

Королёва Ирина Владимировна

аспирант кафедры теории и истории
государства и права
Северо-Кавказского федерального университета,
адвокат адвокатской палаты Ставропольского края

**ПРОБЛЕМА ОПРЕДЕЛЕНИЯ
ПОНЯТИЯ «МЯГКОЕ ПРАВО»****Аннотация:**

В настоящей статье рассматривается проблема дефиниции понятия и признаков такого неоднозначного правового явления, как «мягкое право». Предметом изучения выступают различные доктринальные подходы к трактовке указанной категории и определению ее значения. Критической оценке автор подвергает подходы, в которых реализуется лишь фактологический анализ «правового эффекта» от использования инструментов и средств «мягкоправового» регулирования, при том что вопрос поиска и определения адекватного понятия соответствующего явления признается несущественным. Основными методами исследования служат анализ и сравнение позиций российских и зарубежных ученых по выбранной проблематике. Главные выводы заключаются в разграничении теоретико- и социолого-правового подходов к трактовке термина «мягкое право» и установлении некоторых существенных характеристик обозначенного феномена.

Ключевые слова:

право, «мягкое право», «жесткое право», «мягко-правовое» регулирование, рекомендательный акт, средства регулирования, восполнение проблем, координация, юридические гарантии.

Koroleva Irina Vladimirovna

PhD student, Theory and History of
State and Law Department,
North Caucasus Federal University,
Lawyer, Law Chamber of the Stavropol Territory

**THE PROBLEM OF DEFINING
THE TERM 'SOFT LAW'****Summary:**

The paper deals with the problem of defining the ambiguous legal phenomenon of soft law and its characteristics. The paper focuses on different doctrinal approaches to interpreting this category. The author provides a critical review of several approaches to dealing with soft law. It is determined by the fact that they present the evidence-based analysis of the legal effect of soft law tools and means, and there is no due consideration for the definition of the relevant phenomenon. The research methods include the analysis and comparison of different views of Russian and international scientists on the subject matter. The major findings of the study are the distinction between the theoretical legal and social legal approaches to explaining the concept of soft law and the definition of several significant characteristics of this phenomenon.

Keywords:

law, soft law, hard law, soft law regulation, advisory act, means of regulation, filling the gaps, coordination, legal guarantees.

В новейшей юридической литературе, как в российской, так и в зарубежной, одной из наиболее обсуждаемых и актуальных является проблема так называемого «мягкого права». Она связана с развитием средств и способов правового регулирования, совершенствованием существующих инструментов и механизмов воздействия на правовую реальность, а также поиском более эффективных и действенных ресурсов для формирования качественно нового состояния правовой определенности и стабильности. В этом направлении обозначились разнообразные ориентиры и ракурсы разработки и расширения традиционных способов правового регулирования. Одним из таких векторов служит развитие средств «мягкого» регулирования, что в свою очередь предполагает анализ понятия «мягкое право».

Даже беглая оценка показывает два ключевых момента, связанных с пониманием правовой природы и характера этого явления. Во-первых, речь идет о том, что интерес к данному феномену обусловлен различными практиками использования «более мягких» или «менее жестких» способов и средств правового регулирования, активно применяемых в настоящее время в разных сферах права, особенно в международно-правовом регулировании. Во-вторых, при рассмотрении «мягкого права» как правового явления выясняется, что оно представляет собой не столько новый вид правовых реалий, сколько новую форму или образ традиционной юридической проблематики, в центре которой было и остается использование «нестрогих» способов и средств правового воздействия (убеждения, увещевания, призыва, составления программ, стратегий, концепций, планов действий в рамках политико-правового развития, согласительных и примирительных процедур и т. п.) во многих областях политической, социально-экономической и правовой жизни.

Несмотря на достаточно широкое и эффективное применение «мягкоправового» регулирования в разных сферах, возникает ряд проблем четкого понимания того, что представляет собой это явление, охватывающее разнообразные случаи регулирующего воздействия. Речь идет, с

одной стороны, о неоднородности «мягкого права» как правового феномена, с другой – о наиболее объективном анализе существенных признаков «мягкого права», позволяющем сформулировать понятие и тем самым решить проблему отграничения его от других правовых категорий.

В доктринальном плане наметился широкий диапазон различных подходов, в которых в качестве существенных выделяются разнообразные признаки. Так, О.В. Муратова полагает, что «акты "мягкого права" не являются источниками права в традиционном понимании, но служат важными практическими регуляторами международных коммерческих отношений» [1, с. 627]. Размышляя о правовой природе и значении рассматриваемой категории, автор, в частности, приходит к выводу, что «значение имеют не столько юридически точное определение понятия актов "мягкого права" и даже не их правовая природа, которой в настоящее время в литературе уделяется немало внимания, сколько правовой эффект от применения таких актов прежде всего с точки зрения регулирования частноправовых отношений» [2].

Крайне сложно согласиться с позицией О.В. Муратовой в той части, в которой она оценивает вопрос о точном определении понятия и правовой природы актов «мягкого права» как несущественный, поскольку, по ее мнению, достаточным основанием и критерием «мягкого права» является не определение по существу, а лишь «правовой эффект от применения таких актов». Отсутствие четкого и ясного толкования не только не позволяет определить то, что можно отнести к «мягкому праву», но и деструктивно влияет на возможности развития этого явления, его конкретизации и допустимого распространения на другие сферы права. Именно дефиниция «мягкого права» должна служить основой для трактовки тех или иных фактических явлений и «эффектов» как средств или примеров «мягкого права». Представляется, что в области изучения явлений, которые традиционно в настоящее время относятся к «мягкому праву», фактологический анализ выступает важным элементом сбора информации о границах применения такого регулирующего подхода. Однако он может рассматриваться лишь как определенная ступень или этап познания и адекватной расшифровки соответствующего понятия для феномена, обозначаемого как «мягкое право».

По мнению Т.А. Желдыбиной, «понятие "мягкое право" является устоявшимся в зарубежной доктрине международного права» [3, с. 139]. С этим вряд ли можно согласиться, поскольку анализ иностранной правовой литературы по данному вопросу показывает крайне разнообразные и различающиеся точки зрения по поводу того, что представляет собой «мягкое право» в международно-правовой сфере. Можно определенно говорить о том, что этот феномен в том или ином варианте обсуждается и присутствует в исследованиях и практиках международно-правового профиля. Однако зачастую зарубежные авторы, обсуждая данную проблему, стараются ограничиться фактологическим ракурсом, не углубляясь в поиск дефиниции понятия. При этом далеко не всегда «мягкое право» признается именно правом, что закономерно влечет политологическое или социологическое измерение эффектов и результатов, достигаемых при его использовании.

По мнению И.С. Семененко, «мягкое право» должно рассматриваться как существенный фактор глобальной управляемости, поскольку оно «становится во многих случаях инструментом регулирования отношений между субъектами мирового развития – государствами, международными организациями, структурами, не имеющими юридического статуса субъектов международного права... корпоративным бизнесом, структурами глобального гражданского общества» [4, с. 117].

Л.Н. Тарасова под нормами «мягкого права» предлагает понимать «решения международных организаций, принятые в порядке рекомендации» [5, с. 184]. При этом, по мнению данного автора, «подобные нормы "мягкого права" не создают четких прав и обязанностей, а определяют желательную модель правомерного поведения. Для таких норм, отмечают ученые, типичны формулировки "добиваться", "стремиться", "принимать все необходимые меры" и т. п.» [6].

В некоторых исследованиях проблематики «мягкого права» прямо вводится уточнение использования этого понятия при взаимодействии и разграничении международно-правовых актов с одной стороны и международных рекомендательных актов с другой. По мнению А.А. Каширкиной и А.Н. Морозова, «международные рекомендательные акты не входят непосредственно в систему международно-правовых норм, так как не являются источниками международного права, т. е. формой воплощения, объективирования международно-правовых норм» [7, с. 138]. Акты «мягкого права», или, что то же самое в интерпретации А.А. Каширкиной и А.Н. Морозова, рекомендательные акты, решают несколько юридически релевантных проблем: восполнение законодательных пробелов; определение направлений сотрудничества; определение подходов к решению возникающих проблем. В целом эти функции и векторы действия «мягкого права» носят рекомендательный характер и играют служебную, вспомогательную роль по отношению к правовым актам, понимаемым в традиционном смысле.

Ю.К. Краснов рассматривает широкое использование «мягкого права» как одну из *тенденций развития нормативного регулирования общественной жизни на современном этапе*» (курсив наш. – И. К.) [8, с. 221]. Следует отметить, что этот автор понимает тенденциозность широкого

применения «мягкого права» как один из симптомов текущего кризиса права и традиционных подходов правового регулирования [9, с. 24].

По мнению В.М. Шумилова, «мягкое право» является одной из составляющих формирующейся глобальной нормативной системы [10].

А.В. Демин, следуя принятой в американской литературе трактовке понятия «мягкое право», определяет его как «совокупность формализованных общих положений (норм, принципов, критериев, стандартов), которые не имеют юридически обязательного характера, не обеспечены официальными санкциями и соблюдаются добровольно в силу авторитетности их создателей, заинтересованности адресатов и целенаправленного социального "давления", которое оказывает на потенциальных (и фактических) нарушителей соответствующее сообщество» [11, с. 99]. Очевидно, что традиционные юридические категории переводятся на язык социологии, что по сути меняет лишь ракурс анализа и трактовки значения объекта, но не его сущность. Природа такого явления, как «мягкое право», сложнее, чем это представляется на первый взгляд, и ее вряд ли конструктивно можно прояснить лишь на контрасте с понятием «право» или, как предлагают некоторые исследователи, «жесткое право». Определенное и явное «смягчение» традиционных контуров категорий юридического характера, которое отличается лишь социологизацией традиционных правовых признаков и понятий, не может рассматриваться как конструктивный подход к выработке и поиску догматического теоретико-правового значения термина «мягкое право».

Доктринальное понятие «мягкое право» должно отличаться от простой социологизации соответствующих признаков. В противном случае речь должна идти о разработке категории с социолого-правовой точки зрения. Зачастую многие исследователи не учитывают специфику национальных трактовок рассматриваемого явления, в которых могут доминировать различные подходы. Следовательно, доктринальное теоретико-правовое понятие «мягкое право» не совпадает с его социолого-правовой трактовкой. Оба ракурса и подхода, безусловно, дополняют друг друга. Именно учет особенностей онтологического и методологического диссонанса при анализе изучаемого термина позволяет разграничить соответствующие интерпретации.

Представляется, что проблема «мягкого права» масштабнее только международно-правовой сферы и должна обсуждаться в более широком ключе – с теоретико-правовых и сравнительных позиций.

А. Шютпельц на примере процесса европеизации политики занятости в Чехии анализирует преимущества и недостатки использования в этом вопросе «жесткого» или «мягкого права» [12, S. 41]. По ее мнению, последнее является необходимым дополнением и эффективным инструментом реализации европейской правовой политики в сфере занятости населения. Во-первых, это обусловлено сложностью решаемых задач – приспособлением, согласованием, координацией правовых режимов и порядков различных национальных государств, что неосуществимо или по меньшей мере неэффективно при использовании средств «жесткого» права. Во-вторых, речь идет о формировании не обязательных норм, а лишь стандартов, достижение которых является общепровозглашаемым приоритетом.

По мнению американских правоведов А. Гузмана и Т. Мейера, «мягкое право» опирается на остаточный принцип, т. е. с одной стороны имеется право (или «жесткое право», право, обеспеченное юридическими гарантиями), а с другой – все, что за его пределами, но выполняет регулируемую функцию, а именно – «мягкое право» [13, p. 173]. При этом возникает иная грань проблемы определения данной категории, она тем не менее претендует на выполнение функции права, пусть даже как некий особый вид или тип права. Иными словами, оно должно отвечать необходимому минимальному набору признаков, которые позволяют отличать и отграничивать правовое от неправового в целом. В связи с этим встает вопрос о том, что для идентификации «мягкого права» как правового феномена важным является не только его соотношение и разграничение с правом вообще, или «жестким правом», но и то, как соотносятся и разделяются инструменты «мягкого права» и состояния или явления, которые вовсе не влекут никаких юридически релевантных последствий и обязательств, т. е. нечто безразличное, поскольку в идее «мягкого права» заложен минимум правового, позволяющего его сравнивать с правом как таковым.

Результаты анализа различных подходов к определению понятия и признаков «мягкого права» позволяют сделать вывод, что «мягкоправовое» регулирование выступает важной частью научных дискуссий и политико-правовой действительности. Это явление отражает проблему поиска дополнительных, вспомогательных, более мобильных и эффективных способов регулирования в разных сферах деятельности, в которых либо отсутствуют необходимые условия для выработки и принятия правового решения в традиционном смысле (определяется некая фокусная точка для координации и согласования юридически релевантных действий, например, как исходный пункт стратегии развития, планов действия, программ и т. п.), либо сознательно выбираются средства «мягкого права» для расширения горизонта правовых возможностей и инстру-

ментов, позволяющих быстрее подбирать функциональный режим согласования и регулирования поведения субъектов права. Данный механизм со временем либо сохраняется в качестве режима «мягкого права», либо становится основанием для выработки более «жесткого» правового порядка, обеспеченного строгими юридическими гарантиями.

Ссылки:

1. Муратова О.В. Акты «мягкого» права как регуляторы частноправовых отношений // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 4 (53). С. 627–633.
2. Там же. С. 627.
3. Желдыбина Т.А. Концепция «мягкого права» в связи с формированием многоуровневых правовых систем // Правовая политика и правовая жизнь. 2017. № 4. С. 139–141.
4. Семенов И.С. Правовое государство и правовое сознание // Проблемный анализ и государственно-управленческое проектирование. 2011. Т. 4, № 5. С. 116–117.
5. Тарасова Л.Н. Проблемы правомерности в правотворчестве международных организаций // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. 2013. № 12-1 (38). С. 181–185.
6. Там же. С. 184.
7. Каширкина А.А., Морозов А.Н. Международные рекомендательные акты в российской правовой системе: пределы и возможности использования // Журнал российского права. 2015. № 2 (218). С. 135–147.
8. Краснов Ю.К. Развитие современного права: вектор перемен // European Scientific Conference / под общ. ред. Г.Ю. Гуляева. Пенза, 2017. С. 220–223.
9. Краснов Ю.К. Некоторые теоретические и практические аспекты кризиса права в современном мире // Право и управление. XXI век. 2016. № 3 (40). С. 21–28.
10. Шумилов В.М. Глобальная нормативная система и ее составляющие // Государство и право. 2017. № 4. С. 72–78.
11. Демин А.В. «Мягкое право» и «жесткое право»: общие признаки и критерии разграничения // Татищевские чтения: актуальные проблемы науки и практики : материалы XII Международной научно-практической конференции. В 4 т. Тольятти, 2015. Т. 2. С. 98–102.
12. Schüttpeitz A. "Weiches" und "hartes" Recht: Die Europäisierung der Beschäftigungspolitik in Tschechien // WZB-Mitteilungen. 2004. Ht 104. S. 41–44.
13. Guzman A.T., Meyer T.L. International Soft Law // Journal of Legal Analysis. 2010. Vol. 2. P. 171–225.

References:

- Demin, AV 2015, "Soft Law" and "Hard Law": General Signs and Criteria for Differentiation', *Tatishchevskiy chteniya: aktual'nyye problemy nauki i praktiki: materialy XII Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii*, in 4 vols, Tolyatti, vol. 2, pp. 98-102, (in Russian).
- Guzman, AT & Meyer, TL 2010, 'International Soft Law', *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, pp. 171-225.
- Kashirina, AA & Morozov, AN 2015, 'International Recommendationary Acts in the Russian Legal System: Limits and Possibilities of Use', *Zhurnal Rossiyskogo prava*, no. 2 (218), pp. 135-147, (in Russian).
- Krasnov, YuK 2016, 'Some Theoretical and Practical Aspects of the Crisis of Law in the Modern World', *Pravo i upravleniye. XXI vek*, no. 3 (40), pp. 21-28, (in Russian).
- Krasnov, YuK 2017, 'The Development of Modern Law: the Vector of Change', in GYu Gulyaev (ed.), *European Scientific Conference*, Penza, pp. 220-223, (in Russian).
- Muratova, OV 2015, 'Acts of "Soft Law" as Regulators of Private Law Relations', *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no. 4 (53), pp. 627-633, (in Russian).
- Schüttpeitz, A 2004, "Weiches" und "hartes" Recht: Die Europäisierung der Beschäftigungspolitik in Tschechien', *WZB-Mitteilungen*, Ht 104, S. 41-44, (in German).
- Semenenko, IS 2011, 'Legal State and Legal Consciousness', *Problemy analiz i gosudarstvenno-upravlencheskoye proyektirovaniye*, vol. 4, no. 5, pp. 116-117, (in Russian).
- Shumilov, VM 2017, 'Global Regulatory System and Its Components', *Gosudarstvo i pravo*, no. 4, pp. 72-78, (in Russian).
- Tarasova, LN 2013, 'Problems of Legality in the Law-Making of International Organizations', *Istoricheskiye, filosofskiyе, politicheskkiye i yuridicheskkiye nauki, kull'turologiya i iskusstvovedeniye. Voprosy teorii i praktiki*, no. 12-1 (38), pp. 181-185, (in Russian).
- Zheldybina, TA 2017, 'The Concept of "Soft Law" in Connection with the Formation of Multi-Level Legal Systems', *Pravovaya politika i pravovaya zhizn'*, no. 4, pp. 139-141, (in Russian).