

Концепція «м'якого» права (soft law) в міжнародному праві та праві Європейського Союзу.

Ксенія Смирнова

Стаття присвячена аналізу доктрини й практики застосування концепції «м'якого» права в міжнародному праві. Визначені та систематизовані основні концепції «м'якого права» у вітчизняній та зарубіжній наукових школах. Проаналізовані концепції м'якого права в Європейському Союзі. Визначено, що під «м'яким» правом слід розуміти систему правил поведінки, які мають своє закріплення та вираз в актах необов'язкового характеру, прийняття яких чітко не передбачено в установчих документах.

Розвиток міжнародного правопорядку вказує на видозміну форм і методів правового регулювання системи міжнародних відносин. Розвиток міжнародного права, в цілому, відбувається за рахунок створення розгалуженої системи міжнародно-правових норм. Норми, які не носять загальнообов'язкового характеру, набувають різних форм. В доктрині міжнародного права так і однозначно не з'ясовано сутність такого феномена як «м'яке право». У зв'язку з відсутністю єдності поглядів на таке явище як «м'яке» право існує досить багато прихильників та критиків цього явища. Навіть сам термін викликає багато дискусій. Поряд з терміном «м'яке право» іноді вживаються й інші терміни. Наприклад, «м'яке міжнародне право», «міжнародне економічне м'яке право», «зелене право», «доправо», «передправо», «декларативне право», «директивне право», «недосконале право», «програмне право», «неправо», «субправо» тощо. Не можна сказати, що сам термін «м'яке право» є найбільш коректним, однак саме він отримав визнання. Такі вчені як, наприклад, В. Василенко, М. Веліжаніна, Г. Вельямінов, М. Буроменський, В. Денисов, О. Задорожній, І. Лукашук, В. Муравйов, Т. Нешатаєва, Г. Тункін, Х. Хіллінгенберг, К. Чінкін тощо присвячували окремі свої наукові праці вивченню м'якого права. При цьому слід констатувати, що у зв'язку із відсутністю єдиного розуміння «м'якого» права виникає також його критика. Яскравими критиками концепції м'якого права виступають наприклад, Р. Дженнінгс, Й. Клабберс Р. Колодкін Г. Шварценбергер тощо.

Концепція м'якого права є полем для дискусії в теорії міжнародного права. Вона є своєрідною точкою для зіткнення різних ідей та поглядів, іноді навіть протирічливих. Саме це свідчить про незавершений характер такого явища як м'яке право в науці міжнародного права. При цьому концепція м'якого права отримала особливе бачення в праві Європейського Союзу, що залишається не вивченим доктриною.

Умовно можна узагальнити основні три концепції визначення «м'якого» права, а також окрема концепція заперечення його існування.

По-перше, під м'яким правом розуміється визначений нормативний масив чи документи, які містять: а) норми договорів, які визначені неоднозначно щодо свого змісту і не породжують для держав конкретних прав та обов'язків; б) норми, що містяться в резолюціях міжнародних організацій, що не мають юридично обов'язкової сили. Одним з прихильників цієї концепції м'якого права був І. Лукашук, який вважав, що цей термін широко застосовується в міжнародній доктрині для позначення двох різноспрямованих підходів [1]. У першому випадку йдеться про особливий вид міжнародно-правових норм, що, на відміну від т.зв. «твердого права», не породжують чітких прав і обов'язків, а дають лише загальну настанову, котрій, проте, суб'єкти мають слідувати. В іншому аспекті термін «м'яке» право застосовується для позначення і закріплення не правових міжнародних норм, що містяться в не правових актах, резолюціях міжнародних органів і організацій, у спільних заявах, комюніке. При цьому ці два підходи, визначені І. Лукашук, зводяться до того, що норми «м'якого» права носять необов'язковий характер. Х. Хіллінгенберг стверджує, що норми

СМИРНОВА Ксеня,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри порівняльного і європейського права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

«м'якого права» мають власне юридичну природу, а не моральну чи політичну. До актів «м'якого права» він відносить: 1) міжнародні угоди, які були укладені не як договори, і таким чином, не регулюються Віденською конвенцією про міжнародні договори, але відіграють значну роль у міжнародних відносинах; 2) резолюції міжнародних організацій [2, 505]. Схожої точки зору дотримувався Д. Голд [3].

Друга концепція «м'якого права» характеризує сукупність норм, в яких відсутні ті чи інші ознаки норм т.зв. «твердого» права. В основному прихильниками цього підходу є західна та американська доктрини міжнародного права. На основі поділу актів на обов'язкові та необов'язкові зарубіжними вченими міжнародне право прийнято розподіляти на «тверде» та «м'яке» відповідно. Таких поглядів дотримуються Дж. Бургес, Д. Трубек та Кім Док Чжу. Так, норвезький юрист Дж. Бургес, пропонує розуміти «тверде» право (*hard law*) як сукупність норм, «які формують правові системи в традиційному сенсі» [4]. Норма твердого права – ідеальна модель у формі «чистої законності», яка має формальну вираженість та за характером має бути загальною та абстрактною. М'яке право – це правила, які не виражені в такій формі [5, 212]

В американській правовій доктрині також простежується поділ права на тверде на м'яке. Так, наприклад, у дослідженні, проведеному Д. Трубеком, П. Коттирелом і М. Нансе, відмічається, що тверде право визначає юридичні зобов'язання, які мають конкретне значення та делегують повноваження по тлумаченню та імплементації права. Зобов'язання розглядаються в тому сенсі, що держави, приймаючи такі норми, беруть на себе зобов'язання не тільки щодо предмету та цілі цих норм, але й підпадають під дію правил і процедур всього міжнародного права. Під конкретністю розуміється те, що такі норми однозначно визначають модель поведінки. Делегування повноважень означає, що третя сторона в праві вносити авторитетну точку зору щодо імплементації, тлумачення та застосування норм для того, щоб існував механізм вирішення суперечок і процедура внесення поправок. Поняття «м'якого» права вчені використовують для визначення норм, по відношенню до яких один чи декілька з вищеперерахованих аспектів втрачають свою характерність [6, 10].

Третя концепція є більш узагальноною. Доктрина зводить до поняття «м'якого права» сукупність всіх норм необов'язкового характеру. Наприклад, Р. Уоллас характеризує «м'яке право як загальний термін, що використовується для визначення юридично необов'язкових міжнародних інструментів» [7, 31]. Американський вчений А. Д'Амато вважає, що більша частина «м'якого» права запроваджується за допомогою «м'яких» (необов'язкових) інструментів, таких як рекомендації, резолюції міжнародних організацій, декларації, «фінальні документи», що публікуються після завершення міжнародних конференцій, тощо [8]. В цьому зв'язку, Г. Тункін наголошував на тому, що «до основних причин посилення значення норм міжнародного «м'якого» права в процесі регулювання відносин між державами належить прагнення держав до створення норм, що не накладають на них суворі юридичні зобов'язання, але здійснюють певний регулюючий вплив на їх поведінку» [9, 58]. Спільною рисою при характеристиці норм міжнародного «м'якого» права є їх рекомендаційність та відсутність юридичних наслідків за їх невиконання. Схожої думки дотримується, зокрема Д. Терлецький, вказуючи, що феномен «м'якого» права покликаний характеризувати необов'язкові норми, яких, проте, дотримуються суб'єкти міжнародного права. [10, 12].

Напрацювати в цій сфері єдиний підхід є досить важко з огляду на те, що «м'яке» право є явищем складним. Погляди науковців на м'яке право, а особливо на його застосування у різних умовах, є досить неоднозначними. Прихильники м'якого права здебільшого розглядають його як щось на кшталт «передправа», тобто, у тому сенсі, що згодом неодмінно відбувається його трансформація у тверде право [11]. Наприклад, Д. Шелтон відмічає, що «м'які» закони використовуються, як попередники або як додатки до законодавчих актів [12]. При цьому, «м'які» правові інструменти часто слугують особливим механізмом подолання двозначності або прогалін. Таку ж думку поділяє В. Мицик, вважаючи, що поняття «м'яке право» охоплює сукупність неправових, рекомендаційних норм, і визначає його як «передправо», тобто як розробку і пропонування нових теоретичних положень відносно обов'язкових форм закріплення [13]. Це співвідноситься з думкою західного вченого К. Чінкіна, який вважав, що сутністю м'якого права є субсидіарний його характер по відношенню до міжнародного «твердого» права [14]. Іншими словами м'яке право являє собою субсидіарний механізм регулювання відносин, що має власні особливості виразу та призначення.

Варто виділити ще одну концепцію, висунуту С. Бахіним. Він називає «субправом» сукупність принципів та загальних правил поведінки, що не мають обов'язкової юридичної сили, але характеризуються юридичним значенням та направлені на досягнення певного практичного результату [15]. Неодноразово в доктрині підкреслювалося, що серед актів, які приймаються міжнародною організацією, неабияке місце займають саме рекомендаційні акти. При цьому відсутність в таких

актах обов'язкової сили не означає, що вони позбавлені регулятивної сили. Практика свідчить, що до таких «гнучких» «некласичних» актів все частіше почали звертатися міжнародні організації, що зумовлює швидкість, оперативність та ефективність правового регулювання міжнародних відносин.

Іншими словами, норми міжнародного права, які набувають форми «нестандартних» джерел права, умовно відносять до «м'якого» права. Як відмічає чеський юрист К. Земанек: «м'яке право не вписується в класичне розуміння міжнародного права» [16].

З теорії міжнародного права концепція м'якого права поширюється в праві Європейського Союзу. Вперше м'яке право в європейських співтовариствах стає предметом дослідження Д. Борхардта та К. Велленса в 1989 році. Вони визначали м'яке право Співтовариства як «правила поведінки, які містяться в необов'язкових актах (тобто не забезпечені правовою санкцією та відповідальністю за їх невиконання). Такі правила були створені суб'єктами в правових рамках, про що зазначається ними на кожному етапі їх створення. Такі правила поведінки є різними за своєю правовою силою, але мають спільні риси між собою, такі як: вони направлені та впливають на держав-членів, інститути та органи співтовариств, впливають на підприємства та фізичні осіб, однак одночасно з цим не містять прав та обов'язків Співтовариства» [17]. З нашої точки зору дане визначення є занадто комплексним, та містить багато зайвих рис. Воно стає новелою у праві Євросоюзу і не отримує широко кола прихильників. Історично наступним визначенням м'якого права в співтовариствах стало визначення Д. Турера, який вважає, що м'яке право є «зобов'язання, які є більше ніж політичні заяви та менше ніж закон. Їх спільною рисою є певна наближеність до права та певна значущість, при чому без обов'язкової юридичної сили» [18]. Як видно з цього визначення, воно досить умовно є правовим. М'яке право з теорії міжнародного права не може являти собою зобов'язання. Таким чином, наведені вище визначення м'якого права не легли в основу доктрини м'якого права в Євросоюзу з огляду на їх некоректність, неповноту визначення і не адекватність явищу.

Натомість доктрина м'якого права в Євросоюзі набуває більш активно свого розвитку з середини 90-х років XX століття, що пов'язано із заснуванням самого об'єднання. Американський юрист, а згодом європейський правник Ф. Снідер дає більш чітке лаконічне визначення м'якого права в ЄС. При цьому це визначення є класичним для міжнародного публічного права. У своєму дослідженні він визначає м'яке право, як «правила поведінки, які, в принципі, не мають юридично зобов'язуючої сили, але, попри це, можуть мати практичні наслідки» [19]. Тобто головною ознакою актів м'якого права є те, що всі вони не є офіційно зобов'язуючими, хоча їх можуть дотримуватись й на практиці дотримуються, що зумовлює їх наслідки виконання. Після появи цієї роботи в праві Європейського Союзу спостерігалася перерва в розробці даної концепції, а зацікавленість науковців цій тематиці можна простежити лише з початку вже XXI століття. Особливо останніми роками в Євросоюзі спостерігається посилення інтересу до м'якого права. Зокрема, на цю тему були опубліковані дослідження, К. Джоєргеса, М. Даусон, М. Лоджа, У. Морт, Л. Сенден, Д. Трубека, Д. Чалмерса [20] та інших науковців.

Фундаментальне узагальнене визначення м'якого права в доктрині права Європейського Союзу зробила Л. Сенден. Вона вважає, що «м'яке» право формується з «правил поведінки, які закладені в документах, які не пов'язані юридично обов'язковою силою як таку, але тим не менш, можливо, можуть мати деякі непрямі правові наслідки, які здійснюються і можуть здійснювати практичний вплив» [21]. Визначення концепції «м'якого» права в Європейському Союзі дала У. Морт. Вона зазначає в своїй монографії, що «м'яке» право втілюється в необов'язкових правилах поведінки, таких як рекомендаціях, кодексах поведінки, деклараціях. Аналізуючи практику інститутів, вона відмічає тенденцію до використання «м'яких» методів регулювання як в традиційних сферах, такі як державна допомога, так і нових для Європейського Союзу сферах, наприклад, трудова і соціальна сфера [22]. Однак, монографічна робота У. Морт націлена на аналіз методів та інструментів регулювання процесів інтеграції під час вироблення політик Європейського Союзу, тому вона носить характер міждисциплінарного дослідження.

В західній доктрині права Європейського Союзу існує підхід до поділу його на «тверде» й «м'яке» з огляду на юридично обов'язкову силу актів. Так, наприклад, Лука Барані розподіляє «жорсткі» методи правотворчості (наприклад, обов'язкова гармонізація на підставі директив, пряма дія регламентів, обов'язковість рішень Суду ЄС) та «м'які», під якими розуміється відкритий метод координації, що «використовується в якості платформи для добровільних угод» [23]. Однак, механізми відкритого методу координації є офіційно не визначеними та складаються з практики діяльності інститутів Євросоюзу, тому їх нечіткість зумовлює неможливість їх однозначного віднесення до м'яких методів правотворчості. Взагалі, кажучи про правотворчість, з нашої точки зору, нело-

гічно виділяти «м'які» методи, з огляду на те, що процедури прийняття рішень чітко виписані в установчих договорах.

Своєрідне бачення м'якого права визначив західний правник К. Хілліон. Аналізуючи зовнішні зносини Європейського Союзу з третіми країнами, він висуває концепцію «добровільного виконання актів рекомендаційного характеру». Він аргументує це на прикладі розширення Євросоюзу, відповідно до якого країни-кандидати імплементують право об'єднання на основі виданих ним рекомендацій, а взамін країни отримують вигоду від Євросоюзу у формі приєднання чи то «асоційованого партнерства» [24].

З аналізу доктрини права Євросоюзу можна зробити висновок, що феномен «м'якого права» має своє віддзеркалення як у внутрішній, так і зовнішній політиці об'єднання. Існування нетипових актів вказує на їх особливу правову природу, яка лежить в основі особливої правової природи самого Європейського Союзу. Отже, з огляду на історичний розвиток європейського інтеграційного об'єднання доктрина є не настільки різноманітною у порівнянні з теорією міжнародного права. Відмінною рисою концепцій м'якого права в праві Євросоюзу є відсутність критики її існування на відміну від існування такої критики в міжнародному праві. Жодний вчений не ставить під сумнів існування «м'яких» методів правового регулювання в Євросоюзі. Причиною цього є новий правопорядок, який був створений Європейським Союзом, який не зводиться повністю ані до національного, ані до міжнародного. Своєрідні правові акти, відмінні за своєю правовою природою, різняться за своєю юридичною силою.

Отже, відповідаючи на питання, чи існує «м'яке» право в Євросоюзі, доктрина однозначно зводиться до того, що так, норми «м'якого» права мають місце в системі правового регулювання процесів інтеграції в Євросоюзі. Ухвалення та систематизація актів *sui generis* впливають з практики права Євросоюзу. До таких актів слід відносити акти, видані поза межами інституційного механізму Євросоюзу, наприклад, акти Євробудсмана, акти Євроюсту чи інших агентств Євросоюзу, які можуть набувати форми заключень, резолюцій, декларацій тощо. Такі акти не входять в систему правових актів відповідно до ст. 288 ДФЄС. Також до нетипових актів або актів *sui generis* слід віднести акти інститутів, що видаються в непередбаченій в установчому договорі формі. Відповідно до Резолюції Європейського Парламенту 2007 року [25] до категорії актів «м'якого» права слід віднести повідомлення (*communication*), білі та зелені книги, кодекси поведінки, резолюції тощо.

Таким чином, в доктрині права Євросоюзу намітилися течія визнання «м'якого» права, під яким узагальнено прийнято вважати сукупність правил поведінки, які містяться в актах, що наділені необов'язковою (рекомендаційною) юридичною силою, однак мають певний опосередкований правовий ефект, мають на меті та призводять до практичних наслідків. Практика свідчить, що «м'яке» право в Євросоюзі відіграє важливу роль, розвиває правопорядок об'єднання, заповнює існуючі прогалини, а також слугує інструментом перспективного розширення компетенції Євросоюзу.

[1] Лукашук И.И. Международное «мягкое» право // Государство и право. – 1994. - №8-9. – С. 159-167.

[2] Hillgenberg H.A. Fresh Look at Soft Law // European Journal of International Law. – 1999. – Vol.10, №3. – P. 499-515.

[3] Gold, J. Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements // American Journal of International Law. – 1983. – Vol. 77, N 3. – P. 443—489.

[4] Burgess, J.P. What's so European about European Union? Legitimacy between Institution and Identity // European Journal of Social Theory. – 2002. – Vol. 5, N 4. – P. 467—489.

[5] Боломатов А.В. Влияние концепции «мягкого» права на международный коммерческий арбитраж // Проблемы права. – 2011. – №2. – С. 211-214.

[6] Trubek, D. M. Cottrell P., Nance M. «Soft Law», «Hard Law» and European Integration: Toward a Theory of Hybridity // Jean Monnet Working Paper. 2005. N 02/05. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу до журн. : <http://law.wisc.edu/facstaff/trubek/hybriditypaperapri12005.pdf> – Назва з титул. екрану.

[7] Wallace R. International Law. London: Sweet & Maxwell, 2009. – 158 p.

[8] D' Amato A. Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials: A Reply to Jean d'Aspremont // The European Journal of International Law – 2009. – Vol. 20, №. 3. – P. 897–910

[9] Тункин Г.И. Право и сила в международной системе. – М.: Междунар. отнош., 1983. – 199 с.

- [10] Терлецький Д. Феномен «м'якого права» в контексті положень статті 18 Конституції України // Юридичний вісник. — 2009. — №2. — С. 10-16.
- [11] Наприклад, Hillgenberg H.A. Fresh Look at Soft Law // *European Journal of International Law*. — 1999. — Vol.10, №3. — P. 499-515; Bierzanek R. Some remarks on 'Soft' International Law // *PYIL*. — 1988. — No.17. — p. 21-40; Матвеева Т.В. К вопросу о «мягком праве» в регулировании международных частноправовых отношений. // *Государство и право*. — 2005. — №3. — С.62-71.
- [12] Shelton D. Law, Non-Law and the Problems of «Soft Law» // *Commitment and Compliance: the Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* / D Shelton (ed). — Oxford University Press: Oxford, 2000. — p.10-35.
- [13] Мицик В.В. Концепція «м'якого права» (soft law) / В.В.Мицик // *Міжнародне право. Основи теорії* / За ред. В. Г. Буткевича.- К.: Либідь, 2002. - С. 178 - 182.
- [14] Chinkin C. The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law / C. Chinkin // *International and Comparative Law Quarterly*. — 1989. — Vol. 38. — P.50 –66.
- [15] Бахин С. В. Субправо: новые тенденции в унификации международного права // *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 2002. № 1. С. 149—150.
- [16] Zemanek K. Is the Term 'Soft Law' Convenient? // *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl>Hohenveldern* / Eds. G.Hafner, G.Loibi, A. Rest, L. Sucharipa>bergmann, K. Zemanek. The Hague, 1998. P. 843.
- [17] Borchardt G., Wellens K. Soft Law in European Community law // *European Law Review*. — 1989. — Vol.14, No 5. - P. 267.
- [18] Thurer D. The role of Soft Law in the Actual Process of European Integration / Jacot-Guillarmod O., Pescatore P. *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?* Schultess Polygraphischer Verlag. - Zürich, (1990), p 131.
- [19] Snyder F. Soft Law & Institutional Practice in the European Community // *European University Institute Working Paper, LAW*. — Florence, 1993. — No 93/5. — 18 p.
- [20] Наприклад, Joerges C. Integration through de-legislation: an irritated hecklers' // *European Governance Papers*. — 2007 — 12 p.; Dawson M. Soft Law and the Rule of Law in the European Union: Revision or Redundancy? // *European University Institute, Robert Schumann Centre for Advanced Studies, Working Paper RSCAS 2009/24*, 2009 — 49 p.; Chalmers D., Lodge M. The Open Method of Coordination & the European Welfare State // *London School of Economics. Discussion Paper 11/2003*. — 25 p.
- [21] Senden L. Soft Law in European Community Law / Senden L. // *Hart publishing*, 2004. — 592 p.
- [22] Mörth U. Soft law in governance and regulation: an interdisciplinary analysis - Edward Elgar Publishing, 2004 — 224 p.
- [23] Barani L. Hard and Soft Law in European Union: The case of social policy and the Open Method of Coordination // *Web-Papers on Constitutionalism & Governance beyond the State*. — 2006. — No.2. —32 p.
- [24] Hillion C. A new framework for the relation between the Union and its East-European Neighbours / C. Hillion // *The European Neighbourhood Policy: A framework for Modernization*, EUI Working Papers (Cremona M., Meloni G eds) .- *Law2007/21*. — P. 147 154.
- [25] European Parliament resolution of 4 September 2007 on institutional and legal implications of the use of 'soft law' instruments (2007/2028(INI)) // *Official Journal*. — 2008. - C 187. — p.75-79.