



ТРАНСФОРМАЦИЯ «МЯГКОГО ПРАВА» В «ТВЕРДОЕ ПРАВО»

Ирина ШАЛИНСКАЯ,

аспирант Львовского государственного университета внутренних дел

Summary

In this article the author gives the theoretical research of the acts of «soft law» and the process of their transformation into the acts of «hard law». The main reasons of the transformation of the acts of «soft law» into «hard law» are specified. The possibility of transformation of the acts of «soft law» into common law is described. It is represented the possible ways of transformation of the acts of «soft law» both on international and domestic levels. Also the author shows the importance of the «soft law» transformation processes for the formation of the system of sources of law.

Key words: «soft law», acts of «soft law», transformation of «soft law», «hard law», sources of law, system of sources of law.

Аннотация

В статье автор проводит теоретическое исследование актов «мягкого права» и процессов их трансформации в акты «твердого права». Выделены основные причины трансформации актов «мягкого права» в «твердое право». Описана возможность трансформации актов «мягкого права» в обычное право. Представлены основные способы трансформации актов «мягкого права» как на международном, так и на национальном уровне. Также автор доводит важность процессов трансформации актов «мягкого права» для формирования системы источников права.

Ключевые слова: «мягкое право», акты «мягкого права», трансформация «мягкого права», «твердое право», источники права, система источников права.

Постановка проблемы. Понятие актов «мягкого права» довольно новое и неисследованное в теории государства и права. Но отрицать возрастание роли «мягкого права» в системе источников права в последние десятилетия невозможно. Именно поэтому исследования роли актов «мягкого права» в системе источников права, их связи с «твердым правом» и процессов трансформации «мягкого права» в «твердое право» являются необходимыми и существенными в теории государства и права, что и стало причиной выбора автором статьи данной темы исследования.

Актуальность темы исследования заключается, прежде всего, в новизне понятия актов «мягкого права» в национальной системе права вообще и в отсутствии систематизированного исследования связи «мягкого права» с «твердым» в частности. Результаты исследования позволят не только обобщить причины и способы трансформации актов «мягкого права» в «твердое», но и дадут общее понимание роли и места актов «мягкого права» в системе источников права, что имеет как теоретическое, так и практическое значение.

Состояние исследования. Научное исследование понятия «мягкого права» и связанных с ним явлений проводилось многими учеными, несмотря на довольно краткий срок существования этого понятия. Среди ученых, которые исследовали

его с точки зрения международного права, можно выделить таких, как: Р. Л. Андорно, Р. Р. Бэкстер, П. Вейл, М. Каплан, М. Дж. Требллок, Х.Х. Хиллгенберг, К. Чинкин, Г.Г. Шаффер, М.Н. Шоу и другие. В Украине и России данное понятие было исследовано гораздо меньше, все же теоретический анализ понятия «мягкого права» проводился такими учеными, как: Б.М. Ашавский, Г.М. Вельяминов, Г.М. Даниленко, О.В. Задорожный, Р.А. Колодкин, И.И. Лукашук, В.В. Мызык, В.И. Муравьев, Т.М. Нешатаева, М.С. Попов, Ю.С. Ромашов, К.В. Смирнова, А.Н. Талалаев, исследования которых и послужили основой для дальнейшего углубления анализа актов «мягкого права» в целом и их трансформации в «твердое право» в частности.

Целью и задачей статьи является исследование процессов трансформации актов «мягкого права» в «твердое право» в международном и национальном праве, выяснение причин такой трансформации, а также этапов правотворчества, на которых осуществляется такая трансформация

Методы исследования. Во время проведения исследования, результаты которого отображены в данной статье, автор использовал как общие, так и специальные методы исследования. В частности, был использован диалектический метод для исследования сущности актов «мягкого права» и их роли в

правотворческом процессе. Автором также был использован формально-логический метод для формирования обобщенного определения актов «мягкого права», метод моделирования для определения способов трансформации актов «мягкого права» в «твердое право», а также системный метод для обозначения перечня причин, по которым может осуществляться трансформация актов «мягкого права» в акты «твердого права».

Основная часть исследования. «Мягкое право» – довольно новое и неисследованное понятие в теории государства и права, в особенности на территории Украины. В то же время «мягкое право» уже давно существует в системе источников права государств, и игнорировать его влияние на эту систему невозможно.

В международном праве акты «мягкого права» определяются как институционные, рекомендационные нормы, которые содержатся в документах международных межправительственных организаций. Такие нормы исполняют очень важную вспомогательную роль во время становления или определения мнений или обычаев, а также во время разработки и подготовки договорных международно-правовых норм [1, с. 182].

Если же говорить об актах «мягкого права» в национальной системе источников права, то такими являются, помимо рекомендационных норм, которые содержатся в ратифи-



цированных Украиной международных договорах, также все рекомендационные нормы, которые издают субъекты правотворчества во время создания источников права, и которые, помимо своего обязательного характера, задают общее направление последующих правотворческих процессов и отображают актуальные тенденции в правовой системе государства.

Акты «мягкого права», помимо своей роли заполнения пробелов регулирования общественных отношений нормами «твердого права», также исполняют очень важную функцию так называемого «пред-права», или начального, потенциального права. Именно эта, одна из самых важных функций актов «мягкого права», и является причиной их возможного преобразования в акты «твердого права».

Таким образом, «мягкое право» приобретает очень весомое значение в правотворческом процессе – создавая потенциальную возможность создания новой юридически обязательной нормы, «мягкое право», тем самым, являет собой начальный этап правотворчества.

Любой процесс правотворчества можно условно разделить на: этап формирования потребностей в правовом регулировании, на котором субъект правотворчества анализирует состояние правовой урегулированности тех или иных правоотношений и выделяет для себя те общественные проблемы или явления, которые нуждаются в регулировании правовыми нормами, и, собственно, этап самой нормотворческой деятельности, во время которого и создается новая правовая норма.

В любом случае правотворчество сопровождается волеизъявлением субъекта правотворчества, который в каждом отдельном случае правотворчества принимает решение, во-первых, относительно необходимости урегулирования тех или иных правоотношений и, во-вторых, относительно конкретного правила поведения, которое должно быть создано для урегулирования правоотношения.

В этом контексте нельзя не согласиться с мнением А.Н. Талалаева,

который считает, что «для возникновения международно-правовой нормы нужно, чтобы сочетание воле государств было направлено на создание такого правила, на основании которого одно государство могло бы требовать от другого выполнения определенных вытекающих из него обязательств» [2, с. 114, 142]. Это можно понимать и также интерполировать на процесс национального правотворчества так, что волеизъявление субъекта правотворчества, в первую очередь, должно порождать необходимость выполнения определенных обязательств, и при этом, если речь идет о создании нормы «мягкого права», то такая необходимость будет возникать на этапе после последующей трансформации «мягких норм» в «твердое право». В любом случае воля субъекта правотворчества направлена на урегулирование, тем или иным путем, той или иной сферы общественных отношений, что является обязательным признаком нормотворческого процесса.

При этом различить волеизлияние при создании нормы «мягкого» и «твердого» права можно уже на этапе непосредственного создания правила поведения, так как на этапе формирования потребностей в правовом регулировании такое волеизлияние характеризуется в обоих случаях одинаковыми признаками: субъект правотворчества выявляет отношения, нуждающиеся в регулировании, оценивает соответствие такой необходимости национальным интересам государства и делает выводы о целесообразности создания нового правила поведения в данном случае.

На следующем этапе волеизлияние субъекта правотворчества уже будет отличаться в зависимости от того, создается «мягкое» или «твердое» право. При этом основное решение, которое принимает на данном этапе создатель права, – это необходимость создания императивного правила, за неисполнение которого предусмотрены санкции или создание общих декларативных положений, которые будут отображать желаемый, в данном случае, способ поведения участников правоотношений.

На этом этапе основным критерием для выбора способа правового регулирования тех или иных отношений является цель, которую ставит перед собой субъект правотворчества. Если при создании нормы права правоотношения, которые она призвана урегулировать, не урегулированы на фундаментальном уровне, или специфика таких правоотношений вызывает потребность в создании императивных юридических норм, то цель правотворчества в данном случае будет достигнута путем создания нормы «твердого права».

Если необходимость урегулирования правоотношений вызвана потребностью заполнить пробелы в правовом регулировании той или иной сферы общественных отношений, то на начальном этапе достаточно принять именно акт «мягкого права». В дальнейшем, с течением времени, такой акт «мягкого права» исполнит роль «лакмусовой бумаги», которая покажет субъекту правотворчества, насколько созданная им пока что «мягкая норма» эффективна, воспринимается ли она обществом и отображает ли она общие тенденции правового поведения субъектов правоотношений в данной сфере.

Такую же позицию поддерживает И. И. Лукашук, который считает, что нормы «мягкого права» решают задачи, которые по тем или иным причинам не может решить «твердое право» [3, с. 163]. В этом контексте правильный выбор способа правового регулирования отношений субъектом правотворчества является одним из самых важных и ключевых моментов во время создания норм права.

В дальнейшем, после создания нормы «мягкого права», причинами трансформации «мягкого права» в «твердое» чаще всего являются:

1. Заинтересованность субъекта правотворчества в создании конкретной императивной правовой нормы, вызванная объективными тенденциями правоотношений в данной сфере.

2. Недостаточность урегулирования данной сферы правоотношений только лишь «мягкими» нормами,



которые задают общее направление, минимальный уровень, которого нужно придерживаться, вступая в правоотношения в данной сфере, но не создают обязательств для субъектов правоотношений.

3. Достижение общественного развития той или иной сферы правоотношений такого уровня, который создает базу для существования «твердого права».

4. Целесообразность и объективная обусловленность трансформации, то есть реальная необходимость преобразования нормы «мягкого права» в «твердое», в связи с существованием ряда объективных причин для этого: «международному регулированию должны подвергаться лишь те международные отношения, которые в этом нуждаются. Если же этого нет, то даже при объективной возможности регулирования оно нецелесообразно, так как приведет лишь к растрате усилий и породит бесполезные нормы» [4, с. 39].

Таким образом, при наличии одного или одновременно нескольких из вышеупомянутых факторов нормы «мягкого права» оправданно проходят процесс трансформации в нормы «твердого права». При отсутствии хотя бы одной из причин для такой трансформации созданная норма «твердого права» имеет очень высокие шансы не быть исполненной на практике, в первую очередь, – по причине отсутствия необходимости в ее создании.

Здесь чаще всего проявляется такая закономерность: наиболее динамичные, нестабильные отношения, которые постоянно изменяются, требуют более гибкого и диспозитивного подхода к их регулированию. Именно эта сфера является наиболее благоприятной для создания актов «мягкого права». Это также объясняет тот факт, что акты «мягкого права» часто можно встретить в новых сферах общественных правоотношений.

В международном праве часто нормы «мягкого права» трансформируются в последующем в правовой обычай. Например, в п. 14 Стандартных правил обеспечения равных возможностей для инвалидов, указано, что: «Хотя настоящие Пра-

вила не являются обязательными, они могут стать нормами международного обычного права, когда они будут применяться большим числом государств, выразивших желание соблюдать международное право» [5].

Для такого рода трансформации «мягкого права» существуют объективные причины, которые позволяют некоторым ученым говорить о том, что возникновение «мягкого права» имело своим последствием, среди прочего, возникновение нового механизма создания международных обычных норм [6, с. 64].

Проанализировав причины преобразования актов «мягкого права» в «твердое право», необходимо также исследовать способ, которым такая трансформация осуществляется.

В частности, в международном праве одним из распространенных способов трансформации актов «мягкого права» в «твердое права» является признание государствами положений актов «мягкого права» в качестве обычных норм международного права. При этом обычные нормы международного права могут возникать либо из положений конкретного акта «мягкого права», либо же они могут возникнуть из повторяющегося много раз в нескольких актах «мягкого права» общепризнанного правила поведения.

Примером первого способа трансформации можно привести принцип 21 Стокгольмской декларации 1972 года, который признан в качестве обычной нормы права в международном праве: «В соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций и принципами международного права, государства имеют суверенное право разрабатывать свои собственные ресурсы, согласно своей политике в области окружающей среды, и несут ответственность за обеспечение того, чтобы деятельность в рамках их юрисдикции или контроля не наносила ущерба окружающей среде других государств или районов за пределами действия национальной юрисдикции» [7].

В дальнейшем в Декларации, принятой во время Конференции ООН по окружающей среде и развитию, которая проводилась в 1992 году в Рио-де-Жанейро, принцип 2

дублировал положение принципа 21 Стокгольмской декларации 1972 года, но после слов «согласно своей политике в области окружающей среды» было добавлено «и развития» [8]. Этот случай является примером того, как в международную норму «мягкого права» было внесено изменение другой нормой «мягкого права». Здесь стоит согласиться с мнением Питера Санда, который считает, что: «Несмотря на то, что вряд ли можно считать, что Декларация Рио внесла «мгновенные изменения» в обычное право, опыт Конференции ООН по окружающей среде и развитию подчеркивает необходимость разъяснения процесса внесения изменений как в «твердые» нормы, так и в нормы «мягкого права» [9, с. 382].

Примером второго способа трансформации актов «мягкого права» можно привести принцип, согласно которому государства обязуются предоставлять информацию друг другу и консультировать перед тем, как осуществлять какие-либо действия, которые могут привести к нанесению трансграничного ущерба экологии. Данный принцип, распространенный на практике поведения государств, отображен, в той или иной форме, во многих резолюциях и рекомендациях международных органов.

В национальном законодательстве примером трансформации актов «мягкого права» в «твердое» может служить, во-первых, более распространенный вариант трансформации международного «мягкого права» в национальное «твердое право»: Всеобщая декларация прав человека от 10 декабря 1948 года, статья 3 которой («Каждый имеет право на жизнь, свободу и на личную неприкосновенность») [10] трансформировалась в ч. 1 ст. 27 («Каждый человек имеет неотъемлемое право на жизнь») и ч. 1 ст. 29 («Каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность») Конституции Украины [11].

Менее распространенным, но в то же время – не менее важным способом трансформации являются акты «мягкого права», принятые государственными органами страны (например, письма Министерства



доходов и сборов Украины, в которых разъясняется порядок применения положений Налогового кодекса Украины), которые, вследствие их постоянного применения на практике, в дальнейшем отображаются законодателем в актах «твердого права» (например, Налоговом кодексе Украины).

Выводы. В процессе преобразования норм «мягкого права» в нормы «твердого» фактор времени не играет существенного значения, более важными становятся такие аспекты, как: авторитетность нормы (в том числе, с учетом уровня, на котором был принят акт «мягкого права», содержащий такую норму), осознание ее ценности, реакция государственных органов на соответствующую норму, политические условия принятия акта.

Основными причинами преобразования норм «мягкого права» в «твердое» являются:

1. Заинтересованность государств в обеспечении правового регулирования отношений, которые ранее регулировались нормами «мягкого права».

2. Развитие отношений (материальные источники права) до такого уровня, когда необходимо их регулирование «твердым правом».

3. Использование государствами систем стимулов и механизмов контроля за выполнением актов «мягкого права».

4. Широкое внедрение норм «мягкого права» во внутреннее законодательство государства.

5. Определенные свойства нормы «мягкого права»: общий, абстрактный характер, ориентированность на длительное применение, прогрессивное значение нормы, ее моральный авторитет, ценность и полезность нормы для регулирования отношений.

Пути преобразования норм «мягкого права» в правовые нормы являются: закрепление аналогичных по содержанию норм в актах «твердого права», признание нормы «мягкого права» в качестве обычной нормы международного права, имплементации норм «мягкого права» во внутреннее законодательство государства.

Углубление исследований места «мягкого права» в правовой системе национального государства позволяет улучшить понимание феномена права в целом и повысить эффективность правового регулирования.

Список использованной литературы:

1. Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії / В. Г. Буткевич., В. В. Мицик, В. В. Задорожній. – К. : Либідь, 2002. – 608 с.

2. Талалаев А.Н. Юридическая природа международного договора / А. Н. Талалаев. – М. : Изд-во ИМО, 1963. – 263 с.

3. Лукашук И. И. Международное «мягкое» право / И. И. Лукашук // Государство и право. – 1994. - № 8-9. – с. 159-167.

4. Минглазов Л.Х. Эффективность норм международного права / Л. Х. Мингазов, науч. ред. Ю. Я. Баскин – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1990. – 207 с.

5. Стандартные правила обеспечения равных возможностей для инвалидов: по состоянию на 20 декабря 1993 года. – Официальный перевод [Электронный ресурс]. – Верховный Совет Украины. – Режим доступа: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_306. – Название с экрана.

6. Волова Л.И., Пашутина И.Э. Международное инвестиционное право. Ростов-на-Дону, 2001.

7. Стокгольмская декларация: по состоянию на 16 июня 1972 года. Извлечение. – [Электронный ресурс]. – Верховный Совет Украины. – Режим доступа: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_454. – Название с экрана.

8. Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию: по состоянию на 14 июня 1992 года. – [Электронный ресурс]. – Организация Объединенных Наций. – режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/riodecl.shtml. – Название с экрана.

9. Sand, H. Peter. International Environmental Law after Rio / P. H. Sand // European Journal of International Law. – Vol. 4. – 1993. – P. 377-389.

10. Всеобщая декларация прав человека: по состоянию на 10 декабря

1948 года. – Официальный перевод [Электронный ресурс]. – Верховный Совет Украины. – Режим доступа: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015. – Название с экрана.

11. Конституция Украины: по состоянию на 06 октября 2013 года. – [Электронный ресурс]. – Верховный Совет Украины. – Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>. – Название с экрана.