

А. В. Демин

# «МЯГКОЕ ПРАВО» В ЭПОХУ ПЕРЕМЕН

ОПЫТ КОМПАРАТИВНОГО  
ИССЛЕДОВАНИЯ

МОНОГРАФИЯ

ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЯ И ДЕФОРМАЛИЗАЦИЯ  
ПРАВООБРАЗОВАНИЯ

БИНАРНЫЙ ПОДХОД ПРОТИВ ОТНОСИТЕЛЬНОЙ  
НОРМАТИВНОСТИ

УРЕГУЛИРОВАНИЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ

HARD LAW – SOFT LAW – NON-LAW

ФУНКЦИИ «МЯГКОГО ПРАВА» В СИСТЕМЕ СОЦИАЛЬНОГО  
РЕГУЛИРОВАНИЯ



**Александр Васильевич Демин**  
**«Мягкое право» в эпоху**  
**перемен: опыт компаративного**  
**исследования. Монография**

*[http://www.litres.ru/pages/biblio\\_book/?art=21201354](http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=21201354)*

*ООО "Проспект"; 2015*

*ISBN 9785392194049*

### **Аннотация**

В монографии рассматриваются различные грани «мягкого права» как актуальной правовой концепции. Анализируются причины появления и роста «мягко-правовых» инструментов, их классификация, исторические корни «мягкого права», его понятие, признаки и соотношение с «жестким правом», преимущества и недостатки, а также роли и функции в системе регулирования социальных взаимодействий. Децентрализация и деформализация правообразования рассматриваются как предпосылки для концептуализации «мягкого права». Обсуждается возможность переноса «мягко-правовой» проблематики на уровень национальных правовых систем. Предназначается научным работникам, преподавателям, аспирантам и студентам гуманитарных вузов и специальностей, а

также всем, кто интересуется проблемами современной политики и права.

# Содержание

«Мягкое право»: коммуникативный подход	6
Введение	16
1. Причины появления концепции «мягкого права» в современном правовом дискурсе	21
2. Исторические корни и генеалогические предшественники «мягкого права»	45
Конец ознакомительного фрагмента.	52

**А. В. Демин**  
**«МЯГКОЕ ПРАВО» В**  
**ЭПОХУ ПЕРЕМЕН: ОПЫТ**  
**КОМПАРАТИВНОГО**  
**ИССЛЕДОВАНИЯ**  
*Монография*



[битая ссылка] [ebooks@prospekt.org](mailto:ebooks@prospekt.org)

# **«Мягкое право»: КОММУНИКАТИВНЫЙ ПОДХОД**

В 70-х годах прошлого века в научных работах, методических материалах, политических документах западноевропейских авторов и даже в правовых актах появился термин «мягкое право» в применении прежде всего к международно-правовым отношениям и к регуляторному инструментарию гармонизации законодательства государств – членов ЕС, но затем он стал употребляться в гораздо более широком контексте. Этим термином обозначают: резолюции и коммюнике различных международных организаций, разнообразные международные стандарты, различные руководства и рекомендации по соблюдению фундаментальных прав, декларации, кодексы лучшей практики. Причем сегодня этот термин используют не только в международных отношениях, но и во внутригосударственных. В юридически обязывающих документах, международных договорах, давно уже используют технику так называемого «best effort language»: когда по какому-то вопросу не удастся договориться об обязательствах, но есть потребность в документальной фиксации серьезности намерений. Такие положения юридически обязывающих документов теперь тоже называют «мягким правом», причем «юридическим мягким пра-

вом» (Legal Soft Law) в противовес тем положениям, которые содержатся в документах и сборниках, не являющихся юридически обязательными (non-Legal Soft Law).

Все эти регуляторные инструменты существовали и раньше, задолго до появления термина «мягкое право», ими пользовались, но никому не приходило в голову обозначать их одним общим термином, а в последние 30–40 лет такой термин появился. Термины не возникают сами по себе – появление новых понятий довольно строго контролируется бритвой Оккама «*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*», т. е. «не следует умножать понятия сверх необходимости». Конечно, бритва Оккама – это не жесткое правило, а всего лишь методологический прием, фиксирующий презумпцию, однако опыт показывает, что новые понятия если и возникают без необходимости, то, как правило, быстро себя изживают. А «мягкое право», однажды появившись, живет в дискурсе уже давно, и эта книга прекрасно иллюстрирует, если можно так выразиться, экспансию мягкого права во все более широкий круг отношений. Это означает, что появилась реальная потребность в новом понятии.

Возникает естественный вопрос – для чего? Какая потребность правового дискурса вызвала к жизни понятие, охватывающее собою все перечисленные выше регуляторные инструменты? Почему дискурсу оказалось недостаточно таких категорий, как «международный стандарт» или «кодекс лучшей практики», «декларация» и т. д., но потребо-

валось понятие, общее для всех подобных документов? Что такое хотят сказать друг другу участники современного правового дискурса, когда используют этот термин, чего они не могли выразить, пока его не было?

К этой группе вопросов добавляется еще одна группа. Почему в этом термине использовано слово «право»? Ведь, на первый взгляд, использование этого слова в новом термине вносит в дискурс неопределенность. Если оставить в стороне дискуссии, ведущиеся в сфере философии права, то для обычных людей понятие «право» вполне однозначно и определено. Для чего «раскачивать» этот давно устоявшийся и прекрасно работающий в дискурсе термин? Ведь, когда мы говорим «право», «правовая система», наш собеседник прекрасно понимает, что именно мы хотим ему сказать.

Ответ на вторую группу вопросов напрашивается сам. Мягкое право – это такой регуляторный инструмент, который во всем похож на обычное право, но государства не рассматривают его нормы как обязывающие. Причем все остальные атрибуты права, в том числе и обязательность для участников оборота, в мягком праве имеются. Слово «право» в этой конструкции как раз и подчеркивает данное обстоятельство. Далее в этой книге довольно подробно рассмотрен вопрос об обязательности норм мягкого права, и я, естественно, не стану здесь «отнимать хлеб» у автора. Таким образом, говоря в терминологии Г. Л. А. Харта, в мягком праве отсутствует «правило признания»<sup>1</sup>, а более точно

– «правило признания официальными лицами государства». В связи с этим возникает масса вопросов – о правовой определенности, об отграничении от других социальных регуляторов и т. д., а в конечном итоге и о верховенстве права. Все возникающие проблемы я сейчас также не стану перечислять, так как их подробный обзор имеется в книге. Но, несмотря на то что эти вопросы пока еще ждут своего ответа, во всяком случае ясно, что термин «мягкое право» выводит правовой – именно правовой – дискурс за рамки государства в его Вестфальском понимании, а значит, и за рамки суверенитета. Поэтому многие являются категорическими противниками использования данного термина в правовом дискурсе, и в книге подробно рассмотрена в том числе и эта аргументация.

Итак, сама конструкция термина, использование в нем слова «право» с прилагательным «мягкое» подсказывает нам один из возможных ответов на первый вопрос о том, какая потребность дискурса вызвала его к жизни. Наше представление о праве меняется. Неразрывная связь правовой системы с государством и с суверенитетом, характерная для государственно-правовых систем Вестфальского типа, постепенно отходит в прошлое. Мы перестаем рассматривать право как инструмент государства, с помощью которого оно поддерживает в обществе порядок, социальный мир и направляет общество к новым, светлым целям. В начале 1970-х годов тезис Олега Эрнестовича Лейста «Право – это язык, ко-

торым государство разговаривает с народом»<sup>2</sup> кое-кем в мире еще разделялся, но сегодня широкое распространение инструментов мягкого права подрывает такой взгляд на взаимодействие государства и права.

В этой парадигме будущим правовой системы является ее полицентричность. Создавать право в ней будут конкурирующие друг с другом центры регулирования<sup>3</sup>. Правда, не совсем понятно, как будет организована эта конкуренция и почему государство не будет всегда ее выигрывать. Пока действительно имеются примеры, когда государство сознательно воздерживается от регулирования в пользу негосударственных инструментов, но это добрая воля государства<sup>4</sup>. Однако если подобная конкуренция широко распространится, то для нее потребуются правила. Каким образом могут быть созданы такие правила и на чем они могут быть основаны – это пока также один из нерешенных вопросов. Вопросы в такой парадигме видения будущего права, как мы видим, больше, чем ответов.

Есть и другой возможный ответ на вопрос о том, для чего дискурсу потребовался новый термин, общий для всех регуляторных инструментов, не признаваемых государствами правовыми, т. е. юридически обязывающими. Уже давно замечено, особенно в гражданском и торговом праве, что основные правила, которыми регулируется оборот, очень похожи практически во всех правовых порядках. Даже мусульман-

ский фикх использует для регулирования гражданского оборота правила, во многом схожие с правилами европейского права. Конечно, правовые предписания, относящиеся, например, к договорам, в разных правовых системах различаются. Скажем, между фикхом и Французским гражданским кодексом этих различий существенно больше, чем тех же различий между ФГК и Германским гражданским уложением, но они вполне сопоставимы с различиями в регулировании договоров между континентальными правовыми системами и англо-американским общим правом. Однако во многом все правовые предписания, регулирующие частное право, похожи, так как везде очень похож гражданский оборот<sup>5</sup>.

Мы знаем, как давно уже Европа стремится получить общеевропейское гражданское право. Еще в Средние века такую роль выполняло *jus commune*. Сегодня эта работа продолжается. Сначала Беале и Ландо разработали «Принципы европейского договорного права», теперь вышли «Модельные правила европейского частного права» (DCFR). Международная торговая палата (УНИДРУА) давно уже выпустила «Принципы международных коммерческих договоров» и регулярно их обновляет. Все перечисленные сборники правил содержат то общее, что есть в регулировании частного права во всех правовых системах. Точнее, они содержат то общее, каким мы бы хотели его видеть. То есть это, если так можно выразиться, сердцевина, ядро частного права. И, конечно, эти сборники являются типичными примерами

мягкого права. При этом каждая правовая система конкретного государства привносит в частное право свои национальные особенности. Иногда бывает, что правовая система не содержит нужной нормы, а в «ядре» она есть, и тогда суды охотно привлекают эти мягко-правовые нормы к решению попавшегося им сложного спора.

Аналогичный процесс уже лет 40 идет в сфере регулирования финансовых рынков. Группа международных неправительственных организаций, действующая на базе Банка международных расчетов (Базельский комитет по банковскому надзору, Международная ассоциация страховых надзоров, Международная ассоциация комиссий по ценным бумагам и др.), выпускает разнообразные стандарты регулирования финансовых рынков и постоянно их обновляет, изучает их применение, комментирует. При этом каждая страна имплементирует эти стандарты в свою правовую систему в той степени и с теми особенностями, которые считает нужным. Эти стандарты, также мягко-правовые, можно рассматривать в качестве «ядра» регулирования соответствующей сферы<sup>6</sup>.

Похожая ситуация и в международном налоговом праве. Модельная конвенция ОЭСР по налогам на доход и на капитал и особенно Комментарии к ней, имеющие очевидно мягко-правовой характер, давно используются всеми странами – членами ОЭСР в качестве «ядра» международного налогового права, с помощью которого суды разрешают слож-

ные налоговые споры, связанные с соглашениями об избежании двойного налогообложения, которые и «моделирует» эта конвенция<sup>7</sup>.

Полагаю, эти примеры можно не продолжать. Мы видим, что мягко-правовые инструменты часто используют в качестве «ядра регулирования» в какой-либо сфере. Опираясь на эту закономерность, можно дать такой ответ на вопрос о том, зачем правовому дискурсу понадобился термин «мягкое право». Он нужен для того, чтобы показать, что в праве идут процессы создания в конкретных сферах регулирования таких «ядер», которые хотя и не являются юридически обязывающими, но их следует в целом придерживаться, хотя национальные особенности регулирования вполне допустимы. Именно для того, чтобы обозначить общий «сердцевинный» характер таких инструментов, и предложен новый термин. Право, согласно такому взгляду на него, состоит как бы из двух частей: общего мягкого ядра и твердой национальной оболочки в каждой сфере регулирования. Это же рассуждение справедливо и для «best effort language» в договорах. Договор, согласно изложенной парадигме, также состоит из двух частей: мягких общих принципов и намерений и твердых, юридически обязывающих положений. При этом мягкая часть договора, хотя и не снабжена иском и не влечет юридической ответственности, тем не менее, обязательна для сторон именно как «best effort», т. е. стороны должны прилагать максимальные усилия к ее исполнению. Похожие

рассуждения можно привести и для внутригосударственного мягкого права – предоставляю эту возможность самим читателям.

Мы рассмотрели два возможных ответа на вопрос о том, для чего в правовом дискурсе появился термин «мягкое право». Оба эти ответа показывают, что появление данного термина свидетельствует не о возникновении какого-то нового феномена, а об изменении наших взглядов на само право. При этом мы видим, что проблем и вопросов, которые порождает это изменение, очень много. Дальнейшие исследования этих проблем, изучение вопроса о том, вписываются ли подобные изменения в ту или иную систему ценностей, – вот, полагаю, одно из магистральных направлений современной правовой науки.

Любому, кто выберет для своих «штудий» это направление, придется вначале одолеть огромный массив имеющейся литературы по мягкому праву. Причем, как правило, эта литература на английском языке, а российские юристы, в основной своей массе, пока не слишком свободно им владеют. Данная книга – неоценимый помощник и путеводитель по этой литературе.

В книге очень подробно рассмотрены большинство из доступных нам работ по мягкому праву за последние 25 лет. Представлены и сопоставлены одна с другой основные имеющиеся теории о происхождении и функциях мягкого права. Множество проблем, которые, как мы видим, возника-

ют в связи с появлением этого термина в дискурсе, в книге сформулированы и основные аргументы «за» и «против» рассмотрены. В общем, эта книга – прекрасный и глубокий аналитический и сравнительный обзор литературы по мягкому праву. Для любого, кто решил заняться этой проблематикой, она сэкономит много времени, необходимого для знакомства с уже имеющимися разработками. Большие куски из опубликованных работ, содержащие основные идеи, циркулирующие в этой сфере знаний, приведены в приложениях с переводом их на русский язык.

Я очень рекомендую эту книгу тем, кто решил всерьез заняться мягким правом, тем, кого интересует будущее того социального механизма, который мы сегодня привычно называем правом, тем, кто хочет попасть в первые ряды исследователей современной правовой науки.

***Юрий Борисович Фогельсон,***

*доктор юридических наук, профессор*

*кафедры публичной политики Национального*

*исследовательского университета*

*«Высшая школа экономики»,*

*Москва, январь 2015 г.*

# Введение

В исследовательской работе нередко бывает так, что тема, которая изначально планировалась лишь как вспомогательная, не основная, в дальнейшем захватывает ученого настолько, что становится самостоятельным объектом научного анализа. Нечто подобное произошло и со мной в отношении «мягкого права». Эта тема возникла во время многолетней работы над проблемами неопределенности в праве и неожиданно увлекла меня, превратившись в своеобразную *mania persecutionis*. Отчасти это было похоже на наваждение.

Впоследствии я понял, что дело здесь в самой концепции мягкого права. Зародившись во второй половине XX века, она буквально «взорвала» изнутри академическое сообщество. Начиная с 70-х годов прошлого века этот феномен прочно занял место актуальной (подчас – с элементами провокативности) тематики в правовом дискурсе зарубежных стран. Все эти годы разворачивается активная и подчас достаточно эмоциональная дискуссия о природе феномена «мягкого права» и признании его в качестве оригинального регулятора социальных взаимодействий. Идею «мягкого права» можно смело назвать одной из самых спорных и обсуждаемых доктрин в современном правовом дискурсе. Сотни убежденных сторонников и не менее убежденных противников мягкого права ведут непримиримые дебаты на страни-

цах научных изданий, в лекционных аудиториях, на площадках круглых столов и конференций. Вряд ли сегодня можно назвать какую-либо иную категорию, которая продуцировала бы настолько противоречивые отклики и дебаты среди правоведов.

За время работы над вопросами мягкого права у меня накопился значительный по объему массив зарубежных источников, переведенных на русский язык. К сожалению, российская наука долгое время не уделяла этой проблематике должного внимания. Нелишне напомнить, что в России ситуация характеризуется традиционным господством *юридического позитивизма* в теории и высшем образовании. Поколения отечественных юристов выросли на отрицании любых правовых школ, кроме позитивистских. Более того, во время массовых репрессий 30-х годов не только поддержка, но даже простое изучение каких-либо научных концепций, кроме позитивизма, признавалось едва ли не государственным преступлением. Отчасти этим объясняется откровенное отставание отечественной правовой науки от академических дискуссий, составляющих мейнстрим правового дискурса во всем мире. Мы до сих пор не имеем ни одной монографии, посвященной мягко-правовой проблематике, а более-менее регулярные публикации стали появляться лишь в последние годы. Поэтому обращение к иностранным источникам оказалось жизненно необходимым условием эффективного научного анализа мягко-правовой проблематики.

В этой книге я постарался представить тезисы наших зарубежных коллег, которые, на мой взгляд, в наиболее сжатом и насыщенном виде излагают основные аспекты дискуссии о мягком праве. Речь идет о трудах таких известных авторов как Кеннет Эббот (K. W. Abbott), Энтони Д'Амато (A. D'Amato), Жан де Аспремон (J. de Aspremont), Лазло Блутман (L. Blutman), Алан Бойл (A. E. Boyle), Проспер Вейл (P. Weil), Эндрю Гузман (A. T. Guzman), Матиас Голдмэн (M. Goldmann), Ян Клабберс (J. Klabbers), Патрик Котрелл (M. P. Cottrell), Тимоти Мейер (T. L. Meyer), Энн Петерс (A. Peters), Марк Поллак (M. A. Pollack), Анна Ди Робилан (A. di Robilant), Линда Сенден (L. Senden), Дункан Снайдэл (D. Snidal), Дэвид Трубек (D. M. Trubek), Кристин Чинкин (C. Chinkin), Грегори Шефер (G. Shaffer), Дина Шелтон (D. L. Shelton) и мн. др. При этом я планировал по возможности избегать собственных оценок, чтобы сравнительно-правовое исследование получилось максимально объективным. Разумеется, полностью этого сделать не удалось, и авторскую поддержку мягко-правовой концепции можно обнаружить в каждой главе представленной монографии.

Главная проблема – пресловутые «трудности перевода». Дело в том, что ваш покорный слуга не является профессиональным переводчиком: сначала азы, а потом и нюансы этой профессии мне приходилось буквально открывать для себя снова и снова. В частности, юридические конструкции зарубежных научных школ значительно отличаются от тех, что

используются в отечественном правоведении, а многие англоязычные термины вообще не имеют аналогов в русском языке. В некоторые моменты я напоминал себе криптографа, задумчиво разбирающего тайнопись древних рукописей. Поэтому вполне допускаю наличие неточностей перевода или излишне вольную трактовку каких-то отдельных фрагментов. Прошу читателей не судить строго, в конце концов: *Истина всегда где-то рядом.*

Хочу выразить признательность многочисленным коллегам, с которыми я в течение последних лет обсуждал отдельные аспекты исследуемой темы. В частности, при оценке мягко-правовой проблематики существенную помощь мне оказало научное общение с проф. Д. В. Винницким, рекомендации и критические замечания которого учитывались на всем протяжении исследования. Я благодарен проф. Ю. Б. Фогельсону, который подготовил обстоятельную вступительную статью к настоящему изданию, и проф. Р. А. Шепенко, который любезно согласился выступить в качестве рецензента. Я также признателен проф. Г. П. Толстопятенко, который, выступая в качестве неофициального оппонента на защите моей докторской диссертации, энергично поддержал мои научные изыскания в области «мягкого права». Хочу поблагодарить руководство Юридического института ФГАОУ ВПО «Сибирский федеральный университет» за оказанное содействие в организации и проведении круглого стола по «мягкому праву», который состоялся 26 сентября 2013 года

в рамках Дней юридической науки. Немаловажным фактором является также финансовая поддержка, оказанная Российским государственным научным фондом, присудившим мне в 2014 году грант на проведение научного исследования в рамках проекта «Феномен мягкого права в системе средств правового регулирования: международный и национальный уровень».

Буду рад, если моя книга вызовет отклики у коллег и послужит катализатором дальнейших исследований и дискуссий в такой малоизученной области, как «мягкое право».

*Александр Васильевич Демин,*

*доктор юридических наук, профессор кафедры*

*коммерческого, предпринимательского*

*и финансового права ЮИ ФГАОУ ВПО*

*«Сибирский федеральный университет»,*

*Красноярск, декабрь 2014 г.*

# 1. Причины появления концепции «мягкого права» в современном правовом дискурсе

«Мягкое право» как самостоятельный и крайне дискуссионный феномен в правовом дискурсе возник сравнительно недавно. Вряд ли можно назвать иную категорию в юридической доктрине, которая продуцировала бы столь противоречивые отклики и дебаты. Как подчеркивает Ульрика Морс, мягко-правовая тематика поднимает фундаментальные вопросы осуществления власти, распределения полномочий, легитимности, социальных практик, демократии, а также вопросы о границах между правом и политикой, между сферами публичной и частной жизни<sup>8</sup>.

Анна Ди Робилан проводит подробную классификацию противников и сторонников «мягкого права», отмечая, что «позиции в споре о соотношении жесткости и мягкости чрезвычайно многообразны и полны нюансов»<sup>9</sup>. К представителям «мягко-правовой партии» она относит «энтузиастов» мягкого права и сторонников «гибридности», в то время как жестко-правовой лагерь, по ее мнению, включает в себя «скептиков» и «противников» мягкости.

Так называемые «энтузиасты», пишет Ди Робилан, руко-

плещут мягкому праву за его гибкость, органически оперативное реагирование на социальные запросы и плюралистическую сущность. Мягкое право, по их мнению, способствует активному и плюралистическому обсуждению, поощряет культурное и политическое многообразие, инициирует генерирование новых знаний и, наконец, является более эффективным, чем принято считать. По утверждению «энтузиастов», мягко-правовые средства стимулируют динамичное *взаимодействие* нескольких уровней управления, а также – массовое участие в управленческих процессах различных социальных акторов. Механизмы сравнительного бенчмаркинга, обмена информацией и экспертными оценками способствуют экспериментированию и взаимному обучению, в конечном счете стимулируя прагматическое обсуждение. По мнению «энтузиастов», мягкие юридические средства достаточно эффективны и могут на самом деле оказаться менее «мягкими», чем обычно считается. Они утверждают, что по крайней мере на практике жесткое право имеет более открытую структуру и диспозитивный характер, чем принято считать, в то время как мягкое право более эффективно в результате сочетания «восходящих» и «нисходящих» механизмов<sup>10</sup>. «Нисходящие» механизмы подразумевают порицание, а также диффузию через мимесис<sup>11</sup> и дискурс; «восходящие» – прогнозирование результатов обсуждений и обучение. В конечном итоге мягкое право может быть мощным инструментом социальных реформ, который более эф-

эффективно продвигает правовые инновации, чем традиционно жесткое законодательство<sup>12</sup>.

Будучи более осторожными в восхвалении мягкого права, приверженцы «гибридности» призывают к комбинированию традиционного жесткого права и мягко-правовых процессов. Подчеркивая достоинства мягкого права как органического социального продукта, обеспечивающего эффективность и плюралистическое уважение к разнообразию, они утверждают, что оно может быть более эффективным в сочетании с жестким правом. Гибриды могут принимать различные формы; предпочтительный вариант – сочетание процессов открытого метода координации (open method of coordination) с рамочными директивами (framework directives). Сторонники гибридности расходятся во мнениях относительно роли, которую они приписывают жесткому праву. Для некоторых из них жесткое право должно устанавливать регулятивную границу, ниже которой мягкое право не может «опускаться»; мягкие стандарты и руководящие принципы дополняют базу юридически обязательных, жестко-правовых норм, обеспечивающих права и определяющих основные направления политики. Для других жесткое право закрепляет диспозитивный режим (default regime), который следует применять при отсутствии мягких добровольных (спонтанных) и экспериментальных нормативных режимов. Борцы за гибридность делают особый упор на органическую природу и плюралистическую направлен-

ность мягкого права как подлинно общественного, «живого права», дополняющего традиционные жесткие нормы. Социальная генеалогия оказывает влияние на аргументы сторонников гибридности, подчас проявляясь в их трудах между строк. Жестко-мягкие гибриды считаются высокоэффективными комбинациями: их мягкие компоненты гарантируют органическую оперативность реагирования на общественные потребности, способствуют плюрализму и соучастию, активизируют взаимное обучение; их жесткие элементы обеспечивают более высокий уровень соблюдения нормативных требований, так как творцы национальной политики уже не имеют возможности игнорировать мягкие нормы, и они позволяют эффективно исправлять асимметрию между гармонизацией рынка и социальной интеграцией<sup>13</sup>.

Так называемые «скептики» отвергают мягкое право из-за его, как они полагают, «бесполезного, нереалистичного и подчас извращенного характера»<sup>14</sup>. Они подвергают сомнению эффективность органического и спонтанного мягкого «живого права». Отсутствие возможности принудительного осуществления, недостаток давления со стороны партнеров и бенчмаркинга, а также открытое пространство для соблюдения норм по собственному усмотрению, по их мнению, препятствуют «органической» эффективности мягких норм. Кроме того, скептики подчеркивают нереалистичный характер выдвинутого сторонниками мягкого права предположения о том, что изменение политики может произойти вслед-

ствие намеченных линий обучения и обсуждения, а не посредством обязательства. Наконец, они акцентируют внимание на непредсказуемых последствиях мягкого права. Механизмы неправового принуждения к его осуществлению, такие как «огласка и порицание» (naming and shaming), могут привести к неожиданным последствиям: отказ принять порицание может быть трансформирован в мощный национальный избирательный актив, затруднить либо вовсе нивелировать усилия мягких реформ. По той же причине привлекательное разнообразие может препятствовать дальнейшей интеграции или угрожать достижениям текущей политики, способствуя политике, тесно связанной с многообразием государственных суверенитетов и государств всеобщего благоденствия<sup>15</sup>.

«Противники» мягкого права (в классификации Ди Робилан) беспощадно критикуют его «путаные и искажающие эффекты», утверждая, что «мягкая риторика маскирует жесткие практики»<sup>16</sup>. Являясь приверженцами всеобъемлющей социальной реформы, а также будучи скрытыми неолибералами, они обнаруживают в обращении к теории правового плюрализма XIX века асимметрию полномочий и дистрибутивные дисбалансы. «Плюралистическое участие» в процессах мягкого управления, по их мнению, ограничивается видимыми и мощными социальными акторами, усиливая и утверждая существующие структуры власти, вместо то-

го чтобы поощрять открытость<sup>17</sup>. Поворот к мягкому праву подрывает рыночную идею; мягкое право является «мягким для агрессивных и оппортунистических субъектов рынка, которые под щитом мягкой законности преуспевают в переложении своих издержек на общество, и жестким – для слабых акторов»<sup>18</sup>.

Важный вопрос связан с моментом возникновения дискуссии о «мягком праве». Почему именно к середине XX века возможностей традиционных источников права, и прежде всего на международном уровне, оказалось недостаточно для адекватной регламентации эволюционирующих объектов правового регулирования?

Полагаем, причин несколько, и все они носят взаимосвязанный и многоуровневый характер.

Прежде всего, объективные предпосылки к триумфальному появлению «мягкого права» лежат в области радикального усложнения и интенсификации международных отношений. На этот аспект обращают внимание и российские авторы. «Усложнение общественных отношений, нарастание кризиса доверия и снижение эффективности жестких регуляторов создают проблемы при координации интересов субъектов, участвующих в различных правоотношениях, – отмечают Л. Р. Шамирзаева и Ю. В. Полетаева. – Таким образом, возникает необходимость коренных изменений в нормативной системе, разработки нового понимания права и его

инструментов»<sup>19</sup>. В какой-то момент классическая система международного права перестала отвечать запросам субъектов трансграничного общения. Поэтому важным фактором обращения к «мягкому праву» называют «усложнение глобальных проблем и научной неопределенности относительно причинных связей. Такая сложность затрудняет достижение консенсуса среди государств. Эффективные правовые ответы зачастую четко не идентифицированы, и в то же время гражданское общество требует какой-то реакции»<sup>20</sup>. Окружающий нас мир слишком сложен для простых ответов. Усложнение социальных взаимодействий требует сложных, неоднозначных, многовариантных реакций со стороны сообщества.

Как подчеркивает известный исследователь «мягкого права» Дина Шелтон, растущая сложность международной правовой системы находит отражение в более разнообразных формах обязательств, принятых для регулирования поведения государственных и негосударственных акторов в отношении постоянно растущего числа транснациональных проблем. «Маловероятно, что мы увидим возвращение дихотомии “право/свобода действий”. Вместо этого различные международные акторы будут создавать и пытаться соблюдать ряд международных обязательств, часть которых будут иметь правовую форму, другие – будут содержаться в необязательных документах. ... в конце концов, международная правовая система представляет собой, по-видимому, слож-

ную и динамичную паутину взаимоотношений между жестким и мягким регулированием, национальным и международным регулированием, а также различными учреждениями, деятельность которых направлена на укрепление верховенства права. В этой системе мягкое право играет все более важную и разнообразную роль»<sup>21</sup>.

Можно смело утверждать, что «мягкое право» – продукт эпохи *глобализации и постмодерна*, когда на первый план выходят идеи многообразия, нестабильности, фрагментации, конвергенции, стирания границ между устоявшимися структурами, а правовой плюрализм обретает второе дыхание. Международное право (доктрина и нормативная система) вынуждено реагировать на новые вызовы, трансформируясь вслед за количественной и качественной эволюцией трансграничных взаимодействий. Джин Гелбрейт и Дэвид Заринг прямо указывают: «Мы связываем рост мягкого права с давлением глобализации и неизбежными трудностями в создании “жесткого” правового ответа»<sup>22</sup>.

Вместе с тем многие авторы отмечают противоречивое влияние глобализации на эволюцию правового регулирования. Так, Граф-Питер Келли и Мориц Реннер полагают, что процессы глобализации влияют на право по-разному. «С одной стороны, кажется, что в сферу глобального управления, понимаемого как совокупность всех форм регулирования, которые ориентированы на социальные ценности и имеют трансграничные эффекты, есть тенденция к неправо-

вым формам регулирования. Об этом свидетельствует, например, рост системы альтернативного разрешения споров (Alternative Dispute Resolution, ADR) и рождение новых доверительных моделей регулирования в области электронной коммерции. С другой стороны, однако, мы можем наблюдать эволюцию правовых и полулегальных форм регулирования за пределами государства, которое часто называют “частными» или “гибридными режимами”. Хотя оба эти явления охотно разработаны – в основном экономическими – теориями, такими как “управление без правительства” или “экономическое управление”, правовая наука до сих пор не поняла сложных отношений между правом и социальными нормами в контексте глобальных режимов управления»<sup>23</sup>.

Также многообразны связи мягко-правового концепта и постмодерна. «“Мягкое право” – выражение, которое отражает многие типичные элементы *постмодернистского языка*, – замечает Алессандро Сома. – Оно хорошо сочетается с выражениями, комбинирующими термины, которые традиционно признаются противоречивыми, чтобы передать смысл глубоких изменений, обращаясь к неустойчивости и непредсказуемости человеческих конструкций»<sup>24</sup>. Как указывает Анна Ди Робилан, «мягкость» вполне может быть одной из определяющих черт эпистемологии *постмодернизма*. Она пишет: «“Мягкая” логика стала играть значительную роль в научных и математических рассуждениях. “Мягкая” сенсibilitätь и “мягкая” эвристика проникают в фи-

лософию, эстетику и искусство. Юристы также занимаются поиском мягкости»<sup>25</sup>.

Многие авторы признают, что мягкое право часто рассматривается как средство для преодоления откровенных слабостей международной правовой системы, таких как ограниченность многих правовых норм исключительно государственным поведением и относительная малочисленность санкций за их нарушение, дефицит демократии, медлительность и нежелание международно-правовых учреждений реагировать на серьезные проблемы мирового сообщества, а также – удручающая неадекватность многих таких реакций<sup>26</sup>. «На практике, – замечает Вейлиул Хасанат, – государства регулярно сталкиваются с трудностями в разрешении некоторых международных ситуаций из-за того, что они следуют традиционным процедурам международного права. Поэтому они ищут альтернативные пути для решения этих проблем и находят потенциальное средство защиты своих интересов в мягком праве»<sup>27</sup>.

Важным фактором обращения к мягко-правовым инструментам нужно признать неудовлетворенность субъектов международного общения *консервативностью* и статичностью традиционных источников права – международного договора и правового обычая. Процедуры их формирования излишне усложнены, формализованы и инерционны, должная гибкость и оперативная адаптация к изменяющим-

ся условиям отсутствует, а результативность в части создания (изменения, отмены) международно-правовых норм – абсолютно не гарантирована. С другой стороны, «не имеющие обязательной силы документы быстрее принять, легче изменить, они более просты для технических вопросов, которые могут потребовать оперативного или многократного пересмотра»<sup>28</sup>. Поэтому «гибкость, создаваемая мягким правом, уникальна, ведь она облегчает эволюцию правовых норм в ответ на политические реалии и изменившиеся обстоятельства»<sup>29</sup>. Упрощение процедуры, повышенная конфиденциальность и снижение транзакционных издержек рассматривается как еще одно существенное преимущество «мягкого права».

Нередко государства – ввиду различных объективных и субъективных причин – не желают связывать себя «жестко-правовыми», т. е. юридически связывающими обязательствами, влекущими *ограничение суверенитета* и допускающими применение санкций. Тем самым при использовании классических форм правотворчества, государства все чаще сталкиваются с трудностями в оперативном и адекватном разрешении назревших международных проблем. В этих условиях «мягкое право» выступает альтернативой *пробелам и фрагментации*, т. е. полному отсутствию какого-либо правового регулирования. «Иногда, – отмечает сэр Джоуэл Голд, – мягкое право может быть единственной альтер-

нативой анархии»<sup>30</sup>. Жюстин Нолан подчеркивает, что «достичь чего-либо, даже если оно и несовершенно, лучше, чем не достичь ничего»<sup>31</sup>.

Разумеется, традиционные источники международного права – договор и обычай – отнюдь не исчерпали себя как нормативные регуляторы. Представляется правильным говорить о том, что они не способны *всеобъемлюще* и адекватно охватить своим регулирующим воздействием все многообразие отношений, требующих урегулирования. Поиск эффективной альтернативы приводит к «мягкому праву», которое не требует сложных процедур принятия, ратификации, пролонгации, изменения, отмены и т. п. Кроме того, мягко-правовые инструменты более адаптивны к высокой динамике и усложнению трансграничных взаимодействий с участием как властных субъектов, так и частных лиц.

В некоторых случаях обращение к мягко-правовой альтернативе обусловлено отсутствием у одной или всех сторон окончательно сложившихся намерений формализовать (или даже – стимулировать) сотрудничество по конкретному вопросу, а также – отсутствием полномочий на заключение международного договора либо ограниченностью в части таких полномочий. «Дополнительное преимущество мягкого права состоит в том, что мягко-правовые соглашения могут заключать стороны, которые не вправе подписывать международные договоры, включая международные секретариаты, внутренние административные органы, деловые кру-

ги, неправительственные организации и т. д.»<sup>32</sup>. К примеру, когда мирный процесс на Ближнем Востоке в 1993 году был возобновлен путем заключения Декларации принципов о временных мерах по самоуправлению (политическое соглашение между Израилем и ООП), обе стороны проявляли стремление к заключению мирного договора. Однако отсутствие государственности с палестинской стороны до сих пор не позволяет указанному соглашению обрести статус международного договора. Говоря о том, что стороны вынуждены выбирать мягко-правовой инструмент, если они в рамках международного права не уполномочены заключать международные договоры, Хартмут Хилгенберг приводит в качестве примера Белфастское многопартийное соглашение 1998 года о будущем Северной Ирландии<sup>33</sup>.

Еще одна причина обращения к «мягкому праву» – растущая вовлеченность *негосударственных субъектов* в процессы международного общения, что сопровождается децентрализацией и деформализацией процессов правообразования, а также плюрализацией источников правового воздействия. Не случайно Ян Клабберс пишет о том, что «мягкое право, в конце концов, выступает лишь одной из эманаций более широкой тенденции: оно поддерживает растущую деформализацию глобальной политики и хорошо вписывается в стирание различий между публичным и частным... Действительно, в мире, где различия между государственным и частным больше не являются четко разграниченными, публичные и

частные субъекты “взаимопереходят” друг в друга, как результат, вполне может оказаться, что жесткое право, исходящее от органа публичной власти, станет скорее исключением, чем нормой; может быть, в таком мире мягкое право является наиболее естественной формой, которую может принимать право, именно потому, что остается непонятным, кто осуществляет власть и на каком основании»<sup>34</sup>. В правовом дискурсе уже появился термин «разгосударствление» права (privatization of Law)<sup>35</sup>. Анна Ди Робилан приходит к выводу: «Концепт “мягкого права” отражает две основные тенденции в процессе глобализации права: поразительную мультипликацию субъектов правотворчества и, как результат, отраслей права, а также *разгосударствление правовых режимов*»<sup>36</sup>. В этом контексте мягкое право – серьезный вызов государственно-центричным и иерархическим формам правового регулирования.

Активное вовлечение негосударственных акторов в процессы правообразования отмечают многие зарубежные исследователи. «Множество официальных институций, общественных структур и представителей научного сообщества продуцируют “мягкое право”»<sup>37</sup>. Говоря о роли негосударственных субъектов в правообразовании, Эллис подчеркивает: «Правовая норма может функционировать как таковая, только если она порождает чувство юридического обязательства. ... По прошествии времени норма может приобрести

способность генерировать чувство юридического обязательства или потерять эту способность: например, государства, которые формально связаны нормой, могут ее не уважать или же просто игнорировать при разработке правовых аргументов о своем поведении или поведении других лиц. При этом степень, в которой норма порождает чувство юридического обязательства, может находиться под влиянием негосударственных субъектов, поскольку они критикуют (или, реже, хвалят) государственное поведение или высказывают мнения на правовых и политических аренах»<sup>38</sup>.

Некоторые российские авторы также поддерживают эти тезисы. Так, С. А. Чеховская пишет: «Основной чертой современного регуляторного пространства является перераспределение функций управления между государственными и негосударственными субъектами с целью достижения институционального баланса»<sup>39</sup>.

Международное право традиционно обращено к государствам, не рассматривая частных лиц (индивидов, транснациональные корпорации, некоммерческие организации и пр.) субъектами международных правоотношений. Классическим является определение мягкого права как «совокупности норм и принципов деятельности, которые обязательны для цивилизованных государств в их отношениях друг с другом»<sup>40</sup>. Как подчеркивает Дина Шелтон, международное право – это традиционно государственно-центрированная

система, которая исключают любую роль негосударственных субъектов, и основана на вере в фактическую, а также в правовую независимость государств<sup>41</sup>. Поэтому частные лица не являются непосредственными адресатами международно-правовых предписаний. В этом контексте мягко-правовые инструменты отличает большая гибкость и вариативность, поскольку они могут напрямую апеллировать к негосударственным акторам и, более того, вовлекать их в процессы нормообразования. «Негосударственные группы, действующие как на внутреннем, так и на международном уровнях, все чаще играют ключевую роль в развитии международной легализации, включая и мягкое право»<sup>42</sup>. Дина Шелтон прямо называет особенностью мягкого права то, что «оно может быть адресовано негосударственным участникам, таким как юридические лица, международные организации, неправительственные организации и индивиды, тогда как международные договоры редко обязывают иных субъектов, помимо государств»<sup>43</sup>.

Международная система в последнее время претерпела колоссальные изменения. Появились многочисленные сообщества, играющие важную роль на международной арене: межправительственные организации, неправительственные организации, профессиональные объединения, транснациональные корпорации и смешанные структуры, в состав которых вошли члены различных сообществ<sup>44</sup>. Они содейству-

ют реализации международных норм, которые чаще всего обязательны для них. Государства все чаще разделяют свои властные полномочия, в том числе в сфере правообразования, с международными организациями, транснациональными корпорациями, иными представителями гражданского общества. «Традиционная власть характеризуется господством иерархических структур и монополией нормотворцев, которыми в большинстве случаев выступают государство и другие публичные акторы. Современное регулирование опирается на мультипликацию властных субъектов, которые необязательно являются публичными и государственно-центричными, и опирается на гибкую систему распределения власти»<sup>45</sup>. Для характеристики современной международной системы Ульрика Морс использует термин *system of multilevel governance* – система многоуровневого управления<sup>46</sup>.

Как подчеркивают Грегори Шефер и Марк Поллак, «само появление мягко-правовой концепции отражает мультипликацию создателей международного права, включая не только министерства иностранных дел, но также узкоспециализированные межправительственные сети, наднациональную бюрократию, транснациональные корпорации, бизнес-ассоциации и международные неправительственные организации. Эти группы, как правило, не имеют полномочий в части создания обязательного международного права в традиционном смысле, которое зарезервировано за государствами,

но они используют инструменты, не имеющие обязательной силы для достижения своих политических целей, которые впоследствии могут быть трансформированы в обязательное жесткое право, как на национальном, так и на международном уровнях»<sup>47</sup>.

К примеру, интегрировать идеи соблюдения прав человека в корпоративные практики транснациональных компаний с помощью «жестко-правовых» регуляторов весьма затруднительно, поскольку требуется действовать через многоступенчатые механизмы имплементации международно-правовых норм в национальные правовые системы, согласовываемая (а чаще – преодолеваемая) лоббирование интересов как со стороны бизнеса, так и со стороны государств. По мнению Жюстин Нолан, классическое понимание международного института прав человека привязывает последний исключительно к государствам как субъектам международного права. «Такой акцент на государствах, как носителях обязанностей в области прав человека, привел к тому, что транснациональные корпорации были вынуждены работать в правовом вакууме, при отсутствии каких-либо обязательств по соблюдению прав человека на международном уровне»<sup>48</sup>. Мягко-правовые регуляторы лишены этого недостатка и могут напрямую обращаться к частным лицам<sup>49</sup>. Именно поэтому, например, Специальный представитель Генерального секретаря ООН по вопросам бизнеса и прав человека

в процессе осуществления Рамочной концепции «Защита, соблюдение, средства правовой защиты» (Protect, Respect, Remedy Framework) отказался от разработки универсальной конвенции в пользу мягко-правового инструмента – Руководящих принципов предпринимательской деятельности в аспекте прав человека (Guiding Principles on Business and Human Rights), которые были одобрены Советом по правам человека ООН в июне 2011 года. Предпочтение мягко-правовым подходам было отдано отчасти потому, что неофициальный характер мягко-правового документа позволил привлечь более широкий круг участников к разработке и осуществлению соответствующих стратегий. Задачи вовлеченности бизнеса в решение экологических проблем и соблюдение прав человека, как правило, решаются с помощью корпоративных кодексов надлежащего поведения (corporate codes of conduct) и других аналогичных документов.

Таким образом, в основе роста внимания к мягкому праву лежат объективные тенденции деформализации и децентрализации процессов нормообразования, требования повысить их демократичность и транспарентность. Нельзя забывать о повсеместном смещении акцентов в системах государственного администрирования: от властно-иерархических моделей с всеобъемлющими механизмами правового урегулирования и контроля (административно-командные методы) – к модели доверительно-партнерского взаимодействия между властными субъектами и частными лицами.

Напомним, что ко второй половине XX века в гуманитарных науках сложилось в целом *кибернетическое понимание* государственного управления как односторонне-властного воздействия управляющих на управляемых, реализуемое посредством вертикальных команд, контроля за их исполнением и последующей корректировки. Однобокость такой концепции изначально подвергалась всесторонней критике. Постепенно в научном сообществе складываются новые подходы к государственному управлению, основанные на смещении акцентов с «воздействия» на «взаимодействие» управляющих и управляемых. На рубеже веков произошли тектонические сдвиги в понимании эволюции государственного управления. Отношения между государством и населением сегодня все чаще рассматриваются в контексте *двухстороннего сотрудничества*, где государство оказывает гражданам публичные услуги, а последние содержат госаппарат за счет налогов и оценивают его деятельность на выборах подобно тому, как акционеры оценивают итоги деятельности руководства компании. В этих условиях «основная причина популярности мягкого права – переход к новому управлению в государственном администрировании и растущее значение горизонтальных сетей в контексте международных и транснациональных организаций, – отмечает Ханс Грибнау, – в связи с этим мягкое право считается важным инструментом для повышения легитимности и оперативности политики и правового регулирования»<sup>50</sup>.

Поиск факторов, детерминирующих появление мягко-правовой концепции, приводит некоторых исследователей к весьма неординарным выводам. В частности, Жан Д'Аспремон одним из таких факторов называет стремительное развитие международно-правовой науки, которое сегодня приобрело беспрецедентное значение в правовом дискурсе и оказалось первостепенным компонентом правовых исследований в целом<sup>51</sup>. «При обилии научных школ и направлений сегодня каждый ученый испытывает гораздо больше трудностей в мучительном поиске своей специфической научной ниши. На фоне постоянно растущего сообщества ученых белых пятен остается все меньше и, как результат, все меньше места остается для оригинальных открытий. ... Поэтому сегодня сказать что-то новое намного труднее, чем это было в то время, когда международно-правовое мышление находилось в зачаточном состоянии. Усложнение ситуации с поиском новизны в исследованиях подталкивает ученых к ожесточенной конкуренции и порождает в них чувство ограниченности в том смысле, что будто бы границы их научного поприща стали слишком узкими, чтобы вместить их всех»<sup>52</sup>. В этих условиях, полагает Д'Аспремон, многие ученые выбрали путь расширения границ классического международного права путем легализации объектов, которые, безусловно, находятся за пределами международного права. «Именно к такому расширению стремятся – сознательно или бессознательно – сторонники концепции мяг-

кого права. Как мы полагаем, привлечением неправовых актов и их включением в международный правопорядок они стремятся обеспечить себе дополнительное поле для исследований и, соответственно, сократить число ученых, ориентирующихся на один и тот же объект исследования. Расширяя тематику юридических исследований, они тем самым снижают напряженность в научной среде. В этом смысле расширение границ международного права представляет собой хитрый способ “вместить” непрерывно развивающуюся правовую науку»<sup>53</sup>.

В конце концов Д'Аспремон приходит к выводу, что многие теории мягкости сводятся к попытке вовлечь в научные исследования новые материалы, чтобы экстенсивно расширить область международно-правовой науки, и считает такую стратегию малопродуктивной<sup>54</sup>. На наш взгляд, подобный взгляд имеет под собой некоторые основания, поскольку с развитием научного знания, особенно в гуманитарных областях, академическое сообщество действительно сталкивается с так называемым «кризисом новизны». Область неизведанного сужается, «белые пятна» стремительно исчезают. Подчас ученому кажется, что все «тайны мира» уже открыты, все идеи уже озвучены, поэтому продуцировать инновации в рамках традиционных объектов исследования становится все сложнее. Это провоцирует академическое сообщество на искусственное создание теоретических конструкций, которые существуют лишь в виде гипотетических фан-

тазмов, не имеющих под собой твердой почвы из фактов и объективных закономерностей. С другой стороны, именно этого нельзя сказать в отношении мягко-правовой концепции, которая отражает именно *реальные феномены*, существующие и активно эволюционирующие как на международном уровне, так и на уровне национальных правовых систем. Энергичная интервенция новых форм регламентации трансграничных отношений, которые захватывают все новых игроков и области регулирования, *объективно обусловлена* условиями и следствиями глобализационных процессов. Именно накопившиеся эмпирические данные стимулировали научное сообщество к доктринальному осмыслению «мягко-правового» инструментария. Соответственно, даже доктринальный отказ от мягко-правовой концепции не исключит из жизни те реально существующие явления социальной жизни, которые эта концепция пытается описать и проанализировать. Поэтому, повторим вслед за Матиасом Голдмэном: «Призыв к отказу от мягкого права напоминает борьбу Дон Кихота с ветряными мельницами»<sup>55</sup>.

Итак, у «мягкого права» – два родителя, а именно: Постмодерн и Глобализация. Мягко-правовая концепция отражает объективные реалии усложняющегося современного мира, скорость изменений в котором непрерывно возрастает. В условиях неизбежной фрагментации и неопределенности официальных источников права «мягкое право» зачастую выступает альтернативой не праву, но – полному отсут-

ствию юридических норм в условиях, когда объективная потребность в урегулировании налицо.

## **2. Исторические корни и генеалогические предшественники «мягкого права»**

Феномен мягкого права три последних десятилетия будоражит академическое сообщество по всему миру. Накал дискуссий достигает шекспировских высот! В этих условиях вызывает интерес поиск истоков рассматриваемого явления, предпринимаются попытки установить исторические предпосылки возникновения и становления мягко-правового феномена. Обстоятельное исследование этого вопроса было проведено докторантом Гарвардской школы права Анной Ди Робилан, которая в 2006 году опубликовала в «Американском журнале международного права» широко известную публикацию «Генеалогии мягкого права»<sup>56</sup>. Целью своего исследования автор называет стремление обратиться к интеллектуальной истории «мягкого права», анализируя его самые ранние истоки. Она полагает, что вопрос о генеалогии мягкого права имеет решающее значение для дискуссии о соотношении жесткого и мягкого права.

Как утверждает Альдо Берлингауэр, первоначально термин «soft law» был придуман в США для обозначения таких форм вторичного регулирования, как своды законов

США или модельные кодексы<sup>57</sup>. По мнению Робилан, формула «мягкое право» обозначает те нормативные инструменты и механизмы управления, которые, будучи причастны к некоторому нормативному обязательству, не полагаются на обязательные нормы или режим официальных санкций<sup>58</sup>. Впервые разработанная в сфере международного публичного права, эта формула распространилась и на другие сферы, став модным словом в профессиональном лексиконе юристов международного частного права, юристов ЕС и социологов права. Понятие «мягкого права», полагает автор, отражает две основные тенденции в процессе глобализации права, а именно: поразительную мультипликацию субъектов правотворчества и, как результат, отраслей права, а также разгосударствление правовых режимов<sup>59</sup>.

Идея мягко-правовых механизмов как альтернативы или дополнения к традиционному жесткому праву, полагает Робилан, возникла из понимания того факта, что объединение Европы создает фундаментальную асимметрию между политикой, способствующей эффективности рынка, и политикой, направленной на социальную защиту. В то время как первая была прогрессивно и глубоко воплощена в жизнь (европеизирована), последняя получила лишь эпизодическое внимание, ограничиваясь главным образом национальным уровнем. В результате государства с развитой системой социального обеспечения оказались юридически и экономически

ограничены европейскими нормами об экономической интеграции, законодательством о либерализации и конкуренции. Европейская стратегия занятости, открытый метод координации<sup>60</sup> и другие мягкие подходы задуманы в качестве инструментов, направленных на преодоление этой асимметрии путем содействия социальной интеграции. В то же время, разделяя приверженность европейской социальной политике, участники дебатов не могут договориться о надлежащих средствах ее достижения. Сторонники мягкого права утверждают: социальную интеграцию лучше всего осуществлять посредством многоуровневых децентрализованных процессов, что приводит к открытым и гибким руководящим принципам и стандартам. Защитники жесткого права, напротив, настаивают на том, что социальная политика должна осуществляться через централизованный, вертикальный и официальный управленческий процесс, приводящий к формулированию унифицированных и юридически обязательных норм, на основе которых возникают субъективные права, подлежащие правовой защите<sup>61</sup>.

Специалисты в области международного частного права, историки права и компаративисты ведут дискуссии о происхождении мягкого права. Исследуя истоки мягкого права, его сторонники предлагают то, что на первый взгляд кажется специфическим продуктом исторического развития в современную эпоху. Мягкое право рассматривается на фоне более крупных исторических примеров: утверждается, что мягкие

нормативные режимы возникали в самые разные времена и восходят к историческим примерам, давно знакомым европейской науке.

В попытках раскрыть происхождение «мягкого права», Робилан рассматривает два генеалогических источника последнего. Первый источник она обнаруживает в средневековом правовом плюрализме и в *lex mercatoria*. Второй источник увязывает «мягкое право» с понятиями общественного права и правового плюрализма, разработанными европейскими юристами антиформалистского направления<sup>62</sup> в конце XIX века и в последующий период.

Указанные источники, по мнению Робилан, различаются по своему положению. Первая генеалогия именуется автором «нео-медиевистской»<sup>63</sup>. Ее отличает «приукрашено романтизированный» образ Средневековья, идеализированный поколением послевоенных историков права и актуальный сегодня<sup>64</sup>. Сторонники нео-медиевистской генеалогии пересказывают легенду о *средневековой фактичности* (facticity), изображая натуралистичный и спонтанный правовой порядок, где факты обладают врожденной юридической силой<sup>65</sup>. Они исходят из преемственности между средневековым правопорядком и современными мягко-правовыми режимами. По их мнению, современные мягко-правовые режимы напоминают средневековый правовой порядок по целому ряду определяющих признаков: плюрализм, дей-

ствительность и значимое положение *lex mercatoria* в качестве частной, аполитичной и технической системы норм. По их мнению, средневековый правопорядок – высоко плюралистический, глубоко фактический и допускающий саморегулирование независимых торговцев, – поразительно напоминает нынешний рост многообразного, высоко разгосударственного и глубоко автономного массива мягкого права<sup>66</sup>. Этот идеализированный образ используется при обсуждении гармонизации европейского права, роли науки в формировании европейского частного права, трансформации юридического образования и педагогики в Европе. Призывы к новому мягкому *lex mercatoria* часто опираются на веру в самоуправление экономических акторов и на убеждение в том, что «международная торговля и коммерция создают идеальные условия для свободного развития договорных конструкций»<sup>67</sup>.

В рамках этого направления средневековая правовая система и современные глобальные мягко-правовые режимы часто рассматриваются как две различные, но очень похожие формы юридического опыта (*legal experiences*). Плюрализм, изучаемый историками права, указывает Ди Робилан, является самой яркой чертой средневекового права.

Движимый целью поддержать общественную теорию права через интеграцию идеализма и материализма, Гарольд Берман бросает вызов стандартному повествованию о постепенных изменениях, утверждая, что в XI и XII веках в За-

падной Европе произошла фундаментальная правовая революция. Опираясь на «Папскую революцию», в 1075 году папа Григорий VII подтвердил политическое и правовое верховенство папы над всей церковью и независимость духовенства от светского управления. Революция стала движущей силой роста органических и автономных правовых систем, начиная с канонического права, разработанного Римско-католической церковью. Правовой плюрализм зародился в процессе дифференциации (отделения) церковной власти от светских властей<sup>68</sup>. На фоне канонического права возникло несколько светских правовых систем. Органические и последовательные массивы феодального права, манориального права, торгового права и городского права появились в ответ на новые социальные и экономические потребности. Хрупкое равновесие между единством и множественностью доказало свою динамическую и продуктивную силу<sup>69</sup>. Берман пишет: «Сама сложность общего правового порядка, включающего разнообразные правовые системы, обеспечивала правовую изощренность. Какой из судов обладает юрисдикцией в данном случае? Какой закон применим? Как примирить правовые разногласия? За этими техническими вопросами лежали важные политические и экономические соображения: церковь против короны, корона против города, город против феодала, феодал против купца и т. д. Право было способом разрешения этих политических и экономических конфликтов. Но право также могло способствовать

и их обострению»<sup>70</sup>. В конечном итоге Берман утверждает, что средневековый правовой плюрализм, отражая и усиливая политическое и экономическое многообразие, предопределил рост, развитие и свободу. Он прямо указывает: «Плюрализм права на Западе, который отражал и одновременно укреплял плюрализм политической и экономической жизни Западе, явился, или когда-то являлся, источником развития или роста – правового, равно как и экономического, и политического. Он также стал, или когда-то был, источником свободы»<sup>71</sup>.

В том же ключе, хотя и с другой повесткой дня, Паоло Гросси описывает сложность и плюрализм как центральные черты средневекового юридического опыта. Бросая вызов методологическому анахронизму и стремясь раскрыть внутреннюю человечность и историчность права, Гросси рассматривает неограниченный плюрализм как важнейший признак средневекового права. Средневековый правовой порядок должен восприниматься как единственный в своем роде унитарный юридический опыт, состоящий из множества правопорядков и множества местных автономий, спонтанно возникших из общественной жизни<sup>72</sup>.

# Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.