

## ОЗНАКИ ТА ВИДИ АКТИВ «М'ЯКОГО ПРАВА»

## FEATURES AND TYPES OF ACTS OF «SOFT LAW»

Шалінська І.В.,

*аспірант кафедри теорії та історії держави і права  
Львівського державного університету внутрішніх справ*

Стаття присвячена виділенню ознак актів «м'якого права», які дозволяють вирізнити їх серед інших джерел права, а також систематизації різних видів актів «м'якого права». Проаналізовано, які ознаки правової норми притаманні нормам, що містяться в актах «м'якого права». Виділено основні форми, в яких можна зустріти акти «м'якого права» в ієрархії джерел права.

**Ключові слова:** акти «м'якого права», норми актів «м'якого права», ознаки норм права, ознаки актів «м'якого права», види актів «м'якого права».

Статья посвящена выделению основных признаков актов «мягкого права», которые позволяют дифференцировать их от других источников права, а также систематизации разных видов актов «мягкого права». Проанализировано, какие признаки правовой нормы характерны для норм, которые содержатся в актах «мягкого права». Выделены основные формы, в которых можно встретить акты «мягкого права» в иерархии источников права.

**Ключевые слова:** акты «мягкого права», нормы актов «мягкого права», признаки норм права, признаки актов «мягкого права», виды актов «мягкого права».

The article is dedicated to highlighting of the features of the acts of «soft law», which can single them out from other sources of law, and also to systematization of the different types of acts of «soft law». The features of the rule of law which are typical for the norms being contained in the acts of «soft law» are analyzed. The main forms in which acts of «soft law» can be found in the hierarchy of the sources of law are defined.

**Key words:** acts of «soft law», norms of acts of «soft law», features of norms of law, features of acts of «soft law», types of acts of «soft law».

**Постановка проблеми.** Поняття актів «м'якого права» є новим і слабо поширеним у сучасній теорії держави і права, що зумовлює необхідність та актуальність проведення ґрунтовних досліджень цього явища та виокремлення актів «м'якого права» як окремого терміну у теорії держави і права.

Концепція «м'якого права» сформувалася приблизно в 70-х рр. ХХ ст. переважно в західноєвропейській правовій доктрині [1, с. 95]. Поняття «м'якого права» знаходить визнання і в теорії держави і права, його широко використовують також у практиці міжнародних відносин.

Під нормами «м'якого права» розуміють інституційні, рекомендаційні норми, які містяться у відповідних джерелах – перш за все в документах міжнародних міжурядових організацій. Такі норми виконують надзвичайно важливу допоміжну роль у становленні або визначенні *opinio juris* – правової думки – звичаєвих норм, а також підготовці і розробці договірних міжнародно-правових норм [2, с. 182].

Виділення основних ознак та видів актів «м'якого права» є фундаментальною частиною дослідження цього явища, оскільки дозволяє зрозуміти, які ознаки того чи іншого акту дозволяють віднести його до акту «м'якого права» та які види актів «м'якого права» зустрічаються серед джерел права.

**Стан дослідження.** Наукове дослідження поняття «м'якого права» та пов'язаних із ним явищ проводилося багатьма вченими, незважаючи на досить короткий період існування цього поняття. Серед учених, які досліджували акти «м'якого права» у міжнародному праві, можна виділити таких: Р. Л. Андорно, Р. Р. Бекстер, П. Вейл, М. Каплан, М. Дж.

Треблкок, Х. Х. Хілгенберг, К. Чінкін, Г. Г. Шаффер, М. Н. Шоу та інші. В Україні та Росії це поняття було досліджене набагато менше, але все ж теоретичний аналіз поняття актів «м'якого права» проводився такими вченими, як: Б. М. Ашавський, Г. М. Вельямінов, Г. М. Даниленко, О. В. Задорожний, Р. А. Колодкін, І. І. Лукашук, В. В. Мицик, В. І. Муравйов, Т. М. Нешатаєва, М. С. Попов, Ю. С. Ромашов, К. В. Смірнова, А. Н. Талалаєв, дослідження яких і послужили основою для подальшого поглибленого аналізу актів «м'якого права» в цілому та виділення їхніх ознак і видів зокрема.

**Метою дослідження** є теоретичний аналіз актів «м'якого права» та виокремлення основних ознак, які притаманні таким актам, і систематизація основних видів актів «м'якого права» у системі джерел права.

**Виклад основного матеріалу.** Визначальною ознакою актів «м'якого права» з-поміж інших джерел права є те, що вони у будь-якому випадку складаються винятково із рекомендаційних норм та не містять жодних обов'язкових до виконання положень і санкцій за їх невиконання.

Рекомендаційним нормам для того, щоб віднести їх до юридичних норм, повинні бути притаманні усі ознаки норм права, які виділяють у теорії держави і права, а саме:

1) загальний характер – норма права розрахована на врегулювання групи (виду) кількісно невизначених суспільних відносин, адресована кількісно невизначеному колу неперсоніфікованих суб'єктів, не вичерпує свою обов'язковість якою б то не було кількістю застосувань;

- 2) формальна визначеність;
- 3) вольовий характер;
- 4) її чинність набувається та припиняється за спеціальною процедурою [3, с. 128].

Для того щоб зробити висновок щодо можливості віднесення актів «м'якого права» до правових актів, тобто до таких актів, які складаються із юридичних норм, а отже є одним із джерел права, необхідно проаналізувати, чи усі ознаки норми права притаманні таким актам.

Загальний характер норми права означає, що вона виконує роль постійно чинного правила врегулювання того чи іншого виду суспільних відносин, а дія такої норми не вичерпується однократним застосуванням [4, с. 127].

Акти «м'якого права», норми яких деякі з вчених відносять до «соціальних норм», однозначно підпадають під ознаки загального характеру, оскільки створюються для неодноразового застосування, не обмежуються строком дії та поширюють свою дію на невизначене коло осіб. Таким чином, можна говорити про притаманність актам «м'якого права» такої ознаки як загальний характер.

Формальна визначеність правової норми полягає у її точному та безспірному позначенні обставин, які породжують правові наслідки [5, с. 509], встановленні чітко сформульованого правила обов'язкової поведінки, закріпленого у юридичних документах [6, с. 259].

Що ж до актів «м'якого права», то їх правова природа виключає можливість встановлення у таких актах будь-яких зобов'язань для суб'єктів правовідносин, які вони регулюють. Саме ця ознака, як зазначалося вище, вирізняє їх з-поміж усіх інших правових актів і водночас виключає можливість їх формальної визначеності.

Водночас, попри відсутність формальної визначеності, для того щоб бути віднесеною до правової, норма «м'якого права» повинна зберігати свою нормативність, адже, на думку С. С. Алексєєва, саме нормативність права є основною його ознакою, яка формує це явище загалом [7, с. 119].

Таким чином, аналізуючи формальну складову актів «м'якого права», можна прийти до висновку щодо формальної невизначеності таких актів, при цьому із обов'язковою притаманністю для усіх актів «м'якого права» нормативності у розумінні типовості та повторюваності правил, що містяться в таких актах, а також вираження їх у нормах права, які попри їх необов'язковий до виконання характер містяться в офіційних письмових джерелах.

Щодо вольового характеру актів «м'якого права», то варто перш за все виділити дві стадії у процесі закріплення волевиявлення суб'єкта правотворчості:

- волевиявлення щодо створення правила поведінки;
- волевиявлення щодо надання обов'язкового характеру такому правилу поведінки [8, с. 89].

Під час створення актів «твердого права», під яким ми розуміємо формально виражені акти, які мають обов'язкову юридичну силу [9, с. 212], у будь-

якому випадку правотворець повинен пройти обидві стадії закріплення волевиявлення, інакше норми права у такому акті не матимуть обов'язкового характеру, а тому не зможуть бути віднесені до норм «твердого права».

Відтак під час створення актів «м'якого права» прослідковується лише перша стадія волевиявлення суб'єкта правотворчості, в той час як саме відсутність другої стадії закріплення волевиявлення – надання правила поведінки обов'язкового характеру – і дозволяє віднести ту чи іншу норму права до норми «м'якого», а не «твердого» права.

Отже, аналізуючи вольовий характер актів «м'якого права», не можна заперечувати волевиявлення до створення правової норми під час створення акту «м'якого права» суб'єктом правотворчості, але при цьому слід звертати увагу на відсутність такої складової вольового характеру як надання правила поведінки обов'язкового характеру, що і відрізняє вольовий характер актів «м'якого права» від вольового характеру актів «твердого права».

Аналізуючи таку ознаку норми права, як спеціальна процедура набрання та припинення чинності, очевидним є те, що акти «м'якого права», як і акти «твердого права», стають чинними після дотримання суб'єктами правотворчості певної спеціальної процедури. Для актів «м'якого права», які містяться у міжнародних договорах, – це процедура підписання таких договорів державами-учасниками, для рекомендацій державних органів у внутрішньодержавному праві – це також процедура їх підписання або надання їм юридичної сили в інший, встановленим законом, спосіб.

У будь-якому випадку, як і для актів «твердого права», для актів «м'якого права» завжди притаманна така ознака як спеціальна процедура набрання та припинення чинності.

Таким чином, очевидним є те, що актам «м'якого права» притаманні усі ознаки норм права, крім формальної визначеності, що і найбільш суттєво відрізняє їх від актів «твердого права». Тому норми, які містяться в актах «м'якого права», можна відносити до правових норм, незважаючи на їх рекомендаційний характер і відсутність обов'язкової сили.

Щодо видів актів «м'якого права», то у міжнародному та національному праві вони зустрічаються у різних формах, що дозволяє говорити про необхідність систематизації таких актів і виділення їх основних різновидів.

Так, перш за все, до актів «м'якого права» слід віднести рекомендації (recommendation), які можуть прийматися як на міжнародному рівні, так і в національній правовій системі.

На міжнародному рівні акти «м'якого права» у формі рекомендацій приймає Комітет Міністрів Ради Європи (наприклад, Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки [10], Рекомендація CM/Rec (2012) 1 Комітету Міністрів країнам-членам Ради Європи щодо управління суспільними засобами масової інформації [11]).

На рівні національної правової системи рекомендації можуть видавати різні органи державної влади, такі як: Міністерство юстиції України [12], Центральна виборча комісія України [13], Національний Банк України [14], органи судової влади [15, 16] тощо.

Крім цього, одним із основних різновидів актів «м'якого права» є також правова доктрина, яка, незважаючи на її необов'язковий характер, має значний вплив на правовідносини у тих випадках, коли відсутні інші джерела, які б регулювали цю сферу, або коли визначеність зобов'язань, що з неї випливають, викликає сумніви. Втім, правова доктрина відноситься до джерел права тільки у міжнародному праві і тільки у частині доктрини, яка справила на міжнародне право формуючий вплив (зокрема, праці Г. Гроція, Ф. Суареса, К. Блюнчлі, Л. Оппенгейма, А. Фердроса, Ф. Мартенса, Л. Камаровського та деяких інших вчених).

Іншим видом актів «м'якого права» є судова практика вищих органів судової влади. Даний вид актів «м'якого права» на міжнародному рівні створює, в першу чергу, Європейський Суд з прав людини, а на національному рівні – Верховний Суд України, Вищий адміністративний, Вищий господарський та Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ.

Ще одним із видів актів «м'якого права», на думку автора дослідження, є законопроекти, які не були прийняті у національній правовій системі України: до моменту їх відхилення у першому або другому читанні вони мали всі ознаки правової норми, крім вольового характеру та формальної визначеності. Це не позбавляє їх ознак правових актів і ще раз підкреслює функцію «передправа», яку виконують акти «м'якого права».

До різновидів актів «м'якого права» можна також віднести модельні закони. Наприклад, ті, які приймає Міжпарламентська асамблея держав-учасниць СНД з метою подальшої уніфікації законодавства держав-учасниць у тій чи іншій сфері суспільних відносин і приведення їх у відповідність до мінімальних стандартів, закріплених у тому чи іншому модельному законі (наприклад, Модельний закон «Про основні гарантії прав дитини у державі» від 16 жовтня 1999 року [17]).

Актами «м'якого права» є також міжнародно-правові звичаї у міжнародному правопорядку та, наприклад, звичаї ділового обороту у національній правовій системі.

Також до актів «м'якого права» слід віднести конвенційні норми міжнародних договорів, зокрема ті з

них, що містяться у преамбулах та основній частині міжнародного договору і не встановлюють жодних обов'язків для сторін договору, а лише декларують наміри сторін або узагальнюють цілі укладення договору.

Наостанок, ще одним видом актів «м'якого права» слід вважати етичні кодекси (кодекси поведінки), які містять деонтологічні норми (наприклад, Положення і рекомендації у сфері етичної поведінки, розроблені ще на початку 60-х років Радою з питань ділової етики США, або галузеві етичні кодекси чи навіть кодекси поведінки, які створюються усередині конкретних компаній чи груп компаній, таких як «Джонсон енд Джонсон», «Соні», «Брітш Рейл» та інші).

**Висновки.** Таким чином, до ознак актів «м'якого права» слід віднести такі ознаки:

1. Акти «м'якого права» є письмовими нормативними джерелами права.

2. Акти «м'якого права» є результатом нормотворчої діяльності суб'єктів правотворчості, а тому їм притаманна нормативність у розумінні типовості та повторюваності правил, що містяться в таких актах, а також вираження їх у нормах права, які попри їх необов'язковий до виконання характер містяться в офіційних письмових джерелах.

3. Акти «м'якого права» мають загальний характер, тобто спрямовані на застосування невизначеним колом осіб, а їх дія не вичерпується однократним застосуванням.

4. Акти «м'якого права» є результатом волевиявлення суб'єкта правотворчості щодо створення правила поведінки без надання йому юридично обов'язкової сили.

5. Акти «м'якого права» не є формально визначеними.

6. Акти «м'якого права» набирають та припиняють свою чинність за спеціальною процедурою.

Акти «м'якого права» у випадку подальшого волевиявлення суб'єкта правотворчості щодо надання правила поведінки, закріпленому в акті «м'якого права», обов'язкового характеру, можуть виступати проміжним етапом на шляху формування актів «твердого права».

Основними видами актів «м'якого права» є: рекомендації (рес) Комітету Міністрів Ради Європи, рекомендації національних органів державної влади, правова доктрина у міжнародному праві, судова практика вищих органів судової влади, проекти законів, модельні закони, правові звичаї, конвенційні норми міжнародних договорів (декларації), які не містять обов'язків для сторін, етичні кодекси та деонтологічні норми тощо.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Колодкин Р. А. Критика концепции «мягкого права» / Р. А. Колодкин // Советское государство и право. – 1985. – № 12. – С. 95-99.
2. Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії / В. Г. Буткевич., В. В. Мицик, В. В. Задорожній. – К. : Либідь, 2002. – 608 с.
3. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави. Навч. посібник. Вид. 9-те, зі змінами / П. М. Рабінович. – Львів : Край, 2007. – 192 с.
4. Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства : учеб. для вузов / В. С. Нерсисянц. – М. : Норма, 2001. – 552 с.
5. Марченко М. Н. Теория государства и права. 2-е изд., перераб. и доп. / под. ред. М. Н. Марченко. – М. : Изд-во Проспект, 2004. – 640 с.

6. Вишнеvский А. Ф. Общая теория государства и права : учебник. 2-е изд., перераб и доп. / А. Ф. Вишнеvский, Н. А. Горбатов, В. А. Кучинский ; под общ. ред. проф. В. А. Кучинского.— М. : Изд-во деловой и учеб. лит-ры, 2004. — 656 с.
7. Алексеев С. С. Теория права / С. С. Алексеев. — М.: БЕК, 1994. — 224 с.
8. Международное право : учебник для вузов / Отв. ред. проф. Г. В. Игнатенко и проф. О. И. Тиунов. 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, 2005. — 624 с.
9. Боломатов А. В. Влияние концепции «мягкого права» на международный коммерческий арбитраж / А. В. Боломатов // Проблемы права. — 2011. — № 2. — С. 211-214.
10. Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки: за станом на 17 листопада 2010 року [Електронний ресурс]. — Рада Європи, Комітет Міністрів Ради Європи. — Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a38). — Назва з екрана.
11. Рекомендація CM/Rec (2012) 1 Комітету Міністрів країнам-членам Ради Європи щодо управління суспільними за-собами масової інформації: за станом на 15 лютого 2012 року [Електронний ресурс]. — Рада Європи, Комітет Міністрів Ради Європи. — Режим доступу : [http://medialaw.kiev.ua/laws/laws\\_international/154/](http://medialaw.kiev.ua/laws/laws_international/154/). — Назва з екрана.
12. Методичні рекомендації «Запобігання і протидія корупції в державних органах та органах місцевого самоврядування» : за станом на 16 жовтня 2013 року [Електронний ресурс]. — Міністерство юстиції України. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/n0020323-13>. — Назва з екрана.
13. Постанова про рекомендації щодо порядку утворення дільничних виборчих комісій звичайних і спеціальних виборчих дільниць з виборів Президента України 17 січня 2010 року та внесення змін до їх складу : за станом на 09 грудня 2009 року [Електронний ресурс]. — Центральна виборча комісія України. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0446359-09>. — Назва з екрана.
14. Постанова про схвалення Методичних рекомендацій щодо порядку проведення стрес-тестування в банках України : за станом на 06 серпня 2009 року [Електронний ресурс]. — Правління Національного Банку України. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0460500-09>. — Назва з екрана.
15. Постанова про рекомендації президії ВАСУ стосовно деяких питань, пов'язаних із застосуванням положень Закону України від 05 вересня 2009 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження автоматизованої системи документообігу в адміністративних судах» : за станом на 29 грудня 2009 року [Електронний ресурс]. Вищий адміністративний суд України. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0070760-09>. — Назва з екрана.
16. Рекомендації про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин : за станом на 28 грудня 2007 року [Електронний ресурс]. — Президія Вищого господарського суду України. — Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v5\\_14600-07](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v5_14600-07). — Назва з екрана.
17. Модельний закон «Про основні гарантії прав дитини у державі»: за станом на 16 жовтня 1999 року [Електронний ресурс]. — Міжпарламентська асамблея держав-учасниць СНД. — Режим доступу : <http://old.iacis.ru/html/?id=22&pag=99&nid=1>. — Назва з екрана.