

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ «М'ЯКОГО ПРАВА»: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ КОНТЕКСТ

«SOFT LAW» IN THE SYSTEM OF REGULATION OF SOCIAL RELATIONS: GENERAL THEORETICAL CONTEXT

Гришина Н.В., к. ю. н., доцент,
завідувач кафедри державно-правових дисциплін
Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна

Григоренко С.І., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри державно-правових дисциплін
Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна

У статті з позицій загального теоретичного аналізу висвітлено зміст такого феномену правової дійсності як «м'яке право». «М'яке право» розуміється як система правил поведінки, які закріплені в документах, що не пов'язані юридично обов'язковою силою як такою, але тим не менш, можуть мати деякі непрямі правові наслідки, які здійснюються і можуть здійснювати практичний вплив на суспільні відносини.

Акцентовано увагу на тому, що концепція «м'якого права» почала формуватися у 70 роках ХХ століття незважаючи на те, що зазначений правовий феномен піддавався критиці. Причини цього автори статті вбачають у специфіці особливої соціальної природи та еволюції м'якого права, поєднання правового та неправового у його змісті. Розкрито політичну складову змісту «м'якого права». Зауважено, що політичні постулати впливають на політичні результати, формуючи стратегії, які політичні суб'єкти використовують для просування своїх інтересів. Це відбувається через унормування політичних відносин (диспутів, дебатів, взаємодій), які є основою ухвалення політичних рішень. При цьому за допомогою механізму риторичної дії, норми спонукають політичних суб'єктів, зацікавлених у реалізації власних інтересів, адаптувати свою стратегію та прийняти політичні зміни, яким вони зазвичай первинно протистоять.

Підкреслено, що задля динамічного та поступального суспільного розвитку необхідним є комплексний вплив широкого спектру соціальних регуляторів, кожен з яких буде здійснювати свій внесок у питання регламентації тих чи інших аспектів соціального спілкування, маючи свої переваги та недоліки. «М'яке право» на сьогодні довело свою ефективність як базовий модальний регулятор суспільних відносин, на якому можуть базуватися найбільш важливі імперативні нормативні конструкції. На тлі ускладнення суспільних відносин є підстави зауважити, що «м'яке право» надалі буде розвиватися як одна із найбільш ефективних концепцій нормативного регулювання.

Ключові слова: «м'яке право», «тверде право», соціальні відносини, законодавство, правове регулювання, норми права, законодавчий процес, тлумачення права.

From the standpoint of general theoretical analysis, the article highlights the content of such a phenomenon of legal reality as «soft law». «Soft law» is understood as a system of rules of conduct, which are enshrined in documents that are not legally binding as such, but nevertheless may have some indirect legal consequences that are carried out and can have a practical impact on public relations.

Emphasis is placed on the fact that the concept of «soft law» began to take shape in the 70s of the twentieth century, despite the fact that this legal phenomenon has been criticized. The authors of the article see the reasons for this in the specifics of the special social nature and evolution of soft law, the combination of legal and non-legal in its content. The political component of the content of «soft law» is revealed. It is noted that political postulates influence political results by forming strategies that political actors use to promote their interests. This is due to the normalization of political relations (disputes, debates, interactions), which are the basis for political decision-making. At the same time, through the mechanism of rhetorical action, the norms encourage political actors interested in pursuing their own interests to adapt their strategy and accept the political changes that they usually initially oppose.

It is emphasized that the dynamic and progressive social development requires a comprehensive influence of a wide range of social regulators, each of which will contribute to the regulation of certain aspects of social communication, having its advantages and disadvantages. To date, soft law has proven its effectiveness as a basic modal regulator of public relations, on which the most important imperative normative constructions can be based. Against the background of the complexity of public relations, there is reason to note that «soft law» will continue to develop as one of the most effective concepts of regulation.

Key words: «soft law», «hard law», social relations, legislation, legal regulation, rules of law, legislative process, interpretation of law.

Актуальність обраної тематики. Загальна теорія права, що має однією зі складових свого предмету дослідження загальних закономірностей виникнення та функціонування права, завжди у центрі уваги залишала питання сутності права та його ознак, що, не в останню чергу, виводиться кризь призму конкретної концепції праворозуміння. Актуальність сучасної інтерпретації категорії «м'яке право» не викликає сумнівів з огляду на значущість останнього у системі соціальної регуляції.

Метою статті є висвітлення ознак «м'якого права» через з'ясування його змісту та визначення регуляторної дії.

Виклад основного матеріалу. У межах загальної теорії права найбільш узагальнений набір ознак права традиційно зводиться до того, що право є загальнообов'язковим, формальновизначеним, нормативним, системним, гарантованим соціальним явищем. Наведені ознаки існують для того, щоб розуміти специфіку права як особливого соціального регулятора та у тому числі відрізнити його

від інших соціальних регуляторів – звичаїв, норм моралі, релігійних, корпоративних норм тощо.

Проте з точки зору предмету нашого дослідження наведені ознаки дозволяють провести своєрідну межу між «м'яким правом» та фактично у такому розумінні його антиподом – правом жорстким (твердим). Зокрема, Джошу Ебботту переконаний у тому, що «м'яке право» краще всього розуміти шляхом його протиставлення праву жорсткому, тобто такому, що має силу закону, застосовується судами та у межах реалізації якого залучені правоохоронні органи [1]. На наше переконання це дозволить краще зрозуміти природу «м'якого права», вказати на його специфічні риси, здатність визначати якість та кількість трансформаційних процесів, що відбуваються у межах національної правової системи.

Фактично можна говорити про те, що добровільний порядок реалізації норм «м'якого права» перекреслює таку традиційну правову ознаку як обов'язковість чи загальнообов'язковість. Проте стосовно цієї ознаки у контексті «м'якого права» не все однозначно. Зокрема, у док-

трині міжнародного права звертається увага на те, що незважаючи на те, що норми «м'якого права» не тягнуть за собою настання для держав чітких прав та обов'язків, але це не перекреслює загальнообов'язковість як ознаку, що притаманна також і "soft law".

Стосовно такої ознаки як загальнообов'язковість у літературі зазначається, що обов'язковий характер норм «м'якого права» забезпечується у першу чергу завдяки широкому визнанню та застосуванню на практиці широким колом правозастосовних органів та передусім судами [2]. Тобто, з одного боку «м'яке право» впливає на правову систему, трансформує її, у тому числі через трансформацію судової системи та судової практики, але з іншого боку судова практика виступає як одна з домінант входження «м'якого права» до орбіти національного правового регулювання, що забезпечує обов'язковість його положень. При цьому у практиці реалізації норм «м'якого права» вочевидь не можна говорити про діяльність системи державно-правового примусу, але мають місце інші засоби та інструменти: соціальний тиск, авторитетний вплив, ризик понесення репутаційних витрат (Ю. Б. Фогельсон прямо говорить про репутаційну відповідальність [3, с. 47]). Вказана відповідальність не виступає різновидом відповідальності юридичної, але здатна створювати умови щодо виконання норм «м'якого права».

Феліція Максін у статті «Жорстке право проти м'якого права у міжнародному праві» у доктрині міжнародного права термін «жорстке право» належить до міжнародно-правових документів, що мають обов'язкову силу, у той час як термін «м'яке право» включає міжнародно-правові документи, що не мають обов'язкової сили [4, с. 115].

У контексті розуміння забезпечення обов'язковості «м'якого права» за допомогою інституційного механізму, у тому числі й судовими органами, варто вказати на досвід Іспанії. Так, Долорез Утрілла Фернандез-Бермейо зазначає, що важливим елементом оцінки ефективності заходів «м'якого права» у контексті COVID-19 є те, яким чином вони були застосовані судами. Дослідження судових рішень, прийнятих іспанськими судами в період з 1 березня по 31 липня 2020 року, показує, що суди застосовували рекомендації у галузі охорони здоров'я, використовуючи їх як чинник для тлумачення жорстких правових норм. Крім того, іспанські суди, зокрема соціальні суди, застосовували матеріальні норми «жорсткого права» з використанням норм «м'якого права» як критеріїв визначення рівня захисту, який встановлено нормами «жорсткого права», у тому числі й тих, що є конституційними нормами. Також виділяються випадки, коли саме на підставі норм «м'якого права» суди вирішували питання про те, чи було дотримано державними адміністраціями або приватними роботодавцями основні права робітників [5, с. 112]. Отже, жорстке право отримує додатковий імпульс розвитку за допомогою норм «м'якого права», а останнє може спиратися на «жорстке право» для підсилення своєї регулятивних властивостей.

Свій погляд на обов'язковість норм «м'якого права» має і Стивен Дейли. Він вказує на те, що «м'яке право» не є обов'язковим лише у традиційному розумінні класичного права. При цьому таке право є здатним спрямовувати дії тих, кому воно адресовано, та може призводити до певних юридичних наслідків [6]. Оана Стефан вважає, що «м'яке право» як правила поведінки, що не мають обов'язкової юридичної сили, але такі, що мають юридичні та практичні наслідки, поширені у межах юридичної інтеграції [7].

Вітчизняна дослідниця О. В. Кирилюк зауважує, що «м'яке право» не слід розглядати лише як можливий етап на шляху до прийняття юридично обов'язкових актів міжнародного права. Як показує проведений аналіз актів м'якого права здатні заповнити правовий вакуум та стати

ефективним засобом міжнародно-правового регулювання у тих сферах, де держави не можуть або не хочуть дійти згоди з окремих питань [8, с. 114].

У свою чергу, формальна визначеність як одна зі змістовних ознак права традиційно розуміється як така його властивість, що передбачає те, що норми права повинні бути оформлені відповідним чином (письмово та документально) і закріплені у статтях нормативно-правових актів, прецедентах тощо, які повинні мати всі необхідні офіційні реквізити. У цьому ракурсі Тереза Фахардо особливо підкреслює те, що загальний термін «м'яке право» охоплює широкий спектр інструментів різної природи та функцій, які дуже ускладнюють його використання у межах однієї формули. Його єдина загальна особливість полягає в тому, що він представлений у письмовій формі, але інші характеристики є мінливими, варіативними та такими, що підлягають обговоренню, і у зв'язку з цим, їх можна розглядати крізь призму «нескінченної різноманітності» [9]. Отже, як зауважує науковець, «м'яке право» має передусім таку характеристику як письмовий характер викладу відповідного матеріалу.

У той же час, характеристики права з точки зору його писемності буде явно недостатньо. З огляду на це, різноманітні джерела права такі як нормативно-правові акти, прецеденти та інші повинні бути відкритими, з ними повинні мати змогу ознайомитися всі зацікавлені суб'єкти. Обов'язковість чіткої фіксації права зумовлена чіткістю права, однозначністю вирішення за його допомогою практичних питань (наприклад, правомірності чи протиправності поведінки суб'єкта, призначення покарання) [10, с. 8]. Щодо інтерпретації цієї ознаки у контексті розуміння «м'якого права», то вона повною мірою знаходить свою реалізацію. Це пов'язано з тим, що «норми «м'якого права» містяться у письмових джерелах та є результатом нормотворчої діяльності держав» [11, с. 27].

Нормативність як конститутивна ознака права, що зумовлюється повторюваністю суспільних відносин та їхньою однотипністю знаходить своє певне відбиття і в межах «м'якого права». Тереза Фахардо зазначає, що стисло «м'яке право» можна сформулювати як сукупність нормативних положень, що містяться в необов'язкових текстах [12]. Разом із тим, наприклад, професор юридичної школи Сорбони Жан-Марк Сорель вважає, що займатися темою «м'якого права» – значить, здавалося б, взяти участь у великій дискусії про форми нормативності у праві. Але все ж таки краще дати відповідь на питання щодо наслідків використання та методів «м'якого права» у контексті глобального управління, у тому числі небезпечних та прихованих [13].

З приводу нормативної цінності «м'якого права» як джерела звичаєвого міжнародного права постає питання у Беннет Харрісон. Даючи на нього відповідь, дослідник зауважує, що недержавні суб'єкти допомагають змінити розуміння багатьох концепцій міжнародного права та тим самим зменшуючи різницю між «жорстким» і «м'яким правом», з одного боку та між державними суб'єктами та недержавними суб'єктами, з іншого боку [14].

У той же час, практика діяльності соціальних судів Іспанії вказує на те, що суди у контексті «м'якого права» не вбачають такої ознаки. Так, вказані судові установи прямо відкинули нормативний характер «м'якого права» COVID-19, вказавши на те, що його дотримання є недостатнім для доказу того, що роботодавць-відповідач надав своїм працівникам належний ступінь захисту. У цих випадках зазначається, що «протоколи, підготовлені Міністерством охорони здоров'я, не мають нормативного характеру, зводяться до простих рекомендацій та/або інструкцій», про що свідчить, зокрема, «той факт, що вони не підлягали офіційному опублікуванню», і що, отже, «дотримання їх аж ніяк не може звільнити робото-

давця від його відповідальності у сфері запобігання професійним ризикам» [15, с. 115].

Дискусія навколо «м'якого права та аргументи спрямовані проти нього і, зокрема, пов'язані з відсутністю у переліку властивих йому ознак нормативності, не може розглядатися з точки зору екстраординарності. Адже, стосовно різних положень «класичного права» доводі часто також поставало питання щодо нормативності. Їх існування зумовлені різним ступенем конкретизації правового регулювання. З цього приводу одразу ж кидається в очі співвідношення нормативності класичних норм права та спеціалізованих. Проте щодо спеціалізованих норм, особливо норм-принципів останнім часом поступово зникають сумніви у їхній нормативності.

Взагалі ж дослідники констатують ще цілу низку характеристик «м'якого права», які іманентно властиві праву та пов'язані з розвитком правової системи. Так, Оана Стефан зазначає, що постійно піддаються аналізу такі ознаки «м'якого права» як законність, прозорість, ясність, легітимність та своєрідна підзвітність [16].

У ракурсі загальнотеоретичного погляду на «м'яке право» варто вказати, що його розглядають переважно з точки зору джерела міжнародного права. Крім того,

існує точка зору, у відповідності до якої «м'яке право» можна розглядати як окрему галузь права [17, с. 440]. Проте виникає питання з приводу предмету та методу правового регулювання. Вважаємо, що на сьогодні немає підстав говорити про «м'яке право» як галузь права. Проте з точки зору джерел його можна розглядати, при цьому не обмежуючись міжнародним правом. Разом із тим, ми виходимо з того, що «м'яке право» має свою джерельну базу – відповідні акти, документи, рішення, резолюції, висновки.

Висновки та пропозиції. Соціальний досвід доводить, що для динамічного та поступального суспільного розвитку необхідним є комплексний вплив широкого спектру соціальних регуляторів, кожен з яких буде здійснювати свій внесок у питання регламентації тих чи інших аспектів соціального спілкування, маючи свої переваги та недоліки. «М'яке право» на сьогодні довело свою ефективність як базовий модальний регулятор суспільних відносин, на якому можуть базуватися найбільш важливі імперативні нормативні конструкції. На тлі ускладнення суспільних відносин є підстави зауважити, що «м'яке право» надалі буде розвиватися як одна із найбільш ефективних концепцій нормативного регулювання.

ЛІТЕРАТУРА

1. ASU experts produce special Jurimetrics issue on soft law / ASU News. Режим доступу: <https://news.asu.edu/20210429-asu-experts-produce-special-jurimetrics-issue-soft-law>
2. Демин А. В. «Мягкое право» в системе социального регулирования: постановка проблемы / Роль международных и внутригосударственных рекомендательных актов в правовой системе России: материалы «круглого стола» с международным участием (Иркутск, 26 апреля 2013 г.). Режим доступу: <https://krasn.pravo.ru/store/doc/doc/DyominSoftLAW.pdf>
3. Фогельсон Ю. Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе / Журнал российского права. – 2013. – № 9. – С. 47.
4. Felicia Maxim Hard law versus soft law in international law / Conferința Internațională de Drept, Studii Europene și Relații Internaționale. VIII/2020. P. 115.
5. Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO Soft Law Governance in Times of Coronavirus in Spain / US National Library of Medicine 2021 Mar; 12 (1): 111–126.
6. Stephen Daly The Rule of (Soft) Law / King's Law Journal. – Volume 32, 2021 – Issue 1 Covid-19: Political Responses and Legal Consequences. Режим доступу: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09615768.2021.1885326>
7. Oana Stefan COVID-19 Soft Law: Voluminous, Effective, Legitimate? / European Papers www.europeanpapers.eu, ISSN 2499-8249. Vol. 5, 2020, No. 1, pp. 663–670. doi: 10.15166/2499-8249/364 (European Forum, 3 June 2020).
8. Крилюк О. В. М'яке право як нормативна основа глобального інформаційного суспільства / Актуальні проблеми міжнародних відносин. Вип. 125. (частина I). 2015. – С. 114.
9. Teresa Fajardo Soft Law Oxford Bibliographies 02 November 2017. <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0040.xml>
10. Основы общей теории права : навчальний посібник / Т. Є. Кагановська, Є. І. Григоренко. – Х. : ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2015. – С. 8.
11. Кашлач О. Нормы «мягкого» права: понятие и признаки / Журнал международного права и международных отношений. № 2. 2006. С. 27.
12. Teresa Fajardo Soft Law Oxford Bibliographies 02 November 2017. <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0040.xml>
13. Jean-Marc Sorel The Role of Soft Law in Global Governance: Heading Towards Hegemonic Influence? / Revue Européenne du Droit. – <https://geopolitique.eu/en/articles/the-role-of-soft-law-in-global-governance-heading-towards-hegemonic-influence/>
14. Igbani, Benneth Harrison (2018) In the light of Article 38 (1) (B) of the ICJ's Statute; can normative value be attributed to resolutions of international organizations and soft law instruments as sources of customary international law? / (PhD thesis), Kingston University. <https://eprints.kingston.ac.uk/id/eprint/44299/>
15. Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO Soft Law Governance in Times of Coronavirus in Spain / US National Library of Medicine 2021 Mar; 12 (1): 111–126.
16. Oana Stefan COVID-19 Soft Law: Voluminous, Effective, Legitimate? / European Papers www.europeanpapers.eu, ISSN 2499-8249. Vol. 5, 2020, No. 1, pp. 663–670. doi: 10.15166/2499-8249/364 (European Forum, 3 June 2020).
17. Черных И. А. Реализация мягкого права в контексте «принципов, касающихся использования ядерных источников энергии в космическом пространстве»: практика российской федерации, США и государств Европейского Союза // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 3. С. 436–450.