

МІСЦЕ М'ЯКОГО ПРАВА В КОНЦЕПЦІЯХ ПРАВОРОЗУМІННЯ

Анотація. У статті розглядаються суперечливі погляди сучасних вчених щодо природи м'якого права, його місця та ролі в контексті чинних концепцій праворозуміння. Аналізується принципова відмінність відношення до цього питання з точки зору бінарного підходу й концепції відносної нормативності.

Ключові слова: м'яке право, бінарний підхід, відносна нормативність, сіра зона права, м'яко-правові норми, юридична обов'язковість, континуумний підхід, півтінь права.

Концепція м'якого права, що зародилася ще в середині ХХ століття, по сьогоднішній день залишається однією з найбільш обговорюваних і спірних доктрин правового дискурсу. Сучасна юридична спільнота ділиться на супротивників і прихильників цієї доктрини, а точніше можливості й доцільності її існування як такої. У силу свого досить «юного» віку вона стикається зі значними труднощами: змушена пояснювати причетність юридично необов'язкових м'яко-правових норм до права й водночас їхнє скасування від політичних і моральних зобов'язань. Але вже сама по собі наявність спору про феномен м'якого права свідчить про кризу в правовій науці (насамперед в галузі міжнародного права), яка нездатна часом дати пояснення або прогнозувати нові явища правової реальності. Результатом такої дискусії є пошук нового інструментарію, який не офіційно нормативний, але водночас лежить в юридичному полі й має реальний вплив на суспільні відносини, та який би насправді відповідав потребам реальності, яка продовжує ускладнюватись.

Дослідженню цього питання присвячені роботи багатьох вчених, а саме таких, як Г. Вікс, Д. Шелтон, Е. Д'Амато, П. Вейл, А. Сомма, Я. Клабберс, Ж. Д'Аспремон, Т. Мейер, О. Шактер, П. Маланчук, К. Чінкін, А. Петерс, І. Пагатто й інших.

Отже, що ж являє собою «м'яке право» і яке місце воно займає в концепціях праворозуміння? Основою однозначного поділу поглядів юридичної спільноти із цього питання є вихідне розуміння та ставлення до права як такого. Г. Вікс справедливо зазначає: «М'яке право» звучить чітко як оксюморон: якщо воно м'яке, то як воно може бути правом?» [1, с. 1]. Таке питання є першочерговим і природним для прихильника концепції юридичного позитивізму, зокрема бінарного підходу, на противагу якому виступає концепція відносної нормативності. Логіка першої приводить до заперечення «м'якого права» й перетворює його в оксюморон, логіка другої – до можливості його концептуального існування.

Д. Шелтон вказує: «З точки зору «ставлення до нормативності вчені сперечаються, чи є обов'язкові й необов'язкові документи жорсткими альтернативами, або ж вони є двома кінцями одного й того ж континууму з полюсами від юридичного зобов'язання до повної свободи дій, що робить деякі документи більш обов'язковими, ніж інші. Можливість використання категорії «м'яке право» й те, яким чином її слід використовувати, залежить більшою мірою від того, яку позицію займає вчений щодо права – бінарну або континуумну» [2, с. 180–181].

Прихильники бінарного підходу дотримуються категоричного розмежування права, що має обов'язкову силу, від не-права, що такої обов'язкової сили не має. Будь-яка норма або є частиною (що має обов'язкову силу) права, або залишається в півтіні політики й моралі. Так, нормативність права, тобто юридична обов'язковість, не може мати ступеня: всяке розпорядження є юридично обов'язковим чи ні. «Законність подібна чесноті в тому, що вона – не питання ступеня» - зазначає Л. Гросс [3, с. 56].

Припускаючи чітке розмежування правових і неправих регуляторів, визнаючи лише право й не-право, бінарний підхід безпосередньо заперечує необхідність у формулюванні будь-яких проміжних форм і категорій (зокрема «м'яке право»). За межами права – в області не-права – можна виявити лише норми, що мають суто політичне, технічне або моральне значення. Як наслідок, ідея м'якого права визнається не просто помилковою, але й вкрай шкідливою, оскільки можливість визначення ступеня

(від слабого до сильного) юридичної сили підриває більшість ідей юридичного позитивізму, зокрема законності, правопорядку й інших.

Так, Е. Д'Амато вважає, що міжнародне право здатне виконувати функції по формуванню стійкого світопорядку саме тому, що воно має обов'язкову силу закону, тобто є жорстким правом [4, с. 905]. Такої ж позиції в цьому питанні дотримується і французький вчений П. Вейл: «Піддатися необачній спокусі занадто витонченими нюансами й втратити доктринальну основу – загрожує ризиком невблаганного дрейфу нормативної системи міжнародного права в бік відносного й випадкового» [5, с. 441]. Як обов'язковий атрибут юридичної науки й практики П. Вейл розглядає спрощення правової реальності, навмисну відмову від визначення тонкої специфіки окремих ситуацій, їх узагальнення. На його думку, чіткі дихотомічні зв'язки «правове й не-правове», «законне й незаконне», «обов'язкове й необов'язкове» об'єктивно підвищують ефективність і результативність юридичної діяльності. На думку вченого, використання м'якого права «може дестабілізувати всю систему міжнародного права й перетворити її на інструмент, який більше не зможе слугувати своїй меті» [5, с. 423].

У цілому прихильники бінарного підходу визнають концепцію м'якого права зайвою та надуманою. Адже жорстке право володіє всіма необхідними можливостями, які зазвичай приписують м'якому праву, включаючи інтерпретацію нормативних текстів і заповнення прогалів. А на думку Я. Клабберса, жорстке право «може являти собою різноманітні «відтінки сірого», не втрачаючи своєї бінарної природи» [6, с. 181].

Варто, однак, зазначити, що критиці в сучасній доктрині піддається і сам бінарний підхід, який формувався століттями і є певною мірою класичним і загальноновизнаним, спираючись на підтримку всесвітньо відомих правознавців: Дж. Остін, Г. Кельзен, Г. Харт, Н. Луман та інших. Його критика пов'язана з крахом усталених традицій та стереотипів. Зокрема з нездатністю забезпечити засоби для того, щоб з'єднати законність права з легітимністю, етикою, справедливістю.

Відсталість бінарного підходу у визначенні основних категорій привела окремих фахівців до розробки багатоступеневої моделі зі змінною шкалою, яка в змозі вловити поступові відмінності між різними типами міжнародних документів. Так з'явилася концепція відносної, або різноманітної, нормативності, іноді іменована як «континуумний підхід» (continuum view), згідно з якою юридична обов'язковість розглядається як релятивно непостійна величина. Якщо бінарний підхід іде корінням у позитивізм, то концепцію відносної нормативності пов'язують із теорією правового плюралізму.

На думку А. Сомма, м'яке право являє собою «необов'язкове, але юридично релевантне джерело, що виступає частиною складної, диференційованої та гнучкої системи норм, кожна з яких наділена різною розпорядчою (прескриптивною) інтенсивністю та градуйованою, відносною нормативністю» [7, с. 2].

Ж. Д'Аспремон вважає, що загальна ідея «м'якості» ґрунтується на передумові, що бінарне протиставлення «правового» й «не-правового», що властиве всім напрямкам юридичного позитивізму, погано підходить для визначення зростаючої складності міжнародних відносин, а також на тому, що для регулювання різних за масштабом проблем сучасного світу необхідні додаткові нормативні регулятори [8, с. 1076]. Така позиція видається вагомим аргументом прихильників необхідності існування м'якого права.

Якщо уявити, що право, як складна регульовальна система, може мати різні правові ефекти й наслідки, сильніші й слабші, то і юридична сила норм має безліч відтінків і ступенів. «Ми повинні визнати, що правові зобов'язання, чи то міжнародні або внутрішньодержавні, також можуть мати різні ступені» – стверджує О. Шактер [9, с. 322].

Представники концепції відносної нормативності стверджують, що бінарна теорія права страждає зайвим схематизмом і спрощенням. Зовнішня галузь права має розмитий характер. Чітку роздільну межу між «правом» і «не-правом» провести важко, оскільки в «сірій зоні» ми стикаємося з квазіправовими явищами, які (може не *de jure*, але *de facto*) породжують важливі значущі для права наслідки. Крім того, бінарний підхід погано пристосований для обліку зростаючої складності суспільних відносин, що підлягають правовій регламентації.

В юридичній літературі широко застосовується в такому контексті згадана метафора «сіра зона» як півтінь права, що є прикордонною зоною між правом як системою юридично обов'язкових норм і принципів, з одного боку, й іншими соціальними регуляторами (мораллю, політикою, усталеною практикою, етикетом, корпоративними нормами тощо) – з іншого. Зокрема, П. Маланчук пише, що «м'яке право» у вигляді керівних принципів поведінки (подібно до тих, що сформульовані Організацією Об'єднаних Націй щодо діяльності транснаціональних компаній), які не належать ні до суворо обов'язкових норм права, ні до повністю іррелевантних політичних максим, діє в сірій зоні між правом і політикою

[10, с. 54]. А. Петерс також вказує на м'яке право як на півтінь права, оскільки, не вдаючись до очевидної юридичної обов'язковості, воно породжує конкретні юридичні наслідки, а не просто політичні чи інші фактичні наслідки [11, с. 23].

Що стосується питання відмінності між м'яким правом і, наприклад, суто політичними документами, Т. Мейер однозначно зазначає, що м'яко-правові зобов'язання виступають основою «жорстких» правових зобов'язань в інших правових системах, таких, як внутрішньодержавне законодавство, або вони можуть вплинути на інтерпретацію або реалізацію «жорстких» правових зобов'язань [12, с. 906].

Таким чином, представляється логічною думка К. Чінкін, що «категорії «жорстке» й «м'яке» право не поляризовані, але лежать в межах якогось континууму, який сам постійно розвивається» [13, с. 32].

Отже, відповідно до концепції відносної нормативності, право й не-право можна графічно представити у вигляді континууму норм різного ступеня обов'язковості – від суворой імперативності, забезпеченої санкціями (один крайній полюс) до рекомендацій, заснованих на переконанні й авторитеті (інший полюс). Саме сукупність авторитетних рекомендацій утворює нормативну основу «м'якого права», хоча ними й не обмежується. Якщо систему соціального регулювання з точки зору обов'язковості приписів представити у вигляді континууму, то «м'яке право» займе місце в «прикордонній зоні» між правовими й неправовими нормами.

Не дивно, що подібна концепція зустріла активну критику з боку вчених, які традиційно представляють себе як позитивісти. У цілому вони вважають, що право – це або жорстке право, або не право зовсім. Правда, як стверджують прихильники м'якого права, позитивісти не здатні повною мірою усвідомити еволюцію чинних засобів правового регулювання.

У контексті дискусії щодо можливості існування м'якого права становлять інтерес міркування Е. Петерс та І. Паготто. На їхню думку, практикам і вченим у рамках своєї діяльності слід уникати двох небезпек. Перша – це чорно-біла оцінка навколишнього світу й створення дихотомій, тобто небезпека надмірного спрощення. Друга – існування ризику загубитися в констатаціях нескінченних відмінностей, відтінків і градацій. Надмірне спрощення та дихотомічний погляд на світ можуть перешкодити юристам адекватно оцінити складнішу реальність і тим самим призвести до недостатньо обґрунтованої аргументації та несправедливих правових наслідків. Але, з іншого боку, надмірна увага до найтонших відмінностей та схильність до деталізації може утруднити створення загальних понять і працездатних юридичних конструкцій. Такий підхід може також призводити до несправедливості. Правникам потрібно уникати обох крайнощів. Тому потрібно збалансувати гідності чітких структур із ризиком втрати адекватності в оцінках недихотомічної реальності. [11, с. 7].

ЛІТЕРАТУРА

1. Weeks G. The Use and Enforcement of Soft Law by Australian Public Authorities. *Federal Law Review*, Forthcoming. 2014. Vol. 42. № 1. P. 1.
2. Shelton D. L. International Law and «Relative Normativity» / ed. Malcolm D. Evans. Oxford : Oxford University Press, 2006. P. 180–181.
3. Gross L. Problems of International Adjudication and Compliance with International Law : Some Simple Solutions. *American Journal of International Law*. 1965. Vol. 59. № 1. P. 56.
4. D'Amato A. Softness in International Law : A Self-Serving Quest of New Legal Materials: A Reply to Jean d'Aspremont. *European Journal of International Law*. 2008. Vol. 19. № 3. P. 905.
5. Weil P. Towards Relative Normativity in International Law? *American Journal of International Law*. Vol. 77. № 3.
6. Klabbers J. The Redundancy of Soft Law. *Nordic Journal of International Law*. 1996. Vol. 65. № 2. P. 181.
7. 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* / ed. A. Somma. 2009. P. 2.
8. Aspremont de J. Softness in International Law : A Self-Serving Quest for New Legal Materials. *European Journal of International Law*. 2008. Vol. 19. № 5. P. 1076.
9. Schachter O. Towards a Theory of International Obligation. *Virginia Journal of International Law*. 1968. Vol. 8. № 2. P. 322.
10. Malanczuk P. Modern Introduction to International Law. 7th ed. New York : Routledge, 1997. P. 54.
11. Peters A. Soft Law as a New Mode of Governance. *The Dynamics of Change in EU Governance* / eds. U. Diedrichs, W. Reiners, W. Wessels. Edward Elgar Publishing. Cheltenham ; Northampton, 2011.
12. Meyer T. Soft Law as Delegation. P. 906.
13. Chinkin C. Normative Development in the International Legal System. *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* / ed. D. Shelton. Oxford, 2000. P. 32.

А. О. Головач. Место мягкого права в концепциях правопонимания. – Статья.

Аннотация. В статье рассматриваются противоречивые взгляды современных ученых относительно природы мягкого права, его места и роли в контексте существующих концепций правопонимания. Анализируется принципиальное отличие отношения к данному вопросу с точки зрения бинарного подхода и концепции относительной нормативности.

Ключевые слова: мягкое право, бинарный подход, относительная нормативность, серая зона права, мягко-правовые нормы, юридическая обязательность, континуумный подход, полутень права.

H. Holovach. The place of soft law in the concepts of law. – Article.

Summary. The article considers the contradictory views of modern scholars regarding the nature of soft law, its place and role in the context of existing concepts of law. The fundamental difference between the attitude to this issue under the binary approach and the concept of relative normativity is analyzed.

Key words: soft law, binary approach, relative normativity, grey zone of law, soft legal norms, legal bindingness, continuum view, penumbra of law.

УДК 340

Г. В. Котик

аспірант кафедри державно-правових дисциплін
Міжнародний гуманітарний університет
м. Одеса, Україна

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА

Анотація. Стаття присвячена всебічному аналізу правового феномену систематизації законодавства. У ній детально розглядаються види систематизації законодавства, наводяться думки вчених-правознавців щодо місця і ролі кожного з цих видів у процесі систематизації українського законодавства та конкретні приклади систематизованих нормативних актів. Також увага приділяється дослідженню зарубіжного досвіду здійснення систематизації законодавства, зокрема його консолідації.

Ключові слова: систематизація, кодифікація, консолідація, інкорпорація, законодавство, норми права, нормативні акти, кодекс.

Постановка проблеми: У юридичній науці склалася вельми неоднозначна ситуація щодо визначення поняття «систематизація законодавства». З одного боку, є чимало праць, у яких пропонуються на перший погляд близькі за змістом дефініції цього поняття. Проте, з іншого боку, має місце фактично повна невизначеність цього поняття, обмеженість поверхневим його уявленням, яке мало що дає для осягнення змісту цього юридичного феномену.

Аналіз останніх публікацій за проблематикою та визначення невіршених раніше частин загальної проблеми. У сучасних підручниках з теорії права одні автори присвячують характеристиці систематизації окремі параграфи або цілі глави [16, с. 347], другі пишуть про «систематизацію нормативних актів» [20, с. 278–281], а треті взагалі не згадують про цю проблему [9, с. 616–627]. Одні автори поняття систематизації законодавства розглядають із позиції системи законодавства, інші – правотворчості або законодавчої техніки [27, с. 12–15, 59–72].

Словник-довідник «Економіка і право» дає таке визначення: «систематизація права – діяльність, спрямована на впорядкування й удосконалення правових норм. У Великому юридичному словнику під редакцією професора А.С. Піголкін зазначає: «Систематизація законодавства – це постійна форма розвитку й упорядкування діючої правової системи» [19, с. 261]. А.Я. Сухарева дає таке визначення: «Систематизація законодавства (систематизація права) – процес зведення до єдності нормативних правових актів шляхом зовнішньої або внутрішньої обробки їх змісту». Відбувається ототожнення понять «систематизація права» і «систематизація законодавства» [2, с. 567].

Серед усіх розглянутих варіантів визначень поняття «систематизації законодавства» найбільш універсальною вбачаю дефініцію, наведену професором С.В. Петковим: «Систематизація законодавства –