

А. В. Демин

**«МЯГКОЕ ПРАВО»
В ЭПОХУ ПЕРЕМЕН
ОПЫТ КОМПАРАТИВНОГО ИССЛЕДОВАНИЯ**

МОНОГРАФИЯ

Научная библиотека СФУ



A1362554B



Электронные версии книг на сайте

www.prospekt.org



• ПРОСПЕКТ •

Москва
2016

УДК 341.217(4)
ББК 67.412
Д30

Электронные версии книг
на сайте www.prospekt.org

Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках проекта проведения научных исследований «Феномен мягкого права в системе средств правового регулирования: международный и национальный уровень», проект № 14-03-00067.

Автор:

Демин А. В., доктор юридических наук, профессор кафедры коммерческого, предпринимательского и финансового права Юридического института ФГАОУ ВПО «Сибирский федеральный университет».

Демин А. В.

Д30 «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования : монография. – Москва : Проспект, 2016. – 240 с.

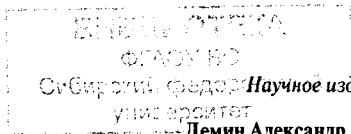
ISBN 978-5-392-19261-8

В монографии рассматриваются различные грани «мягкого права» как актуальной правовой концепции. Анализируются причины появления и роста «мягко-правовых» инструментов, их классификация, исторические корни «мягкого права», его понятие, признаки и соотношение с «жестким правом», преимущества и недостатки, а также роли и функции в системе регулирования социальных взаимодействий. Децентрализация и деформализация правообразования рассматриваются как предпосылки для концептуализации «мягкого права». Обсуждается возможность переноса «мягко-правовой» проблематики на уровень национальных правовых систем.

Предназначается научным работникам, преподавателям, аспирантам и студентам гуманитарных вузов и специальностей, а также всем, кто интересуется проблемами современной политики и права.

538240

УДК 341.217(4)
ББК 67.412



Демин Александр Васильевич

**«МЯГКОЕ ПРАВО» В ЭПОХУ ПЕРЕМЕН
ОПЫТ КОМПАРАТИВНОГО ИССЛЕДОВАНИЯ**

Монография

Оригинал-макет подготовлен компанией ООО «Оригинал-макет»
www.o-maket.ru; тел.: (495) 726-18-84

Санитарно-эпидемиологическое заключение
№ 77.99.60.953.Д.004173.04.09 от 17.04.2009 г.

Подписано в печать 02.03.2016. Формат 60×90 1/16.

Печать цифровая. Печ. л. 15,0. Тираж 1000 (2-й завод 50) экз. Заказ № 02758

ООО «Проспект»

111020, г. Москва, ул. Боровая, д. 7, стр. 4.

Отпечатано в типографии ООО «Паблит»

127282, Москва, ул. Полярная, д. 31В, стр. 1 Тел.: (495) 685-93-18

ISBN 978-5-392-19261-8

© А. В. Демин, 2015
© ООО «Проспект», 2015

Содержание

«Мягкое право»: коммуникативный подход	4
Введение	10
1. Причины появления концепции «мягкого права» в современном правовом дискурсе	13
2. Исторические корни и генеалогические предшественники «мягкого права»	28
3. Децентрализация и деформализация правообразования как предпосылка для концептуализации «мягкого права»	48
4. Бинарный подход против относительной нормативности	61
5. К вопросу о понятии «мягкого права»	73
6. Hard law — soft law — non-law: общие признаки и критерии разграничения	88
7. Выбор «мягкого права» для урегулирования международных отношений	102
8. Классификация «мягко-правовых» инструментов	113
9. Юридическое и неюридическое «мягкое право»	123
10. Функции «мягкого права» в системе социального регулирования	135
11. Перенос «мягко-правовой» проблематики на уровень национальных правовых систем	148
Заключение	157
Приложение. Краткая хрестоматия по «мягкому праву»	158
<i>Об эволюции исследований «мягкого права»</i>	158
<i>О децентрализации и деформализации правообразования</i>	170
<i>О бинарном подходе и относительной нормативности</i>	172
<i>О понятии и признаках «мягкого права»</i>	179
<i>О соотношении «мягкого» и «жесткого» права</i>	189
<i>О причинах обращения к «мягкому праву»</i>	201
<i>О юридическом «мягком праве»</i>	213
<i>О функциях «мягкого права» в системе социального регулирования.</i>	216
<i>О классификации «мягкого права»</i>	222
<i>О конкретных примерах «мягко-правовых» инструментов</i>	225
Библиографический список литературы	232
<i>Литература на русском языке</i>	232
<i>Литература на иностранных языках</i>	235

«Мягкое право»: коммуникативный подход

В 70-х годах прошлого века в научных работах, методических материалах, политических документах западноевропейских авторов и даже в правовых актах появился термин «мягкое право» в применении прежде всего к международно-правовым отношениям и к регуляторному инструментарию гармонизации законодательства государств — членов ЕС, но затем он стал употребляться в гораздо более широком контексте. Этим термином обозначают: резолюции и коммюнике различных международных организаций, разнообразные международные стандарты, различные руководства и рекомендации по соблюдению фундаментальных прав, декларации, кодексы лучшей практики. Причем сегодня этот термин используют не только в международных отношениях, но и во внутригосударственных. В юридически обязывающих документах, международных договорах, давно уже используют технику так называемого «best effort language»: когда по какому-то вопросу не удастся договориться об обязательствах, но есть потребность в документальной фиксации серьезности намерений. Такие положения юридически обязывающих документов теперь тоже называют «мягким правом», причем «юридическим мягким правом» (Legal Soft Law) в противовес тем положениям, которые содержатся в документах и сборниках, не являющихся юридически обязательными (non-Legal Soft Law).

Все эти регуляторные инструменты существовали и раньше, задолго до появления термина «мягкое право», ими пользовались, но никому не приходило в голову обозначать их одним общим термином, а в последние 30–40 лет такой термин появился. Термины не возникают сами по себе — появление новых понятий довольно строго контролируется бритвой Оккама «*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*», т. е. «не следует умножать понятия сверх необходимости». Конечно, бритва Оккама — это не жесткое правило, а всего лишь методологический прием, фиксирующий презумпцию, однако опыт показывает, что новые понятия если и возникают без необходимости, то, как правило, быстро себя изживают. А «мягкое право», однажды появившись, живет в дискурсе уже давно, и эта

книга прекрасно иллюстрирует, если можно так выразиться, экспансию мягкого права во все более широкий круг отношений. Это означает, что появилась реальная потребность в новом понятии.

Возникает естественный вопрос — для чего? Какая потребность правового дискурса вызвала к жизни понятие, охватывающее собою все перечисленные выше регуляторные инструменты? Почему дискурсу оказалось недостаточно таких категорий, как «международный стандарт» или «кодекс лучшей практики», «декларация» и т. д., но потребовалось понятие, общее для всех подобных документов? Что такое хотят сказать друг другу участники современного правового дискурса, когда используют этот термин, чего они не могли выразить, пока его не было?

К этой группе вопросов добавляется еще одна группа. Почему в этом термине использовано слово «право»? Ведь, на первый взгляд, использование этого слова в новом термине вносит в дискурс неопределенность. Если оставить в стороне дискуссии, ведущиеся в сфере философии права, то для обычных людей понятие «право» вполне однозначно и определено. Для чего «раскачивать» этот давно устоявшийся и прекрасно работающий в дискурсе термин? Ведь, когда мы говорим «право», «правовая система», наш собеседник прекрасно понимает, что именно мы хотим ему сказать.

Ответ на вторую группу вопросов напрашивается сам. Мягкое право — это такой регуляторный инструмент, который во всем похож на обычное право, но государства не рассматривают его нормы как обязывающие. Причем все остальные атрибуты права, в том числе и обязательность для участников оборота, в мягком праве имеются. Слово «право» в этой конструкции как раз и подчеркивает данное обстоятельство. Далее в этой книге довольно подробно рассмотрен вопрос об обязательности норм мягкого права, и я, естественно, не стану здесь «отнимать хлеб» у автора. Таким образом, говоря в терминологии Г. Л. А. Харта, в мягком праве отсутствует «правило признания»¹, а более точно — «правило признания официальными лицами государства». В связи с этим возникает масса вопросов — о правовой определенности, об ограничении от других социальных регуляторов и т. д., а в конечном итоге и о верховенстве права. Все возникающие проблемы я сейчас также не стану перечислять, так как их подробный обзор имеется в книге. Но, несмотря на то что эти вопросы пока еще ждут своего ответа, во всяком случае ясно, что термин «мягкое право» выводит правовой — именно правовой — дискурс за рамки государства в его Вестфальском понимании, а значит,

¹ Харп Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007. С. 105–115.

и за рамки суверенитета. Поэтому многие являются категорическими противниками использования данного термина в правовом дискурсе, и в книге подробно рассмотрена в том числе и эта аргументация.

Итак, сама конструкция термина, использование в нем слова «право» с прилагательным «мягкое» подсказывает нам один из возможных ответов на первый вопрос о том, какая потребность дискурса вызвала его к жизни. Наше представление о праве меняется. Неразрывная связь правовой системы с государством и с суверенитетом, характерная для государственно-правовых систем Вестфальского типа, постепенно отходит в прошлое. Мы перестаем рассматривать право как инструмент государства, с помощью которого оно поддерживает в обществе порядок, социальный мир и направляет общество к новым, светлым целям. В начале 1970-х годов тезис Олега Эрнестовича Лейста «Право — это язык, которым государство разговаривает с народом»¹ кое-кем в мире еще разделялся, но сегодня широкое распространение инструментов мягкого права подрывает такой взгляд на взаимодействие государства и права.

В этой парадигме будущим правовой системы является ее полицентричность. Создавать право в ней будут конкурирующие друг с другом центры регулирования². Правда, не совсем понятно, как будет организована эта конкуренция и почему государство не будет всегда ее выигрывать. Пока действительно имеются примеры, когда государство сознательно воздерживается от регулирования в пользу негосударственных инструментов, но это добрая воля государства³. Однако если подобная конкуренция широко распространится, то для нее потребуются правила. Каким образом могут быть созданы такие правила и на чем они могут быть основаны — это пока также один из нерешенных вопросов. Вопросов в такой парадигме видения будущего права, как мы видим, больше, чем ответов.

Есть и другой возможный ответ на вопрос о том, для чего дискурсу потребовался новый термин, общий для всех регуляторных инструментов, не признаваемых государствами правовыми, т. е. юридически обязывающими. Уже давно замечено, особенно в гражданском

¹ Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М.: Зерцало-М, 2011. С. 316.

² См. об этом: *Bell T. W. Polycentric Law // Humane Studies Review. 1991/92. Vol. 7. № 1. P. 1–10.*

³ Пример из сферы организации здравоохранения в Швеции см.: *Fredriksson M., Blomqvist P., Winblad U. Conflict and Compliance in Swedish Health Care Governance: Soft Law in the «Shadow of Hierarchy» // Scandinavian Political Studies. 2012. Vol. 35. № 1. P. 48–70.* Пример из сферы ликвидации последствий стихийных бедствий см.: *Brandson T., Boogers M., Tops P. Soft Governance, Hard Consequences: The Ambiguous Status of Unofficial Guidelines // Public Administration Review. July-August 2006. Vol. 66. № 4. P. 546–553.*

и торговом праве, что основные правила, которыми регулируется оборот, очень похожи практически во всех правопорядках. Даже мусульманский фикх использует для регулирования гражданского оборота правила, во многом схожие с правилами европейского права. Конечно, правовые предписания, относящиеся, например, к договорам, в разных правовых системах различаются. Скажем, между фикхом и Французским гражданским кодексом этих различий существенно больше, чем тех же различий между ФГК и Германским гражданским уложением, но они вполне сопоставимы с различиями в регулировании договоров между континентальными правовыми системами и англо-американским общим правом. Однако во многом все правовые предписания, регулирующие частное право, похожи, так как везде очень похож гражданский оборот¹.

Мы знаем, как давно уже Европа стремится получить общеевропейское гражданское право. Еще в Средние века такую роль выполняло *ius commune*. Сегодня эта работа продолжается. Сначала Беале и Ландо разработали «Принципы европейского договорного права», теперь вышли «Модельные правила европейского частного права» (DCFR). Международная торговая палата (УНИДРУА) давно уже выпустила «Принципы международных коммерческих договоров» и регулярно их обновляет. Все перечисленные сборники правил содержат то общее, что есть в регулировании частного права во всех правовых системах. Точнее, они содержат то общее, каким мы бы хотели его видеть. То есть это, если так можно выразиться, сердцевина, ядро частного права. И, конечно, эти сборники являются типичными примерами мягкого права. При этом каждая правовая система конкретного государства привносит в частное право свои национальные особенности. Иногда бывает, что правовая система не содержит нужной нормы, а в «ядре» она есть, и тогда суды охотно привлекают эти мягко-правовые нормы к решению попавшегося им сложного спора.

Аналогичный процесс уже лет 40 идет в сфере регулирования финансовых рынков. Группа международных неправительственных организаций, действующая на базе Банка международных расчетов (Базельский комитет по банковскому надзору, Международная

¹ Я вовсе не утверждаю, что различия между мусульманскими правовыми системами и континентальными правовыми системами сравнимы с различиями между континентальными и правовыми системами, основанными на общем праве. Безусловно, нет. Романо-германские и англо-американские правовые системы имеют так много сходства, что их объединяют одним термином: «западные». Но правовая система – это не только и не столько правовые предписания, сколько механизмы, обеспечивающие их создание и применение. Здесь я утверждаю лишь, что, несмотря на существенные различия между западными и незападными правовыми системами, создаваемые ими правовые предписания имеют много общего.

ассоциация страховых надзоров, Международная ассоциация комиссий по ценным бумагам и др.), выпускает разнообразные стандарты регулирования финансовых рынков и постоянно их обновляет, изучает их применение, комментирует. При этом каждая страна имплементирует эти стандарты в свою правовую систему в той степени и с теми особенностями, которые считает нужным. Эти стандарты, также мягко-правовые, можно рассматривать в качестве «ядра» регулирования соответствующей сферы¹.

Похожая ситуация и в международном налоговом праве. Модельная конвенция ОЭСР по налогам на доход и на капитал и особенно Комментарии к ней, имеющие очевидно мягко-правовой характер, давно используются всеми странами — членами ОЭСР в качестве «ядра» международного налогового права, с помощью которого суды разрешают сложные налоговые споры, связанные с соглашениями об избежании двойного налогообложения, которые и «моделирует» эта конвенция².

Полагаю, эти примеры можно не продолжать. Мы видим, что мягко-правовые инструменты часто используют в качестве «ядра регулирования» в какой-либо сфере. Опираясь на эту закономерность, можно дать такой ответ на вопрос о том, зачем правовому дискурсу понадобился термин «мягкое право». Он нужен для того, чтобы показать, что в праве идут процессы создания в конкретных сферах регулирования таких «ядер», которые хотя и не являются юридически обязывающими, но их следует в целом придерживаться, хотя национальные особенности регулирования вполне допустимы. Именно для того, чтобы обозначить общий «сердцевинный» характер таких инструментов, и предложен новый термин. Право, согласно такому взгляду на него, состоит как бы из двух частей: общего мягкого ядра и твердой национальной оболочки в каждой сфере регулирования. Это же рассуждение справедливо и для «best effort language» в договорах. Договор, согласно изложенной парадигме, также состоит из двух частей: мягких общих принципов и намерений и твердых, юридически обязывающих положений. При этом мягкая часть договора, хотя и не снабжена иском и не влечет юридической ответственности, тем не менее, обязательна для сторон именно как «best effort», т. е. стороны должны прилагать максимальные усилия к ее исполнению. Похожие рассуждения можно привести и для внутригосударственно-го мягкого права — предоставляю эту возможность самим читателям.

¹ Подробно об этом см.: *Brummer C. Soft Law and the Global Financial System. Rule Making in the 21st Century. Cambridge: Cambridge University Press (2012).*

² *Токарева К. К. Правовой статус Комментариев Организации экономического сотрудничества и развития к Модели Конвенции по налогу на доход и на капитал в странах ОЭСР // Актуальные проблемы российского права. 2010. № 3. С. 350–362.*

Мы рассмотрели два возможных ответа на вопрос о том, для чего в правовом дискурсе появился термин «мягкое право». Оба эти ответа показывают, что появление данного термина свидетельствует не о возникновении какого-то нового феномена, а об изменении наших взглядов на само право. При этом мы видим, что проблем и вопросов, которые порождает это изменение, очень много. Дальнейшее исследование этих проблем, изучение вопроса о том, вписываются ли подобные изменения в ту или иную систему ценностей, — вот, полагаю, одно из магистральных направлений современной правовой науки.

Любому, кто выберет для своих «штудий» это направление, придется вначале одолеть огромный массив имеющейся литературы по мягкому праву. Причем, как правило, эта литература на английском языке, а российские юристы, в основной своей массе, пока не слишком свободно им владеют. Данная книга — неоценимый помощник и путеводитель по этой литературе.

В книге очень подробно рассмотрены большинство из доступных нам работ по мягкому праву за последние 25 лет. Представлены и сопоставлены одна с другой основные имеющиеся теории о происхождении и функциях мягкого права. Множество проблем, которые, как мы видим, возникают в связи с появлением этого термина в дискурсе, в книге сформулированы и основные аргументы «за» и «против» рассмотрены. В общем, эта книга — прекрасный и глубокий аналитический и сравнительный обзор литературы по мягкому праву. Для любого, кто решил заняться этой проблематикой, она сэкономит много времени, необходимого для знакомства с уже имеющимися разработками. Большие куски из опубликованных работ, содержащие основные идеи, циркулирующие в этой сфере знаний, приведены в приложениях с переводом их на русский язык.

Я очень рекомендую эту книгу тем, кто решил всерьез заняться мягким правом, тем, кого интересует будущее того социального механизма, который мы сегодня привычно называем правом, тем, кто хочет попасть в первые ряды исследователей современной правовой науки.

*Юрий Борисович Фогельсон,
доктор юридических наук, профессор
кафедры публичной политики Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»,
Москва, январь 2015 г.*

Введение

В исследовательской работе нередко бывает так, что тема, которая изначально планировалась лишь как вспомогательная, не основная, в дальнейшем захватывает ученого настолько, что становится самостоятельным объектом научного анализа. Нечто подобное произошло и со мной в отношении «мягкого права». Эта тема возникла во время многолетней работы над проблемами неопределенности в праве и неожиданно увлекла меня, превратившись в своеобразную *mania persecutionis*. Отчасти это было похоже на наваждение.

Впоследствии я понял, что дело здесь в самой концепции мягкого права. Зародившись во второй половине XX века, она буквально «взорвала» изнутри академическое сообщество. Начиная с 70-х годов прошлого века этот феномен прочно занял место актуальной (подчас — с элементами провокативности) тематики в правовом дискурсе зарубежных стран. Все эти годы разворачивается активная и подчас достаточно эмоциональная дискуссия о природе феномена «мягкого права» и признании его в качестве оригинального регулятора социальных взаимодействий. Идею «мягкого права» можно смело назвать одной из самых спорных и обсуждаемых доктрин в современном правовом дискурсе. Сотни убежденных сторонников и не менее убежденных противников мягкого права ведут непримиримые дебаты на страницах научных изданий, в лекционных аудиториях, на площадках круглых столов и конференций. Вряд ли сегодня можно назвать какую-либо иную категорию, которая продуцировала бы настолько противоречивые отклики и дебаты среди правоведов.

За время работы над вопросами мягкого права у меня накопился значительный по объему массив зарубежных источников, переведенных на русский язык. К сожалению, российская наука долгое время не уделяла этой проблематике должного внимания. Нелишне напомнить, что в России ситуация характеризуется традиционным господством *юридического позитивизма* в теории и высшем образовании. Поколения отечественных юристов выросли на отрицании

любых правовых школ, кроме позитивистских. Более того, во время массовых репрессий 30-х годов не только поддержка, но даже простое изучение каких-либо научных концепций, кроме позитивизма, признавалось едва ли не государственным преступлением. Отчасти этим объясняется откровенное отставание отечественной правовой науки от академических дискуссий, составляющих мейнстрим правового дискурса во всем мире. Мы до сих пор не имеем ни одной монографии, посвященной мягко-правовой проблематике, а более-менее регулярные публикации стали появляться лишь в последние годы. Поэтому обращение к иностранным источникам оказалось жизненно необходимым условием эффективного научного анализа мягко-правовой проблематики.

В этой книге я постарался представить тезисы наших зарубежных коллег, которые, на мой взгляд, в наиболее сжатом и насыщенном виде излагают основные аспекты дискуссии о мягком праве. Речь идет о трудах таких известных авторов как Кеннет Эббот (K. W. Abbott), Энтони Д'Амато (A. D'Amato), Жан де Аспремон (J. de Aspremont), Лазло Блутман (L. Blutman), Алан Бойл (A. E. Boyle), Проспер Вейл (P. Weil), Эндрю Гузман (A. T. Guzman), Матиас Голдмэн (M. Goldmann), Ян Клабберс (J. Klabbers), Патрик Котрелл (M. P. Cottrell), Тимоти Мейер (T. L. Meyer), Энн Петерс (A. Peters), Марк Поллак (M. A. Pollack), Анна Ди Робилан (A. di Robilant), Линда Сенден (L. Senden), Дункан Снайдел (D. Snidal), Дэвид Трубек (D. M. Trubek), Кристин Чинкин (C. Chinkin), Грегори Шефер (G. Shaffer), Дина Шелтон (D. L. Shelton) и мн. др. При этом я планировал по возможности избегать собственных оценок, чтобы сравнительно-правовое исследование получилось максимально объективным. Разумеется, полностью этого сделать не удалось, и авторскую поддержку мягко-правовой концепции можно обнаружить в каждой главе представленной монографии.

Главная проблема — пресловутые «трудности перевода». Дело в том, что ваш покорный слуга не является профессиональным переводчиком: сначала азы, а потом и нюансы этой профессии мне приходилось буквально открывать для себя снова и снова. В частности, юридические конструкции зарубежных научных школ значительно отличаются от тех, что используются в отечественном правоведеии, а многие англоязычные термины вообще не имеют аналогов в русском языке. В некоторые моменты я напоминал себе криптографа, задумчиво разбирающего тайнопись древних рукописей. Поэтому вполне допускаю наличие неточностей перевода или излишне

вольную трактовку каких-то отдельных фрагментов. Прошу читателей не судить строго, в конце концов: *Истина всегда где-то рядом.*

Хочу выразить признательность многочисленным коллегам, с которыми я в течение последних лет обсуждал отдельные аспекты исследуемой темы. В частности, при оценке мягко-правовой проблематики существенную помощь мне оказало научное общение с проф. Д. В. Винницким, рекомендации и критические замечания которого учитывались на всем протяжении исследования. Я благодарен проф. Ю. Б. Фогельсону, который подготовил обстоятельную вступительную статью к настоящему изданию, и проф. Р. А. Шепенко, который любезно согласился выступить в качестве рецензента. Я также признателен проф. Г. П. Толстопятенко, который, выступая в качестве неофициального оппонента на защите моей докторской диссертации, энергично поддержал мои научные изыскания в области «мягкого права». Хочу поблагодарить руководство Юридического института ФГАОУ ВПО «Сибирский федеральный университет» за оказанное содействие в организации и проведении круглого стола по «мягкому праву», который состоялся 26 сентября 2013 года в рамках Дней юридической науки. Немаловажным фактором является также финансовая поддержка, оказанная Российским государственным научным фондом, присудившим мне в 2014 году грант на проведение научного исследования в рамках проекта «Феномен мягкого права в системе средств правового регулирования: международный и национальный уровень».

Буду рад, если моя книга вызовет отклики у коллег и послужит катализатором дальнейших исследований и дискуссий в такой малоизученной области, как «мягкое право».

*Александр Васильевич Демин,
доктор юридических наук, профессор кафедры
коммерческого, предпринимательского
и финансового права ЮИ ФГАОУ ВПО
«Сибирский федеральный университет»,
Красноярск, декабрь 2014 г.*

1. Причины появления концепции «мягкого права» в современном правовом дискурсе

«Мягкое право» как самостоятельный и крайне дискуссионный феномен в правовом дискурсе возник сравнительно недавно. Вряд ли можно назвать иную категорию в юридической доктрине, которая продуцировала бы столь противоречивые отклики и дебаты. Как подчеркивает Ульрика Морс, мягко-правовая тематика поднимает фундаментальные вопросы осуществления власти, распределения полномочий, легитимности, социальных практик, демократии, а также вопросы о границах между правом и политикой, между сферами публичной и частной жизни¹.

Анна Ди Робилан проводит подробную классификацию противников и сторонников «мягкого права», отмечая, что «позиции в споре о соотношении жесткости и мягкости чрезвычайно многообразны и полны нюансов»². К представителям «мягко-правовой партии» она относит «энтузиастов» мягкого права и сторонников «гибридности», в то время как жестко-правовой лагерь, по ее мнению, включает в себя «скептиков» и «противников» мягкости.

Так называемые «энтузиасты», пишет Ди Робилан, рукоплещут мягкому праву за его гибкость, органически оперативное реагирование на социальные запросы и плюралистическую сущность. Мягкое право, по их мнению, способствует активному и плюралистическому обсуждению, поощряет культурное и политическое многообразие, инициирует генерирование новых знаний и, наконец, является более эффективным, чем принято считать. По утверждению «энтузиастов», мягко-правовые средства стимулируют динамичное *взаимодействие*

¹ Mörth U. Soft Law and New Modes of EU Governance – A Democratic Problem? Paper presented in Darmstadt November 2005. P. 4. [Электронный ресурс] URL: <http://www.mzes.uni-mannheim.de/typo3/site//Moerth.pdf> (дата обращения: 25.06.2014).

² Robilant di A. Genealogies of Soft Law // The American Journal of Comparative Law. 2006. Vol. 54, № 3. P. 504–511.

нескольких уровней управления, а также — массовое участие в управленческих процессах различных социальных акторов. Механизмы сравнительного бенчмаркинга, обмена информацией и экспертными оценками способствуют экспериментированию и взаимному обучению, в конечном счете стимулируя прагматическое обсуждение. По мнению «энтузиастов», мягкие юридические средства достаточно эффективны и могут на самом деле оказаться менее «мягкими», чем обычно считается. Они утверждают, что по крайней мере на практике жесткое право имеет более открытую структуру и диспозитивный характер, чем принято считать, в то время как мягкое право более эффективно в результате сочетания «восходящих» и «нисходящих» механизмов¹. «Нисходящие» механизмы подразумевают порицание, а также диффузию через мимесис² и дискурс; «восходящие» — прогнозирование результатов обсуждений и обучение. В конечном итоге мягкое право может быть мощным инструментом социальных реформ, который более эффективно продвигает правовые инновации, чем традиционно жесткое законодательство³.

Будучи более осторожными в восхвалении мягкого права, приверженцы «гибридности» призывают к комбинированию традиционного жесткого права и мягко-правовых процессов. Подчеркивая достоинства мягкого права как органического социального продукта, обеспечивающего эффективность и плюралистическое уважение к разнообразию, они утверждают, что оно может быть более эффективным в сочетании с жестким правом. Гибриды могут принимать различные формы; предпочтительный вариант — сочетание процессов открытого метода координации (*open method of coordination*) с рамочными директивами (*framework directives*). Сторонники гибридности расходятся во мнениях относительно роли, которую они приписывают жесткому праву. Для некоторых из них жесткое право должно устанавливать регулятивную границу, ниже которой мягкое право не может «опускаться»; мягкие стандарты и руководящие принципы дополняют базу юридически обязательных, жестко-правовых норм, обеспечивающих права и определяющих основные направления политики. Для других жесткое право закрепляет диспозитивный режим (*default regime*), который следует применять при отсутствии мягких добровольных (спонтанных) и экспериментальных нормативных режимов. Борцы за гибридность делают особый упор на органическую

¹ *Robilant di A.* Op. cit. P. 506–507.

² Мимесис — один из основных принципов эстетики, в самом общем смысле означающий подражание искусству действительности.

³ См.: *Trubek D. M., Trubek L. G.* Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Coordination // *European Law Journal*. 2005. Vol. 11. № 3. P. 356.

природу и плюралистическую направленность мягкого права как подлинно общественного, «живого права», дополняющего традиционные жесткие нормы. Социальная генеалогия оказывает влияние на аргументы сторонников гибридности, подчас проявляясь в их трудах между строк. Жестко-мягкие гибриды считаются высокоэффективными комбинациями: их мягкие компоненты гарантируют органическую оперативность реагирования на общественные потребности, способствуют плюрализму и соучастию, активизируют взаимное обучение; их жесткие элементы обеспечивают более высокий уровень соблюдения нормативных требований, так как творцы национальной политики уже не имеют возможности игнорировать мягкие нормы, и они позволяют эффективно исправлять асимметрию между гармонизацией рынка и социальной интеграцией¹.

Так называемые «скептики» отвергают мягкое право из-за его, как они полагают, «бесполезного, нереалистичного и подчас извращенного характера»². Они подвергают сомнению эффективность органического и спонтанного мягкого «живого права». Отсутствие возможности принудительного осуществления, недостаток давления со стороны партнеров и бенчмаркинга, а также открытое пространство для соблюдения норм по собственному усмотрению, по их мнению, препятствуют «органической» эффективности мягких норм. Кроме того, скептики подчеркивают нереалистичный характер выдвинутого сторонниками мягкого права предположения о том, что изменение политики может произойти вследствие намеченных линий обучения и обсуждения, а не посредством обязательства. Наконец, они акцентируют внимание на непредсказуемых последствиях мягкого права. Механизмы неправового принуждения к его осуществлению, такие как «огласка и порицание» (*naming and shaming*), могут привести к неожиданным последствиям: отказ принять порицание может быть трансформирован в мощный национальный избирательный актив, затруднить либо вовсе нивелировать усилия мягких реформ. По той же причине привлекательное разнообразие может препятствовать дальнейшей интеграции или угрожать достижениям текущей политики, способствуя политике, тесно связанной с многообразием государственных суверенитетов и государств всеобщего благоденствия³.

«Противники» мягкого права (в классификации Ди Робилан) беспощадно критикуют его «путанные и искажающие эффекты», утверждая, что «мягкая риторика маскирует жесткие практики»⁴. Являясь

¹ См. здесь и выше: *Robilant di A.* Op. cit. P. 507–508.

² *Ibid.* P. 508.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.* P. 507.

приверженцами всеобъемлющей социальной реформы, а также будучи скрытыми неолибералами, они обнаруживают в обращении к теории правового плюрализма XIX века асимметрию полномочий и дистрибутивные дисбалансы. «Плюралистическое участие» в процессах мягкого управления, по их мнению, ограничивается видимыми и мощными социальными акторами, усиливая и утверждая существующие структуры власти, вместо того чтобы поощрять открытость¹. Поворот к мягкому праву подрывает рыночную идею; мягкое право является «мягким для агрессивных и оппортунистических субъектов рынка, которые под щитом мягкой законности преуспевают в переложении своих издержек на общество, и жестким — для слабых акторов»².

Важный вопрос связан с моментом возникновения дискуссии о «мягком праве». Почему именно к середине XX века возможностей традиционных источников права, и прежде всего на международном уровне, оказалось недостаточно для адекватной регламентации эволюционирующих объектов правового регулирования?

Полагаем, причин несколько, и все они носят взаимосвязанный и многоуровневый характер.

Прежде всего, объективные предпосылки к триумфальному появлению «мягкого права» лежат в области радикального усложнения и интенсификации международных отношений. На этот аспект обращают внимание и российские авторы. «Усложнение общественных отношений, нарастание кризиса доверия и снижение эффективности жестких регуляторов создают проблемы при координации интересов субъектов, участвующих в различных правоотношениях, — отмечают Л. Р. Шамирзаева и Ю. В. Полетаева. — Таким образом, возникает необходимость коренных изменений в нормативной системе, разработки нового понимания права и его инструментов»³. В какой-то момент классическая система международного права перестала отвечать запросам субъектов трансграничного общения. Поэтому важным фактором обращения к «мягкому праву» называют «усложнение глобальных проблем и научной неопределенности относительно причинных связей. Такая сложность затрудняет достижение консенсуса среди государств. Эффективные правовые ответы зачастую четко не идентифицированы, и в то же время гражданское общество

¹ *Robilant di A.* Op. cit. P. 507.

² *Matei U.* Hard Code Now! A Critique of Softness and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification // The European Codification Process. Cut and Paste. The Hague: Kluwer Law International, 2003. P. 115.

³ *Шамирзаева Л. Р., Полетаева Ю. В.* Проблемы определения понятия и сущности мягкого права в национальном правовом порядке // Труды молодых исследователей по сравнительному праву. 2011. № 4. С. 3.

требует какой-то реакции»¹. Окружающий нас мир слишком сложен для простых ответов. Усложнение социальных взаимодействий требует сложных, неоднозначных, многовариантных реакций со стороны сообщества.

Как подчеркивает известный исследователь «мягкого права» Дина Шелтон, растущая сложность международной правовой системы находит отражение в более разнообразных формах обязательств, принятых для регулирования поведения государственных и негосударственных акторов в отношении постоянно растущего числа транснациональных проблем. «Маловероятно, что мы увидим возвращение дихотомии “право/свобода действий”. Вместо этого различные международные акторы будут создавать и пытаться соблюдать ряд международных обязательств, часть которых будут иметь правовую форму, другие — будут содержаться в необязательных документах. ... в конце концов, международная правовая система представляет собой, по-видимому, сложную и динамичную паутину взаимоотношений между жестким и мягким регулированием, национальным и международным регулированием, а также различными учреждениями, деятельность которых направлена на укрепление верховенства права. В этой системе мягкое право играет все более важную и разнообразную роль»².

Можно смело утверждать, что «мягкое право» — продукт эпохи *глобализации и постмодерна*, когда на первый план выходят идеи многообразия, нестабильности, фрагментации, конвергенции, стирания границ между устоявшимися структурами, а правовой плюрализм обретает второе дыхание. Международное право (доктрина и нормативная система) вынуждено реагировать на новые вызовы, трансформируясь вслед за количественной и качественной эволюцией трансграничных взаимодействий. Джин Гелбрейт и Дэвид Заринг прямо указывают: «Мы связываем рост мягкого права с давлением глобализации и неизбежными трудностями в создании “жесткого” правового ответа»³.

Вместе с тем многие авторы отмечают противоречивое влияние глобализации на эволюцию правового регулирования. Так, Граф-Питер Келли и Мориц Реннер полагают, что процессы глобализации

¹ *Peters A.* Soft Law as a New Mode of Governance // *The Dynamics of Change in EU Governance.* Udo Diedrichs, Wulf Reiners, Wolfgang Wessels (eds.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham; Northampton, 2011. P. 31.

² *Shelton D. L.* Introduction: Law, Non-Law and the Problem of Soft Law // *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System / D. L. Shelton (ed.)*. Oxford: Oxford University Press, 2000. P. 17, 18.

³ *Galbraith J., Zaring D.* Soft Law as Foreign Relations Law // *Cornell Law Review.* 2014. Vol. 99. № 4. P. 744.

влиют на право по-разному. «С одной стороны, кажется, что в сферу глобального управления, понимаемого как совокупность всех форм регулирования, которые ориентированы на социальные ценности и имеют трансграничные эффекты, есть тенденция к неправовым формам регулирования. Об этом свидетельствует, например, рост системы альтернативного разрешения споров (Alternative Dispute Resolution, ADR) и рождение новых доверительных моделей регулирования в области электронной коммерции. С другой стороны, однако, мы можем наблюдать эволюцию правовых и полуправовых форм регулирования за пределами государства, которое часто называют “частными” или “гибридными режимами”. Хотя оба эти явления охотно разработаны — в основном экономическими — теориями, такими как “управление без правительства” или “экономическое управление”, правовая наука до сих пор не поняла сложных отношений между правом и социальными нормами в контексте глобальных режимов управления»¹.

Также многообразны связи мягко-правового концепта и постмодерна. «“Мягкое право” — выражение, которое отражает многие типичные элементы *постмодернистского языка*, — замечает Алессандро Сома. — Оно хорошо сочетается с выражениями, комбинирующими термины, которые традиционно признаются противоречивыми, чтобы передать смысл глубоких изменений, обращаясь к неустойчивости и непредсказуемости человеческих конструкций»². Как указывает Анна Ди Робилан, «мягкость» вполне может быть одной из определяющих черт эпистемологии *постмодернизма*. Она пишет: «“Мягкая” логика стала играть значительную роль в научных и математических рассуждениях. “Мягкая” сенсibilitätь и “мягкая” эвристика проникают в философию, эстетику и искусство. Юристы также занимаются поиском мягкости»³.

Многие авторы признают, что мягкое право часто рассматривается как средство для преодоления откровенных слабостей международной правовой системы, таких как ограниченность многих правовых норм исключительно государственным поведением и относительная малочисленность санкций за их нарушение, дефицит демократии, медлительность и нежелание международно-правовых учреждений реагировать на серьезные проблемы мирового сообщества,

¹ Calliess G. P., Renner M. From Soft Law to Hard Code: The Juridification of Global Governance // Ratio Juris. 2009. Vol. 22. [Электронный ресурс] URL: <http://ssrn.com/abstract=1030526> (дата обращения: 03.12.2014).

² Somma A. Some Like it Soft. Soft Law and Hard Law in the Shaping of European Contract Law // The Politics Of The Draft Common Frame Of Reference / A. Somma (ed.). 2009. P. 1.

³ Robilant di A. Op. cit. P. 499.

а также — удручающая неадекватность многих таких реакций¹. «На практике, — замечает Вейлиул Хасанат, — государства регулярно сталкиваются с трудностями в разрешении некоторых международных ситуаций из-за того, что они следуют традиционным процедурам международного права. Поэтому они ищут альтернативные пути для решения этих проблем и находят потенциальное средство защиты своих интересов в мягком праве»².

Важным фактором обращения к мягко-правовым инструментам нужно признать неудовлетворенность субъектов международного общения *консервативностью* и статичностью традиционных источников права — международного договора и правового обычая. Процедуры их формирования излишне усложнены, формализованы и инерционны, должная гибкость и оперативная адаптация к изменяющимся условиям отсутствует, а результативность в части создания (изменения, отмены) международно-правовых норм — абсолютно не гарантирована. С другой стороны, «не имеющие обязательной силы документы быстрее принять, легче изменить, они более просты для технических вопросов, которые могут потребовать оперативного или многократного пересмотра»³. Поэтому «гибкость, создаваемая мягким правом, уникальна, ведь она облегчает эволюцию правовых норм в ответ на политические реалии и изменившиеся обстоятельства»⁴. Упрощение процедуры, повышенная конфиденциальность и снижение транзакционных издержек рассматривается как еще одно существенное преимущество «мягкого права».

Нередко государства — ввиду различных объективных и субъективных причин — не желают связывать себя «жестко-правовыми», т. е. юридически связывающими обязательствами, влекущими *ограничение суверенитета* и допускающими применение санкций. Тем самым при использовании классических форм правотворчества, государства все чаще сталкиваются с трудностями в оперативном и адекватном разрешении назревших международных проблем. В этих условиях «мягкое право» выступает альтернативой *пробелам*

¹ См.: *Ellis J. Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law // Leiden Journal of International Law. 2012. Vol. 25. № 2. P. 313–334.*

² *Hasanat W. Definitional Constraints Regarding Soft Law // AALCO Quarterly Bulletin 1&2 (2007). P. 9. [Электронный ресурс] URL: <http://ssrn.com/abstract=2321552> (дата обращения: 17.02.2014).*

³ *Shelton D. L. Soft Law // Handbook of International Law. Routledge Press, 2008; GWU Legal Studies Research Paper № 322; GWU Law School Public Law Research Paper № 322. P. 15. [Электронный ресурс] URL: <http://ssrn.com/abstract=1003387> (дата обращения: 26.11.2014).*

⁴ *Meyer T. Soft Law as Delegation // Fordham International Law Journal. 2008. Vol. 32. № 3. P. 897.*

и фрагментации, т. е. полному отсутствию какого-либо правового регулирования. «Иногда, — отмечает сэр Джозеф Голд, — мягкое право может быть единственной альтернативой анархии»¹. Жюстин Нолан подчеркивает, что «достичь чего-либо, даже если оно и несовершенно, лучше, чем не достичь ничего»².

Разумеется, традиционные источники международного права — договор и обычай — отнюдь не исчерпали себя как нормативные регуляторы. Представляется правильным говорить о том, что они не способны *всеобъемлюще* и адекватно охватить своим регулирующим воздействием все многообразие отношений, требующих урегулирования. Поиск эффективной альтернативы приводит к «мягкому праву», которое не требует сложных процедур принятия, ратификации, пролонгации, изменения, отмены и т. п. Кроме того, мягко-правовые инструменты более адаптивны к высокой динамике и усложнению трансграничных взаимодействий с участием как властных субъектов, так и частных лиц.

В некоторых случаях обращение к мягко-правовой альтернативе обусловлено отсутствием у одной или всех сторон окончательно сложившихся намерений формализовать (или даже — стимулировать) сотрудничество по конкретному вопросу, а также — отсутствием полномочий на заключение международного договора либо ограниченностью в части таких полномочий. «Дополнительное преимущество мягкого права состоит в том, что мягко-правовые соглашения могут заключать стороны, которые не вправе подписывать международные договоры, включая международные секретариаты, внутренние административные органы, деловые круги, неправительственные организации и т. д.»³. К примеру, когда мирный процесс на Ближнем Востоке в 1993 году был возобновлен путем заключения Декларации принципов о временных мерах по самоуправлению (политическое соглашение между Израилем и ООП), обе стороны проявляли стремление к заключению мирного договора. Однако отсутствие государственности с палестинской стороны до сих пор не позволяет указанному соглашению обрести статус международного договора.

¹ *Gold J.* Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements // *American Journal of International Law.* 1983. Vol. 77. № 3. P. 444.

² *Nolan J.* The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law? // *Human Rights Obligations of Business Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* / S. Deva, D. Bilchitz (eds) / Cambridge University Press. 2013. P. 4. [Электронный ресурс] URL: <http://ssrn.com/abstract=2338356> (дата обращения: 22.11.2014).

³ *Guzman A. T., Meyer T.* Soft Law // *The Research Handbook on the Economics of Public International Law* / E. Kontorovich ed. Elgar Publishing, 2014; UGA Legal Studies Research Paper № 2014–17. (May 16, 2014). P. 11. URL: <http://ssrn.com/abstract=2437956> (дата обращения: 07.06.2014).