

Королёва Ирина Владимировна**Koroleva Irina Vladimirovna**

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

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

ОНТОЛОГИЧЕСКИЙ ДИССОНАНС ПОНЯТИЯ «МЯГКОЕ ПРАВО»

THE ONTOLOGICAL DISSONANCE OF THE CONCEPT OF SOFT LAW

Аннотация:

В настоящей статье изучается проблема определения методологических подходов к понятию «мягкое право», которое характеризует широкий арсенал регулятивных средств и форм управления социальными процессами, особенно в сфере межгосударственного общения. В предлагаемом исследовании категория «мягкое право» рассматривается как условное наименование различных средств регулирования социальных отношений, которое не только связано с неоднозначными трактовками его содержания и используемой терминологии, но и обусловлено необходимостью разработки адекватного методологического подхода, а также уточнения самой дефиниции. С формально-догматической точки зрения формулировка «мягкое право» находится в очевидном конфликте с понятием права вообще, однако с социолого-правовой позиции вопрос «мягкого права» можно толковать как закономерную часть соответствующего понятия права.

Ключевые слова:

«мягкое право», понятие права, правовая политика, социология права, правовая догматика, юридическая сила, «жесткое право», правовая норма.

Summary:

The paper deals with the problem of defining the methodological approaches to the concept of soft law, which describes a wide range of regulatory tools and forms of social processes management, especially in the field of inter-state relations. The concept of soft law is considered as a code name for various means to regulate social relations which is not only associated with ambiguous interpretations of its content and terms but also is due to the need to define an appropriate methodological approach as well as to clarify the concept of soft law. From the formal dogmatic point of view, soft law is in obvious conflict with the notion of law in general. However, from the sociological and legal point of view, the problem of soft law is reviewed as a natural part of the corresponding concept of law.

Keywords:

soft law, concept of law, legal policy, sociology of law, legal dogma, validity, hard law, legal rule.

Вопрос о природе, существовании, функционировании и распространении довольно специфического явления, которое в современной правовой науке получило название «мягкое право», совершенно справедливо относится к наиболее противоречивым. Это касается и терминологии, и содержания. В значительной степени распространение и активизация интереса к так называемому «мягкому праву» связаны с попыткой осмысления практики применения, в первую очередь в сфере международного права, регулирующих инструментов, средств и мер, носящих рекомендательный, программно-целевой, разъяснительный, морально-политический характер. Действительность использования регулятивных средств и способов, которые как минимум отступают от традиционных юридически обязательных требований и правил, снабженных возможностью государственного принуждения, и, соответственно, отличаются некоторой «мягкостью» (не-строгой обязательностью, мягкой нормативностью, рамочной определенностью и т. п.), такова, что невозможно не признать их все более возрастающее значение и распространение как средства регулирования социальных отношений, особенно межгосударственных.

Несмотря на обилие исследований по данной проблематике, главным образом в иностранной правовой литературе (прежде всего в работах американских и европейских авторов по тематике национального права), до настоящего времени так и не сформировались устойчивые представления о понятии «мягкое право», его существенных признаках, соотношении с правом в целом, учитывая, что само название претендует на некий самостоятельный тип или вид права. Как показывает анализ широкого спектра зарубежных правовых источников – американских, западноевропейских, даже дискуссии о рассматриваемом термине далеки от завершения [1].

В первую очередь проблема заключается в том, что понятие «мягкое право» было инспирировано англо-американскими исследованиями в области международно-правовой проблематики, в которых с середины 1970-х гг. стали использовать категорию soft law. Перенесенный на правовой язык других национальных правопорядков, термин вызвал и нередко до сих пор вызывает преимущественно явное его непринятие для обозначения совокупности явлений (средств, форм, принци-

пов и т. п.) социального регулирования, которые играют существенную роль в современной политико-правовой жизни. В связи с этим показательна работа немецкого правоведа М. Кнауфа о соотношении «права и soft law» [2]. Автор провел серьезный интересный анализ связей и включенности права и soft law в некую многоуровневую систему регулирования. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что ученый отказался от перевода английского названия soft law на немецкий язык, противопоставляя в буквальном значении право и soft law, а не право и «мягкое право».

«Вероятно, не в последнюю очередь из-за внутрияпонятийного напряжения переводы понятия soft law, – пишет М. Кнауф, – например, на немецкий (правовой) язык не могут осуществиться. Дискомфорт, который связан с такими формулировками, как "мягкое право", по меньшей мере может быть смягчен, ввиду недостающей прибавочной стоимости самостоятельного обозначения, перенятием тех понятий, которые введены в английский правовой язык, если при этом их понимание будет отделяться от буквального перевода их частей. Как единый термин с содержанием, выступающим за пределы содержания его частей, понятие soft law, "в его противоречивости, действительно, наглядное", одновременно часто используется для обусловленного языковыми особенностями и спецификой правопорядка обозначения такого феномена, который явно не может быть охвачен и понят лишь с помощью имеющейся терминологии» [3].

Позиция М. Кнауфа совершенно справедлива в части констатации того факта, что термин soft law при его буквальном переводе вызывает значительные противоречия, особенно с точки зрения включения его с помощью традиционной для современной правовой науки понятийно-терминологической специфики в существующие представления о типах и формах права. По нашему убеждению, явление soft law должно изучаться и анализироваться как специфическое именно для англо-американского правопорядка или в контексте европейской интеграции, для описания политико-правовых тенденций которой этот термин зачастую и использовался. Для отечественной правовой науки актуальны поиск и выработка уточненного названия, максимально точно и непротиворечиво обозначающего совокупность регуляторных форм и средств, которые условно характеризуются как «мягкое право».

Если сопоставить понятия «право» или «жесткое право», с одной стороны, и «мягкое право» – с другой, то, соответственно, оба термина должны характеризовать определенный тип либо вид права, который обладает всеми признаками права как общего для них явления или логически родового понятия. В этом случае все признаки, отличающие право от иных социальных регуляторов, например государственного принуждения, мы неизбежно должны перенести и на любое видовое понятие, в частности «мягкое право». Другой подход означает прямо противоположную тенденцию: «мягкое право» рассматривается как нечто альтернативное по отношению к праву, т. е. признается, что существуют самостоятельные явления «право» и «мягкое право». Последнее упрощает категорию права, девальвирует ее и по сути претендует на место права, по крайней мере как более значимое образование. Если «мягкое право» претендует быть правом или таковым является, то очевидно, что оно идентифицируется как право или должно быть соотнесено с ним.

При внимательном рассмотрении примеров того, что в отечественной и зарубежной правовой литературе характеризуется как «мягкое право», можно обнаружить, что речь идет об определенном способе воздействия (в данном случае более «мягком», необязательном и т. п.) на регулируемый объект, выборе средств для достижения целей, т. е. об инструментальной трактовке права и политики, а точнее – о политико-правовом измерении традиционной правовой проблематики. В связи с этим возникает весьма существенная концептуальная проблема: способ регулирования без учета содержания долженствует быть новым типом права, что само по себе весьма сомнительно.

В англо-американской правовой литературе распространена классическая трактовка понятия soft law американского правоведа Ф. Снайдера. В частности, он писал, что soft law – это «правила поведения, которые не имеют юридически обязательной силы, но которые тем не менее могут иметь практические последствия» [4].

Американские правоведы Д.М. Трабек, П. Коттрел, М. Нансе провели большое исследование проблематики «мягкого права», в котором пришли к выводу, что «в понятии soft law нет ничего нового: оно всегда играло свою роль в европейской интеграции. Soft law – это очень общий термин, он использовался для обозначения разнообразных процессов. Единственная общая нить этих процессов – то, что хотя все они имеют нормативное содержание, но формально не являются обязательными» [5].

По мнению Ю.Б. Фогельсона, посвятившего исследованию рассматриваемой категории серию публикаций, «появление термина "мягкое право" не означает, что возник какой-то новый феномен» [6].

Мы считаем, что наиболее взвешенную и точную позицию по вопросу о правовой природе «мягкого права» выражает Ю.А. Тихомиров. Анализируя цели и признаки современного правового пространства, он пишет, что «в гуманитарном сотрудничестве стран широко применяются

"мягкие регуляторы"» и наряду с едиными стандартами и правилами в межгосударственных союзах «допускается использование "мягких" правовых форм» [7].

В понятии «мягкое право» в качестве центрального признака, как правило, выделяется свойство юридической необязательности, недостаточной формально-юридической определенности. Например, С.Ю. Марочкин и Р.М. Халафян определяют нормы международного «мягкого права» как «юридические необязательные правила поведения, созданные в одностороннем порядке международной организацией или ее органом (норма-рекомендация) либо государствами (политическая договоренность, решение межправительственной конференции) в виде принципов или конкретных правил и реализуемые государствами на добровольной основе в международной и национальной сфере» [8].

По мнению П.А. Калиниченко, «нормы "мягкого права" не могут быть полноценными регуляторами, так как не обладают обязательной силой – ни полной, ни частичной» [9].

Таким образом, специфика «мягкого права» состоит в том, что его положения (правила, принципы, нормы, дефиниции, дескрипции, рекомендации и т. п.) не предусматривают юридически релевантных прав и обязанностей тех, кому адресованы соответствующие положения, и не содержат гарантирующие юридические санкции для обеспечения осуществления соответствующих прав и исполнения соответствующих обязанностей.

Конфликт концепции «мягкого права» и формально-догматической интерпретации права очевиден. Однако для социологии права, для которой первична не нормативная структура общества, а социальная реальность, существенно то, что реально осуществляется как право («живое право», «фактическое право» и т. п.), а не то, что закрепляется в нормах законодательных актов («официальное право»). Иными словами, если те или иные нормы фактически оказывают регулирующее воздействие на социальные действия, то с социолого-правовой точки зрения они являются правовыми. Вся классическая социология права (Р. Иеринг, М. Вебер, Г. Канторович, Е. Эрлих, движение американского правового реализма и др.) оперирует аналогичными понятиями и трактовками [10].

По существу проблема толкования термина «мягкое право» носит методологический характер. Если она ограничивается формально-догматическими представлениями о том, что правовыми являются лишь те нормы, которые устанавливаются и (или) санкционируются государственной властью (позитивистский подход), то «мягкое право», очевидно, выходит за пределы формально-юридического правового пространства и соответствующее понятие вступает в конфликт с понятием права. При социолого-правовом подходе категорию «мягкое право» логично рассматривать как компонент правового пространства, имеющий большое значение и в первую очередь политико-правовое применение.

Ссылки:

1. Braun N. *Rechtsangleichung in der EU im Bereich der direkten Steuern: Analyse der Handlungsformen unter besonderer Berücksichtigung des Soft Law*. Tübingen, 2017. 254 S. ; Giersch C. *Das internationale Soft Law: Eine völkerrechtsdogmatische und völkerrechtssoziologische Bestandsaufnahme*. Münster, 2015. 446 S. ; Strauß F. *Soft Law als Steuerungsinstrument in der Bankenaufsicht: Eine Untersuchung im Völkerrecht, europäischen Unionsrecht und deutschen Verfassungsrecht am Beispiel der Basler Akkorde*. Baden-Baden, 2016. 221 S. ; Tracing the roles of soft law in human rights / ed. by S. Lagoutte, T. Gammeltoft-Hansen, J. Cerone. Oxford ; N. Y., 2016. 339 p.
2. Knauff M. *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*. Tübingen, 2010. 622 S.
3. Ibid. S. 194.
4. Snyder F. *Study Guide on European Community Law : External Programme*. L., 1994. 84 p.
5. Trubek D., Cottrell P., Nance M. "Soft Law", "Hard Law", and European Integration: Toward a Theory of Hybridity : University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1002. 2005. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.855447>.
6. Фогельсон Ю.Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе // *Журнал российского права*. 2013. № 5 (197). С. 37.
7. *Правовое пространство и человек : монография / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Е.В. Пуляева, Н.И. Хлуденева*. М., 2012. С. 19.
8. Марочкин С.Ю., Халафян Р.М. Международное «мягкое» право в правовой системе Российской Федерации // *Журнал российского права*. 2013. № 6. С. 57.
9. Калиниченко П.А. Роль и место «мягкого права» в регулировании отношений между Россией и Европейским союзом // *Юридическая наука и образование*. 2011. Вып. 4. С. 73.
10. Подробнее об этом см.: Горбань В.С. *Правовое учение Иеринга и его интерпретации*. М., 2018. 354 с.

References:

- Braun, N 2017, *Rechtsangleichung in der EU im Bereich der direkten Steuern: Analyse der Handlungsformen unter besonderer Berücksichtigung des Soft Law*, Tübingen, 254 S., (in German).
- Fogelson, YuB 2013, 'Soft law in modern legal discourse', *Zhurnal rossiyskogo prava*, no. 5 (197), p. 37, (in Russian).
- Giersch, C 2015, *Das internationale Soft Law: Eine völkerrechtsdogmatische und völkerrechtssoziologische Bestandsaufnahme*, Münster, 446 S., (in German).
- Gorban, VS 2018, *The legal doctrine of R. Ihering and its interpretation*, Moscow, 354 p., (in Russian).

- Kalinichenko, PA 2011, 'The role and place of soft law in regulating relations between Russia and the European Union', *Yuridicheskaya nauka i obrazovaniye*, Iss. 4, p. 73, (in Russian).
- Knauff, M 2010, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, Tübingen, 622 S., (in German).
- Lagoutte, S, Gammeltoft-Hansen, T & Cerone, J 2016, *Tracing the roles of soft law in human rights*, Oxford, New York, 339 p.
- Marochkin, SYu & Khalafyan, RM 2013, 'International soft law in the legal system of the Russian Federation', *Zhurnal rossiyskogo prava*, no. 6, p. 57, (in Russian).
- Snyder, F 1994, *Study Guide on European Community Law: External Programme*, London, 84 p.
- Strauß, F 2016, *Soft Law als Steuerungsinstrument in der Bankenaufsicht: Eine Untersuchung im Völkerrecht, europäischen Unionsrecht und deutschen Verfassungsrecht am Beispiel der Basler Akkorde*, Baden-Baden, 221 S. <https://doi.org/10.5771/9783845271712>.
- Tikhomirov, YuA, Pulyaeva, EV & Khludeneva, NI (eds.) 2012, *Legal space and a person*, monograph, Moscow, p. 19, (in Russian).
- Trubek, D, Cottrell, P & Nance, M 2005, "Soft Law", "Hard Law", and European Integration: Toward a Theory of Hybridity, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1002, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.855447>.