорів, на основі загальновизнаних принципів, які можуть вирішити спір за суттю. Якщо договори відсутні або не можуть бути застосованими для розгляду спору, то Суд звертається до доктрини *uti possidetis*. У випадку, якщо і ця доктрина не може бути застосована, Суд звертається до «ефективного контролю територій» для вирішення спору. Якщо і цей метод є неефективним, то суд вирішує справу на основі принципу справедливості права, але вже не звертається до інших аргументів, які запропоновані сторонами. Така процесуальна послідовність дотримується Судом у ряді справ і представляє собою процесуальну правову позицію, яку можна визначити як процес розвитку сучасного міжнародного права як

«живого» в рамках справи, що розглядається. У таких положеннях, висновках і елементах аргументації можуть бути враховані і позиції сторін, проте суд не пов'язаний лише наданими сторонами аргументами, що відкриває для нього простір для прийняття самостійних рішень про доречність звернення до того чи іншого акту, доктрини.

Перші такі рішення з територіальних спорів прийняті ще у 50-х роках ХХ ст. Так, у спорі між ФРН та Нідерландами і Данією 1969 р. [143] про розмежування морських територій Міжнародний Суд ООН прийняв рішення на підставі принципу справедливості, тобто визначив кордон між державами таким чином, щоб він складав природне продовження її сухопутної території, хоча згідно з ст. 6 Конвенції про континентальний шельф 1958 р. у разі відсутності угоди про кордон між державами останній вимірюється за принципом рівної віддаленості. Отже, дана справа є яскравим підтвердженням правотворчої функції Міжнародного Суду ООН, який для забезпечення верховенства права на основі принципу справедливості може відходити від норм міжнародного договору, що є класичним «твердим» правом.

Ще одним із прикладів тлумачення міжнародного права як «живого» в рамках вирішення територіальних спорів, є винесене у лютому 1994 р. Міжнародним Судом рішення у справі про прикордонну смугу Аузу між територією Чаду і Лівії. З урахуванням встановлених фактів по справі Суд прийшов до висновку, що для визначення точної лінії проходження кордону між територіями Чаду і Лівії застосовуються договори, зазначені в додатку до ст. 3 Договору 1955 р. між Францією та Лівією. На їх основі Суд провів остаточну делімітацію кордону між сторонами, визначивши таким чином приналежність смуги Аузу до Чаду. Розглянувши усі концепції, які висувалися сторонами у зв'язку з даним спором: концепцію «terra nullius», принцип *uti possidetis*, концепцію ефективної окупації, сфер впливу і т. д., Суд вирішив, що по даній справі немає необхідності вдаватися в роз'яснення

про застосування (або незастосування) перерахованих концепцій, так як, на його думку, Договір 1955 р. визначив лінію проходження кордону між двома сторонами. Значення даної справи у розумінні концепції міжнародного права як «живого» полягає в тому, що Суд сформулював правову позицію, яка ґрунтується на принципі стабільності кордонів і полягає в тому, що всі договори про кордони повинні вважатися безстроковими, а отже припинення дії договору не скасовує встановлений цим договором кордон, а останній може бути змінений чи скасований лише на підставі наступної міжнародної угоди між межуючими державами. Отже, при вирішенні справи Суд ООН формулює нову норму, яка може вважатися прецедентом при вирішенні аналогічних територіальних спорів, за якою з метою усунення правової прогалини у регулюванні державних кордонів та з метою забезпечення принципу мирного вирішення спорів, державні кордони отримують безстроковість, а їх зміна підлягає лише договірному врегулюванню.

У рішенні ж про Протоку Корфу Суд підкреслив звичаєво-правову природу договорів у сфері гуманітарного права. Зокрема, в даній справі розглядалися положення восьмої Гаазької конвенції 1907 р., яка стосувалася обов'язку повідомлення про наявність мінних полів. Відповідач – Албанія не була стороною даної Конвенції, проте, це не завадило Суду зробити наступні висновки: «Покладені на владу Албанії обов'язки полягають у повідомленні, в інтересах судноплавства загалом, про існуючі мінні поля в територіальних водах Албанії і попередженні британських воєнних кораблів, котрі наближалися, про потенційну небезпеку, яку створювали для них мінні поля. Такі зобов'язання випливають не з Восьмої Гаазької Конвенції 1907 року, яка застосовується під час війни, а з елементарних міркувань гуманності, ще більш доречних у мирний час, а також з визначених звичаєвих і загальноприйнятих принципів, а саме принципу свободи мореплавства і обов'язку кожної держави не дозволяти свідомо використовувати своєї території для здійснення дій, які порушують права інших держав» [130, с. 6-

9]. Цим рішенням Суд прямо заперечив більш ранній звичаєвий принцип, окреслений постійною Палатою Міжнародного Правосуддя у справі «Лотус», таким чином, Міжнародний Суд не лише сприяв закріпленню міжнародного звичаю, але фактично сам розвинув положення міжнародного договору, закріпивши правові підстави для визнання за певним правилом міжнародної поведінки якості звичаю. Цей висновок пізніше був підтверджений Судом у рішенні Справи про воєнну і воєнізовану діяльність в/та проти Нікарагуа: «Якщо Держава коли-небудь установлює у водах міні... і не робить будь-яких попереджень чи повідомлень про це, нехтуючи безпекою мирного судноплавства, вона цим самим порушує принципи гуманітарного права, які лежать в основі конкретних положень Восьмої Конвенції 1907 р.» [190]. Рішенням, винесеним по даній справі, Міжнародний Суд ООН закріпив концепцію ефективного державного контролю, яка до того часу носила дещо сумнівний характер у практиці міжнародного права.

Тлумаченням міжнародного договору в динаміці є рішення у справі про Континентальний шельф (Туніс/Лівійська Арабська Джамахарія, 1977 р.), коли Суд був наділений правом розгляду справи відповідно до міжнародного права, при цьому застосовуючи останні тенденції, які розроблялися і були визнані Третьою конференцією з морського права. Варто зауважити, що сама Конференція відбулася у період з 1973 по 1982 рр., по завершенні якої 30 квітня було прийнято Конвенцію ООН з морського права, котра вступила в силу 16 листопада 1994 р. Отже, Суд приймає рішення на підставі Конвенції, яка на момент розгляду справи ще не вступила в силу, надаючи їй якості джерела міжнародного права, обґрунтовуючи суспільну необхідність застосування норм, закріплених в ній.

Прийняття консультативних висновків Міжнародним Судом ООН (на підставі ст. 96 Статуту, ст. 65-68 Статуту Суду [163]) є другим напрямком розвитку сучасного міжнародного права як «живого» в процесі здійснення міжнародного правосуддя. Консультативні висновки Міжнародного Суду

являють собою авторитетне вираження правової позиції головного судового органу ООН з конкретного питання сучасного міжнародного права. Консультативні висновки Суду наділені не меншим авторитетом, ніж рішення. Подібно аргументації в судових рішеннях, правова позиція консультативних висновків також отримує загальновизнаний авторитет, навіть стосовно держав, які не брали участі у його прийнятті і тому можуть вважатися напрямком у формуванні нових еволютивних норм міжнародного права. У загальному плані консультативні висновки можуть розглядатися у рамках інституту мирного врегулювання спорів.

Зростання ролі та ефективності використання консультативних функцій Міжнародного Суду ООН в процесі підтримання міжнародного правопорядку свідчить про прогресивний розвиток міжнародного права. Особливістю консультативних висновків Суду полягає в тому, що вони, на відміну від рішень, не наділені обов'язковим характером і не зобов'язують орган чи сторони, які звернулися до Суду за консультативним висновком, а тим більше інших учасників міжнародних правовідносин. Консультативні висновки Міжнародного Суду ООН мають рекомендаційний характер, однак, жодне з положень Статуту ООН і Статуту Міжнародного Суду не забороняє органам та організаціям, що звернулися із запитом, визнати для себе обов'язковим такий консультативний висновок. Наприклад, у «консультативному висновку про правосуб'єктність ООН від 11 квітня 1949 року Суд дослідив питання про відшкодування збитків, завданих на службі ООН. При цьому він опинився у своєрідній ситуації відсутності конкретної норми для врегулювання спору. Виявивши таким чином прогалину, Суд, посилаючись на Статут ООН, констатував право організації захищати своїх агентів» [44, с. 40]. Даним рішенням було продемонстровано також здатність Суду впливати на міжнародну інституційну систему, оскільки в рішенні було визнано правосуб'єктність

ООН як міжнародної організації, цим самим Судом було започатковано процес визнання міжнародної правосуб'єктності міжнародних організацій.

Вагома юридична цінність і великий моральний авторитет консультативних висновків Міжнародного Суду ООН підтверджує сама практика Міжнародного Суду ООН. Так, наприклад, в своїх консультативних висновках він виклав чітке і не двозначне розуміння взаємних прав і зобов'язань держав, які впливають з найбільш важливих загальновизнаних принципів і норм сучасного міжнародного права; розмежував застосування сили в міжнародних відносинах і акти агресії, уточнив зміст і межі прав держав на самооборону і колективну самооборону; сформулював концепцію паралельної дії звичаєвої і договірної норм міжнародного права; сприяв закріпленню міжнародного правового режиму, що передбачає заборону на використання ядерної зброї в трьох середовищах; розробляв ключові положення міжнародного морського права у їх сучасному розумінні, які знайшли відображення в Конвенції ООН по морському праву 1982 року; сприяв формуванню міжнародного права делімітації континентального шельфу і розмежування морських кордонів.

Так, консультативний висновок Міжнародного Суду ООН стосовно законності загрози ядерної зброї чи її застосування від 8 липня 1996 року було винесено за запитом Генеральної Асамблеї ООН, викладеного в Резолюції 49/75 від 15 грудня 1994 року про допустимість міжнародним правом за будь-яких обставин загрози ядерної зброї чи її застосування. Даним консультативним висновком Міжнародний Суд ООН викликав великий резонанс в світовій спільноті. Виявивши прогалину у міжнародно-правовому регулюванні даного питання, Міжнародний Суд ООН спираючись на «застереження Мартенса» як на один із «основоположних принципів, що визначають структуру гуманітарного права», вказав на «тривалість її існування і використання... в підтвердження того, що принципи і норми гуманітарного права застосовуються для ядерної зброї» [81]. Отже, для

заповнення прогалини Суд розтлумачив норми міжнародного гуманітарного права як такі, що охоплюють своїм правовим регулюванням і відносини по застосуванню і загрози ядерної зброї. Даним консультативним висновком Суд дав поштовх формуванню міжнародно-правовому регулюванню сфери ядерної зброї, зокрема було прийнято ряд Резолюцій Генеральної Асамблеї ООН: Резолюція №56/24 від 29 листопада 2001 року «Шлях до повної ліквідації ядерної зброї»; дві Резолюції №56/24 A-V, A-F від 29 листопада 2001 року «Ядерне роззброєння», «Конвенція про застосування ядерної зброї»; Резолюція від 10 листопада 2001 року «Заходи щодо консультативного висновку Міжнародного Суду стосовно законності ядерної зброї чи її застосування» і інші, які були засновані на положеннях даного консультативного висновку Міжнародного Суду ООН, як акту міжнародного права в контексті концепції міжнародного права як «живого».

Ще одним наочним прикладом розвитку міжнародного права як «живого» у консультативних висновках є рішення про застосування Конвенції про попередження злочину геноциду і покарання за нього, в якому Суд сформулював ряд висновків, які сприяли розвитку Конвенції, зокрема щодо наділення універсальною юрисдикцією держав-учасниць у питаннях попередження і покарання за злочини геноциду, чим уточнив територіальну сферу дії зобов'язань за Конвенцією, оскільки остання містила прогалину у регулюванні даного питання.

Проаналізувавши діяльність Міжнародного Суду по винесенню консультативних висновків, варто звернути увагу на їх високий авторитет, що сприяє підвищенню ефективності виконання таких висновків, незважаючи на не обов'язковий характер норм, що в них містяться, та заповненню прогалин у міжнародному праві такими нормами, що є беззаперечним підтвердженням впливу консультативної діяльності Суду ООН на розвиток міжнародного права в рамках концепції «живого» міжнародного права.

Особливого значення у міжнародному праві сьогодення набуває особлива наднаціональна правова система Європейського Союзу (далі – ЄС). У контексті даного питання важливу роль тут відіграє діяльність Суду ЄС. Згідно установчих договорів ЄС Суд ЄС наділений особливим повноваженням тлумачення положень права ЄС, що свідчить про його виняткову роль у розвитку правової системи ЄС. Рішення Суду ЄС у частині тлумачення положень установчих договорів ЄС (які за своєю природою є міжнародними договорами) мають особливе значення і стають джерелами права ЄС. Крім того, Суд ЄС не пов'язаний своїми попередніми рішеннями, оскільки право ЄС не визнає доктрини судового прецеденту, такий підхід дозволяє Суду ЄС вирішувати спори відповідно до реалій буття і забезпечувати справедливість на найвищому рівні. Даний факт свідчить про прогресивний розвиток започаткованої Є. Ерліхом теорії «живого» права не тільки на рівні універсального міжнародного права, а й на рівні регіонального, зокрема на європейському континенті. Така практика, звичайно, є наслідком історичного розвитку основних принципів, зокрема принципу справедливості, що беруть свої витoki в європейській доктрині права *jus gentium*. Включення основних принципів права до джерел права ЄС є основною характеристикою практики Суду ЄС, яка спрямована розвивати судову практику з метою подолання правових прогалин відповідно до принципу справедливості та із життєвонеобхідними умовами соціального буття на європейському континенті.

Тлумачення норм установчих договорів ЄС надає праву ЄС характеру «живого» права. Ще у 60-х рр. XX ст. Суд ЄС, у справі *Stauder v. City of Ulm*¹, проголосив, що Суд ЄС скасує будь-яке рішення ЄЕС, якщо воно суперечить правам людини.

Національні суди держав-членів ЄС можуть звертатися до Суду ЄС для тлумачення норм установчих договорів, а також при вирішенні конкретних

¹ *Stauder v. City of Ulm* (1969) ECR 419, (1970) CMLR112 (Case 29/69)

справ Суд ЄС може скасувати рішення органів ЄС, якщо вони не відповідають нормам установчих договорів. Отже, закріпивши основи (тобто основні принципи) наднаціонального правового регулювання в установчих договорах ЄС, безпосереднє регулювання відносин в рамках ЄС здійснюється шляхом прийняття актів вторинного права, які не можуть їм суперечити. Особливу роль у забезпеченні відповідності таких норм первинним нормам установчих договорів належить саме Суду ЄС, який розглядає, тлумачить та скасовує їх відповідно до конкретних обставин справи, що розглядається. Така судова практика забезпечує суб'єктам права ЄС право на справедливість і надає правовому регулюванню «гнучкості», необхідної для підтримання права ЄС в якості «живого» інструменту правового регулювання відносин у мінливих соціальних та політичних реаліях буття.

У діяльності Суду ЄС можна знайти й практику так званого еволютивного тлумачення права. Повернемося до періоду становлення права прав людини в рамках ЄС, а саме до періоду, що тривав до підписання Маастріхтського договору про створення ЄС, тобто до періоду Співтовариств, коли права людини не входили до їх компетенції, адже, лише Договором про ЄС 1992 р. вперше на наднаціональному рівні було закріплено принцип поваги прав людини (п. 2 ст. F гарантував права людини закріплені Європейською конвенцією про права людини 1950 р.). Перші справи¹, які розглядалися Судом ЄС з посиланням на права людини, були прийняті на користь комунітарного права. Приєднання до 1955 р. усіх первісних держав-учасниць ЄС до Європейської конвенції про права людини, вимагало змін й судової практики у даній галузі з огляду відданості європейських націй концепції прав людини. Вже з середини 60-х рр. XX ст. Суд ЄС змінює негативну позицію в цій сфері ґрунтуючись на доктрині загальних принципів

¹ Справа С – 26/69 Stauder v. City of Ulm (1969)

права, а саме відносить принципи поваги прав людини до загальних принципів права Співтовариства¹.

У наступні роки Суд ЄС поступово на рівні судового прецеденту закріплював ряд прав людини, що не мали свого визнання в установчих договорах Європейських Співтовариств, як інтегральну частину загальних принципів права, при цьому аналізував ЄКПЛ та ряд інших конвенцій з прав людини, які не становили частину права ЄС. Отже, загальні принципи права отримали захист на рівні неписаного права ЄС крізь призму концепції загальних принципів права ЄС, спільної для держав-членів, тим самим було розпочато розвиток та утвердження поваги прав людини в ЄС саме Судом ЄС.

Аналіз діяльності універсальних органів правосуддя в розвитку сучасного міжнародного права як «живого» на прикладі МС ООН дозволяє констатувати, що, взявши за відправну точку ст. 38 Статуту МС ООН, діяльність Суду щодо правотворення розвивається у двох напрямках: по-перше, суд розвиває «тверде» право шляхом його еволютивного тлумачення; по-друге – вирішує справи на основі принципу *ex aequo et bono*, тобто прийняття рішення на основі принципу справедливості за згодою сторін, не прив'язуючись при цьому до норм позитивного права.

Ієрархічна рівнозначність юридичної сили більшості джерел, так само як і норм і принципів міжнародного права, а також важливість ролі прецедентів у формуванні цієї правової галузі надають суддям досить широкі можливості для правових експериментів. Цікавою є думка Г.Л.А. Харта, який стверджував, що існує «сильний суддівський розсуд», який він визначав як «можливість вибору між різними допустимими варіантами рішення за відсутності вірної відповіді, заснованої на існуючих нормах права. Суддя в такому контексті змушений стати на позицію законодавця, приймаючи те

¹Справа С – 1/58 *Stork v. High Authority* (1959); Справа С – 40/64 *Sgarlata v. Commission* (1956)

рішення, яке він вважає найкращим, виходячи з своїх власних переконань і переваг» [205, с. 127]. Незважаючи на критичне ставлення до розширення меж суддівського розгляду на сучасному етапі, хочеться зазначити, що саме проявляючи суддівську активність, судді можуть застосовувати розширені методи тлумачення міжнародно-правових норм і принципів, надавати їм нового змісту у ракурсі еволюційного розвитку, адаптувавши до сучасних умов міжнародного життя. Приймаючи такі рішення, універсальні органи міжнародного правосуддя ніби розширюють рамки звичайних уявлень про право та правову процедуру та сприяють розумінню міжнародного права як «живого». Проявляючи суддівський активізм, судді віддають перевагу розвитку права, намагаються своїми рішеннями привнести у нього нове та суспільно необхідне, заповнюючи при цьому існуючі прогалини у міжнародно-правовому регулюванні.

Підсумовуючи викладене вище, зазначимо, що на сучасному етапі еволюції міжнародного права – зростання ролі універсальних органів міжнародного правосуддя не лише в реалізації принципу мирного вирішення міжнародних спорів, але і в прогресивному розвитку самого міжнародного права – варто говорити про те, що їх рішення поступово набувають і закріплюють за собою значення джерел права. Заперечувати це було б рівнозначним тому, щоб намагатися доказати, що «справжня реальність – це не те, що існує в міжнародних відносинах і їх правовому регулюванні, а те, що повинно існувати» [153, с. 33]. У зв'язку з цим виникає необхідність переоцінки, переосмислення ієрархії джерел міжнародного права, закріпленої у ст. 38 Статуту МС ООН, оскільки сучасний етап розвитку міжнародного права яскраво демонструє розуміння його як «живого».

3.2. Роль Європейського суду з прав людини в утвердженні концепції міжнародного права як «живого» права

Однією з найавторитетніших міжнародних судових установ європейського регіону є Європейський суд з прав людини, який вважається засновником теорії застосування ЄКПЛ як «живого» документу у міжнародному праві. В своїй діяльності ЄСПЛ активно використовує концепцію «живого» інструменту в процесі безпосереднього тлумачення норм Конвенції.

Сьогодні нормативне значення рішень Страсбурзького суду є загальноновизнаним, оскільки вони здатні не тільки вирішити спір по суті, а й оперативно усунути недоліки чинного національного законодавства, враховуючи особливості правових систем держав-членів Ради Європи, право якої поєднує континентальний та англо-американський типи правових систем.

У цьому контексті, говорячи про Європейську конвенцію, як «живий» документ, можемо провести паралель з теорією «живого» права Є. Ерліха. Адже, як зазначав сам науковець, право може бути «живим» і у законі, який тлумачиться відповідно до соціальних реалій буття. Еволютивне чи динамічне тлумачення можна із впевненістю назвати «живим» тлумаченням у розумінні ідей Є. Ерліха. «Живе» тлумачення є необхідною умовою ефективності міжнародного права в контексті відсутності єдиного правотворця на міжнародно-правовій арені. Загальновідомою стала теза: «Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод – живий інструмент», яка сьогодні цитується як в доктринальних роботах, так і самими суддями при винесенні рішень [141; 59].

Як зазначає Дж. Летсас, «у випадку Європейського суду з прав людини ідея Конвенції як «живого інструменту» має три особливості. По-перше, Суд враховує «стандарти сьогодення» у якості важливого фактору у тлумаченні Конвенції; рідше він буде звертатися до того, якою вважалася прийнятна

поведінка держави, коли Конвенція розроблялась, або до того, які конкретно права укладачі Конвенції мали намір захистити. По-друге, сучасні стандарти, які Суд бере до уваги, повинні бути загальновизнаними або поділятися договірними державами. Суд не пояснює, що саме означає загальновизнаність стандартів, проте очевидно, що Суд не вимагає обов'язкового визнання стандартів шляхом прийняття законодавчого акту. По-третє, Суд не визнаватиме вирішальним те, що держава-відповідач (її влада або громадська думка) вважає прийнятним стандартом в даному випадку (особливо, якщо практика держави-відповідача перебуває поза лінією із загальноприйнятими стандартами Ради Європи)» [217, с. 107]. Цінність думки Дж. Летсаса в світлі розглядуваної теми полягає в декількох аспектах. Не випадково автор називає норми Конвенції стандартами сьогодення. Така вказівка не є простим збігом обставин, а навпаки ще одним підтвердженням, що норми-стандарти ЄКПЛ є джерелами «живого» міжнародного права (детальніше про стандарти як джерела «живого» міжнародного права обґрунтовано вище). Крім того, автор вірно вказує, що такі стандарти повинні бути загальновизнаними, однак не опозитивованими в національному законодавстві, а бути частиною реально існуючих міжнародних відносин. Отже, стандарти, які закріплені в ЄКПЛ і розвиваються ЄСПЛ в ході еволютивного тлумачення із впевненістю можна назвати європейськими стандартами прав людини, а отже «живим» правом.

Проте за часів становлення цієї специфічної міжнародної установи при розгляді конкретних справ нерідко виникали гострі дискусії з питань щодо суддівської правотворчості. Європейський суд з прав людини виступає в ролі ефективного способу захисту і дотримання прав людини. Він сприяє виконанню державами-членами Ради Європи зобов'язань щодо поваги прав людини відповідно до міжнародного права. Р. Рісдалл, один з колишніх президентів Європейського Суду з прав людини, визначав його діяльність як квазіконституційний суд цілої Європи [217].

На початковому етапі свого функціонування Страсбурзький Суд постав перед дилемою, чи обмежений він при тлумаченні Європейської Конвенції лише текстом Конвенції і намірами її укладачів, чи може враховувати зміни в житті суспільства, які відбулися після її прийняття, забезпечуючи цим самим розвиток закріплених у Конвенції прав. Така дилема була вирішена на користь підходу, який отримав назву динамічного. Деякі дослідники воліють називати його еволютивним, обґрунтовуючи це тим, що, по-перше, динамічно може змінюватися суспільство, та не судова практика, для якої характерна велика спадкоємність, і, по-друге, слово «динамічний» припускає як зміцнення, так і ослаблення рівня захисту суб'єктивних прав, у той час як «еволютивний» – лише зміцнення, що краще передає зміст намірів Суду. З іншого боку, у природі еволюційні зміни характеризуються безперервністю, а Суд здійснює розширене тлумачення положень Конвенції і гарантій, які вона надає, лише тоді, коли впевниться, що правові зміни у суспільстві настільки серйозні, що потребують коректування правових позицій Суду. Саме тому, на наш погляд, два найменування підходу – і «еволютивний», і «динамічний» – рівноправні.

Еволютивне тлумачення ЄКПЛ має своє правове підґрунтя, яке закріплюється в самому документі у формі принципу ефективності гарантій Конвенції, що дозволяє суддям при розгляді конкретної справи найкращим чином, тобто найефективніше, пристосовувати положення Конвенції до соціальних умов, які постійно змінюються. Закріплена в Преамбулі до Конвенції основна мета забезпечення ефективного визнання і додержання прав та розвиток прав людини та основоположних свобод була покладена в правову основу принципу динамічної, еволюційної інтерпретації конвенційних норм, що сьогодні є основою всієї правотворчої діяльності ЄСПЛ в якості розвитку міжнародного права як «живого».

Сутність динамічного підходу до тлумачення Європейської Конвенції полягає у врахуванні змін соціального ставлення до тих чи інших явищ, а

також причин, які ці зміни породжують (таких, як досягнення науки, техніки, біології, медицини, соціальної філософії і т.д.). Необхідно пояснити, що використані у Європейській Конвенції поняття не статичні, а, навпаки, динамічні настільки, наскільки їх значення спроможні розвиватися і змінюватися у міру розвитку самого суспільства. Саме застосування еволюційного тлумачення дало Суду змогу розглянути в рамках права на життя питання про клонування, генну інженерію, евтаназію, котрі не враховувалися і не могли враховуватися державами, які приймали Конвенцію. Важливо також і те, що вони наділені здатністю охоплювати широке коло різних явищ, при чому деякі з них пов'язані один з одним, а деякі – взаємно протилежні. Цікавою є думка Р. Бернхардта, який вказує наступне: «Вирішальним фактором є не особисте переконання членів міжнародного органу щодо кращого вирішення даної проблеми і належного соціального розвитку, а загальний розвиток права і суспільства, що дозволяє і робить необхідним динамічне тлумачення» [54].

Зміна соціальної парадигми може звузити або, навпаки, розширити рамки допустимої поведінки держави-відповідача, що, у свою чергу, безпосередньо впливає на рішення по справі, однак саме принцип еволютивного тлумачення Конвенції забезпечує ефективність її гарантій. Завдяки цьому правотлумачна діяльність Суду стає способом не тільки забезпечення й захисту закріплених Конвенцією прав і свобод людини, але й також засобом розширення прав і свобод людини та звуження правообмежувальних можливостей держави, що веде до розширення правозабезпечувальних обов'язків держави перед людиною. Судові постанови в частині тлумачення, як правило, не дублюють Конвенцію, а, навпаки, встановлюють як в процесуальній, так і в матеріальній сфері положення, що безпосередньо не витікають із тексту Конвенції, які направлені на детальну регламентацію порядку реалізації закріплених у ній прав; визначають зміст конкретного права і гарантії його дотримання.

Конвенція не є декларативним проголошенням права, а має на меті саме остаточне виконання таких прав на національному рівні.

Принцип динамічного тлумачення вперше був застосований Європейським судом у справі «Tytler v. UK» [203], по якій він мав дати в контексті статті 3 Конвенції правову кваліфікацію тілесних покарань, які застосувалися у школах Великої Британії. Європейський суд дійшов висновку, що тілесні покарання, навіть якщо вони не суперечили стандартам, які існували на момент прийняття Конвенції, на момент розгляду справи вже не відповідали принципам і цінностям європейського суспільства. Таким чином, Європейський суд відмовився слідувати «первісним намірам» авторів Конвенції і визнав, що тілесні покарання школярів порушують статтю 3 Конвенції. У рішенні Європейський суд зазначив, що Конвенція – це «живий документ, який має тлумачитися у світлі сучасних умов» [176, с. 40].

У ході реалізації своїх функцій Страсбурзький суд втілював дану концепцію в життя. Як підтвердження, можна навести тлумачення судом ст. 8 Конвенції, яка закріплює право на особисте життя у світлі захисту прав сексуальних менших, незважаючи на те, що у акті відсутні положення, які безпосередньо регламентують захист прав сексуальних меншин. До прикладу, у справі Даджен проти Об'єднаного Королівства Суд погодився з думкою Європейської Комісії з прав людини про те, що «оспорюване законодавство вторгається у право позивача на повагу його особистого життя, яке гарантовано Статтею 8, параграфом 1, у тій мірі, в якій воно забороняє гомосексуальні акти, які вчиняються за спільною згодою і які відносяться до особистої сторони відносин між чоловіками» [146]. Викладена позиція була підтверджена в подальшому і у ряді інших справ.

Аналогічним чином дія вказаної статті була розповсюджена на права людини в сфері екології, оскільки в Конвенції нема положень, направлених на захист права на здорове навколишнє середовище. Зокрема, у рішенні по справі Лопез Остра проти Іспанії Суд вказав, що «сильне забруднення

навколишнього середовища може впливати на добробут окремих осіб і створювати перешкоди у використанні ними їхніх помешкань, так, що це буде негативно зачіпати їх право на особисте і сімейне життя, попри це, не створюючи серйозної загрози їх здоров'ю» [161, с. 204].

Після справи про тілесні покарання Європейський суд доволі часто застосовував динамічне тлумачення Конвенції. На підставі такого підходу він вирішив справу «Маркс проти Бельгії» (1979). Згідно з обставинами справи Александра Маркс є дочкою Паули Маркс, незаміжньої жінки. Відповідно до бельгійського законодавства щодо дітей, народжених у шлюбі, материнство реєструється автоматично (за фактом народження). Однак, у випадку пані Маркс, дитина якої була народжена поза шлюбом, від матері вимагали заяву про визнання, котру слід подавати в орган реєстрації цивільного стану. Такий акт був лише декларативним і не створював достатніх доказів материнства. Відповідно, заявниця, отримавши таке визнання, через рік після народження доньки розпочала процедуру усиновлення (при цьому слід зазначити, що Цивільний кодекс Бельгії суттєво обмежував спадкові та деякі інші майнові права дитини, народженої поза шлюбом). Заявниці Маркс стверджували, що така система реєстрації порушує їхні права, передбачені ст. 8 Конвенції, взятої окремо та в поєднанні зі ст. 14. У своєму рішенні Суд зазначив: «Якщо держава в рамках своєї внутрішньої правової системи визначає режим деяких сімейних стосунків, то вона має діяти продумано, так, щоб зацікавлені особи могли вести нормальне сімейне життя» [200]. На думку Суду, декларована у ст. 8 необхідність поваги до сімейного життя передбачає, зокрема, наявність у внутрішньому законодавстві правових гарантій, які уможливлювали б інтеграцію дитини в сім'ю з моменту народження. Крім того, Суд вважає: якщо метою держави є створення умов для нормального розвитку сімейних стосунків між незаміжньою матір'ю та її дитиною, то держава не має допускати жодної дискримінації за ознакою народження. Це є вимогою ст. 14 у поєднанні зі ст. 8 Конвенції.

У справі «Салгуйейрода Сільва Моута» [202] (Salgueiroda Silva Mouta) проти Португалії (1999), суть якої полягала у поданні скарги про те, що національні суди надали опіку над донькою колишній дружині заявника, а не йому, посилаючись на те, що останній жив спільно з чоловіком, Судом чи не вперше було визнано дискримінацію за ознакою сексуальної орієнтації, що безпосередньо пов'язана з правом на повагу до приватного життя. Пізніше, практикою Суду було визнано дискримінаційний характер відмови держави щодо дозволу на усиновлення особою, яка тривалий час перебувала в одностатевих відносинах, про що було зазначено у необхідних для усиновлення документах (Е.В. проти Франції, 2008).

Кардинальна зміна практики Суду у справах транссексуалів відбулася 11 липня 2002 року з прийняттям рішень у справах Крістін Гудвін (Christine Goodwin) проти Сполученого Королівства [148] та І. проти Сполученого Королівства [147], в яких було визнано порушення відповідачем ст. ст. 8 і 12 Конвенції та констатовано, зокрема, недопустимість позбавлення транссексуалів права на вступ у шлюб з особою протилежної до їхньої нової статі. У § 100 і § 80 рішень вищевказаних справ Суд висловив сумнів у тому, що право чоловіка та жінки на одруження, закріплене у ст. 12 Конвенції, можна тлумачити, ґрунтуючись виключно на біологічному критерії. Він відзначив істотні соціальні зміни в інституті шлюбу, які мали місце від моменту прийняття Конвенції, а також звернув увагу на радикальний прорив у галузі транссексуалізму, котрий став можливим завдяки досягненням медицини та науки в цілому. Суд встановив, що біологічний фактор не може бути визначальним при вирішенні питання про юридичний статус транссексуалу, оскільки очевидно є наявність й інших факторів, як-от: визнання медиками та відповідними органами держав-учасниць Конвенції стану порушення статевої ідентичності; забезпечення лікування, зокрема через хірургічне втручання, котре дозволяє максимально

надати відповідній особі ознак статі, яку вона набуває; індивідуальна оцінка транссексуалом своєї нової соціальної ролі.

Подальша еволюція практики Страсбурзького суду засвідчує, що більшість суддів схиляються до визнання можливості не тільки конкретизації, але й розширення змісту Конвенції за допомогою судових рішень з метою втілення в життя принципу верховенства права. Це однаково стосується як гарантій на право мати доступ до суду, що прямо не передбачене в ст. 6 Конвенції, але вже міцно вкоренилося в прецедентному праві Суду й послідовно ним захищається, так і інших прав і свобод, проголошених у тексті, однак викладених імпліцитно.

Приміром такого підходу є рішення у справі «Ейрі проти Ірландії», в якому Європейський суд з прав людини поширив межі розуміння п. 1 ст. 6 Конвенції на сферу соціально-економічних прав. Як сказано в рішенні, «хоча Конвенція говорить головним чином про цивільні та політичні права, багато з них у процесі реалізації набувають риси та ведуть до наслідків соціально-економічного характеру. Тому Суд... вважає, що ...жорсткої межі між цією сферою та змістом Конвенції не існує». У результаті Страсбурзький суд вирішив, що ненадання безкоштовної юридичної допомоги заявниці, майновий стан якої не дозволяв їй скористатися послугами платного юриста в цивільній справі, порушувало право ефективного доступу до суду, гарантованого Конвенцією [167, с. 235].

В іншій справі – «Метьюз проти Сполученого Королівства» [149] (рішення від 18 лютого 1999 р.) Європейський суд з прав людини розглядав питання про те, чи захищається статтею 3 «Право на вільні вибори» Першого протоколу до Конвенції суб'єктивні виборчі права людини під час виборів до наднаціональних представницьких органів, зокрема, до Європейського парламенту. У зв'язку з тим, що на момент прийняття Протоколу 1 Європейського парламенту ще не існувало, це питання не було обговорено в ст. 3 названого Протоколу. Тому Суд розглянув повноваження

Європейського парламенту в контексті Європейського Співтовариства і зважаючи на те, що Європейський парламент достатньою мірою впливає на формування законодавства, що стосується цієї діяльності, його можна вважати органом законодавчої влади. Як вказано в рішенні, поняття «орган законодавчої влади» не обов'язково означає національний парламент, а тому вибори до Європейського парламенту не можуть виключатися зі сфери дії ст. 3 Протоколу № 1 до Конвенції лише на тій підставі, що цей парламент є наднаціональним, а не внутрішньодержавним представницьким органом. Тому Суд у цій справі застосував метод поширювального тлумачення правових норм і створив важливий прецедент, наголосивши, що Конвенція – це «живий інструмент», який повинен інтерпретуватися в світлі сучасних умов.

Застосування методу розширювального тлумачення дозволяє Суду радикально змінювати свою практику. Так, в початковий період застосування Конвенції її положення розумілися як такі, що жодним чином не передбачають заборони застосування смертної кари (адже ст. 2 Конвенції, що гарантує право на життя, прямо допускає виняток для «виконання смертного вироку суду, винесеного після визнання його винним у вчиненні злочину, за який закон передбачає таке покарання»). Проте з часом ст. 3 Конвенції (забороняє катування або нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження або покарання), почала розглядатися як така, що у певних випадках забороняє смертну кару (див., зокрема, §§ 102–104 [198]). У справі «Golder v. UK» Європейський суд, виходячи з принципу об'єкта і мети Конвенції, сформулював теорію прав, які мають на увазі. По цій справі Європейський суд мав дати відповідь на питання, чи обмежуються гарантії права на справедливий судовий розгляд, передбачені частиною 1 статті 6 Конвенції, лише випадками, коли провадження вже відкрито, чи зазначені гарантії стосуються також можливості особи ініціювати судову процедуру. Отже, Європейський суд мав визначитися з тим, чи включає право на

справедливий суд право на доступ до правосуддя, попри те, що останнє право безпосередньо не зазначено у тексті статті 6 Конвенції. Крім того, у Рішенні по даній справі Судом було зроблено наголос на те, що «Конвенція повинна тлумачитися об'єктивно, а не так, як вона могла б розумітися Стороною в момент її ратифікації» [198]. Цим самим, нами розуміється той факт, що об'єктивність тлумачення Європейським судом положень Конвенції і Протоколів до неї не виключає змін позицій Суду, зокрема правових питань, оскільки Суд виносить рішення і Постанови за позовами з врахуванням політичних, економічних, соціальних і культурних умов життя суспільства, які постійно змінюються. Держава-відповідач наполягала на тому, що право на доступ до суду не підпадає під гарантії статті 6 Конвенції, адже в іншому випадку автори Конвенції сформулювали б це право у зазначеній статті, так як вони це зробили у частині 4 статті 5 та статті 13 Конвенції. На думку уряду, тлумачення статті 6 як статті, яка передбачає право на доступ до суду, призведе до змішування понять і зробить зайвими положення частини 4 статті 5 та статті 13 Конвенції. Європейський суд не погодився з такою позицією. Керуючись статтями 31-33 Віденської конвенції про право міжнародних договорів (попри те, що на момент розгляду справи вона не набула чинності), Європейський суд звернувся до визначення об'єкта і мети Конвенції, які були ним витлумачені, виходячи з Преамбули Конвенції, а саме положення, в якому держави-учасниці заявляють про свою віру у принцип верховенства права.

Саме забезпечення принципу верховенства права, на думку Європейського суду, вимагає, щоб кожний спір цивільно-правового характеру був предметом судового розгляду; цей принцип належить до числа загальновизнаних принципів права, що справедливо й стосовно принципу міжнародного права, і забороняє відмову в правосудді.

Далі Європейський суд робить припущення, що, якби стаття 6 передбачала гарантії виключно щодо розгляду справи, яка вже є предметом

судового провадження, держави-учасниці мали б можливість «...без порушення цієї статті скасувати власні судові системи або вивести з-під судової юрисдикції окрему категорію цивільних справ, передавши їх вирішення органам, які контролюються урядом» [198].

Отже, право на справедливий, відкритий і швидкий судовий розгляд стосується провадження, що ведеться, однак це зовсім не означає, що з нього виключено право на те, щоб це провадження розпочати.

На думку Європейського суду, було б нерозумним стверджувати, що частина 1 статті 6 Конвенції, яка містить детальний опис процесуальних гарантій, наданих сторонам у цивільних справах, не захищає те, що в першу чергу дає можливість ними користуватися, – право на доступ до суду. Такі характеристики судового процесу, як справедливість, публічність, динамізм, позбавляються будь-якого сенсу, якщо немає самого судового розгляду й можливості його розпочати [198].

Як бачимо, у рішенні по справі «Golder v. UK» Європейський Суд не говорить, що право на доступ до суду передбачено безпосередньо текстом статті 6 Конвенції. Натомість, Європейський суд наводить аргументацію на користь того, що це право впливає зі змісту цієї статті і є правом, як мається на увазі. Схема аргументації є такою: 1) тлумачення Конвенції має виходити з її об'єкта та мети; 2) метою Конвенції є принцип забезпечення верховенства права; 3) забезпечення принципу верховенства права неможливо без визнання права на доступ до суду; 4) це право є невід'ємним елементом статті 6 Конвенції; 5) Конвенція захищає право на доступ до суду [217, с. 63].

Підходи до тлумачення Конвенції, закладені у справі «Golder v. UK», мали принципове значення для подальшого розвитку судової практики, оскільки дозволили Європейському суду виявляти в Конвенції права, похідні від безпосередньо проголошених у її тексті (так звані права, які маються на увазі).

Ілюстрацією «еволюції» поглядів Європейського суду є тлумачення ст. 6 Конвенції про право не свідчити проти самого себе, яке, утім, прямо в Конвенції не закріплене, однак, безсумнівно, знаходиться в основі поняття справедливого судочинства. Первинна інтерпретація цього права була такою: «це право зберігати мовчання, неприпустимість примушування до дачі показань проти самого себе». Подальше значення змінилося: «це неприпустимість примушувати особу надавати докази своєї винуватості або невинуватості, не сприяти викриттю себе у вчиненні злочину» [42, с. 140-141].

Розглянувши справу «Барджерс проти Бельгії», що стосувалося ситуації, коли прокурор робив заяви у відкритому судовому засіданні в бельгійському Касаційному суді, а потім брав участь у обговоренні судового рішення без права голосування, Європейський суд з прав людини вирішив вісімнадцятьма голосами проти чотирьох, що в даному випадку було порушення пункту 1 ст. 6 Конвенції, анулювати прецедент, створений у справі «Делькур проти Бельгії». Основним аргументом на користь прийнятого рішення Європейський суд з прав людини вважав «суттєву еволюцію в прецедентному праві Суду» щодо прав захисника та принципу рівності сторін у процесі, «особливо щодо того значення, яке надається зовнішній атрибутиці, та зростаючій чутливості громадськості до справедливого відправлення правосуддя» [28, с. 8].

Ще одним прикладом у поясненні еволюційного тлумачення та ролі Європейської конвенції як «живого інструменту» є справа *A, B and C проти Ірландії* (*A, B and C v. Ireland*) від 16 грудня 2010 р. [197], в якій розглядалося право на здійснення абортів. Суд пояснює, що «існування консенсусу вже давно грає роль в розвитку й еволюції захисту Конвенції ... Конвенція як «живий інструмент» повинна тлумачитись у світлі сучасних умов... Тому консенсус використовують для виправдання динамічного тлумачення положень Конвенції». У рішенні Суд також аналізує питання

загальноновизнаності стандартів та консенсусу між державами-учасницями у сфері дозволу абортів: «... всупереч твердженням Уряду, Суд вважає, що насправді є консенсус серед значної більшості Договірних держав Ради Європи у справі забезпечення можливості абортів за більш широким колом підстав, ніж надані відповідно до законодавства Ірландії...». Доктрина так званого «принципу консенсусу» тісно пов'язана із принципом динамічного тлумачення. М. Куїжер вважає, що еволюція «прецедентного права Суду» також може бути досягнута шляхом аналізу внутрішньої практики держав. «Принцип консенсусу» став, насамперед, важливим в прецедентному праві Суду щодо тлумачення статті 8 Конвенції, у справах зі зміною сприйняття моралі [201].

Важливо, що у даному рішенні Суд досліджує також еволюцію поглядів на заборону абортів крізь призму широкого спектру міжнародно-правових документів, що є черговим підтвердженням висновків про єдність змісту прав і свобод, викладених у Розділі 1 цього дослідження. Зокрема, він посиляється на Резолюцію ПАРЄ 1607 (2008) «Доступ до безпечних та законних абортів у Європі»: «Асамблея підтверджує право всіх людей, зокрема жінок, на повагу їх фізичної недоторканності і свободи розпоряджатися своїм тілом. У цьому контексті, остаточне рішення про те, чи робити аборт, має бути питанням для самої жінки, яка повинна мати кошти для здійснення цього права в ефективний спосіб». Ця Резолюція демонструє зміну підходів у даній сфері, особливо у порівнянні із принципами Каїрської Міжнародної Конференції з народонаселення та розвитку 1994 р. [55].

Застосування принципу еволюційного тлумачення у процесі інтерпретації конвенційних норм в кінцевому підсумку впливає на обсяг їхнього тлумачення. Так, у практиці Суду чітко простежується тенденція щодо розширення прав і свобод людини та звуженого розуміння компетенції держав-учасниць Конвенції щодо обмеження прав і свобод людини.

Водночас таке звуження прав держави неодмінно веде до розширення її обов'язків перед людиною, що дає підстави говорити про безпосередній «вихід» тлумачення норм за «обсягом» на зазначений принцип. Як доказ, можна навести рішення у справі Луїзіду проти Туреччини [199], в якому Європейський суд заявив, що Конвенція повинна тлумачитися настільки широко, наскільки дозволяє це зробити компетенція Суду і цілі Конвенції, оскільки лише в даному випадку можливо забезпечувати реальний і ефективний захист прав і свобод людини, які гарантовані Конвенцією та Протоколами до неї, відповідно до сучасних умов життя суспільства.

На наш погляд, допускаючи застосування писаного права як «живого інструменту», слід обов'язково виробити загальні критерії, якими слід керуватися, наповнюючи зміст «букви закону» новим духом. Очевидно, є межа, яку правозастосовчий суб'єкт (насамперед, суд) не може перейти, не посягнувши на функції законодавця (правотворця). Такою межею має бути життєво необхідні потреби суспільства конкретного періоду, які завжди виступали першоосновою, двигуном прогресу в правовому регулюванні. Саме за таких обставин воно буде відповідати концепції Є. Ерліха.

У правовій доктрині існують різні погляди на те, як має визначатися ця межа, де вона має проходити. Зважаючи на існуючу в міжнародному праві критику меж суддівського розсуду в діяльності ЄСПЛ, на наш погляд, правими є ті, хто пропонує виходити із уявного наміру абстрактного «ідеального» законодавця. Це означає, що при тлумаченні права слід задаватися не питанням про те, що мали на увазі законодавці, а питанням про те, що мав би на увазі при формулюванні відповідного припису «ідеальний» законодавець. Як видається, такий підхід буде найбільш правильним і призведе до найкращих результатів. Діяльність ЄСПЛ по дотриманню міжнародних стандартів покликана не вирішувати спори, що відносяться до внутрішньої компетенції держав-членів ЄКПЛ, а контролювати забезпечення прав та свобод на національному рівні, тобто забезпечення балансу між

системою Страсбург та внутрішніми системами. Найяскравіше забезпечення такого балансу здійснюється в рамках доктрини «margin of appreciation». Ця доктрина також визначається як «простір для маневру», «сфера дихання» або як «доктрина самообмеження», «розподільча лінія, на якій міжнародний наглядовий орган дозволяє вільний вибір державі-члену в прийнятті та виконанні законів». Дану концепцію відкрив Суд у процесі розширеного тлумачення Конвенції – вперше це сталося при вирішенні справи Греція проти Сполученого Королівства у 1958 р. та отримало подальшого розвитку у справі Гендісайд проти Сполученого Королівства та у справі Фельдек проти Словаччини. Професор Ю. Шейні [179, с. 139] виділяє наступні важливі елементи цієї доктрини. Перший з них – повага з боку суддів, тобто міжнародні суди повинні поважати національні органи влади та їх діяльність щодо імплементації міжнародних зобов'язань, котра здійснюється з певним рівнем дискреції. Наступний елемент – нормативна гнучкість, суть якої полягає в тому, що норми міжнародного права, застосування яких регулює дана доктрина, є оціночними або нечіткими, мінімально регулюють поведінку суб'єктів права та залишають значну «сферу законності», в якій держави є вільними у прийнятті рішень. Саме ця концепція підвищує ефективність застосування норм «живого» права, закріплених в ЄКПЛ, шляхом визнання за національними судами найкращої ролі у вирішенні спорів на основі міжнародних стандартів прав людини. Національні суди отримують в рамках власної юрисдикції свободу суддівського розсуду в інтерпретації та застосуванні Конвенції, з метою забезпечення принципу справедливості та відповідності конкретній життєвій ситуації, що розглядається. Дана доктрина підкріплюється також європейською концепцією «європейського консенсусу», за якою чим менше єдності у загальноєвропейській позиції з вирішення конкретної проблеми (наприклад, одностатеві шлюби), тим ширша свобода розсуду надається національному суду. Отже, на нашу думку, такі концепції є не стільки обмеженням свободи

розсуду ЄСПЛ та повноважень у правотворенні «живих» норм міжнародного права, скільки забезпеченням ефективної реалізації таких норм шляхом прийняття рішень національними судами, виконання яких забезпечується національними механізмами, а відповідно, відбувається їх остаточна реалізація, що є кінцевою метою «живого» права.

Зазначене стосується не лише випадків застосування писаного права як «живого» інструменту, а, загалом, будь-якого тлумачення неоднозначних за самою своєю природою положень писаного права, у тому числі випадків вирішення т.зв. змістовних та темпоральних колізій між різними правовими приписами.

Еволюційне тлумачення Конвенції не призводить до створення нових прав, тобто прав, яких немає в Конвенції. Однак, провести розмежування між тлумаченням і правотворчістю вкрай важко, особливо у випадках, коли норма, яка роз'яснюється, викладена нечітко. Зазначимо, що Європейський суд є прихильником не революційних, а поступових змін у тлумаченні положень Конвенції, він уважно вивчає практику національних судів і національні стандарти. Однак, динамічна методика тлумачення нормативних актів є не стільки загрозою стабільності права (законодавства), скільки інструментом, який, навпаки, дозволяє досягати такої стабільності, бо забезпечує можливість, так би мовити, «змінювати зміст законодавства без внесення змістовних змін до нього».

Слід погодитися і з думкою, що актуальність динамічного тлумачення підтверджується тим, що основа легітимності застосовуваного сьогодні права перебуває не в минулому, а сьогодні, за словами Т. Гоббса, законодавцем є не той, на чиєму авторитеті був створений закон, а той, на чиєму авторитеті він продовжує бути законом. Отже, досить правильним можна визнати тлумачення закону *ex nunc* (відтепер), тобто вибір тих його значень, що якнайповніше відповідають сьогоднішньому розумінню його змісту. Це стає зрозумілим тоді, коли необхідно інтерпретувати невизначені правові поняття,

наприклад, встановити зміст такого поняття, як «аморальність», сенс якого може бути різним у різні часи. При цьому чим більшим є проміжок часу між датою прийняття норми та моментом її застосування, тим більшою буде допустима свобода корегування і тим сильнішою необхідність урахування зміни соціально-етичних уявлень та зміни початкової мети, поставленої нормо творцем [175, с. 40, 42].

Резюмуючи усе вищесказане, потрібно відзначити, що утворення і функціонування такого важливого органу як Європейський суд, є важливим надбанням загальноєвропейської правової системи захисту прав людини. Суд став однією із найважливіших міжнародних інституцій судового захисту прав людини на території майже усіх європейських країн. При цьому слід зазначити, що Суд з кожним роком стає дедалі авторитетнішим у Європі, про що яскраво свідчать відсутність за всі роки існування Суду жодної відмови з боку держав із приводу винесених ним рішень і необхідності їх виконання, а також постійно зростаюча кількість заяв. Адже, використавши усі національні засоби захисту своїх прав, кожна фізична особа може звернутися саме до цієї міжнародної установи і в разі прийняття Судом позитивного рішення на користь заявника держава-відповідач зобов'язана це рішення виконувати.

Сьогодні спостерігається активна діяльність Європейського Суду з прав людини з позиції прогресивного розвитку міжнародного права. Як доказ – все частіше Суд, здійснюючи свою діяльність, прибігає до застосування такого методу, як «еволютивне тлумачення», що забезпечує розгляд справ і вирішення конфліктів відповідно до реалій сьогодення, при цьому суд постійно робить свій вагомий внесок в уніфіковане й виважене розуміння прав людини, збагачує їх зміст завдяки всебічному та ґрунтовному тлумаченню норм Конвенції. Крім того, проаналізувавши діяльність Суду, з впевненістю можемо сказати, що в практиці його функціонування вбачаємо прояви застосування ідей Є. Ерліха про міжнародне право як «живе».

Зокрема, розвиток міжнародного права прав людини на європейському континенті забезпечується діяльністю ЄСПЛ результатом якої стала загальновідома концепція «ЄКПЛ як «живий» організм», який жваво реагує на розвиток сучасних міжнародно-правових відносин, по-перше, шляхом розширення кола прав людини, які нормативно та за кількістю не змінюються, тобто зміни до Конвенції не вносяться, однак завдяки еволютивному їх тлумаченню відбувається підведення нового права до вже нормативно передбачуваного; по-друге, шляхом розширення сфери застосування (дія принципу на справедливе правосуддя поширена на право на суд); по-третє, Суд не визнає якості прецеденту за своїми рішеннями, розглядаючи кожну конкретну справу відповідно до реально існуючих обставин справи та умов сьогодення. В усіх своїх рішеннях ЄСПЛ звертається до принципів ефективного захисту та верховенства права на міжнародному рівні, які є правовим підґрунтям та міжнародно-правовим базисом еволютивного тлумачення ЄКПЛ.

Висновки до Розділу 3

1. Розвиток сучасного міжнародного права, зростання його ролі та ефективності у регулюванні міжнародних відносин характеризується збільшенням у другій половині XX – на початку XXI ст. кількості органів міжнародного правосуддя як на універсальному, так і на регіональному рівнях, в тому числі і у галузевому напрямку, що свідчить про новий етап еволюції міжнародного права, як системи «живого» права, яке розвивається відповідно до реально існуючих міжнародних відносин. Виникає необхідність у міжнародно-правовому регулюванні відносин, які на сучасному етапі виходять на міжнародно-правовий рівень регулювання (кримінальне, адміністративне право тощо) або відносин, щодо яких у

міжнародному праві виявився правовий вакуум чи відсутність багатостороннього регулювання..

Роль органів міжнародного правосуддя у розвитку міжнародного права як «живого», передусім вбачається у створенні нових норм міжнародного права, шляхом прийняття рішень у конкретних справах, адже саме у їх змісті досить часто зустрічаються елементи нормотворення, яке здійснюється в межах тлумачення норм і принципів міжнародного права, виявленні звичаєвих норм і загальних принципів права, тлумаченні міжнародного договору як «живого інструмента» зокрема.

2. Найяскравіше творчий підхід в процесі еволютивного тлумачення норм міжнародного права Міжнародним Судом ООН проявляється при розгляді та вирішенні ним територіальних спорів. В таких справах Суд першочергово звертається до розгляду і тлумачення договорів на основі загальноновизнаних принципів, за допомогою яких можна вирішити спір за суттю. Якщо договори відсутні або не можуть бути застосованими для розгляду спору, то Суд звертається до доктрини *uti possidetis*. У випадку, якщо і ця доктрина не може бути застосована, Суд звертається до «ефективного контролю територій» для вирішення спору. Якщо і цей метод є неефективним, то суд вирішує справу на основі принципу справедливості права, але вже не звертається до інших аргументів, які запропоновані сторонами.

Ще одним напрямком розвитку сучасного міжнародного права як «живого» в процесі здійснення міжнародного правосуддя є прийняття консультативних висновків Міжнародним Судом ООН.

3. Аналіз діяльності універсальних органів правосуддя в розвитку сучасного міжнародного права як «живого» на прикладі МС ООН дозволяє констатувати: взявши за відправну точку ст. 38 Статуту МС ООН, діяльність Суду щодо правотворення розвивається у двох напрямках: по-перше, суд розвиває «тверде» право шляхом його еволютивного тлумачення; по-друге –

вирішує справи на основі принципу *ex aequo et bono*, тобто прийняття рішення на основі принципу справедливості за згодою сторін, не прив'язуючись при цьому до норм позитивного права.

4. Європейський суд з прав людини, як одна з найавторитетніших міжнародних судових установ єврорегіону, вважається засновником теорії застосування ЄКПЛ як «живого» документа у міжнародному праві. Так, говорячи про Європейську конвенцію, як «живий» документ, можемо провести паралель з теорією «живого» права Євгена Ерліха. Адже, як зазначав сам науковець, право може бути «живим» і у законі, який тлумачиться відповідно до соціальних реалій буття. Еволютивне чи динамічне тлумачення можна із впевненістю назвати «живим» тлумаченням у розумінні ідей Є. Ерліха. Таке тлумачення є життєво необхідною умовою ефективності міжнародного права в контексті відсутності єдиного правотворця на міжнародно-правовій арені.

Еволютивне тлумачення ЄКПЛ має своє правове підґрунтя, яке закріплюється у документі у формі принципу ефективності гарантій Конвенції, що дозволяє суддям при розгляді конкретної справи найкращим чином, тобто найефективніше, пристосовувати положення Конвенції до соціальних умов, які постійно змінюються. Сутність такого підходу до тлумачення Європейської Конвенції полягає у врахуванні змін соціального ставлення до тих чи інших явищ, а також причин, які ці зміни породжують (таких, як досягнення науки, техніки, зокрема біології та медицини, соціальних концепцій, філософії і т.д.).

Сучасна практика Страсбурзького суду засвідчує, що більшість суддів схиляються до визнання можливості не тільки конкретизації, але й розширення змісту Конвенції за допомогою судових прецедентів з метою втілення в життя принципу верховенства права. Це однаково стосується як гарантій на право мати доступ до суду, що міцно вкоренилося в прецедентному праві Суду й послідовно ним захищається, так і інших прав і

свобод, проголошених у тексті викладених імпліцитно. Застосування принципу еволюційного тлумачення у процесі інтерпретації конвенційних норм в кінцевому підсумку впливає на обсяг їхнього розуміння. Так, у практиці Суду чітко простежується тенденція щодо розширення прав і свобод людини та звуженого розуміння компетенції держав-учасниць конвенції щодо обмеження прав і свобод людини.

ЄСПЛ все частіше прибігає до застосування такого методу, як «еволютивне тлумачення», що забезпечує розгляд справ і вирішення конфліктів відповідно до реалій сьогодення, при цьому Суд постійно робить вагомий внесок в уніфіковане й виражене розуміння прав людини, збагачує їх зміст завдяки всебічному та ґрунтовному тлумаченню норм Конвенції. Так, з впевненістю можемо константувати, що завдяки цьому в практиці функціонування Суду вбачаємо прояви застосування ідей Є. Ерліха про міжнародне право як «живе».

Проблематика впливу діяльності міжнародних судових установ на формування «живого» права, а також застосування принципу еволютивного тлумачення міжнародними судовими установами в ході здійснення їх діяльності досліджені також у наукових працях асторів [99, 102, 103].

ВИСНОВКИ

В дисертації досліджені ідеї концепції «живого» права видатного вченого-юриста Євгена Ерліха, що мають безпосередній вираз та застосування в сучасному міжнародному праві, зокрема в доктрині та практиці еволютивного застосування та тлумачення норм цього права. Основні результати наукового дослідження полягають у такому:

1. Сучасна доктрина та практика міжнародного права демонструє зміни, які відбуваються не лише у міжнародному суспільстві, але й у тлумаченні цього права. Передусім це спостерігається у переході від класичних позитивістських та природно-правових концепцій до нового напрямку – демократично-ліберального, в центрі якого знаходиться захист інтересів соціальних союзів (міжнародного громадянського суспільства), які становлять основу сучасного міжнародного права.

Обґрунтування та методологічне пояснення права, як «живого», тобто, як системи здатної еволюціонувати, змінюватись у відповідь на об'єктивні зміни в суспільних відносинах здійснив один з фундаторів теорії соціології права – професор Чернівецького університету Є. Ерліх. В основу його дослідження було покладено мультинаціональний, а відтак поліюридичний буковинський соціум, де перепліталися культура, мораль та звичаї різноманітних народів, що мешкали в регіоні. Поліюриздизм (чи правовий плюралізм) Буковини полягав у співіснуванні різноманітних правових комплексів, що базувалися на відповідних етнічних, культурних, релігійних особливостях цих народів; ефективно застосовувались на практиці та часто не співпадали з єдиним загальнодержавним законодавством Австро-Угорщини. Така велика кількість національностей та їх правових комплексів стала поштовхом до вироблення вченим теорії про право союзів та теорії «живого» права. Такий буковинський мультикультуризм став основою для ідеї «живого» права Є. Ерліха, яка в доктрині сучасного міжнародного права може стати мініпрототипом «живого» права міжнародного співтовариства.

Оскільки кожна соціальна спільнота формулює власні правила поведінки та норми, які відображають її інтереси, а члени таких союзів визнають такі правила обов'язковими, австрійська Буковина того часу в реальному соціальному житті використовувала саме звичаї таких *соціальних союзів* (національностей), як такі, що більше відповідали реальним правовідносинам, відображали «живу» правову дійсність в усій її багатогранності, а не опозитивовану австрійську правову систему.

2. Концепція «живого» права, як власне і соціологічна школа права виникли у відповідь на недоліки й прогалини правового позитивізму (а саме: статичність, етатизм, зумовленість державною волею, державницький законодавчий волюнтаризм, важкість реагування на змінні соціальні обставини тощо), що був на той час пануючим вже впродовж кількох століть.

Утім і сама теорія Є. Ерліха не позбавлена об'єктивних недоліків. Так, базуючись на звичаях громади, як джерелі регулювання суспільних відносин, можна втратити елемент правової визначеності. Саме внаслідок тлумачення правового документу в динаміці, еволютивного тлумачення – основою якого є підхід до правового акту з т.зору змінних суспільних обставин і відносин, зазнає критики й Європейський суд з прав людини, котрий одним з перших запровадив погляд на право у динаміці і зміні (за аналогією з «живим» правом Є. Ерліха). Таке часто довільне тлумачення, на думку опонентів, суттєво перешкоджає реалізації принципу правової визначеності та ставить під сумнів авторитет судової установи.

Є. Ерліх також різко критикувався своїми сучасниками і категорично не визнавався в радянській правовій науці з суто суб'єктивних причин. Так, теорії вільного правознаходження і «живого» права не відповідали тоталітарному баченню радянськими юристами права, яке, на їх думку, має слугувати інтересам держави і правлячого класу. Саме тому останні його називали творцем «першої буржуазної псевдонауки», спрямованої на вільне право та судовий розсуд та правотворчість. Західноєвропейські правники-

позитивісти критикували теорію Є. Ерліха за амбіційність, надто розмитий, узагальнений та обмежений характер доктрини, а також те ж таки протиріччя з принципом правової визначеності.

3. Відповідно до концепції Є. Ерліха феноменами права суспільства є *«право держави»*, *«право юристів»*, *«право соціальних союзів»*. Такі феномени є актуальними і у сучасних міжнародних відносинах із врахуванням особливостей міжнародно-правового регулювання. Зокрема, *«право держави»* на міжнародному рівні може досліджуватися як *«право міжнародних договорів»*, що ґрунтується на теорії узгодження воľ держав; *«право юристів»* – як правотворча та правозастосовча діяльність органів міжнародного правосуддя; *«право соціальних союзів»* – правотворча та правозастосовча діяльність міжнародних організацій та інших недержавних суб'єктів міжнародного права.

Є. Ерліх вважав, що кожен соціальний порядок містить елементи примусу (це норми звичаїв, моралі, релігії, такту, *comitas gentium*, порядності та моди), які забезпечують підкорення індивідів союзу, не обмежуючи їх у їх свободі діяти. Автор доводить, що ефективність права з погляду його соціальної дії безпосередньо залежить від дій окремих соціальних союзів (наприклад, страх перед втратою ділової репутації, суспільної довіри чи, навіть, вигнання з союзу). Паралель таких ідей можемо знайти і в сучасному міжнародному праві. Так, ефективність міжнародного права в сучасному світі досягається не завдяки *«покаранням»*, а завдяки підкоренню інтересам міжнародного співтовариства за допомогою соціально-економічних чинників впливу (ізоляція, економічні санкції, інформаційний вплив).

Є. Ерліх відзначав роль звичаєвого права, як втілення поняття *«живе»* право, оскільки за своєю природою звичай є основою для подальшого формування різного роду порядків, в міжнародному праві – його підсистем – економічної, соціальної, політичної, зокрема.

4. Інтерпретація концепції «живого» права Є. Ерліха не повинна *протиставляти його офіційному праву*, оскільки автор не виключав можливості для позитивного державного права набути соціальної дієвості та отримати статус «живого» права. І тим більше, не ототожнював державне право із законом у широкому розумінні. Навпаки, автор передбачає за соціальними союзами можливості створення і застосування свого права. Держава утримуючись від втручання в певні галузі має делегувати союзам свободу саморегулювання (автономія «м'якого права», яка не має абсолютного характеру), оскільки держава – це один із видів соціальних союзів. Подібні відносини із врахуванням особливостей міжнародно-правового рівня існують і між державами, коли держави, володіючи внутрішньою автономією, на підставі принципу суверенної рівності, не можуть порушувати основ міжнародного публічного порядку.

Незважаючи на те, що держава все ж визнається як один із соціальних союзів, вчений визнавав за *правом держави* перш за все роль захисника устрою, який склався, що в міжнародному праві полягає в гарантуванні імплементації та дотриманні його норм.

Ерліхівське праворозуміння щодо феномену «право юристів» передбачає узгодження між змістом норми і змістом конкретної справи, тобто умінням наділити норму тим змістом та рисами, які б могли повністю забезпечити регулювання конкретної справи (вільне знаходження права). «Право юристів» є творчою діяльністю, сутність якої зводиться до формулювання норм-рішень, які прямо впливають із сутності суспільних відносин. В сучасному міжнародному праві це явище має аналог в правовому активізмі міжнародних судових установ.

5. Превалюючою тенденцією сучасного міжнародного права є погляд на нього не як на статичну та незмінну сукупність норм, а як гнучку систему правового регулювання, що пристосовується до сучасних вимог її суб'єктів. Здатність права змінюватися разом зі зміною суспільних відносин становить

головну ознаку його ефективності. Плюралістичне розуміння права Є. Ерліхом передбачає формування права залагодження конфліктів. «Живим» є колективно визнане правило соціальної поведінки, що супроводжується неформальними колективними санкціями.

Ерліхівська соціально-правова теорія актуалізується в період процесів глобалізації, адже в ній передбачено утворення автономних від держави саморегулятивних соціальних підсистем (транснаціональні корпорації, міжнародні організації). Є. Ерліх одним з перших запропонував ідею про існування глобальної комунікативної мережі, у процесі функціонування якої виникає глобальне право, як нова соціальна правова реалія.

6. В сучасній доктрині міжнародного права відсутня дефініція та чітко сформована теорія про це право як «живий» організм. Проведений в роботі аналіз ряду сучасних аспектів міжнародно-правового регулювання дає ґрунтовні підстави для висновку про те, що сучасне міжнародне право еволюціонує як «живий» організм. Аспектами, що аргументують визнання в доктрині міжнародного права теорії міжнародного права як «живого», виявлено:

- еволютивні зміни та адаптація міжнародного права до потреб суспільства характеризується стійкістю незмінних основних сутнісних якостей, *історичною трансформацією*, пристосовуваністю та акумулюванням загальнолюдських цінностей як першооснови глобальної міжнародної еволюції. На відміну від внутрішніх систем права, які у своїй еволюції зникали та відмирили під впливом різних причин і факторів, міжнародне право володіє механізмом *самозбереження* на основі природно-правового «живого» загального права, базисом якого є сукупність природо-правових принципів, як справедливість, публічний порядок, незмінна роль яких обумовлена потребами світового співтовариства, що постійно розвивається;

- в міжнародному праві сферою застосування ідей «живого» права є найбільш динамічні, нестабільні, змінні відносини, що потребують гнучкого регулювання, зокрема сфера прав людини, охорона навколишнього середовища, економічні відносини, космічне право і т.д. Якщо в національній системі норми таких галузей створюються законодавчим органом, то *відсутність міжнародного законодавця* і стає причиною появи «живих» норм, що створюються самими суб'єктами міжнародного права, як такі, що відповідають їхнім сучасним потребам;

- сучасні *міжнародно-правові стандарти* можна назвати нормами «живого» права, оскільки вони здатні до моментального реагування та пристосування до швидкоплинних змін та розвитку в процесі історичної трансформації міжнародних відносин;

- в сучасному міжнародному праві міжнародний договір розглядається не як імперативна незмінність, а як нормативна основа для трансформації, адаптації його норм до сучасних потреб міжнародних відносин. Прийняття нового міжнародного договору є складним та довготривалим процесом, а *адаптація існуючих договірних норм* до нових потреб є легким та ефективним шляхом забезпечення міжнародної справедливості;

- навіть звичаєва норма може набувати якості «живої» норми міжнародного права завдяки *теорії «моментального» звичаю*;

- наявність в міжнародному праві категорії *міжнародне «м'яке» право* можна вважати підтвердженням «живого» характеру, що пояснюється тим, що держави все частіше обирають «м'яке» право, оскільки його основним завданням є не суворе регламентація, а координація поведінки на сонові формулювання рекомендацій чи визначення напрямків співробітництва. Саме на *відсутність примусу* у «живому» праві вказував Євген Ерліх.

7. Першою точкою дотику між «живим» правом Є. Ерліха та міжнародним правом є причини його виникнення. Міжнародне право бере свої витоки у додержавний період, що було викликано життєвонеобхідними суспільними потребами за межами роду (за словами Є. Ерліха «соціального союзу»). Перші міжродові відносини регулювалися на основі погодження волі у формі угод (за Є. Ерліхом «живе» право панує в угодах»). Отже, «живе» міжродове право зароджується в соціальному житті роду, обумовлюється діяльністю соціальних утворень та реальними потребами життя. Потреба в регулюванні міжнародних міжродових конфліктів стала основним каталізатором появи та розвитку міжнародного права з метою забезпечення мирного вирішення спорів та прогресивного співіснування соціальних союзів. Еволюція права доводить його дієвість (у Є. Ерліха дієвість є вирішальною роллю у розмежуванні «мертвого» права і «живого»), поза державним втручанням чи наявністю санкцій та первинність права перед державою. Порівнявши теорії походження права відповідно до концепції «живого» права Є. Ерліха та дослідивши походження міжнародного права, можемо з впевненістю сказати, що виникненню міжнародного права послужили ті ж детермінанти, за допомогою яких виникло право у теорії Є. Ерліха, а саме ланцюг «соціальні союзи» – теорія примирення – і, як результат, *jus gentium*.

8. Будучи нерозривними процесами, міжнародне правотворення та правозастосування пов'язані з актуальною проблемою їх суб'єктного складу у сучасних міжнародних відносинах. Розширення кола суб'єктів міжнародних правовідносин стало причиною розширення кола суб'єктів міжнародного правотворення та набуття якісно нових ознак «живого» права класичними джерелами міжнародного права. Сучасною є тенденція переходу основних функцій у міжнародному правотворенні від держав до інших суб'єктів, тоді як збільшується роль держави у забезпеченні їх виконання, імплементації на національному рівні. Беззаперечно, що головна роль у

наділенні рисами «живого» права належить *органам міжнародного правосуддя*. Вони вдаються до правотворчості при необхідності адаптації застарілих діючих правових норм з метою заповнення прогалин в праві або з метою конкретизації абстрактного характеру норми для врегулювання фактично існуючих міжнародних відносин. Фактично органи міжнародного правосуддя стали платформами прогресивного розвитку міжнародного права, на сучасному етапі вони здобули та поступово збільшують авторитет інтелектуальних центрів, які генерують новаторські ідеї та підходи. *Міжнародні організації* є основними суб'єктами створення норм «м'якого» права, які є значною частиною системи норм «живого» міжнародного права, щодо яких спостерігається стійка тенденція до їх збільшення. В умовах сучасної глобалізації міжнародного права активними учасниками міжнародно-правового нормотворення стають *транснаціональні корпорації та неурядові міжнародні організації*.

Особливістю міжнародного правотворення відповідно до концепції «живого» права Є. Ерліха є *вихід за межі класичної теорії джерельності* міжнародного права (міжнародний договір та міжнародний звичай), та отримання завдяки новим суб'єктам правотворення якісно нових ознак класичними джерелами (міжнародний договір – тлумачення як «живого» документу; звичай – «моментальний» звичай). Аналізуючи рішення міжнародних організацій, з впевненістю можна говорити про них як про джерела закріплення прав та обов'язків суб'єктів міжнародного права, незважаючи на їх відсутність у списку джерел ст. 38 МС ООН. Однак, ступінь їх ефективності вказує на характер джерел «живого» права.

Міжнародна *правозастосовча діяльність* набуває характеру «живого» процесу на що вказує вищий процент ефективності у порівнянні із класичним правозастосуванням на основі позитивно-правових норм. Така ефективність досягається не під примусом, а на основі добровільності, однак завдяки

життєвій необхідності, справедливості та відповідності інтересам суб'єктів виконання «живих» норм.

9. Є. Ерліх вбачав справжнє життя права в суддівській діяльності. Тут особливий інтерес австрійського вченого був прикутий до ситуації «мовчання закону». Оскільки, позитивна норма не в змозі дати правила для усіх можливих ситуацій, а ті правила, які вона закріплює швидко старіють у потоці соціального життя, суддя повинен орієнтуватися не тільки на виявлення істини, а й брати до уваги соціальні інтереси, економічні потреби, політичні, етичні, культурні фактори, враховуючи не тільки ситуацію на сьогоdnішній момент, а й інтереси майбутніх поколінь.

Діяльність універсальних міжнародних судових установ у розвитку сучасного міжнародного права як «живого» вбачається у створенні нових норм міжнародного права, шляхом прийняття рішень по конкретних справах в межах тлумачення норм і принципів міжнародного права, виявленні звичаєвих норм і загальних принципів права, тлумачення міжнародного договору як «живого» інструменту. Рішення міжнародних судів можуть бути поштовхом для початку формування абсолютно нового напрямку, доктрини чи, навіть, галузі права(величезну роль у становленні міжнародного кримінального права відіграла міжнародна судова практика). Зокрема, рішення Міжнародного Суду ООН, прийняті на основі права і справедливості, сприяють прогресивному розвитку сучасного міжнародного права, його інститутів, вдосконаленню міжнародного права, підвищують його ефективність.

Найяскравіше творчий підхід в процесі еволютивного тлумачення норм міжнародного права Судом ООН проявляється при розгляді і вирішенні ним територіальних спорів.

Другим напрямком розвитку сучасного міжнародного права як «живого» в процесі діяльності універсальних судових установ є прийняття консультативних висновків, які отримують загальновизнаний

авторитет, навіть стосовно держав, які не брали участь у його прийнятті і тому можуть вважатися напрямком у формуванні нових еволютивних норм міжнародного права.

10. «Живе» тлумачення є необхідною умовою ефективності міжнародного права в контексті відсутності єдиного правотворця на міжнародно-правовій арені. Першим і найбільш послідовно до міжнародного права, як еволюціонуючої системи підходить ЄСПЛ. Стандарти, закріплені в ЄКПЛ, які розвиваються ЄСПЛ в ході еволютивного тлумачення із впевненістю можна назвати «живим» правом. Доктрина еволютивного тлумачення ЄКПЛ дозволяє суддям при розгляді конкретної справи найефективніше пристосовувати положення Конвенції до соціальних умов, які постійно змінюються. Принцип динамічного тлумачення вперше був застосований ЄСПЛ зокрема у 1963 році у справі «Tyner v. UK». У рішенні Суд кваліфікував ЄКПЛ як «живий» документ, який має тлумачитися у світлі сучасних умов. Найяскравіші приклади такого тлумачення знаходимо у справах ЄСПЛ про захист прав сексуальних меншин, захист права на здорове навколишнє середовище, справи про тілесні покарання, про дискримінацію за ознакою сексуальної орієнтації, права на здійснення абортів та ряді інших. Застосування методу розширювального тлумачення дозволяє ЄСПЛ радикально змінювати свою практику, крім того простежується тенденція щодо розширення прав і свобод людини та звуженого розуміння компетенції держав-учасниць Конвенції щодо обмеження прав і свобод людини. В усіх своїх рішеннях ЄСПЛ звертається до принципів ефективного захисту та верховенства права на міжнародному рівні, які є правовим підґрунтям та міжнародно-правовим базисом еволютивного тлумачення ЄКПЛ.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ ТА ЛІТЕРАТУРИ

1. Акмалова А.А., Капицын В.М. История политических и правовых учений: учебное пособие. Москва: Юриспруденция, 2002. 288 с.
2. Алисиевич Е.С. Толкование норм конвенции Совета Европы о защите прав человека и основных свобод как правомочие Европейского суда по правам человека: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Алисиевич Екатерина Сергеевна; Российская академия наук, Институт государства и права; Москва, 2006. 150 с.
3. Алтангерел Б. Міжнародно-правова практика тлумачення норм міжнародних договорів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Алтангерел Булгаа; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ. 2003. 21 с.
4. Алтангэрэл Б. Международно-правовая практика толкования норм международных договоров: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Алтангэрэл Булгаа; Киевський національний університет імені Тараса Шевченка. Киев. 2003. 185 с.
5. Антонов М.В. Запоздавшая реплика: об одной из последних работ Ойгена Эрлиха // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 320-331.
6. Антонов М.В. Ойген Эрлих: живое право против правового плюрализма? // Правоведение. 2013. № 1. С. 151-175.
7. Антонов М.В. Социология права Ойгена Эрлиха // Известия высших учебных заведений. Университетский издательский консорциум «Юридическая логика». 2008. № 6. С. 128-137.
8. Антонов М.В. У истоков социологии права: Ойген Эрлих // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. Санкт-Петербург: ООО Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2009. С. 565-592.

9. Антонович М.М. Міжнародне публічне право. Київ: ВД «КМ Академія»; Алеута, 2003. 308 с.
10. Баймуратов М.О. Міжнародне право. Харків: Одиссей, 2002. 672 с.
11. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Пер. с фр. Чуршукова; под общ. ред. В.И. Данеленко Москва: ИД «NOTA BENE», 2000. 576 с.
12. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. / Пер. с англ. 2-е изд. Москва: Изд-во МГУ: Издательская группа Инфра-М Норма, 1998. 624 с.
13. Бігун В.С. Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина (актуальний науковий нарис) // Проблеми філософії права. 2005. Том III. № 1-2. С. 105-126.
14. Білас І.Г. Міжнародні політичні і державно-правові вчення: Підручник. Київ: Спеціалізоване видавництво «Юнеско-Соціо», 2015. 572 с.
15. Бірюков Р.М. Глобалізація та її вплив на правову сферу // Українсько-грецький міжнародний науковий юридичний журнал «Порівняльно-правові дослідження». 2009. Вип. 2. С.36-40.
16. Боботов С. В. Буржуазная социология права. Москва, 1978. 224 с.
17. Бокор-Сеге Х. Место ООН в международном правотворчестве // Советское государство и право. Москва: Наука, 1978, № 2. С. 68-73.
18. Буткевич В.Г. Міжнародне право ХХІ століття: пошук шляхів до універсальності // Антологія української юридичної думки. В 10 т. / Редкол.: Ю.С.Шемшученко [та ін.] Київ: ВД «Юридична книга», 2005. С. 831-857.
19. Буткевич В.Г., Мицик В.В., Задорожній О.В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В.Г. Буткевича. Київ: Либідь, 2002. 608 с.
20. Буткевич О.В. История международно-правовой мысли в научном наследии Владимира Грабаря // Международное право. 2013. Вып. №1. С. 334-368.

21. Буткевич О.В. Міжнародне право середніх віків. Київ: Видавництво Гуманітарної Літератури, 2008. 672 с.
22. Буткевич О.В. Міжнародне право ХХІ ст.: утвердження концепції «живого права» // Альманах міжнародного права. 2013. Вип. 2. С. 37-47.
23. Буткевич О.В. Правова концепція професора Є. Ерліха і міжнародне право // Ерліхівський збірник. Юридичний факультет Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича. Чернівці: Чернівецький національний університет, 2012. Вип. 6. С. 160-168.
24. Буткевич О.В. Становлення і розвиток міжнародного права в стародавній період: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Буткевич Ольга Володимирівна; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ. 2002. 22 с.
25. Буткевич О.В. Становлення і розвиток міжнародного права в стародавній період: дис. канд. юрид. наук: 12.00.11 / Буткевич Ольга Володимирівна; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ. 218 с.
26. Буткевич О.В. Теоретичні аспекти походження і становлення міжнародного права: монографія. Київ: Україна, 2003. 800 с.
27. Буткевич О.В. У истоков международного права. Ассоциация Юридический центр; науч. изд. Санкт-Петербург: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. 881 с.
28. Вальдхабер Л. Прецедент в Европейском суде по правам человека // Государство и право. 2001. № 12. С. 5-17.
29. Василенко В.А. Основы теории международного права. Київ: Выща школа, 1988. 288 с.
30. Васильчук В.О. Категорія справедливості у концепції «живого права» Є. Ерліха // Ерліхівський збірник. Юридичний факультет Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича. Чернівці: Чернівецький національний університет, 2012. Вип. 6. С. 110-113.

31. Велижанина М.Ю. «Мягкое право»: его сущность и роль в регулировании международных отношений: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Велижанина Марина Юрьевна; Дипломатическая академия МИД РФ; Москва, 2007. 165 с.
32. Верещетин В.С. Международный Суд ООН на новом этапе // Московский журнал международного права, 2002. № 2. С. 74-85.
33. Виноградов М.В. Защита в Европейском суде по правам человека прав лиц, осужденных к лишению свободы. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Виноградов Михаил Владимирович; Российская академия правосудия; Москва, 2010. 228 с.
34. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 року. URL: <http://buklib.net/component/> (дата звернення: 16.05.2016).
35. Вылегжанин А. Становление глобального правового пространства в XXI веке // Международные процессы. 2010. Т. 8. № 2 (23): Май-август. С. 15-29.
36. Вюртенбергер Т. Останні тенденції у сфері юридичної методології // Український правовий часопис. 2004. № 7 (12). С. 3-11.
37. Гаврилюк Р.А. Эмпириокритицизм как формула правопознания Евгения Эрлиха // Ерліхівський збірник. Юридичний факультет Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича. Чернівці: Чернівецький національний університет, 2012. Вип. 6. С. 14-32.
38. Георгіца А.З. Соціологія права Євгена Ерліха: на шляху до інтеграційного праворозуміння // Науковий вісник Чернівецького університету: зб. наук. праць. Чернівці: Чернівецький національний університет, 2012. Вип. 618. С. 7-12.
39. Гнатовський М.М. Дискусія про фрагментацію міжнародного права у світлі міжнародного гуманітарного права // Право і безпека. 2012. № 4. С. 47-51.

40. Гнатовський М.М., Поєдинок О.Р. Фрагментація міжнародного права: проблема та можливі шляхи її вирішення // Актуальні проблеми політики: зб. наук. праць. Одеса, 2008. Вип. 34. С. 314-323.
41. Голубок С. Как толковать Конвенцию по правам человека: Позиция Европейского суда и ее соотношений с национальными законодательствами // Новая адвокатская газета, 2017. URL: <http://www.advgazeta.ru/rubrics/12/1163>.
42. Гомьен Д. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и политика / Пер. с англ. Л. Зваак, Д. Харрис. Москва: Изд-во МНИМП, 1998. 600 с.
43. Гончаров В.В. Динамічне тлумачення юридичних норм / Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування НАпрН України / Редкол.: П.М.Рабінович (голов.ред.) [та ін.]. Серія І. Дослідження та реферати. Львів: СПОЛОМ, Вип.27. 2013. 252 с.
44. Гончарова Н.Н. Международный Суд ООН: пути повышения его эффективности: дис... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Гончарова Наталья Николаевна; Казанский государственный университет им.В.И. Ульянова-Ленина; Казань, 2007. 205 с.
45. Грабарь В. Э. Первоначальное значение римского термина *jus gentium* // Ученые записки Тартуского государственного университета. Тарту, 1964. Вып. 148. 45 с.
46. Грабарь В.Э. Римское право в истории международно-правовых учений: элементы международного права в трудах легистов XII-XIV вв. Юрьев: Типография К. Маттисена, 1901. 305 с.
47. Гревцов Ю.И. Социология права. Курс лекций. Санкт-Петербург: Издательство «Юридический центр Пресс», 2001 312 с.
48. Гураленко Н.А. Суддівське право пізнання: праксеологічний вимір: монографія. Чернівці: Технодрук, 2013. 352 с.

49. Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. Москва: Наука, 1988. 192 с.
50. Данилів В.-Ю. Солідарність і солідаризм. Київ: КМ Academia, 2000. 150 с.
51. Дарда А.В. Проблемы толкования национальными судами общепризнанных принципов международного права: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.10 / Дарда Алексей Владимирович; Российский университет дружбы народов; Москва, 2003. 145 с.
52. Демин А.В. «Мягкое право» в эпоху перемен. Опыт компаративного исследования: монография. Москва: Проспект, 2015. 145 с.
53. Деннис Ллойд. Идея права / Пер. с англ.: М.А. Юмашева, Ю.М. Юмашев; изд. 5-е. Москва: КНИГОДЕЛ, 2009. 374 с.
54. Динь Н. К., Дайе П., Пеле А. Международное публичное право: в 2-х т. / Пер. с фр. Київ: Сфера, 2000. Т. 1. 440 с.
55. Доклад по Международной конференции по народонаселению и развитию (Каир, 5-13 сентября 1994 года). United Nations Population Fund. URL: http://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_rus.pdf (дата звернення: 15.05.2015).
56. Доповідь Комісії міжнародного права ООН про роботу 50-ої сесії (1999) // Генеральна Асамблея. Офіційні звіти. 53 сесії. Доповнення №10A/53/10. URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/53/102> (дата звернення: 02.09.2016).
57. Доповідь Комісії міжнародного права про роботу її сорок дев'ятої сесії // Офіційні звіти Генеральної Асамблеї ООН, п'ятдесят друга сесія, Доповнення № 10 / Док ООН A/52/10 URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/52/156> (дата звернення: 02.09.2016).
58. Дудаш Т.І. Практика Європейського суду з прав людини: навчальний посібник. 2-ге вид., змінене і доп. Київ: Алерта, 2014. 488 с.

59. Европейское право. Учебник для вузов / Каргалова М.В., Козлов Е.Ю., Наку А.А., Толстопятенко Г.П. и др.; под общ. ред.: Энтин Л.М. 2-е изд. Москва: Норма, 2007. 960 с.
60. Ерліх Є. Основи соціології права // Проблеми філософії права. Київ-Чернівці: Рута, 2005. Т. III. № 1-2. С. 211-220.
61. Ерліх Є. Про живе право // Проблеми філософії права. 2005. Том III. № 1-2. С. 194-200.
62. Загальна декларація прав людини 1948 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 15.04.2015).
63. Задорожна С.М. Природно-правовий характер принципів міжнародного права // Науковий вісник Чернівецького університету: зб. наук. праць. Чернівці: Чернівецький національний університет, 2013. Вип. 660. С. 49-56.
64. Задорожна С.М., Маник А.З. Внесок наукової спадщини О.В. Задорожного у сучасне розуміння основних принципів міжнародного права // Український часопис міжнародного права. Спецвипуск, присвячений пам'яті професора О.В. Задорожного. 2017. С. 74-80.
65. Задорожна С.М., Маник А.З. Становлення та розвиток науки міжнародного права в Чернівецькому національному університеті імені Юрія Федьковича // Український часопис міжнародного права. № 2, 2018. С. 22-29.
66. Исаев Н.А. , Честнов И.Л. Социокультурная антропология права: монография / Санкт-Петербург: Издательский Дом «Алеф_Пресс», 2015. 840 с.
67. Исполинов А.С. Исполнение решений международных судов: теория и практика. // Международное правосудие, 2017. Вып.№1(21). С. 45-67.
68. Каламкарян Р.А. Роль доктрин наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в формировании

современного международного права // Государство и право. 2006. № 6. С. 75-85.

69. Каламкарян Р.А. Философия международного права. Москва: Наука, 2006. 207 с.

70. Караман І.В., Козіна В.В. Європейський суд з прав людини, Європейська конвенція з прав людини та індивідуальні заяви: перше знайомство. Київ: ВАІТЕ, 2015. 136 с.

71. Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве: монография. Москва: Статут, 2010. 308 с.

72. Карвацька С.Б. Інтерпретація історико-правової реальності у рамках соціологічного підходу до права // Ерліхівський збірник. Юридичний факультет Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича. Чернівці: Чернівецький національний університет, 2012. Вип. 6. С. 127-130.

73. Кельзен Г. Основоположение социологии права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. Санкт-Петербург: ООО Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2009. 638 с.

74. Київець О. В. У пошуках міжнародного права: переосмислюючи джерела. Кам'янець-Подільський: ПП «Видавництво «Оіюм», 2011. 480 с.

75. Київець О.В. Джерела міжнародного права: дис. докт. юрид. наук: 12.00.11 / Київець Олена Валеріївна; Інститут законодавства Верховної Ради України; Київ, 2012.

76. Київець О. Джерело міжнародного права як природно-правова категорія // Публічне право. 2011. № 1. С. 76-81.

77. Київець О.В. Сучасне міжнародне право: проблеми ефективності системи через призму джерел міжнародного права // Право і Безпека. 2010. № 2. С. 15-19.

78. Кистяковский Б.А. Философия и социология права. Санкт-Петербург: РХГУ, 1990. 800 с.
79. Кобан О.Г. Вчення Є. Ерліха про живе право: витребуваність сьогоденням // Юридичний науковий електронний журнал. 2014. № 1. С. 22-24.
80. Колодкин Р.А. Фрагментация международного права // Московский журнал международного права. 2005. № 2. С. 38-61.
81. Конвенція про закони і звичаї суходільної війни URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_222 (дата звернення: 02.09.2016).
82. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 10.11.2016).
83. Короткий Т., Хендель Н. «Вічна криза» міжнародного права / Від теорії міжнародного права до практики захисту прав людини. Liber Amicorum до 60-ти річчя проф. В.В. Мицика: монографія / авт. кол., за ред. О.В. Задорожного та О.Р. Поєдинок. Київ; Одеса: Фенікс, 2016. С. 17-45.
84. Коттерелл Р. Эрлих на окраине империи: центры и периферии в правовых исследованиях // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. Санкт-Петербург: ООО Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2009. С. 546-564.
85. Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда. 1948-1991. Организация Объединенных наций. Нью-Йорк. 1993. 297 с.
86. Кретьова І.Ю. Тлумачення положень про права людини Страсбурзьким судом: основні принципи та доктрини // Вісник Національної академії правових наук України: зб. наук. пр. Харків, 2014. № 4. С. 165-175.
87. Кретьова І.Ю. Тлумачення права: доктрини, розвинуті Європейським судом з прав людини: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Кретьова Ірина Юріївна; Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2015. 236 с.

88. Крылов Н.Б. Правотворческая деятельность международных организаций. Москва: Наука, 1988. 170 с.
89. Кульчар К. Основы социологии права. Москва: Прогресс, 1981. 256 с.
90. Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: монография. Москва: Российская академия правосудия, 2012. 580 с.
91. Лукашук И. И. Современное право международных договоров. Т. 1. Заключение международных договоров. Москва: Wolters Kluwer Russia, 2004. 672 с.
92. Лукашук И.И. Глобализация, государство, право и XXI век. Москва: Спарк, 2000. 279 с.
93. Лукашук И.И. Международное право. Особенная часть: Учебник. Москва: Волтерс Клувер. 2007. 432 с.
94. Лукашук И.И. Международное право. Особенная часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов / изд. 3-е, перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер. 2007. 544 с.
95. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов / изд. 3-е, перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2008. 432 с.
96. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: Учебник. Москва: БЕК, 1997. 371 с.
97. Лукашук И.И. Суверенная власть государства в механизме международно-правового регулирования // Советский ежегодник международного права, 1977. Москва: Наука, 1979. С. 132-135.
98. Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом / Пер. з англ. Харків: Консум, 2000. 592 с.
99. Маник А.З. Вплив діяльності міжнародних судових установ на формування «живого» права // Український часопис міжнародного права. №4, 2014. С. 240-244.

100. Маник А.З. Вплив доктрини «живого» права Є. Ерліха на сучасне розуміння міжнародного права // «Розвиток науки і практики міжнародного права» та Міжнародно-правові читання, присвячені пам'яті Олександра Задорожнього: матеріали міжн. наук.-прак. конф. (м. Київ, 22 червня 2018 р.). Київ: Українська асоціація міжнародного права; ІМВ, 2018. С. 135-139.

101. Маник А.З. Вчення Є. Ерліха про «живе» право і сучасне міжнародне право // *Práva a slobody človeka a občana: mechanizmus ich implementácie a ochrany rôznych oblastiach práva: medzinárodná vedecká konferencia*. Bratislava, Slovenská republika, 19-20 septembra 2014 r. (Права та свободи людини і громадянина: механізм їх реалізації та захисту різними галузями права: міжн. наук.-прак. конф., (м. Братислава, Словацька Республіка, 19-20 вересня 2014 р.)). Bratislava: Paneurópska vysoká škola, 2014. С. 265-268.

102. Маник А.З. Застосування принципу динамічного (еволютивного) тлумачення Європейським Судом з прав людини // *Eurasian Academic Research Journal* № 6 (06), 2016. Yerevan 2016. С. 97-104.

103. Маник А.З. Здійснення суддівської діяльності відповідно до теорії вільного правознаходження Євгена Ерліха // Сучасний стан і перспективи розвитку держави і права: матеріали міжн. наук.-прак. конф. (м. Львів, 27-28 червня 2014 р.). Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2014. С. 18-20.

104. Маник А.З. Концептуальні засади соціолого-юридичного підходу до визначення сутності права // *Право і суспільство*. №6-1, ч. 2, 2014. №6-1. ч. 2. С. 24-28.

105. Манукян В.И. Страсбургское право. Европейский суд по правам человека. Право, практика, комментарии. Харьков: Право, 2017. 600 с.

106. Манык А.З. Актуализация проблемы свободного правоопределения в творчестве Е. Эрлиха // *Закон и жизнь*. Международный научно-практический

правовой журнал. Министерство юстиции Республики Молдова. Кишинэу: SRL «Cetatea de Sus». 2014. № 7/2(271). С. 88-91.

107. Манык А.З. Участие органов международного правосудия в международном правотворчестве согласно концепции «живого» права // Studii Juridice Universitate. 2017. Anul X, Nr. 3-4 (39-40). С. 67-74.

108. Марчук В.П. «Свободное право» в буржуазной юриспруденции. Критики концепций Е.Эрлиха. Київ: Вища школа, 1977. 167 с.

109. Марчук В. П., Прозорова Н. С., Хірсін В. В. Критика сучасних буржуазних теорії права. Київ: Знання, 1981. 48 с.

110. Марчук В.П. Євген Ерліх основоположник соціології права // Проблеми філософії права. 2005. Том III. № 1-2. С. 147-151.

111. Марчук В.П. Соціологічні теорії права в Німеччині. Історія і сучасність: монографія. Чернівці: ЧДУ, 1998. 128 с.

112. Международное право: современные теоретические проблемы. Москва: Международные отношения, 1993. 295 с.

113. Международное право: учебник / Отв. ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. Москва: Издательская группа НОРМА-ИНФРА. 1999. 569 с.

114. Международное право: учебник / Под. ред. А.А. Ковалева, С.В. Черниченко. Москва, 2006. 831 с.

115. Международное право: учебник / Под ред. Г.И. Тункина. Москва: Юридическая литература, 1994. 512 с.

116. Международное публичное право: учебник / Л.П. Ануфриева, Д.К. Бекашев, К.А. Бекашев, В.В. Устинов и др.; 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Изд-во Проспект, 2009. 998 с.

117. Международное публичное право: учебник / под. ред. К.А. Бекашева. Москва: ТК Велби, 2003. 640 с.

118. Мережко А. А.. История международно-правовых учений: учебное пособие. Київ: Юридична думка, 2004. 296 с.

119. Мережко А.А. Введение в философию международного права. Гносеология международного права. Київ: Юстиніан, 2002. 192 с.
120. Мережко А.А. Психологическая теория международного права (публичного и частного): монографія. Одеса: Фенікс, 2012. 244 с.
121. Мережко О. Поняття та сутність сучасного міжнародного права // Юридичний журнал, 2008. № 7. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2992> (дата звернення: 14.09.2015).
122. Мережко О.О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права. Київ: Юстиніан, 2010. 316с.
123. Мишина Е. Судейское усмотрение и правоприменение // Право и правоприменение в России: междисциплинарные исследования / Под. ред. В.В. Волкова. Москва: Статут, 2011. С. 108-115.
124. Міжнародне публічне право: підручник / В.Ф. Антипенко, Л.Д. Тимченко, О.В. Беглий та ін.; відп. ред. В.Ф. Антипенко; в 3-х томах: Т.1. Київ: Вид-во Національного авіаційного університету «НАУ-друк», 2010. 422 с.
125. Мірошніченко А.М. Статичне та динамічне тлумачення права // Право і громадянське суспільство. Електронне періодичне видання юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка. 2012. № 1. С.60. URL: <http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/1-1-2012/item/87-statychne-ta-dynamichne-tlumachennia-prava-miroshnychenko-a-m> (дата звернення: 16.05.2016).
126. Мовчан А.П. Кодификация и прогрессивное развитие международного права. Москва: Юридическая литература, 1972. 216 с.
127. Назаренко О.А. Міжнародне право: практика застосування: навчальний посібник. Київ: КНЕУ, 2014. 262 с.
128. Нешатаева Т.Н. Решения Европейского суда по правам человека: новеллы и влияние на законодательство и правоприменительную практику. Москва: Норма: ИНФА-М, 2013. 303 с.

129. Оппенгейм Л. Международное право. Т. 1: Полут. 1: Пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом / Под ред. и с предисл. С.Б. Крылова. Москва: Издательство иностранной литературы, 1948. 408 с.

130. Организация Объединенных Наций. Краткое изложение решений консультативных заключений и постановлений Международного Суда. 1948-1991. ООН, Нью-Йорк, 1993. 297 с.

131. Пазюк А. В. Міжнародно-правовий захист права людини на приватність персоніфікованої інформації: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Пазюк Андрій Валерійович; Київський національний університет імені Тараса Шевченка; Київ, 2004. 19 с.

132. Пархоменко Н.М. Основні напрями розвитку джерел права в умовах глобалізації // Національна держава і право в умовах глобалізації: зб. наук. ст. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2007. С. 69-74.

133. Письменна В.О. «Подвійна функціональність» як солідаристське розуміння міжнародного права Жоржем Сселем // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція, 2013. № 5. С. 339-343.

134. Поєдинок О.Р. Права біженців у контексті фрагментації міжнародного права: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Поєдинок Ольга Романівна; Інститутт. законодавства Верховної Ради України. Київ, 2010. 20 с.

135. Положение лесбиянок и гомосексуалистов в странах-членах Совета Европы. Рекомендация 1474 (2000) Парламентской ассамблеи Совета Европы. URL:
http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta00/errec1474.htm#_ftnref1 (дата звернення: 07.09.2016).

136. Поляков А.В. Общая теория права. Курс лекций. Санкт-Петербург: Издательство «Юридический центр Пресс», 2001. 642 с.

137. Рабінович П.М., Соловійов О.В. Застосування Європейської конвенції з прав людини та практика Страсбурзького Суду в Україні (загальнотеоретичні аспекти). // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України. / Редкол.: П.М.Рабінович (голов.ред.) та ін. Серія І. Дослідження та реферати. Київ, 2014. Вип.28. 208 с.

138. Ребіндер М. (Швейцарія) Євген Ерліх: деякі сторінки з останніх років життя та творчості // Проблеми філософії права. 2005. Том III. № 1-2. С. 127-134.

139. Решение Международного Суда ООН по делу о континентальном шельфе (Тунис/Ливийская Арабская Джамахирия). Сайт Международного Суда ООН. 1981 г. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=tl&case=63&k=c4&p3=0> (дата звернення: 02.07.2016).

140. Рішення Міжнародного Суду ООН по справі «Нікарагуа проти США». Сайт Міжнародного Суду ООН. 1986 рік. URL: <http://www.icj-cij.org/en/case/70> (дата звернення: 16.05.2015).

141. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Pla and Puncernau v. Andorra. Сайт Європейського Суду з прав людини. 15 грудня 2004 рік. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22respondent%22:\[%22AND%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-185546%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22respondent%22:[%22AND%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-185546%22]}) (дата звернення: 24.09.2016).

142. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Selmouni v. France. Сайт Європейського Суду з прав людини. 28 липня 1999 рік. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22respondent%22:\[%22FRA%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22orga](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22respondent%22:[%22FRA%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22orga)

nisations%22:[%22ECHR%22],%22itemid%22:[%22001-58287%22]]} (дата звернення: 24.09.2016).

143. Рішення Міжнародного Суду ООН у спорі між ФРН та Нідерландами про розмежування морських територій. Сайт Міжнародного Суду ООН. 1969 рік. URL: <http://www.icj-cij.org/en/case/52> (дата звернення: 16.05.2015).

144. Рішення Міжнародного Суду ООН у спорі між ФРН та Данією про розмежування морських територій. Сайт Міжнародного Суду ООН. 1969 рік. URL: <http://www.icj-cij.org/en/case/51> (дата звернення: 16.05.2015).

145. Рішення Міжнародного Суду ООН у спорі про риболовну зону. Сайт Міжнародного Суду ООН. 1951 р. URL: <http://www.icj-cij.org/en/case/5> (дата звернення: 16.05.2015).

146. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Даджен проти Об'єднаного Королівства. URL: <http://europeancourt.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/dadzhen-protiv-soedinennogo-korolevstva-postanovlenie-evropejskogo-suda/> (дата звернення: 24.09.2016).

147. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі І. проти Сполученого Королівства. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_102 (дата звернення: 24.09.2016).

148. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Крістін Гудвін (Christine Goodwin) проти Сполученого Королівства. URL: <http://docs.pravo.ru/document/view/19383100/> (дата звернення: 24.09.2016).

149. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Метьюз проти Сполученого Королівства. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_395 (дата звернення: 24.09.2016).

150. Рішення Суду Європейського Союзу у справі C 26/69 Stauder v. City of Ulm. Сайт Суду Європейського Союзу. 1969 рік. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61969CJ0029> (дата звернення: 16.05.2015).

151. Рішення Суду Європейського Союзу у справі C 1/58 Stork v. High Authority. Сайт Суду Європейського Союзу. 1959 рік. URL: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4c23c340-29ec-4794-9b46-99191d5a7032/language-en> (дата звернення: 16.05.2015).
152. Рішення Суду Європейського Союзу у справі C 40/64 Sgarlata v. Commission. Сайт Суду Європейського Союзу. 1956 рік. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61964CJ0040> (дата звернення: 16.05.2015).
153. Рогожин С.Л. Мифы права. Опыт парадоксального анализа международного публичного права // Московский журнал международного права 2003. № 3. С. 16-33.
154. Русов А. Н. Методологические аспекты разрешения дел Европейским судом по правам человека: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Русов Алексей Николаевич; Российский университет дружбы народов; Москва, 2006. 226 с.
155. Савчук К.О. Міжнародно-правові погляди академіка В.Е. Грабаря: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Савчук Костянтин Олександрович; Національна академія наук України. Київ, 2012. 190 с.
156. Савчук К. О. Міжнародно-правові погляди академіка В.Е. Грабаря: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Савчук Костянтин Олександрович; Національна академія наук України. Київ. 2002. 21 с.
157. Савчук С.В. Юридична соціологія: предмет та місце в системі юридичних наук: монографія. Чернівці: Рута, 2003. 240 с.
158. Самхарадзе Д.Г. Взаимодействие источников современного международного права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Самхарадзе Давид Гиазиевич; Институт государства і права; Москва. 2005. 193 с.
159. Сафронова Е.В. Международное публичное право: теоретические проблемы: монография. Москва: РИОР: ИНФРА-М, 2013. 133 с.

160. Сибатян А.С. Обычные нормы международного права и общие принципы как источник судебного правотворчества // Право и политика. 2012. № 4 (148) . С.745-750.
161. Сибатян А.С. Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. Москва: Статут, 2012. 270 с.
162. Сибатян А.С. Решения органов международного правосудия и их роль в укреплении международного правопорядка. автореф. дис. ... док. юрид. наук: 12.00.10 / Сибатян Анаит Сергеевна; Российский университет дружбы народов. Москва. 2013. 45 с.
163. Статут Організації Об'єднаних Націй та Статут Міжнародного Суду. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_010 (дата звернення: 15.08.2015).
164. Тадевосян Э.В. Социология права и её место в системе наук о праве // Государство и право. 1998. № 1. С. 46-53.
165. Тимченко Л.Д. Міжнародне право: підручник. Харків: Консум, Університет внутрішніх справ, 1999. 528 с.
166. Тимченко Л.Д. Міжнародне право: навч. посіб. для дистанційного навчання. Київ: Університет «Україна», 2007. 224 с.
167. Тлумачення та застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод Європейським судом з прав людини та судами України: навчальний посібник / М.В. Мазур, С.Р. Тагієв, А.С. Беніцький, В.В. Кострицький; відп. ред. В.М. Карпунов. Луганськ: РВВЛДУВС, 2006. 600 с.
168. Торончук І.Ж., Грекул-Ковалик Т.А. Основні етапи формування концепції «живого права» Євгена Ерліха // Ерліхівський збірник. Юридичний факультет Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича. Чернівці: Чернівецький національний університет, 2012. Вип. 6. С. 107-110.

169. Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. Москва. 1971. 381 с.
170. Тункин Г.И. Теория международного права. Москва: Зерцало, 2000. 416 с.
171. Тускоз Ж. Міжнародне право: підручник / Пер. з фр. Київ: АртЕк, 1998. 401 с.
172. Федущак-Паславська Г.М. Історія правових та політичних учень: навчально-методичний посібник. Львів, 2008. 288 с.
173. Циммерманъ М. Исторія международного права. Прага, 1924. 382 с.
174. Циппелиус Р. Общество и право. Основные понятия социологии и государства // Право XX века: Идеи и ценности; отв. ред. Ю.С. Пивоваров. Москва: Центр социальных научно-информационных исследований, 2001. С. 252-253.
175. Циппеліус Р. Юридична методологія / Пер., адаптація, приклади з права України і список термінів Р. Корнути. Київ: Реферат, 2004. 176 с.
176. Червяцова А.О. Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Європейський суд з прав людини: навчальний посібник. Харків: ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2011. 136 с.
177. Черниченко С.В. Международное право: современные теоретические проблемы. Москва: Международные отношения, 1993. 296 с.
178. Шаммасова Л.Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве: дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.10 / Шаммасова Лилия Рустемовна; Казанский государственный университет им. В.И. Ульянова-Ленина; Казань, 2006. 214 с.
179. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ: Реферат, 2007. 640 с.

180. Шифф Д.Н. Социоправовая теория: социальная структура и право // Право XX века: Идеи и ценности; отв. ред. Ю.С. Пивоваров. Москва: Центр социальных научно-информационных исследований, 2001. 269 с.

181. Шпакович О.М. «М'яке» право міжнародних організацій // Від теорії міжнародного права до практики захисту прав людини. Liber Amicorum до 60-ти річчя проф. В.В. Мицика: монографія / за ред. О.В. Задорожного та О.Р. Поєдинок. Київ; Одеса: Фенікс, 2016. С. 183-197.

182. Шпакович О.М. Вплив актів міжнародних організацій на внутрішні правопорядки держав-членів. Наукова доповідь на засіданні Вченої Ради Інститут міжнародних відносин 25.02.2011 р. по докторській дисертації // Актуальні проблеми міжнародних відносин 2011. Вип. 101. Ч. 1. С. 106-110.

183. Шпакович О.М. Розвиток правових механізмів реалізації актів органів міжнародних організацій: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.11 / Шпакович Ольга Миколаївна; Київський національний університет імені Тараса Шевченка; Київ, 2012. С. 182.

184. Шумилов В.М. Международное экономическое право: учебно-методическое пособие. Москва: ООО ИКК «ДеКа», 2002. Кн. 1. 288 с.

185. Щокін Ю.В. Міжнародно-правовий звичай: сучасні проблеми, теорія, практика: дис. ... док. юрид. наук: 12.00.11 / Щокін Юрій Володимирович; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Харків, 2016. 422 с.

186. Эрлих О. Основоположение социологии права: монография / под ред. В.Г. Графского, Ю.И. Гревцова. Санкт-Петербург: ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. 704 с.

187. Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предложения. Четыре отрывка из незавершенной работы «Теория судейского нахождения права» // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. Санкт-

Петербург: ООО Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2011. С. 332-376.

188. Abi-Saab G. Whither the Judicial Function? Concluding Remarks, in Christian Dominicé, Request of Advisory Opinions in Contentious Cases? In International Organisations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects. Lawrence Boisson de Chazournes et al. eds., 2002. P. 242.

189. Ajevski M. Judicial Law-making in International Criminal law The Legitimacy Conundrum // Select Proceedings of the European Society of International Law. 2010. Vol. 3. P. 127-141. Oxford: Hart Publishing, 2012. 418 p.

190. Boyle A. The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea // The International Journal of Marine and Coastal Law. Sep. 2007. Vol. 22. Issue 3 (369-381). P.369. URL: http://www2.law.ed.ac.uk/file_download/publications/0_1082_theenvironmentaljurisprudenceoftheitlos.pdf (дата звернення: 28.04.2016).

191. Cleveland S. H. Our International Constitution // Yale Journal of International Law. 2006. N. 37. P.1-124.

192. Corpus Juris Civilis academicum; in quo Justiniani Institutiones, Digesta, Sive Pandectae, Codex, authenticus, Seu Novellae Constitutiones, et Edicta comprehenduntur; Praeterea Leonis et Aliorum Imperatorum Novellae Constitutiones, Canones Sanctorum Apostolorum, ac Feudorum Libri; Huic Editioni, cum optimis quibusque collatae, novae accesserunt, Sub Titulo Juris Antejustiniani. Lutetiae Parisiorum, M DCCC LVI; The Digest of Justinian / Translation edited by A. Watson. Philadelphia, 1998. 59 p.

193. Dupuy P.-M. A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: on the «Fragmentation» of International Law // European Journal of Legal Studies, 2007. P. 34 URL: <http://cadmus.eui.eu//handle/1814/6839> (дата звернення: 06.06.2016).

194. Ehrlich E. Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. Teil I, Berlin, 1902, 258 s.

195. Ehrlich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law // Transaction Publishers. New Brunswick (U.S.A.) and London (U.K.), 2002. xviii, 539 p.

196. Ehrlich E. Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects // Science of Legal Method: Selected Essays by Various Authors. Boston / tr. Ernest Brucken, Layton B. Register. New York: A.M. Keley, 1969. P. 47-84.

197. European Court of Human Rights, A, B and C v. Ireland, judgment of 16 December 2010 // European Court of Human Rights Portal. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:\[%22878721%22\],%22itemid%22:\[%22001-102332%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22878721%22],%22itemid%22:[%22001-102332%22]}) (дата звернення: 24.09.2016).

198. European Court of Human Rights, Golder v. the United Kingdom judgment of 21 February 1975 // European Court of Human Rights Portal. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Golder%22\],%22itemid%22:\[%22001-57496%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Golder%22],%22itemid%22:[%22001-57496%22]}) (дата звернення: 24.09.2016).

199. European Court of Human Rights, Loizidou v. Turkey judgment of 18 December 1996 // European Court of Human Rights Portal. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Loizidou%22\],%22itemid%22:\[%22001-58007%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Loizidou%22],%22itemid%22:[%22001-58007%22]}) (дата звернення: 24.09.2016).

200. European Court of Human Rights, Marckx v. Belgium judgment of 13 June 1976 // European Court of Human Rights Portal. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Marckx%22\],%22itemid%22:\[%22001-57534%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Marckx%22],%22itemid%22:[%22001-57534%22]}) (дата звернення: 24.09.2016).

201. European Court of Human Rights, Mazurek v. France, judgment of 01 February 2000 // European Court of Human Rights Portal. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Mazurek%22\],%22itemid%22:\[%22001-58456%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Mazurek%22],%22itemid%22:[%22001-58456%22]}) (дата звернення: 24.09.2016).

202. European Court of Human Rights, Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal judgment of 21 December 1999 // European Court of Human Rights Portal. URL:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Silva%20Mouta%22\],%22itemid%22:\[%22001-58404%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Silva%20Mouta%22],%22itemid%22:[%22001-58404%22]}) (дата звернення: 24.09.2016).

203. European Court of Human Rights, *Tyrer v. UK* judgment of 23 April 1963 // European Court of Human Rights Portal. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Tyrer%22\],%22itemid%22:\[%22001-57587%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Tyrer%22],%22itemid%22:[%22001-57587%22]}) (дата звернення: 24.09.2016).

204. Garalczyk W. Les reactions dela doctrine a la creation du droit parles juges en droit international public // La reaction dela doctrine a la creation du droit parles juges. Travauxdel'Association Henri Capitant. Tome XXXI. Londres, 1982. 635 p.

205. Hart H. L.A. *The Concept of Law* // Eds. Penelope Bulloch and Josep Raz. Oxford University Press, 1994. 315 p.

206. Head J.W. *Supranational Law: How the Move toward multilateral solutions is changing the character of «International» Law* // *University of Kansas Law Review*. 1994. N. 42 (605). P. 1-44.

207. Henkin L. *The Future of International Law* // *International Law. Classic and Contemporary Readings*. Boulder, Colo: L. Reinner Publishers, 1998. P. 551-568.

208. Kelsen H. *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie* // *Arhiv fur Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. 1915. P. 839-876.

209. Koh H. *Twenty-first Century International Lawmaking* // US Department of State. URL: <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/199319.htm>. (дата звернення: 25.09.2014).

210. Koskeniemi M. *International Legislation Today: Limits and Possibilities* // *Wisconsin International Law Journal*. Vol. 23. № 1 (61-92). P. 79. URL: <http://hosted.law.wisc.edu/wordpress/wilj/files/2012/02/allot.pdf>. (дата звернення: 29.02.2016).

211. Lauterpacht H. *International Law. Volume 1: The General Works*. Cambridge. At the University Press. 1970. 539 p.

212. Lauterpacht H. Private Law Sources and Analogies of International Law: With Special Reference to International Arbitration. The Lawbook Exchange, Ltd., 2002. 326 p.
213. Lauterpacht H. Second Report on the Law of Treaties, UN Doc. A/CN.4/87. 1954. P. 123-139.
214. Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court. Stevens and sons Limited, 1958. 408 p.
215. Lauterpacht H. The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice. Longmans, Green and Co. London, 1934. P. 281-282.
216. Lauterpacht H. The Function of Law in the International Community. Oxford: Clarendon Press, 1933. 477 p.
217. Letsas G. The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy // Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context. 2013. No. 2. P. 106-141.
218. Letsas G.A. Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights. Oxford University Press, 2007. 140 p.
219. Michaels R. The Re-Statement of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism // Wayne Law Review. 2005. N 51. P. 1-54.
220. Nys E. The Papacy Considered in Relation to International Law. London: Law Publisher, 1879. 65 p.
221. Petersmann E.-U. Judging Judges: Do Judges Meet their Constitutional Obligation to Settle Disputes in Conformity with 'Principles of Justice and International Law? // EUI Working Paper LAW № 2008/01 P. 4. URL: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7805/LAW-2008-01.pdf;jsessionid=1A4C130E1661B960534E0BC969B07C79?sequence=1> (дата звернення: 30.10.2015).

222. Politis N. La solidarite europeenne // Esprit international. 1936. P. 155.
223. Pound R. Jurisprudence. Volume I: Part I. Jurisprudence. The Lawbook Exchange ltd., Union. New Jersey, 2000. P. 334-336.
224. Pound R. Mechanical jurisprudence // Columbia Law Review (1908) 8 (605-623). P. 622.
225. Pound R. Social control through law. New Haven: Yale Univ. Press; Oxford Univ. Press, 1942. 138 p.
226. Pratap D. The Advisory Jurisdiction of the International Court. Oxford University Press, 1972. 308p.
227. Rechbinder M. Die Begrundung der Rechtssoziologie durch Eugen Erlich. Baden-Baden, 2003. P. 15.
228. Rehman J. International Human Rights Law // Pearson Education. 2010. 947 p.
229. Scelle G. Essai sur les sources formelles du droit international // Recueild'et ud essurles sources du droitenl' honneur de Francois Geny. Tome III. Sirey, 1935 (reprint 1977). 546 p.
230. Sociological Theories of Law / Ed. by K. Rokumoto. New York University Press; Reference Collection, 1994. P. 94-95.
231. Teubner G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society / Teubner G. (ed.). Global Law Without a State. Dartmouth, 1997. P. 3-28.
232. Weil. P. Towards Relative Normativity in International Law? // American Journal of International Law. 1983. Vol. 77. № 3. P. 413-442.
233. Wellens K. Fragmentation in International Law and Establishing and Accountability Regimefor International Organizations: the Role of the Judiciary in Closing Gap // Michigan Journal of International Law Summer 2004. Vol. 25 (1-23). P. 22-23. URL: <http://students.law.umich.edu/mjil/article-pdfs/v25n4-ellens.pdf> (дата звернення: 16.03.2016).

234. Zemanek K. Is The Nature of the International Legal System Changing? // Austrian review of International and European Law. 2003. Vol. 8. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers. P. 3-29.

ДОДАТОК 1

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Статті у наукових фахових виданнях України

1. Маник А.З. Концептуальні засади соціолого-юридичного підходу до визначення сутності права // Право і суспільство. №6-1, ч. 2, 2014. №6-1. ч. 2. С. 24-28.

2. Маник А.З. Вплив діяльності міжнародних судових установ на формування «живого» права // Український часопис міжнародного права. №4, 2014. С. 240-244.

3. Задорожна С.М., Маник А.З. Внесок наукової спадщини О.В. Задорожного у сучасне розуміння основних принципів міжнародного права // Український часопис міжнародного права. Спецвипуск, присвячений пам'яті професора О.В. Задорожного. 2017. С. 74-80.

4. Задорожна С.М., Маник А.З. Становлення та розвиток науки міжнародного права в Чернівецькому національному університеті імені Юрія Федьковича // Український часопис міжнародного права. № 2, 2018. С. 22-29.

Статті в іноземних виданнях:

1. Манык А.З. Актуализация проблемы свободного правоопределения в творчестве Е. Эрлиха // Закон и жизнь. Международный научно-практический правовой журнал. Министерство юстиции Республики Молдова. Кишинэу: SRL «Cetatea de Sus». 2014. № 7/2(271). С. 88-91.

2. Маник А.З. Застосування принципу динамічного (еволютивного) тлумачення Європейським Судом з прав людини // Eurasian Academic Research Journal № 6 (06), 2016. Yerevan 2016. С. 97-104.

3. Манык А.З. Участие органов международного правосудия в международном правотворчестве согласно концепции «живого» права // Studii Juridice Universitate. 2017. Anul X, Nr. 3-4 (39-40). С. 67-74.

Тези наукових доповідей на конференціях:

1. Маник А.З. Вчення Є. Ерліха про «живе» право і сучасне міжнародне право // *Práva a slobody človeka a občana: mechanizmus ich implementácie a ochrany rôznych oblastiach práva: medzinárodná vedecká konferencia*. Bratislava, Slovenská republika, 19-20 septembra 2014 r. (Права та свободи людини і громадянина: механізм їх реалізації та захисту різними галузями права: міжн. наук.-прак. конф., (м. Братислава, Словацька Республіка, 19-20 вересня 2014 р.)). Bratislava: Paneurópska vysoká škola, 2014. С. 265-268.

2. Маник А.З. Здійснення суддівської діяльності відповідно до теорії вільного правознаходження Євгена Ерліха // *Сучасний стан і перспективи розвитку держави і права: матеріали міжн. наук.-прак. конф.* (м. Львів, 27-28 червня 2014 р.). Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2014. С. 18-20.

3. Маник А.З. Вплив доктрини «живого» права Є. Ерліха на сучасне розуміння міжнародного права // «Розвиток науки і практики міжнародного права» та Міжнародно-правові читання, присвячені пам'яті Олександра Задорожнього: матеріали міжн. наук.-прак. конф. (м. Київ, 22 червня 2018 р.). Київ: Українська асоціація міжнародного права; ІМВ, 2018. С. 135-139.

Основні результати дослідження апробовані на міжнародних науково-практичних конференціях:

1. *Práva a slobody človeka a občana: mechanizmus ich implementácie a ochrany rôznych oblastiach práva: medzinárodná vedecká konferencia*. (Bratislava, Slovenská republika, 19-20 septembra 2014 r.).

2. Сучасний стан і перспективи розвитку держави і права: Міжнародна науково-практична конференція (м. Львів, 27-28 червня 2014 р.).

3. «Розвиток науки і практики міжнародного права» та Міжнародно-правові читання, присвячені пам'яті Олександра Задорожнього: Міжнародна науково-практична конференція (м. Київ, 22 червня 2018 р.).