

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

УДК 346.13.(094)

Ю. І. ОСТАПЕНКО

кандидат юридичних наук,
асистент кафедри господарського права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, Харків
julost@rambler.ru
ORCID ID: 0000-0002-4033-5927



«М'ЯКЕ ПРАВО» У РЕГУЛЮВАННІ ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИН

У статті досліджується «м'яке право» у регулюванні господарських відносин, його природа та структура, аналізуються теоретичні погляди науковців на сутність та значення вказаного феномену.

Ключові слова: господарське законодавство України, «м'яке право», джерела господарського права, господарсько-правове регулювання.

Постановка проблеми. Загальновідомо, що поняття «м'якого права» увійшло в обіг у зв'язку зі стрімким розвитком комерційних відносин у контексті міждержавних, міжрегіональних, одним словом міжнародних відносин, їх ускладненням, урізноманітненням, а отже, необхідністю їх урегулювання. Нині поняття «м'яке право» вживається науковцями, які вивчають розвиток і становлення будь-яких відносин, у тому числі і господарських, і розуміють його як набір правил і посібників, юридична сила яких перебуває на етапі «обговорення». До речі, сучасне розуміння сформувалося у середині 70-х рр. ХХ ст. у західноєвропейській доктрині і набуло поширення у сфері господарського права як частина його джерел та засобів регулювання зовнішньоекономічної діяльності. Ефективність засобів «м'якого права» пояснюється тим,

що вони тісно пов'язані з подіями та процесами, що відбуваються у світі. Передусім зауважимо, що «soft law», тобто правила поведінки, за своїми ознаками суттєво відрізняються від традиційних норм права. Як уже вказувалося, з огляду те, що вони відчутно впливають на загальноекономічні відносини, постала необхідність детального їх вивчення, а особливо виокремлення їх специфічних рис.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Норми «м'якого права» були предметом вивчення таких науковців, як: І. І. Лукашук, Р. А. Колодкін, Т. М. Нешатаєва, Кім Док Чжу, П. Вейль, Дж. Голд, М. Сіні, Дж. П. Бургес, Д. М. Трубек, М. Нансе та ін. Представляє інтерес точка зору американської дослідниці Анни Ді Робілант. Вона, наприклад, виділяє два підходи до походження «м'якого права»: I – передумови появи «м'якого права» слід шукати в середньовічному плюралізмі, а також у *lex mercatoria*; II – пов'язує «м'яке право» з такими поняттями, як «соціальне право» і «правовий плюралізм», пояснені і розвинені європейськими юристами-«антиформалістами» в кінці XIX ст. та пізніше [1, с. 500–501]. Зазначимо, що більшість вчених розглядає поняття «м'яке права» (*soft law*) спільно з «твердим правом» (*hard law*). Так, автори одного з підручників з міжнародного права наголошують: «За останні роки в науковій літературі та практиці міжнародних організацій з'явилися термін та поняття норми «твердого права» (англ. *hard law*) та норми «м'якого права» (англ. *soft law*)» [2, с. 142]. Натомість російська дослідниця Т. М. Нешатаєва вказує, що в західній правовій літературі «сформувалася концепція поділу міжнародного публічного права на «м'яке право» (*soft law*) – рекомендаційні норми та «тверде право» (*hard law*) – обов'язкові норми» [3, с. 108]. Проте питання природи, структури та взагалі явища «м'яке право», особливо у сфері господарських відносин, й сьогодні породжує численні дискусії, що пов'язано з неоднорідністю і неоднаковістю поглядів на нього, а це свідчить про актуальність обраної теми і необхідність подальшого вивчення цього феномену.

Формулювання цілей. Метою статті є аналіз змісту юридичного феномену «м'яке право» та визначення рівня його втілення у національне законодавство.

Виклад основного матеріалу. Сподіваємось, що ні в кого не викликає заперечень факт того, що це питання більш глибоко вивчали представники як міжнародного права, так і спеціалісти із зовнішньоекономічної діяльності. Це зрозуміло і цілком виправдано. Проте в теорії сучасного права (у жодній з галузей) й до сьогодні не існує єдності у поглядах щодо того, чим є «м'яке право» і які саме норми охоплюються цим поняттям. Досліджуючи підходи фахівців до визначення сутності цього феномену, можна виокремити два основних – широке та вузьке розуміння. Згідно з першим у межах «м'якого права»

існують невизначені за своїм змістом норми міжнародних договорів, які не породжують для держав конкретних прав та обов'язків, і положення резолюцій міжнародних організацій та органів, які не мають обов'язкової юридичної сили [4, с. 124]. Більш широкий перелік елементів «м'якого права» пропонує Р. Р. Бекстер: 1) положення міжнародних договорів, які потребують уточнення в наступних угодах, тобто *factum de contrahendo*; 2) «несамовиконувані» положення міжнародного договору, які потребують наступного погодження для наділення їх силою, а також програмні положення договорів, що не створюють правових обов'язків, які підлягають обов'язковому виконанню; 3) декларації, заключні акти, резолюції та інші форми вираження згоди, котрі певною мірою можуть впливати на поведінку держав та індивідів, навіть при тому, що їх норми не є формально обов'язковими [5].

У свою чергу Р. М. Валеев та Г. І. Курдюков у межах «soft law» вирізняють норми, які «містяться в політичних договорах (частіше за все вони починаються словами «прагнути», «вживати необхідних заходів») і в резолюціях міжнародних організацій, конференцій, у комюніке, в спільних заявах» [2, с. 142].

Вбачається, що недоліком широкого розуміння поняття «м'яке право» можна назвати виокремлення таких елементів цього явища, які мають різну правову природу. Так, неконкретизовані договірні норми як правові не потрібно поєднувати з положеннями резолюцій міжнародних організацій, які мають неправовий характер, оскільки це значно ускладнює розуміння та застосування терміна «soft law».

Щодо вузького підходу, то в ньому можна виокремити два напрями, а це є свідченням того, що єдиного погляду стосовно обов'язковості неконкретизованих договірних норм також не існує. На підтвердження зазначеного додамо, що з цього приводу К. А. Бекашев зауважує: «Особливістю міжнародного економічного (у тому числі й господарського. – Ю. О.) права і його джерел є значна роль так званого «м'якого права», тобто правових норм, що використовують формулювання на кшталт «застосовувати необхідні заходи», «сприяти розвитку або реалізації», «прагнути до реалізації» і так далі. Такі норми не містять чітких прав та обов'язків, однак, є юридично обов'язковими» [6, с. 384]. Проте І. І. Лукашук зазначає, що як з точки зору науки, так і практики «існують два протилежні погляди» щодо цієї проблеми. Неконкретизовані договірні норми, на переконання окремих фахівців, не можуть вважатися міжнародно-правовими з огляду на те, що в них не деталізуються взаємні права та обов'язки сторін такого договору, хоча за своєю формою вони є обов'язковими. Складно заперечувати, що існування таких норм дозволяє встановити загальну спрямованість співпраці, цілі держав-учасниць тих чи

інших договірних відносин, на підставі яких сторони повинні виконувати більш конкретні договірні положення [4, с. 124–127].

Зовсім інше бачення має вітчизняний вчений В. В. Мицик: «з практичною метою поділ договірних, обов'язкових правових норм на норми “твердого права” і “м'якого права” навряд чи необхідний і доцільний. Наведена термінологія за змістом набагато ближча до узвичасного поділу норм міжнародного права залежно від юридичної сили на імперативні та диспозитивні» [7, с. 180]. На нашу думку, з цим складно погодитися. Пояснимо. Доцільно неконкретизовані договірні норми зарахувати до нетипових, або спеціалізованих, норм міжнародного комерційного права, що пов'язано з особливостями їх змісту. Начебто на підтвердження цього С. С. Алексєєв, характеризуючи спеціалізовані норми в теорії права, наголошує: «Спеціалізовані приписи на відміну від регулятивних чи охоронних мають додатковий характер. Вони не являють собою самостійної нормативної основи для виникнення правовідносин. При регламентації суспільних відносин вони приєднуються до регулятивних та охоронних приписів, утворюючи в комплексі з ними єдиний регулятор» [8, с. 319].

Крім розглянутих, існує також точка зору, відповідно до якої під нормами м'якого права розуміються взагалі міжнародні акти, які не мають характеру договору, проте вирізняються вагомою морально-політичною силою (резолуції, декларації, програми дій тощо) [9, с. 24–25]. Так, В. Г. Вітцтум переконаний: «Рішення міжнародних організацій, особливо резолюції Генеральної Асамблеї ООН, які можуть називатися “деклараціями” або “хартіями”, набувають значення, однак не як всесвітній законодавець, якого, як і раніше, не існує. Вони набувають свого значення або як доказ правового переконання, що складає основу міжнародного звичасвого права, або як вказівка на можливий політико-правовий розвиток. Зазначені рішення можуть відображати норми поведінки, які, знаходячись у просторі між необов'язковими та обов'язковими нормами (soft law), дотримуються, хоча їм і не вистачає “твердості” позитивного права (hard law), тобто якості правового джерела» [10, с. 12–13]. З огляду на сказане вважаємо за доцільне договірні норми вказаного типу виключити зі складу soft law, бо вони можуть бути повноцінною нормою міжнародного договору, який і так є традиційним джерелом міжнародного права.

У цьому контексті додамо, що американська Комісія з питань вивчення організації миру в 1966 р. зробила такий висновок: резолюції Генеральної Асамблеї ООН у кінцевому підсумку стають обов'язковими для держав-членів. Згодом вони були визнані як «третя категорія джерел міжнародного права, обов'язкових для дотримання державами». Як наголошують автори підручника «Міжнародне приватне право»: «Те, що вони не укладаються і не ратифікуються, не позбавляє їх такої властивості» [6]. Нині в науці міжнарод-

ного права склалася думка, «що рішення міжнародних органів та організацій є допоміжними, неосновними джерелами сучасного міжнародного права [6]. Щоправда, одні автори обмежують подібні рішення резолюціями Генеральної Асамблеї ООН та рішеннями Ради Безпеки, інші розглядають їх значно ширше: акти спеціалізованих установ ООН (конвенції і рекомендації МОП, ЮНЕСКО, ВПС; конвенції, постанови і регламенти МСЕ; конвенції та міжнародні санітарні правила ВООЗ; конвенції, стандарти, рекомендації, процедури, технічні регламенти ІКАО та ін.), міжнародних конференцій, регіональних міжнародних організацій. Крім того, виокремлюються рішення міжнародних судових установ, на які спочатку очікував такий самий вердикт вчених, як і щодо міжнародних договорів: вони не визнавалися джерелами права. Згодом, аналізуючи міжнародно-правову практику, коли таких рішень ставало дедалі більше і вони безумовно або переважно виконувалися, вчені стали схилитися до думки, що за дотримання певних умов (наприклад, якщо рішення було прийнято одногосно або трьома четвертими голосів тощо) їх можна визнати джерелами права. Проте на переконання учених у тому, що рішення міжнародних судів можуть ними бути, багато в чому вплинула діяльність (точніше, її результати) Європейського суду з прав людини і Суду Європейського Союзу. Саме завдяки їх діяльності в науці утвердилася думка, що «європейське право... пропонує не тільки найважливіше зведення норм прецедентного права, ... а й один із найбільш наочних та цікавих прикладів ефективної системи міжнародних юридичних процедур».

У російській доктрині професор Т. М. Нешатаєва також у межах м'якого права розглядала резолюції-рекомендації організацій у системі ООН, що включають формулювання, які являють собою нові правила у сфері міждержавних, у тому числі й господарських, відносин. До резолюцій такого роду слід відносити: декларації, що встановлюють нові правила; програми розвитку певної галузі (зрозуміло, й господарських відносин. – Ю. О.) співпраці держав; кодекси поведінки держав у сфері спеціального міжнародно-правового регулювання (у тому числі й господарського). Даним нормативним актам притаманні такі спільні риси: а) назва, яка свідчить про те, що цей акт, не підлягає терміновій реалізації (програма, хартія, кодекс); б) наявність формулювань, які вказують на необов'язковість цього правила поведінки (в англ. тексті, наприклад, вживається «should» замість «shall», у рос. мові – «может» замість «должен», а також словосполучення на кшталт «у міру необхідності», «наскільки це можливо»). Такі акти містять особливо багато посилань на моральні постулати та цінності; характер викладення правила поведінки дає можливість для суб'єктивного тлумачення [3, с. 100–101].

У вітчизняній доктрині як міжнародного, так і господарського права досить поширеним є погляд, що «основними джерелами норм так званого «м'якого права» є резолюції міжурядових організацій системи ООН та її органів, насамперед Генеральної Асамблеї ООН, політичні акти регіональних конференцій та організацій, інші міжнародні акти, прийняті державами, міжурядовими організаціями, які мають не юридичний, а морально-політичний характер» [7, с. 180].

Крім того, слід окремо зупинитися на міжнародному комерційному праві (*lex mercatoria*) як одному з міжнародно-правових джерел МПРП. *Lex mercatoria* можна впевнено назвати джерелом міжнародного господарського права – права міжнародного ділового обороту (міжнародного договірної, валютного та транспортного права, права інтелектуальної власності, міжнародного комерційного арбітражу).

Як наголошують автори підручника «Міжнародне приватне право»: «Основний зміст *lex mercatoria* – це автономна, відособлена від національних правових систем система регламентації міжнародної торгівлі». Додамо, що за правовою природою – це недержавне регулювання, предмет якого є всі види міжнародних комерційних операцій. Іноді *lex mercatoria* визначається як «м'яке, гнучке» право (з огляду на рекомендаційний характер його норм). Пояснимо. Як правило, учасники правовідносини не пов'язані імперативними державними приписами.

Підставою для такого твердження є те, що в основі *lex mercatoria* лежить міжнародна торговельна практика («право купців»), яка склалася у Західній Європі в середні століття. Специфічними рисами можна вважати те, що:

1. *Lex mercatoria* – це автономне право міжнародної торгівлі, що зародилося спонтанно і не має відношення до національного права. Сторони можуть за допомогою контракту врегулювати свої відносини, використовуючи те джерело права, яке вони самі обирають.

2. *Lex mercatoria* не існує як право. Воно виступає доповненням до національної правової системи у вигляді послідовної консолідації звичаїв і правил міжнародної торгівлі.

3. Будь-які юридичні норми повинні виникати з державного суверенітету або визнаватися ним. *Lex mercatoria* не відповідає цій вимозі, тому у сторін немає можливості обрати правопорядок, не заснований на національному праві.

З усього вищенаведеного можна побачити, що проблемою є також визначення характеру обов'язковості або необов'язковості «м'якого права». І з цього приводу можна навести різноманітні міркування. Так, Кім Док Чжу наголошує: «Поділ міжнародного публічного права на «м'яке» право (*soft law*) та «тверде» право (*hard law*), запропонований в західній доктрині міжнарод-

ного права, відображає реальні процеси в міжнародних відносинах, проте навряд чи є слухним щодо до міжнародного публічного права в цілому» [11, с. 6–7]. У свою чергу В. В. Мицик робить висновок, що «нормами так званого м'якого права є інституційні, рекомендаційні неправові норми, які містяться в документах міжнародних міжурядових організацій, настанови яких можуть мати обов'язковий політичний, але не юридичний характер» [7, с. 182]. Звертаючи увагу на ступінь обов'язковості норм «м'якого права», італійський вчений Френсіс Снайдер запропонував визначати норми soft law як «правила поведінки, які, в принципі, не мають юридично обов'язкової сили, але які, незважаючи на це, мають практичний ефект» [12, с. 2]. Видатний німецький фахівець В. Г. Вітцтум у дусі юридичного позитивізму зазначає: «Джерелом міжнародного права також не є «м'яке» право (soft law). Право є правом, якщо воно визначається діючим на законних підставах органом, уповноваженим на нормотворчість. Воно або діє, або не є правом на відповідний момент часу; «більш сильної» або «більш слабкої» норми логічно не може існувати» [10, с. 102]. Начебто продовжуючи наведене, російський вчений Р. А. Колодкін пише, що концепція «м'якого» права – це намагання втиснути в межі міжнародного права положення, що не формулюють міжнародно-правових норм, з одного боку, а з другого – приведення до часткової деюрідизації цілого ряду зобов'язань у міжнародному праві» [13, с. 95–96].

Висновки. Вбачається за доцільне «м'яке право» розглядати як систему необов'язкових норм, які в той же час мають важливе практичне значення та широко застосовуються. По-перше, такі положення мають політичний характер, саме через їх природу забезпечується досить швидка реакція на необхідність врегулювання тих чи інших відносин, тобто soft law виступає своєрідним індикатором проблемних аспектів міждержавного співіснування. По-друге, soft law є органічним явищем, породженим, у першу чергу, активізацією діяльності міжнародних (у тому числі господарських) організацій, які опосередковують спрямованість зусиль держав на забезпечення міжнародного правопорядку. Незважаючи на численні праці, присвячені обґрунтуванню природи, сутності м'якого права, ці питання залишаються дискусійними. Така ситуація свідчить про безумовну актуальність та значимість цієї проблеми. По-третє, саме завдяки «м'якому праву» забезпечується адаптація чинного нормативного масиву до існуючого міжнародного становища, зокрема, й у сфері господарських відносин. Більш того, для господарського права воно виступає дієвим інструментом, за допомогою якого визначаються та встановлюються нові міжнародно-правові норми, які забезпечують регулювання найпоширеніших на даний момент господарських відносин, а також ефективно функціонування міжнародної нормативної системи.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Anna Di Robilant. Genealogies of Soft Law // *The American Journal of Comparative Law*. – 2006. – Vol. 54. – № 3. – С. 499–555.
2. Валеев Р. М. Международное право. Общая часть / Р. М. Валеев, Г. И. Курдюков. – М. : Статут, 2011. – 542 с.
3. Нешатаева Т. Н. Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании / Т. Н. Нешатаева. – М. : Дело, 1998. – 272 с.
4. Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе / И. И. Лукашук. – М. : Спарк, 1997. – 322 с.
5. Baxter R. International Law in «Her Infinite Variety» // *The International and Comparative Law Quarterly*. – 1980. – Vol. 29. – № 4, October. – P. 549–566.
6. Международное публичное право : учебник / под ред. К. А. Бекяшева. – М. : Проспект, 2003. – 779 с.
7. Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; за ред. В. Г. Буткевича. – Київ : Либідь, 2002. – 608 с.
8. Алексеев С. С. Общая теория права : учебник / С. С. Алексеев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК Велби : Изд-во Проспект, 2008. – 576 с.
9. Международное право : учебник / отв. ред. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – 2-е изд., перераб и доп. – М. : Междунар. отношения, 2006. – 816 с.
10. Международное право = *Volkerrecht* / Вольфганг Граф Витцтум [и др.] : пер. с нем. – М. : Инфотропик Медиа, 2011. – 992 с.
11. Ким Док Чжу. Концепция «мягкого» права и практика межправительственных организаций системы ООН : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. / МГУ им. М. В. Ломоносова. – М., 1995. – 21 с.
12. Snyder F Soft law and institutional practice in the European Community // *European University institute Working Paper, LAW. Florence* – № 93/5. – 1993. – 36 с.
13. Колодкин Р. А. Критика концепции «мягкого права» / Р. А. Колодкин // *Сов. государство и право*. – 1985. – № 12. – С. 95–99.

REFERENCES

1. Anna Di Robilant. (2006). Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*. 54. 3.
2. Valeev P. M., Kurdyukov R. M. (2011) *Mezhdunarodnoe pravo. Obschaya chast* Moskva. Statut.
3. Neshataeva T. N. (1998). *Mezhdunarodnyie organizatsii i pravo. Novyie tendentsii v mezhdunarodno-pravovom regulirovanii*. Moskva. Delo.
4. Lukashuk I. I. (1997). *Normyi mezhdunarodnogo prava v mezhdunarodnoy normativnoy sisteme*. Moskva. Spark
5. Baxter R. (1980) International Law in “Her Infinite Variety”. *The International and Comparative Law Quarterly*. 29. 4.
6. Bekjashev K. A. (2003). *Mezhdunarodnoe publichnoe pravo*. Moskva. Prospekt.

7. Butkevych V. H., Mytsyk V. V., Zadorozhnii O. V. (2002). Mizhnarodne pravo. Osnovy teorii. Kyiv. Lybid.
8. Alekseev S. S. (2008). Obschaya teoriya prava. Moskva. TK Velbi, Izd-vo Prospekt.
9. Kolosov Yu. M., Krivchikova E. S. (2006). Mezhdunarodnoe pravo. Moskva. Mezhdunar. otnosheniya.
10. Wolfgang Graf Vittstum (2011). Mezhdunarodnoe pravo. Volkerrecht. Moskva. Infotropik Media.
11. Kim Dok Chzhu. (1995). Kontseptsiya «myagkogo» prava i praktika mezhpriavitelstvennyih organizatsiy sistemyi OON: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. MGU im. M. V. Lomonosova. Moskva.
12. Snyder F (1993). Soft law and institutional practice in the European Community. European University institute Working Paper, LAW. Florence 93/5.
13. Kolodkin R. A. (1995). Kritika kontseptsii «myagkogo prava». Sovetskoe gosudarstvo i pravo. 12.

Стаття надійшла до редакції 12.11.2016.

Ю. И. ОСТАПЕНКО

кандидат юридических наук, ассистент кафедры хозяйственного права Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого, Харьков

«МЯГКОЕ ПРАВО» В РЕГУЛИРОВАНИИ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ

В статье исследуется такое явление, как «мягкое право» в регулировании хозяйственных отношений, его природа и структура, анализируются теоретические взгляды ученых на сущность и значение указанного феномена.

Ключевые слова: хозяйственное законодательство Украины, «мягкое право», источники хозяйственного права, хозяйственно-правовое регулирование.

YU. I. OSTAPENKO

Phd. (legal sciences), assistant lecturer of the Economic Law Department, Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv

«SOFT LAW» IN THE REGULATION OF ECONOMIC RELATIONS

Problem setting. The concept of «soft law» has comprised into circulation due to the rapid development of international commercial relations, their complications and the need for their settlement.

Recent research and publications analysis. The rules of «soft law» have been the subject of study such scientists as I. I. Lukashuk, R. A. Kolodkin, T. M. Neshatayeva, Kim Doc Chu, P. Weil, John. Gold, M. Sini, John. P. Burgess, D. M. Trubek, M. Nancy

et al. American researcher Anna Di Robilant provides two approaches to the origin of «soft law»: 1) prerequisites «soft law» to be found in the medieval pluralism and *lex mercatoria*; 2) «soft law» associated with the concepts of «social law» and «legal pluralism» which open European lawyers «antiformalist» in the late nineteenth century and later. More scientists consider the concept of «soft law» together with «hard law». However, the question of its nature, structure, especially in the field of economic relations today is debatable.

Paper objective. The article's purpose is to analyze of the content of the legal phenomenon of «soft law» and determine the level of its implementation in national legislation.

Paper main body. Currently, the concept of «soft law» is used by scientists who study the development and emergence of any relations, including economic, and understanding it as set of rules and tools, which legal force is in the process of «discussion». The modern understanding formed in the middle of 1970s in the Western European doctrine and has spread in the sphere of economic law as a part of its sources and means of regulating foreign economic activity. «Soft law» tools are closely linked with world events and processes.

Conclusions of the research. «Soft law» should be considered as a system of non-binding rules that have important practical significance and extensive use. First, such rules provide prompt response the need to address relations, that is, soft law is peculiar indicator of problematic aspects of inter-state coexistence. Second, soft law is an organic phenomenon. Thirdly, it is through of soft law is provided by adaptation enactment of the array to the existing international situation particularly in the sphere of economic relations. New international legal norms that provide regulation of the most common economic relations are defined and established.

Short Abstract for an article

Abstract. «Soft law», its nature and structure in the regulation of economic relations are studied; the theoretical views of scientists on the essence and significance of this phenomenon are analyzed.

Key words: economic legislation of Ukraine, soft law, sources of economic law, economic law regulation.