

М'ЯКЕ ПРАВО ЯК ФОРМАЛІЗОВАНИЙ МОВЛЕННЄВИЙ АКТ

Стаття присвячена з'ясуванню загальнотеоретичних відомостей такого квазіправового феномену, як «м'яке право», його аналізу та визначенню причин використання державами. Звертається увага на те, що підґрунтям м'якого права є така етична категорія, як довіра. Аргументована позиція автора, що м'яке право є формалізованим мовленнєвим актом і може розглядатися як особлива група джерел права.

Ключові слова: *м'яке право, міжнародне право, правовий засіб, формалізований мовленнєвий акт, джерело права.*

Статья посвящена выяснению общетеоретических сведений такого квазиправового феномена, как «мягкое право», его анализу и определению причин использования государствами. Обращается внимание на то, что основой мягкого права является такая этическая категория, как доверие. Аргументирована позиция автора о том, что мягкое право является формализованным речевым актом и может рассматриваться как особая группа источников права.

Ключевые слова: *мягкое право, международное право, правовое средство, формализованный речевой акт, источник права.*

The article is devoted to the clarification of general theoretical information of such a quasi-legal phenomenon as “soft law”, its analysis and definition of the reasons for use by states. Attention is drawn to the fact that the soft law foundation has such an ethical category as trust. The author’s argument is argued that soft law is a formalized speech act and can be regarded as a special group of sources of law.

Key words: *soft law, international law, legal means, formalized speech act, source of law.*

Вступ. Суспільно-політичні і соціально-економічні зміни, реформи правової системи, інтеграційні і глобалізаційні процеси, що нині мають місце, потребують не лише створення нових правових інститутів відповідно до інтересів і потреб суспільства та держави, а і нових (інших) форматів правових механізмів, юридичних засобів і правових інструментів. Одним із таких правових інструментів є «додатковий правовий регулятор» [1, с. 106], «квазіправовий» феномен – м'яке право.

Постановка завдання. Саме тому метою статті є аналіз категорії «м'яке право» як формалізованого мовленнєвого акту. Для досягнення мети необхідно вирішити такі завдання: дати загально-теоретичну характеристику категорії «м'яке право», охарактеризувати окремі ознаки, які дозволяють розглядати м'яке право як формалізований мовленнєвий акт.

Методологічною основою запропонованої статті є використання спеціально-юридичного методу, який дозволив здійснити ґрунтовний аналіз змісту поняття «м'яке право», що сприяє розкриттю взаємозв'язку співвідношення права і мови; методу герменевтики, завдяки якому здійснено аналіз та осмислення окремих правових текстів доктринального походження, що склали джерельну базу дослідження.

Результати дослідження. Починаючи з 1970-х рр. понятійно-категоріальний апарат міжнародного права поповнюється терміном «м'яке право» (soft law). Дослідженням феномену «м'якого права» цікавилися такі вчені, як: Р.Р. Бекстер, В.Г. Буткевич, М.Ю. Веліжаніна, І.С. Дем-

© МІНЧЕНКО О.В. – кандидат юридичних наук, доцент, докторант кафедри теорії держави та права (Національна академія внутрішніх справ)

ченко, В.В. Задорожній, Л.О. Корчевна, І.І. Лукашук, Л.А. Луць, О.О. Мережко, В.В. Мицик, Г.І. Тункін, Х. Хиллгенберг, С.В. Черніченко та ін.

І хоча сьогодні феномен м'якого права не є достатньо вивченим, однозначно сприйнятим у межах західної і вітчизняної правової культури і, навіть навпаки, таким, що викликає наукові дискусії, він доволі ефективно використовується як регулятор суспільних відносин, як фактор впливу на правові відносини (особливо міждержавні).

Так, українська дослідниця І.В. Шалінська підтримує думку авторів підручника «Міжнародне право. Основи теорії» про те, що «м'яке право – це інституційні, рекомендаційні норми, які містяться у відповідних джерелах – у документах міжнародних міжурядових організацій. Такі норми виконують надзвичайно важливу допоміжну роль у становленні або визначенні *opinio juris* – правової думки – звичаєвих і підготовці та розробці договірних міжнародно-правових норм» [2, с. 182]. Авторка вказує, що «вони мають юридичну силу, є правовими, незважаючи на свій рекомендаційний, необов'язковий характер» [3]. М'яке право спочатку використовували у сфері міжнародного права, сьогодні вже є ряд досліджень у сферах медичного (І.С. Демченко), господарського (Ю.І. Остапенко), адміністративного права (У.А. Лутчин). На значимість м'якого права вказують у сфері регулювання міжнародних приватних спортивних відносин (О. Залізко), де м'яке право входить до окремої групи джерел – *Lex sportiva*; у сфері міжнародного екологічного права.

На ефективність м'якого права вказує Лінда Сенден, досліджуючи зазначене в праві Європейського співтовариства (*Soft Law in European Community Law*). На її думку, м'яке право є одним із засобів європейського врядування. Значимість рекомендацій, повідомлень, резолюцій, висновків, керівних принципів, заяв, програм, збірок практики, які розглядаються як м'яке право, полягає у тому, що всі вони є правовими інструментами Європейського співтовариства, навіть не маючи такої обов'язкової юридичної сили, яка характерна для «жорсткого права» (*hard law*). І хоча використання таких інструментів не є зовсім новим для права Європейського співтовариства, їх застосування як альтернативи законодавству є новим. Практика діяльності загальноєвропейських інституцій більш підтверджує, ніж спростовує переваги застосування *soft law* [4, с. 23].

Лінда Сенден виокремлює три характеристики цього явища, що наводяться у юридичній літературі:

- 1) м'яке право розглядається як «правила поведінки» або «зобов'язання»;
- 2) хоча ці правила знаходять формальне відображення в інструментах, які не мають обов'язкової юридичної сили, вони можуть спричинити (і спричиняють) юридичні наслідки;
- 3) ці правила спрямовані або можуть привести до певного практичного впливу на поведінку суб'єктів соціальної взаємодії.

Виходячи з наведених ознак, зарубіжний автор наводить таку дефініцію явища, що розглядається: м'яке право є правилами поведінки, викладеними у документах, які не мають юридично обов'язкової сили, але можуть мати певні (непрямі) юридичні наслідки і спрямовані на досягнення практичних наслідків або можуть мати таке практичне значення [5, с. 81].

Лілі Цзян, присвятивши свою кандидатську дисертацію оцінці м'якого права як засобу регулювання державних закупівель, дійшла висновків, що м'яке право може бути кращим регулятором порівняно із жорстким правом, зокрема коли останнє не може бути реалізованим. Це пояснюється, на думку автора, тим, що державні закупівлі є чутливою сферою у тому сенсі, що багато держав доволі часто не бажають відмовитися від своєї регуляторної свободи для цілей протекціонізму. М'яке право як право є ефективним засобом виходу з тупика та сприяння компромісу під час ведення переговорів щодо угоди про закупівлю. Крім того, воно може бути своєрідним «проміжним кроком» (хоча і не обов'язково) у процесі формування жорсткого права. М'яке право також може розглядатися як краща альтернатива жорсткому праву, навіть якщо останнє є досяжним [6].

Зауважимо, що причини актуалізації м'якого права ще наприкінці 80-х – початку 90-х рр. XX ст. доволі системно висвітлені у низці зарубіжних праць, зокрема згадаємо такі: Wellens K.C., Borchardt G.M., *Soft Law in European Community Law. European Law Review*. 14, 1989. P. 267–321; Handl, G., Reisman M., Simma B., Dupuy P.-M., Chinkin C. and R. De La Vega, *A Hard Look at Soft Law* (1990). American Society of International Law Proceedings (hereafter, ASIL Proceedings) та ін. У вказаних роботах акцентується увага на тому, що м'яке право можна знайти у багатьох системах, особливо динамічним є використання цього феномену міжнародним правом [7, с. 267]. Ендрю Т. Гузман Тімоті Л. Мейер сформулювали чотири додаткові пояснення того, чому держави використовують м'яке право.

По-перше, держави можуть використовувати м'яке право для вирішення спільних завдань, які потребують прямої координації і які можливо розв'язати за допомогою мінімального втручання.

По-друге, відповідно до теорії запобігання втратам перехід від м'якого права до жорсткого створює більш суворі санкції, які стримують більше порушень і, оскільки санкції в міжнародній системі є негативним наслідком, збільшують чисті збитки сторін. Держави обиратимуть м'яке право, коли граничні витрати в аспекті очікуваної втрати від порушень перевищують граничні вигоди в аспекті стриманих порушень.

По-третє, згідно з теорією делегування держави обирають м'яке право у ситуації, коли вони не знають, чи будуть прийняті сьогодні правила важливі для завтрашнього дня, і коли вигідніше дозволити конкретній державі або групі держав корегувати очікування в разі зміни обставин. Перехід від жорсткого права до м'якого законодавства полегшує таким державам відмову від наявних правил або тлумачень правил і стимулює еволюцію норм м'якого права, що може бути більш ефективним, ніж формальні переговори.

Четверта причина, на думку авторів, виходить зі сформульованої ними концепції міжнародного загального права (international common law – ICL), яка базується на зауваженнях про те, що, крім випадків, які стосуються фактів і сторін спірних питань, що постають перед нею, рішення міжнародних трибуналів є необов'язковим тлумаченням обов'язкових правових норм. Держави надають установам повноваження створювати це право з метою пов'язаності правовими нормами, міжнародне загальне право впливає на всі держави, що підпадають під основне правило, незалежно від того, чи погодилися вони з його створенням [8, с. 171].

Ми зосередили увагу на м'якому праві виходячи з двох причин:

1) цей правовий феномен є додатковим аргументом на користь того, що твердження «у державах романо-германської правової сім'ї основним джерелом права є нормативно-правовий акт» потребує переосмислення й уточнення;

2) м'яке право є своєрідним формалізованим мовленнєвим актом, символічним закріпленням «намірів про правила поведінки».

У цьому контексті не можна не згадати, що європейська правова традиція не вважає нормальним взяття на себе зобов'язань через укладення правочину, а потім невиконання умов цього правочину під різними приводами: відсутності формального закріплення, відсутності санкцій за невиконання тощо. Слово і поведінка (діло) мають збігатися. Така система побудована на взаємній довірі. Якщо такої довіри немає, то не функціонуватиме і правова система. Саме тому одним із перших заходів із реформи правосуддя в Україні було прийняття Закону «Про відновлення довіри до судової влади в Україні» [9, ст. 870]. В обґрунтуванні необхідності прийняття цього Закону автори вказують: «Ефективність судової влади насамперед залежить від її авторитету. Довіра суспільства до суду має набагато більше значення, ніж досконалість законів або юридичних процедур» [10]. І з цим важко не погодитися, тому акцентуємо увагу на тому аспекті наведеної тези, яка на перший план ставить не формалізовані приписи, а довіру. У книзі «Дао де цзин» Лао-цзи писав: «Чим більше видають указів і законів, тим більше з'являється злочинів і розбійників» [11].

Також підтвердженням значення довіри є те, що м'яке право, не будучи наскільки деталізованим, як жорстке, не передбачаючи санкцій, виконує, на нашу думку, регулятивну функцію, оскільки ґрунтується також на латинській фразі, яка є основоположним принципом цивільного і міжнародного права: «Pacta sunt servanda» («Договори мають дотримуватися»). Саме сумлінність виконання міжнародних договорів, на думку А. Іванова, є логічним розвитком норми pacta sunt servanda та виступає характерною ознакою міжнародних зобов'язань і пронизує усі сфери міждержавних відносин [12, с. 62].

Зазначене дозволяє провести паралелі м'якого права як феномену з джентльменською угодою (gentlemen's agreement), яку також доцільно розглядати як форму мовленнєвого акту. Нідерландський професор Ф. Вільям Грошейд вказує, що дослідження джентльменської угоди має відбуватися порівняно з пізнанням контракту, розмежування яких повинно здійснюватися виходячи з трьох чинників: лінгвістичного, соціологічного чи правового [13, с. 93]. У контексті нашого дослідження найбільш важливим є саме лінгвістичний аспект, який, на думку Ф. Вільяма Грошейда, охоплює не тільки питання термінології. Словники з англійської мови часто інтерпретують термін «угода», використовуючи такі слова, як домовленість, зобов'язання, згода або договір. Усі ці слова в контексті національної мови вказують на те, що зацікавлені особи об'єднують свої інтереси (двосторонні чи багатосторонні) у певній галузі, але незалежно від можливих юридичних наслідків. У голландській мові терміни «угода» і «контракт» можуть використовуватися

як синоніми, в англійській – слова «угода» та «контракт» не є взаємозамінними, «угода» є лише зобов'язанням, що підлягає виконанню, а термін «контракт» зазвичай вживається для позначення письмового документа, який є результатом угоди [13, с. 93].

Незважаючи на критику використання норм м'якого права, що призводить до правової невизначеності, погоджуємося з думкою О. Кирилюк про те, що «застосування концепції м'якого права в інформаційну еру допоможе зрозуміти та врахувати на нормативному рівні правові наслідки глобалізаційних процесів. Фактично спостерігається латентна криза позитивного міжнародного права, про яку намагаються не говорити, оскільки держави та діючі міжнародні організації не можуть запропонувати ефективних альтернативних засобів регулювання правовідносин в інформаційній сфері, що не має національного виміру та є транскордонною за своєю природою» [1, с. 107].

Висновки. Таким чином, м'яке право – це такі рекомендаційні правові засоби, які мають зовнішню форму у вигляді актів (формалізованих мовленнєвих актів) – Рекомендацій, Резолюцій, Звернень, Висновків і Наказів, Консультативних висновків, Керівних принципів тощо, що містять інституційні і рекомендаційні норми, сприяють усуненню прогалин у регулюванні; продовжують певні правові наслідки, котрі можуть проявитися як регулюючий вплив на розвиток національного законодавства або ж трансформуватися надалі у норми жорсткого права; служать для гармонізації законодавства, оскільки відіграють важливу роль у врегулюванні конфліктів (особливо міжнародних), бо є універсальним засобом підтримки діалогу. Саме все це підкреслює їх загальнообов'язковий, а також правовий, а не квазі-правовий (моральний) характер і є аргументом для розгляду норм м'якого права як особливої групи джерел права.

Список використаних джерел:

1. Кирилюк О.В. М'яке право як нормативна основа глобального інформаційного суспільства. Актуальні проблеми міжнародних відносин. 2015. Вип. 125 (Ч. I). С. 106–117.
2. Буткевич В.Г., Мицик В.В., Задорожній В.В. Міжнародне право. Основи теорії. К.: Либідь, 2002. 608 с.
3. Шалінська І.В. Акти «м'якого права»: поняття та значення у міжнародному правопорядку. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/39605/17-Shalinska.pdf?sequence=1>.
4. Senden, Linda A.J. Soft Law in European Community Law. Oxford and Portland Oregon. 2004. 533 p.
5. Senden, Linda A.J., Soft Law and its Implications for Institutional Balance in the EC. Utrecht Law Review. Vol. 1, № 2. P. 79–99. December 2005.
6. Jiang, Lili. An evaluation of soft law as a method for regulating public procurement from a trade perspective. PhD thesis, University of Nottingham. 2009. URL: http://eprints.nottingham.ac.uk/10700/1/Thesis_Final.pdf.
7. Wellens K. C., Borchardt G.M., Soft Law in European Community Law. European Law Review. 14. 1989. P. 267–321; Handl, G., Reisman M., Simma B., Dupuy P.-M., Chinkin C. and R. De La Vega. A Hard Look at Soft Law. American Society of International Law Proceedings (hereafter, ASIL Proceedings). 1990.
8. Guzman Andrew T., Meyer Timothy L. Internaitonal Soft Law. Journal of Legal Analysis. Spring, 2010. Vol. 2. № 1. P. 171–227.
9. «Про відновлення довіри до судової влади в Україні»: Закон України від 08 квітня 2014 р. Відомості Верховної Ради (ВВР). 2014. № 23. Ст. 870.
10. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про відновлення довіри до судової системи України». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50133.
11. Лао-цзы. Дао дэ цзин. URL: <http://pulsodiagnostika.narod.ru/g57-60.html>.
12. Иванов А.В. Использование принципа pacta sunt servanda при защите прав и свобод человека. Российский журнал правовых исследований. 2015. № 4 (5). С. 62–68.
13. Grosheide F.W. The gentleman's agreement in legal theory and in modern practice – the dutch civil law perspective, 1998. P. 93.
14. Кирилюк О.В. М'яке право як нормативна основа глобального інформаційного суспільства. Актуальні проблеми міжнародних відносин. 2015. Вип. 125 (Ч. I). С. 106–117. С. 107.