

А. В. Демин*,
С. Е. Гройсман**

ФАКТОР ПРИНУЖДЕНИЯ В КОНТЕКСТЕ «МЯГКОГО ПРАВА»

Аннотация. Авторы статьи поднимают вопросы о факторах, обуславливающих соблюдение актов «мягкого права» заинтересованными участниками социальных взаимодействий. При этом *soft law* определяется как совокупность формализованных общих положений (норм, принципов, критериев, стандартов), которые не имеют юридически обязательной природы, не обеспечены официальными санкциями и соблюдаются добровольно в силу авторитетности их создателей, заинтересованности адресатов и целенаправленного социального «давления», которое оказывает на потенциальных (и фактических) нарушителей соответствующее сообщество. Ключевая проблема, возникающая в контексте «мягкого права», заключается в том, может ли существовать право без государственного принуждения? Если «мягкое право» не обеспечено санкциями публично-властного характера, то каким образом поддерживается его обязательность (валидность)? Является ли государственное принуждение — в виде прямого насилия или его угрозы — атрибутивным признаком правовой нормы? Именно от решения этих вопросов зависят включение (или невключение) «мягко-правовых» норм в национальные правовые системы, их применение судами и иными правоприменительными органами, авторитет и привлекательность *soft law* как регуляторной системы и т.д. Акты «мягкого права» формально не относятся к источникам права, не содержат юридически обязательных положений, подкрепленных государственными санкциями, но имеют некоторую юридическую значимость (иногда существенную) и иногда — правовые последствия. В конечном счете авторами сделан вывод о том, что по своей природе «мягкое право» *per se* не является юридически обязательным, но факты всеобщего признания и применения на практике (прежде всего со стороны судов и иных правоприменяющих органов) придают «мягко-правовым» инструментам *de facto* обязывающий характер.

Ключевые слова: *soft law*, *hard law*, позитивизм, норма, принуждение, добровольность, глобализация, постмодерн, санкционирование, легитимность, валидность, регуляторная функция.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.149.4.056-067

Появление и стремительная эволюция концепции «мягкого права» свидетельствует о кризисе в правовой науке, которая уже не в состоянии объяснить и прогнозировать новые явления

в правотворчестве и юридической практике, используя инструментарий «вчерашнего дня». С одной стороны, «мягко-правовой» концепт широко критикуется и даже подвергается об-

© Демин А. В., Гройсман С. Е., 2019

* Демин Александр Васильевич, доктор юридических наук, профессор кафедры коммерческого, предпринимательского и финансового права Сибирского федерального университета
demin2002@mail.ru

660075, Россия, г. Красноярск, ул. Маерчака, д. 6

** Гройсман Симеон Ефимов, главный ассистент кафедры теории государства и права юридического факультета Софийского университета имени Святого Климента Охридского (Болгария)

s.groysman@abv.bg

1504, Болгария, г. София, бул. Цар Освободител, д. 15

струкции, но с другой стороны — обнаруживает не менее энергичных сторонников в научном сообществе. Даже факт самого существования *soft law* в качестве объективной реальности нередко подвергается сомнению. Вместе с тем открытая полемика весьма конструктивна, так как стимулирует расширение предмета обсуждения дихотомической связки «право/не-право» и дает возможность включать в правовой дискурс все разнообразие регулятивных средств, которые, не обладая формально качеством официальной нормативности, оказывают влияние на поведение участников социальных взаимодействий.

Термин *soft law* впервые появился в научном дискурсе 1970-х гг. Исторически первой областью, где он укрепился в качестве предмета ожесточенных дебатов, стало международное публичное право. Впоследствии «мягко-правовая» проблематика проникла в иные области правоведения, трансформируясь в мейнстрим правовых исследований. К сожалению, панорамное общетеоретическое осмысление концепта *soft law* формируется со значительным опозданием, что, впрочем, весьма объяснимо с учетом традиционного консерватизма фундаментальных правовых наук.

К сожалению, единая и общепринятая дефиниция *soft law* отсутствует. Диапазон концептуальных оценок весьма значителен, и каждый исследователь продуцирует свой собственный, оригинальный образ «мягко-правовых» явлений. Однако преувеличены суждения о том, что «мягко-правовая» концепция является упречной уже в силу того, что точное и конструктивное определение границ «мягкого права» до сих пор не сформировано.

«Мягкое право» можно определить как совокупность формализованных общих положений (норм, принципов, критериев, стандартов), которые не имеют юридически обязательной природы, не обеспечены официальными санкциями и соблюдаются добровольно в силу авторитетности их создателей, заинтересованности адресатов и целенаправленного социального давления, которое оказывает на потенциальных

(и фактических) нарушителей соответствующее сообщество. В перспективе эти «исходные» неправовые факторы, обеспечивающие комплаенс в отношении «мягко-правовых» норм, дополняются влиянием установившейся традиции их соблюдения, постепенно трансформируя «мягко-правовые» инструменты в формально установленные, писанные обычаи. В целом *soft law* наделено юридическим значением, так как продуцирует законные ожидания, связывая (обязывая) акторов на основе принципа добросовестности¹. «Мягко-правовые» инструменты служат в качестве основы при разработке юридически обязательных правовых форм, выступают средством их интерпретации, а кроме того, могут и напрямую регламентировать социальные взаимодействия, включенные в предмет правового регулирования. В последнем случае они используются как дополнение к действующим правовым нормам или как альтернатива последним (например, для заполнения пробелов в праве). Большинство авторов ссылаются на некоторый «правовой ингредиент» (как правило, на «некоторые правовые последствия»), присущий «мягко-правовым» инструментам. Джей Эллис подчеркивает, что «*soft law* — это не само право, но нечто, связанное с правом»². Нередко говорят о том, что «мягкое право» выглядит как право и в целом функционирует как право.

В последнее десятилетие «мягко-правовая» концепция — одна из самых спорных и активно обсуждаемых доктрин в правовом дискурсе. В целом она оказалась весьма полезной для расширения круга явлений, изучаемых юридической наукой. Навряд ли в настоящее время есть иная категория, продуцирующая столько противоречивых откликов среди правоведов. По свидетельству Ульрики Морс, «мягко-правовые» дебаты поднимают ряд фундаментальных вопросов — осуществление власти, распределение правомочий, легитимность, социальные практики, демократия, соотношение права и политики, частной и публичной жизни³.

В целом «мягкое право» — продукт эпохи постмодерна и глобализации, где господствуют

¹ *Peters A., Pagotto I.* Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective // *NEWGOV: New Modes of Governance*, 2006. P. 24.

² *Ellis J.* Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law // *Leiden Journal of International Law*. 2012. Vol. 25. № 2. P. 320.

³ *Mörth U.* Soft Law and New Modes of EU Governance — A Democratic Problem? Paper presented in Darmstadt November 2005. P. 4. URL: <http://www.mzes.uni-mannheim.de/typo3/site//Moerth.pdf> (дата обращения: 25.07.2018).

отказ от традиций, многообразие, нестабильность, фрагментация, конвергенция, стирание границ между, казалось бы, устоявшимися структурами, а идеи правового плюрализма обретают второе дыхание. Международное право (доктрина и нормативная система), а вслед за ним — и национальные правопорядки, вынужденно реагируют на новые вызовы, трансформируясь вслед за стремительной эволюцией трансграничных взаимодействий. Согласимся с Джин Гелбрейт и Дэвидом Зарингом, констатирующими связь между всплеском внимания к «мягкому праву», с одной стороны, и объективными затруднениями в создании «жестко-правовых» ответов, вызванных глобализацией, — с другой⁴.

Среди вопросов, поднимаемых концептом «мягкого права», актуален вопрос о принудительной природе последнего и, как следствие, об источниках его общеобязательности. Для общей теории права проблематичен статус «мягко-правовых» норм *per se*, воспринимаемых вне треугольника «императив — санкция — государственное принуждение». Характерно недоумение, которое выразил Грег Викс: «Soft law кажется весьма наглядным оксюмороном: если оно является “мягким”, то как оно может быть правом?»⁵

Иными словами, ключевая проблема, возникающая в контексте «мягкого права», заключается в том, может ли существовать право без государственного принуждения? Если «мягкое право» не обеспечено санкциями публично-властного характера, то каким образом поддерживается его обязательность (валидность)? Является ли государственное принуждение — в виде прямого насилия или его угрозы — атрибутивным признаком правовой нормы? Именно от решения этих вопросов зависит включение (или невключение) «мягко-правовых» норм в национальные правовые системы, их применение судами и иными правоприменительными органами, авторитет

и привлекательность soft law как регуляторной системы и т.д.

Возможность «подключения» государственного принуждения для реализации узаконенных моделей поведения традиционно воспринимается как имманентное свойство права. Оно находит многочисленные подтверждения в повседневных эмпирических наблюдениях, а на доктринальном уровне признается большинством правовых школ прошлого и настоящего, особенно — эволюционирующих в рамках юридического позитивизма. Классическое позитивистское понимание права жестко и безальтернативно связывает юридическую природу норм с их государственным санкционированием. В этом контексте государство представлено как аппарат для организации социального принуждения, а право — как система норм, нацеленная на достижение социальных целей и обеспеченная государственными санкциями⁶. Валидность права, как правило, увязывается с государственной волей, которую представители государства уполномочены (и реально способны) навязывать всем иным участникам социальных взаимодействий.

В рамках традиции континентального права нужно упомянуть Йеринга, который определял право как «принудительные нормы, действующие в одном государстве»⁷. Речь идет о законной возможности государства применять силу для реализации правовых предписаний («Das Recht is die Politik der Gewalt»)⁸. Впоследствии идею атрибутивности принуждения для любого действующего правопорядка энергично отстаивал и развивал Ганс Кельзен. В «Чистом учении о праве» он рассматривает право как систему норм поведения в обществе, которые создаются властными институтами и гарантируются посредством мер правового принуждения⁹. Герберт Харт хотя и ставит принудительность в центр своего учения, также указывает на принуждение как на основную характеристику права¹⁰.

⁴ Galbraith J., Zaring D. Soft Law as Foreign Relations Law // Cornell Law Review. 2014. Vol. 99. № 4. P. 744.

⁵ Weeks G. The Use and Enforcement of Soft Law by Australian Public Authorities // Federal Law Review, Forthcoming. 2014. Vol. 42. № 1. P. 1. URL: <http://ssrn.com/abstract=2432773> (дата обращения: 18.07.2018).

⁶ Jhering R. Der Zweck im Recht. Leipzig : Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1877. Erster Band. S. 240.

⁷ Jhering R. Op. cit. S. 318.

⁸ Jhering R. Op. cit. S. 255.

⁹ Kelsen H. The Law as a Specific Social Technique // The University of Chicago Law Review. 1941. Vol. 9. № 1. Pp. 75—97.

¹⁰ Hart H. Legal and Moral Obligation // Essays in Moral Philosophy / ed. I. Melden. Washington : University of Washington Press, 1958. Pp. 102—103.

Вместе с тем все чаще ставится под сомнение вопрос о том, могут ли государственно-центрические правовые доктрины, ориентированные на национальное государство-суверен и иерархическую организацию правовой системы, адекватно описать функционирование глобального правового пространства¹¹. Последнее, со всей очевидностью, не имеет характера единого правопорядка, но характеризуется плюрализмом источников и децентрализацией правообразования, в котором участвуют различные субъекты и центры силы, включая и частных лиц. В этом регуляторном пространстве юридические и «мягко-правовые» нормы взаимодействуют, дополняют, конкретизируют и поддерживают друг друга, образуя весьма затейливые комбинации из норм, алгоритмов и принципов. Такие гибридные конструкции признаются высоко эффективными: их «мягкая» составляющая дает возможность оперативно реагировать на изменения окружающей среды, способствует плюрализации и социальным взаимодействиям, активизирует процессы взаимного обучения и обмена опытом; с другой стороны, их «жестко-правовая» составляющая обеспечивает более высокие уровни правового комплайенса, поскольку не позволяет творцам национальных политик игнорировать «мягко-правовые» инструменты и открывает путь к эффективному исправлению асимметрии между рыночной гармонизацией и социальной интеграцией¹².

Несомненно, «мягко-правовая» концепция — мощный вызов юридическому позитивизму и научным школам, втянутым в орбиту этого учения. «Те, кто говорят о “мягком праве”, не имеют намерения создать оксюморон или парадокс. — Иронично замечает Алессандро Сомма. — Скорее, они хотят преодолеть традиционную западную модель государства, порожденную правотворчеством в соответствии с принципами правового позитивизма»¹³. Позитивизм не в силах гарантировать соединение валидности права с концептами легитимности, этики и справедливости. Вместе с тем даже с учетом массивной критики он и сегодня гос-

подствует в современной правовой науке. Это вполне объяснимо. Позитивизм как научное направление в правоведении формировался столетиями, его основы опираются на труды всемирно известных ученых (Бентам, Остин, Кельзен, Бергбом, Луман, Харт и др.), поэтому его критики вынуждены идти наперекор давно устоявшимся традициям и стереотипам. Не случайно, в отличие от определенной части научного сообщества, «практикующие специалисты, правительства и межправительственные организации признают не континуум инструментов от мягкого до жесткого полюса, но — бинарную систему, в которую каждый инструмент включается либо как правовой, либо как неправовой»¹⁴.

Вместе с тем несмотря на то, что в рамках национальных границ государства по-прежнему сохраняют свою роль (и статус) главных правообразующих и правоприменяющих центров власти, на трансграничном уровне им приходится делить это бремя с иными субъектами наднационального уровня, уступая и подчас жертвуя своими суверенными полномочиями. Более того, в области трансграничных взаимодействий существуют и действуют многочисленные негосударственные субъекты, участвующие в создании как правовых, так и «мягко-правовых» норм и конструкций.

В новых условиях требуется ответить на вопрос, действительно ли принудительный характер — атрибутивное свойство правовой системы в целом, а не элемент лишь отдельных правовых норм. Возможно, главное, что отличает право от других нормативных регуляторов в обществе, заключается не в механизме государственного принуждения, но в централизованной и формализованной природе права вкупе с его социальным верховенством (приоритетом) по отношению к иным регуляторным системам.

Традиционно считается, что именно в праве проявляется государственная монополия на легитимное насилие. По Кельзену, право есть «принудительный порядок». Сложно представить функционирование права без правоохра-

¹¹ Röhlf F. *Kl. Grundlagen der Methodenlehre I: Aufgaben und Kritik*. Para 64 // *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*. URL: <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/component/content/article/19-beitraege/78-methodenlehre1> (дата обращения: 25.07.2018).

¹² Di Robilant A. *Genealogies of Soft Law* // *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54. № 3. Pp. 507—508.

¹³ Somma A. *Some Like it Soft. Soft Law and Hard Law in the Shaping of European Contract Law* // *The Politics of the Draft Common Frame of Reference* / A. Somma (ed.). 2009. P. 51.

нительной системы и средств принудительного воздействия, направленных на возмездие, реабилитацию и профилактику нарушений. Наличие элементов «легализованного насилия» в конструкции правовой нормы презюмируется и общепризнано. В известной дискуссии на эту тему Дж. Раз и Д. Мarmor пришли к выводу, что даже «люди-ангелы», никогда не совершающие преступлений в некоем воображаемом обществе, нуждаются в правовых средствах для координации своего поведения, чтобы обеспечить достижение долгосрочных задач и целей. Однако же и такой «идеальный» правовой порядок требует принуждения, чтобы навязать и претворить в жизнь единые модели (шаблоны, алгоритмы) поведения, скорректировав индивидуальные склонности каждого лица действовать по своему усмотрению и в своих эгоистических интересах¹⁵.

Но далеко не каждая правовая норма, и особенно норма международного права, обеспечена санкцией, т.е. возможностью государственного принуждения. В качестве примера можно указать на так называемые несанкционированные нормы (*lex imperfecta*)¹⁶ и неформальные обязательства (например, в семейном и договорном праве), юридическая природа которых никем не отрицается. Кроме того, затруднительно обнаружить конкретные санкции, обеспечивающие соблюдение наиболее абстрактных правовых принципов, ценностей и аксиом.

Даже такой активный сторонник принудительности и правовой иерархии, как Йеринг, утверждая, что право означает действующие в государстве принудительные нормы, тут же добавляет: ведущим критерием юридического характера нормы права является возможность «ее признания и осуществления судом»¹⁷. Как видим, именно судебное «распознавание», а не принудительный характер, становится ведущим признаком, позволяющим прийти к заключению о валидности юридической нормы. В конечном счете государственно-правовое принуждение как институционализированное

легитимное насилие в подавляющем числе ситуаций проявляется не как фактическое силовое воздействие, но в виде потенциальной угрозы его применения, оказывая скорее психологический, чем реальный эффект на адресатов правовых предписаний¹⁸.

В целом позитивизм не отрицает регуляторные функции квазиправовых норм, относимых к *soft law*, но лишь категорически отказывается относить их к «праву» *per se*, т.е. к праву в формальном, собственном смысле. Сторонники позитивизма выводят «мягко-правовые» инструменты за рамки предмета юриспруденции, полагая, что право от иных социальных регуляторов отличает обязывание адресатов соответствующих предписаний и наложение юридических обязательств. Тем самым фундаментальным различием между правом и *soft law* выступает различие между юридически обязательным и необязательным регулированием.

Итак, позитивистские направления, господствующие в правовой науке начиная со второй половины XIX в., в целом сохраняют акцент на соотношениях «право — сила». Однако при этом нередко возникают знаменательные оговорки. В частности, говоря о праве как «принудительном порядке», что и отличает право от иных нормативных регуляторов, Кельзен делает упор именно на идее порядка, а не на идее принуждения. Внутренняя организация, включая согласованность (когерентность) между нормами и их функционирование посредством целенаправленно спланированных и узаконенных формальных процедур, т.е. идея порядка и системности, выступает едва ли не главным разграничительным критерием правовых и иных социальных норм.

Помимо принудительности, к атрибутивным качествам правовых норм традиционно относят их целенаправленное создание и применение субъектами, социальная легитимность которых выражается в законодательно установленных полномочиях. Централизация в правообразо-

¹⁴ *Shelton D. L. Soft Law // GWU Law School Public Law Research Paper № 322. 2008. Pp. 21—22. URL: <http://ssrn.com/abstract=1003387> (дата обращения: 20.07.2018).*

¹⁵ *Marmor A. Philosophy of Law. Princeton and Oxford : Princeton University Press, 2011. Pp. 42—43. Ср.: Raz J. Practical Reason and Norms. London : The Ancor Press, 1975. Pp. 158—160.*

¹⁶ Этим названием римские юристы обозначили запретительные нормы, которые не подкреплены юридическими санкциями. См.: *McGinn Th. The Expressive Function of Law // Roman Legal Tradition. 2015. Vol. 11. 2015. Pp. 26—27.*

¹⁷ *Jhering R. Op. cit. S. 320.*

¹⁸ *Jhering R. Op. cit. S. 238—239.*

вании и правоприменении — важный фактор, дополняющий такие качества права, как институциональность, системность, формальная определенность. Не случайно Макс Вебер, указывая на то, что правовое принуждение может иметь как физический, так и психический характер, выделяет в качестве важнейшего признака правовых норм их «администрирование обособленной группой людей, которые для этих целей наделены специальными полномочиями»¹⁹. По этой причине окончательным для социологической характеристики права, по мнению Вебера, является «существование особой принудительной инстанции», которая управляется через легитимно узаконенный административный центр²⁰. Предписания такого центра власти, обеспеченные внешним принуждением, становятся также и сознательным психологическим обязательством²¹, известным юристам по его латинскому названию *opinio necessitatis* (убежденность в правомерности и необходимости). В современную эпоху — с утверждением парламентской формы правления и централизованного правотворчества (в отличие от некогда дисперсного правообразования посредством обычаев) — в общественном сознании укореняется «вера в законность». Этим термином Вебер обозначает форму легитимности, характеризующуюся убежденностью в том, что решения, принятые в соответствии с надлежащими процедурами, обязательны для всех, независимо от соотношения между большинством и меньшинством голосов на момент их принятия²². Идея законности добавляет к традиционным характеристикам права и рациональное обоснование его валидности²³.

Нормы «мягкого права», как правило, не являются результатом целенаправленного государственного нормотворчества, но предстают в виде социальных фактов, которые формируются различными акторами (в том числе надгосударственными и негосударственными

структурами) и которым право (через законодателя, суды и иные правоприменяющие органы) может придавать свойство общеобязательности. «Мягкое право» производится многочисленными официальными институциями, общественными структурами и представителями научных сообществ²⁴. В этом контексте *soft law* — серьезный вызов государственно-центричной и иерархической форме правовой регламентации социальных взаимодействий.

Если «популярность» некоторого «мягко-правового» инструмента становится слишком высокой — настолько, что он начинает конкурировать с «жестким правом», — это означает, что легитимность такого инструмента уже достигла уровня, когда посредством демократических механизмов правообразования его можно (и нужно) включить в правовую систему общества. Возникает вопрос, что делает валидным (формально обязательным) тот или иной «мягко-правовой» инструмент еще до момента его государственного признания и/или санкционирования?

Осмысление феномена *soft law* существенно затрудняет межотраслевое разнообразие его инструментов. Указанное многообразие обусловлено децентрализацией правообразования на основе волеоголасования, компромисса и консенсуса нормосоздающих акторов, а также авторитетностью и легитимностью таких «нормотворцев» в глазах адресатов «мягко-правовых» норм, что приводит к их большей адекватности регулируемому вопросу²⁵. Здесь уместно привести суждение Кристин Чинкин о том, что существует слишком широкое разнообразие инструментов «мягкого права», что делает любой общий термин для его определения вводящим в заблуждение упрощением²⁶.

Общим признаком *hard law* и *soft law* выступает их регуляторная функция, т.е. способность воздействовать на поведенческие акты людей и их объединений посредством типизирован-

¹⁹ Weber M. *Basic Concepts in Sociology*. New York : Citadel Press, 1962. P. 75.

²⁰ Weber M. *Basic Concepts in Sociology*. P. 77.

²¹ Weber M. *Basic Concepts in Sociology*. P. 78.

²² Weber M. *Basic Concepts in Sociology*. Pp. 82—83.

²³ Weber M. *The Theory of Social and Economic Organization*. New York : Oxford University Press, 1947. Pp. 328—329.

²⁴ Di Robilant A. *Op. cit.* P. 500.

²⁵ Greco T. *The Reality of Rights. On Horizontal and Vertical Relationships in Law // Soft Power*. 2016. Vol. 2. № 2. P. 163.

²⁶ Chinkin C. M. *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law // International and Comparative Law Quarterly*. 1989. Vol. 38. № 4. P. 850.

ных нормативных моделей, целенаправленно разработанных, принятых в ходе формализованных процедур и закрепленных в надлежащих актах. И «жестко-правовая», и «мягко-правовая» норма суть прескрипция (требование должного), а не дескрипция (описательное высказывание). Тем самым они функционально эквивалентны, поскольку позволяют добиваться однопорядковых и зачастую совпадающих целей весьма схожими методами. В обоих случаях речь идет о социальных регуляторах, которые регламентируют поведение адресатов и тем самым выступают инструментом социальной инженерии. Участники социальных взаимодействий нередко соотнобразуют свое поведение именно с «мягко-правовыми» нормами, даже в отсутствие государственных санкций, их обеспечивающих. Суды применяют «мягко-правовые» акты для усиления своей аргументации, а нередко и для обоснования выносимых решений, ссылаясь на свободу судейского усмотрения.

Свобода и диспозитивность в праве выступают источниками регуляторных эффектов «мягкого права». Для частных акторов такая автономия может проявляться в узаконенной возможности выбора применимого права. Для государств соответствующие предпосылки заложены в суверенном праве следовать определенной политической линии, для государственных органов и должностных лиц — в дискретном усмотрении интерпретировать смысл правовых норм и фактических ситуаций, а в более общем плане — принимать оптимальные управленческие решения для реализации публичных задач и функций, особенно в условиях неопределенности в праве. Если условно назвать это поле «сферой свободы субъектов права», становится понятно, почему координация, достигнутая посредством «мягко-правовых» инструментов, приобретает для заинтересованных лиц качество фактической обязательности, а именно вследствие универсального принципа уважения к договорам и необходимости их исполнения, а также общей воли, выраженной субъектами — «партнерами» по правоотношению.

Практическая реализация «мягко-правовых» инструментов становится возможной, во-первых, когда существует валидная норма

права, дающая участнику правоотношения возможность выбрать применимое право; во-вторых, когда суды вправе разрешать споры по своему дискретному усмотрению, исходя из духа закона и общих принципов права; в-третьих, когда правила толкования в правовой системе позволяют обращаться к нетрадиционным источникам (например, традиции и обыкновения, договор, правовая доктрина, «передовые практики» и т.п.). Во всех этих случаях и частные лица, и правоприменяющие субъекты (прежде всего суды) могут использовать аргументацию, вытекающую из текстов «мягко-правовых» актов. В конечном счете «мягкое право» приобретает качество права в силу существования вторичной нормы признания (*rule of recognition* в смысле, используемом Г. Хартом), позволяющей использовать ее в качестве вспомогательного инструмента в рамках судебных разбирательств, обеспечивающей соблюдение «мягко-правовой» нормы и/или позволяющей сторонам придать ей обязательный характер. Соответственно, в этих случаях на защиту «мягко-правовой» нормы становится и механизм государственного принуждения.

В этом контексте напомним о многолетней дискуссии по вопросу об обязательности международного права, которое характеризуется отсутствием централизованных систем правосудия и принуждения, а международно-правовые договоры в качестве единственно возможных средств разрешения споров и разногласий, как правило, предусматривают лишь разнообразные консультации и переговоры. Отсутствие глобальной централизованной власти для правообразования и правоприменения детерминирует обязательность международно-правовых норм для суверенных государств и иных субъектов не наличием фактической власти силы, но конвенционным волеогласованием, взаимной заинтересованностью и, возможно, морально-политическими факторами. При этом децентрализованный международный порядок нуждается в некоей объединяющей идеологии, которая бы выступала противовесом суверенитету и независимости национальных государств, гарантируя непричинение вреда друг другу²⁷.

Почему нормы международного права обязательны даже в отсутствие государственных

²⁷ В этом контексте можно упомянуть идею немецкого философа и цивилиста Йозефа Колера о закономерности появления естественного права в сфере международных отношений между народами еще в древности (См.: *Kohler J. Philosophy of Law. Boston : The Boston Book Company, 1914. P. 295*).

санкций? Ответ на этот вопрос приближает нас к пониманию того, почему «мягко-правовые» инструменты оказывают воздействие на своих адресатов, хотя формально не создают юридически значимых обязательств. Используя аргументацию Юма²⁸, можно утверждать, что как нормы международного права, так и нормы «мягкого права» обладают качеством обязательности, поскольку традиционно, этически и политически обоснованно, что договоры должны соблюдаться. Уважение сделанных обещаний, верховенство прав человека и стремление к достижению универсальных целей и ценностей (например, установление и поддержание мира, развитие международно-полезных отношений для наций и народов) априорно разумны и более того — их разумность подтверждается исторической практикой, т.е. эмпирически. Таким образом, речь идет об «обязательности, основанной на разумности».

Отличительной чертой *soft law* выступает отсутствие формализованных санкций. Причем «мягко-правовые» нормы не подлежат принудительному осуществлению (*enforcement*) посредством мер государственного принуждения²⁹. Поэтому официально привлечь нарушителя к ответственности или возместить причиненный ущерб здесь не представляется возможным.

Нормы «мягкого права», как требования должного (прескрипции), а не описания (де-скрипции), наделены обязывающим характером, но не являются *юридически обязательными*. Вместе с тем нельзя утверждать, что

у них вовсе отсутствует механизм обеспечения. Соблюдение «мягко-правовых» инструментов гарантируется как *позитивными*, так и *негативными* стимулами. В частности, такое соблюдение может выступать в качестве предварительного условия для получения услуг или преференций (например, в виде финансовой помощи или политической поддержки), в которых заинтересован адресат «мягко-правовой» нормы. При этом элементы *социального давления*, которое релевантное сообщество оказывает на нарушителей «мягко-правовых» инструментов, могут оказаться весьма значительными. Некоторые авторы используют термины «мягкая санкция» или «мягкое принуждение». При этом соблюдение «мягко-правовых» норм в значительной степени зависит от их соответствия интересам адресатов, авторитетности создателей актов, технико-юридической проработки соответствующего инструмента и т.д.

В любом случае средства обеспечения «мягкого права», как бы убедительны они ни казались де-факто по своей силе и последствиям, никогда не опираются на легализованное государственное принуждение в лице правоохранительных систем национального или международного уровня. Большой популярностью пользуется сентенция Энтони Д'Амато о том, что ««мягко-правовая» норма является «голой», в то время как норма «жесткого права» прикрыта санкцией»³⁰.

Согласимся с профессором Ю. Б. Фогельсоном, который, цитируя Г. Л. А. Харта, утвержда-

²⁸ Hume D. Treatise of Human Nature. Book 3. Part I. Sect. I // The Essential Philosophical Works, Hertfordshire : Wordsworth Editions Limited, 2011. P. 409.

²⁹ В этом контексте приведем мнение, высказанное Петерсом и Паготто: «На протяжении всей истории утверждалось, что существенной особенностью права является возможность его принудительного осуществления (*enforceability*). Однако требование, что право по сути своей есть принудительный порядок (и что поэтому непринудительные порядки не могут считаться правом) устарело и с точки зрения политики бесполезно. Примерно в конце XIX в. такое узкое понимание права привело к отрицанию в целом юридической природы международного права. Между тем спор о том, является ли правом международное право, был разрешен после отказа от узкого, зацикленного на санкциях понимания права. Современная социология права не настаивает на материальных санкциях, но вполне удовлетворяется существованием некоторой схемы для обеспечения норм в части комплаенса. Итак, санкции не являются конститутивным элементом права. Кроме того, даже «жесткое право» всё в большей степени характеризуется мягкими механизмами соблюдения, в то время как новые формы контроля за соблюдением мягких инструментов становятся все более жесткими. Следовательно, доступность жестких санкций не является критерием для разграничения права от не-права, или «жесткого права» от «мягкого права». Эффективность и юридический характер — это две отдельные проблемы» (Peters A., Pagotto I. Op. cit. P. 10).

³⁰ D'Amato A. Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials: A Reply to Jean d'Aspremont // European Journal of International Law. 2008. Vol. 19. № 3. P. 902.

ет, что, во-первых, обязательность в правовом дискурсе должна пониматься как настоятельное общее требование исполнять правила и, во-вторых, это требование должно подкрепляться значительным давлением со стороны социума³¹. В том же ключе звучат выводы Кауфман-Колер: тот факт, что «мягкое право» не может быть принудительно осуществлено мерами публичной силы, не означает, что оно неизбежно утрачивает нормативность. Несмотря на отсутствие мер государственного принуждения к соблюдению, адресаты «мягко-правовых» норм могут ощущать их как обязательные и даже если не имеют таких ощущений, то могут согласиться на их добровольное соблюдение. Такое поведение объясняется многими причинами, которые более четко формулируются психологами, чем юристами. Они включают главным образом такие соображения, как чувство уважения к власти «мягкого законодателя», социальный конформизм, удобство, поиск предсказуемости и уверенности в завтрашнем дне, желание принадлежать к определенной группе и страх перед публичным порицанием (*naming and shaming*)³².

Таким образом, «мягко-правовые» инструменты основаны на добровольном согласии и неюридических средствах обеспечения. Общее стремление к максимизации благосостояния и минимизации транзакционных издержек может гарантировать соблюдение неформальных норм без необходимости прибегать к их принудительному осуществлению³³. Общий интерес, желание достичь благоприятных результатов или избежать неблагоприятных, стремление получить влияние на процесс принятия решений, риск быть исключенным из числа участников выгодных проектов, высокая степень репутационных издержек (к примеру, включение нарушителя «мягкого права» в различные «черные списки», которые публично обнародуются, или применение методики *naming and shaming*), угроза того, что вместо не оправдавших себя средств саморегулирования будут приняты «жестко-правовые» акты, а так-

же другие стимулы заставляют адресатов соблюдать юридически необязательные нормы «мягкого права».

Как видим, обязательность «мягкого права» носит условный характер, и во многом зависит от добросовестности его адресатов, поскольку возможности его принудительного осуществления весьма ограничены, а подчас их наличие не предполагается изначально. Как правило, «мягко-правовая» норма не опирается на какие-либо теории юридической ответственности³⁴. Разногласия и конфликты, связанные с толкованием и реализацией «мягко-правовых» инструментов, разрешаются не в рамках административного или судебного разбирательства, но посредством различного рода медиативных и примирительных процедур, где главное — урегулировать разногласия, а не наказать нарушителя и компенсировать ущерб. Это позволяет критикам «мягко-правовой» концепции заявлять о том, что невозможность принудительного осуществления, слабая убедительность социального давления и бенчмаркинга, а также добровольность комплаенса служат непреодолимым препятствием на пути «органической» эффективности «мягко-правовых» норм и принципов³⁵.

Действительно, сущность *soft law* — в его юридической необязательности. И вместе с тем факты всеобщего признания и применения на практике (прежде всего со стороны судов и иных правоприменяющих органов) придают «мягко-правовым» инструментам де-факто обязывающий характер.

В заключение отметим, что жесткая привязка права к государственному принуждению, отстаиваемая классическим позитивизмом, не учитывает ряд важнейших эмпирических наблюдений и феноменов, особенно в сфере функционирования международного правового порядка. Данное несоответствие можно объяснить естественным старением концептуальной модели классического правового позитивизма и переходом к постмодернистскому (и в определенных аспектах — к постгосударственному)

³¹ Фогельсон Ю. Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе // Журнал российского права. 2013. № 9. С. 46.

³² Kaufmann-Kohler G. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity // Journal of International Dispute Settlement. 2010. Vol. 1. № 2. Pp. 2—3.

³³ Peters A., Pagotto I. Op. cit. P. 28.

³⁴ Chinkin C. Normative Development in the International Legal System // Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System / D. Shelton (ed.). Oxford, 2000. P. 30.

³⁵ Di Robilant A. Op. cit. P. 508.

модусу права. В этом контексте современные социологические и антропологически ориентированные течения в правоведении настаивают на том, что в своем историко-культурном развитии категория «право» отличается от концепта, предлагаемого позитивистами, и позволяют включить в предмет правовых исследований ряд новых явлений, которые в перспективе возможно признать правовыми³⁶.

Таким образом, акты «мягкого права» формально не относятся к источникам права, не содержат юридически обязательных положений, подкрепленных государственными санкциями, но имеют некоторую юридическую значимость (иногда существенную) и иногда — правовые последствия. В целом же «мягко-правовая» концепция отражает объективные реалии усложняющегося современного мира, скорость изменений в котором перманентно нарастает. Неизбежная фрагментация и неопределенность официальных источников права приводит к тому, что *soft law* часто рассматривается не как альтернатива праву, но как альтернати-

ва полному отсутствию какого-либо правового урегулирования в условиях, когда объективная потребность в нем налично.

Реалии окружающего мира слишком сложны для простых ответов. Усложнение общественных отношений — объектов регуляторного воздействия — требует такого же сложного, неоднозначного, многовариантного реагирования со стороны каждого сообщества. Если вслед за сторонниками юридической социологии и правового реализма мы признаем, что «правом» целесообразно называть не систему формально-обязательных предписаний, но систему фактически соблюдаемых адресатами и вызывающих правозначимые последствия правил поведения, то очевидно, что *soft law* идеально впишется в такой расширенный концепт правопонимания. В любом случае дальнейшее изучение «мягко-правовых» инструментов и продуцируемой ими реальности — одно из авангардных и перспективных направлений для реализации прогностической функции современной юридической науки.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Фогельсон Ю. Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе // Журнал российского права. — 2013. — № 9.
2. Chinkin C. M. The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law // International and Comparative Law Quarterly. — 1989. — Vol. 38. — № 4.
3. Chinkin C. Normative Development in the International Legal System // Commitment and Compliance : The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System / D. Shelton (ed.). — Oxford, 2000.
4. D'Amato A. Softness in International Law : A Self-Serving Quest for New Legal Materials : A Reply to Jean d'Aspremont // European Journal of International Law. — 2008. — Vol. 19. — № 3.
5. Di Robilant A. Genealogies of Soft Law // The American Journal of Comparative Law. — 2006. — Vol. 54. — № 3. — P. 507—508.
6. Ellis J. Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law // Leiden Journal of International Law. — 2012. — Vol. 25. — № 2.
7. Galbraith J., Zaring D. Soft Law as Foreign Relations Law // Cornell Law Abstract. — 2014. — Vol. 99. — № 4.
8. Greco T. The Reality of Rights. On Horizontal and Vertical Relationships in Law // Soft Power. — 2016. — Vol. 2. — № 2.
9. Hart H. Legal and Moral Obligation // Essays in Moral Philosophy / I. Melden (ed.). — Washington : University of Washington Press, 1958.
10. Hume D. Treatise of Human Nature. Book 3. Part I. Sect. I // The Essential Philosophical Works. Hertfordshire : Wordsworth Editions Limited, 2011.
11. Jhering R. Der Zweck im Recht. Erster Band. — Leipzig : Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1877.
12. Kaufmann-Kohler G. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity // Journal of International Dispute Settlement. — 2010. — Vol. 1. — № 2.
13. Kelsen H. The Law as a Specific Social Technique // The University of Chicago Law Abstract. — 1941. — Vol. 9. — № 1.
14. Kohler J. Philosophy of Law. — Boston : The Boston Book Company, 1914.

³⁶ Greco T. *Op. cit.* Pp. 163—164.

15. *Marmor A.* Philosophy of Law. — Princeton and Oxford : Princeton University Press, 2011.
16. *McGinn Th.* The Expressive Function of Law // Roman Legal Tradition. — 2015. — Vol. 11.
17. *Mörth U.* Soft Law and New Modes of EU Governance — A Democratic Problem? // Paper presented in Darmstadt. — Nov. 2005. — URL: <http://www.mzes.uni-mannheim.de/typo3/site//Moerth.pdf> (дата обращения: 25.07.2018).
18. *Peters A., Pagotto I.* Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective // NEWGOV: New Modes of Governance. — 2006.
19. *Raz J.* Practical Reason and Norms. — London : The Ancor Press, 1975.
20. *Röhl F. Kl.* Grundlagen der Methodenlehre I: Aufgaben und Kritik Para 64 // Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie. — URL: <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/component/content/article/19-beitraege/78-methodenlehre1> (дата обращения: 25.07.2018).
21. *Shelton D. L.* Soft Law // GWU Law School Public Law Research Paper. — 2008. — № 322. — P. 21—22. — URL: <http://ssrn.com/abstract=1003387> (дата обращения: 20.07.2018).
22. *Somma A.* Some Like it Soft. Soft Law and Hard Law in the Shaping of European Contract Law // Politics of the Draft Common Frame of Reference. — 2009.
23. *Weber M.* Basic Concepts in Sociology. — New York : Citadel Press, 1962.
24. *Weber M.* The Theory of Social and Economic Organization. — New York : Oxford University Press, 1947.
25. *Weeks G.* The Use and Enforcement of Soft Law by Australian Public Authorities // Federal Law Review Forthcoming. — 2014. — Vol. 42. — № 1.

Материал поступил в редакцию 20 августа 2018 г.

THE COERCION FACTOR IN THE CONTEXT OF “SOFT LAW”

DEMIN Aleksandr Vasilevich, Doctor of Law, Professor of the Department of Commercial, Entrepreneurial and Financial Law of the Siberian Federal University
demin2002@mail.ru
660075, Russia, Krasnoyarsk, ul. Maerchaka, d. 6

GROYSMAN Simeon Efimov, Chief Assistant of the Department of Theory of the State and Law of the Faculty of Law of St. Clement Ohrid University of Sofia (Bulgaria)
s.groysman@abv.bg
1504, Bulgaria, Sofia, bul. Tsar Osvoboditel, d. 15

Abstract. *The authors raise issues concerning the factors that determine compliance with the acts of “soft law” by participants of social interactions. At the same time, soft law is defined as a set of formalized general rules (norms, principles, criteria, standards) that do not have a legally binding nature, are not provided with official sanctions and are observed voluntarily due to the authority of their makers, the interest of the addressees and targeted social “pressure” that is put by the community on potential (and actual) violators. A key issue that arises in the context of “soft law” is whether law can exist without state coercion? If soft law is not secured by sanctions of a public-power nature, how is its binding character (validity) maintained? Is state coercion — in the form of direct violence or its threat — an attribute of a legal norm? The inclusion (or non-inclusion) of “soft law” norms in national legal systems, their application by courts and other law enforcement bodies, the authority and attractiveness of soft law as a regulatory system, etc., depend on the solution of these questions. Acts of “soft law” formally do not belong to the sources of law, do not contain legally binding provisions backed by state sanctions, but have some legal significance (sometimes essential) and sometimes — legal consequences. Ultimately, the authors conclude that by its nature, “soft law” per se is not legally binding, but the facts of universal recognition and application (primarily by the courts and other law enforcement agencies) give soft law instruments de facto binding character.*

Keywords: *soft law, hard law, positivism, norm, coercion, voluntariness, globalization, postmodern, authorization, legitimacy, validity, regulatory function.*

REFERENCES

1. Fogelson Y. B. *Myagkoe pravo v sovremennom pravovom diskurse* [Soft law in the modern legal discourse]. *Zhurnal rossiyskogo prava*. 2013. No. 9. (In Russian)
2. Chinkin C. M. *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*. *International and Comparative Law Quarterly*. 1989. Vol. 38. No. 4.
3. Chinkin C. *Normal Development in the International Legal System. Commission and Compliance : The Role of Non-Binding Norms in the Inter-national Legal System*. D. Shelton (ed.). Oxford, 2000.
4. D'amato A. *Softness in International Law : A Self-Serving Quest for New Legal Materials : A Reply to Jean d'Aspremont*. *European Journal of International Law*. 2008. Vol. 19. No. 3.
5. Di Robilant A. *Genealogies of Soft Law*. *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54. No. 3. P. 507—508.
6. Ellis J. *Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law*. *Leiden Journal of International Law*. 2012. Vol. 25. No. 2.
7. Galbraith J., Zaring D. *Soft Law as Foreign Relations Law*. *Cornell Law Abstract*. 2014. Vol. 99. No. 4.
8. Greco T. *The Reality of Rights. On Horizontal and Vertical Relationships in Law*. *Soft Power*. 2016. Vol. 2. No. 2.
9. Hart H. *Legal and Moral Obligation*. *Essays in Moral Philosophy*. I. Melden (ed.). Washington : University of Washington Press, 1958.
10. Hume D. *Treatise of Human Nature*. Book 3. Part I. Sect. I. *The Essential Philosophical Works*. Hertfordshire : Wordsworth Editions Limited, 2011.
11. Jhering R. *Der Zweck im Recht*. Erster Band. Leipzig. : Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1877.
12. Kaufmann-Kohler G. *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*. *Journal of International Dispute Settlement*. 2010. Vol. 1. No. 2.
13. Kelsen H. *The Law as a Specific Social Technique*. *The University of Chicago Law Abstract*. 1941. Vol. 9. No. 1.
14. Kohler J. *Philosophy of Law*. Boston. : The Boston Book Company, 1914.
15. Marmor A. *Philosophy of Law*. Princeton and Oxford : Princeton University Press, 2011. Pp. 42—43.
16. McGinn Th. *The Expressive Function of Law*. *Roman Legal Tradition*. 2015. Vol. 11.
17. Mörth U. *Soft Law and New Modes of EU Governance — A Democratic Problem?* Paper presented in Darmstadt. Nov. 2005. URL: <http://www.mzes.uni-mannheim.de/typo3/site // Moerth.pdf> (Accessed: 25.07.2018).
18. Peters A., Pagotto I. *Soft Law as a New Mode of governance: A Legal Perspective*. *NEWGOV: New Modes of government*. 2006.
19. Raz J. *Practical Reason and Norms*. London : The Ancor Press, 1975.
20. Röhl F. Kl. *Grundlagen der Methodenlehre. Aufgaben und Kritik*. Para 64. *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*. URL: <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/component/content/article/19-beitraege/78-methodenlehre1> (Accessed: 25.07.2018).
21. Shelton D. L. *Soft Law*. *GWU Law School Public Law Research Paper*. 2008. No. 322. P. 21—22. URL: <http://ssrn.com/abstract=1003387> (Accessed: 20.07.2018).
22. Somma A. *Some Like it Soft. Soft Law and Hard Law in the Shaping of European Contract Law*. *Politics of the Draft Common Frame of Reference*. 2009.
23. Weber M. *Basic Concepts in Sociology*. New York. : Citadel Press, 1962.
24. Weber M. *The Theory of Social and Economic Organization*. New York. : Oxford University Press, 1947.
25. Weeks G. *The Use and Enforcement of Soft Law by Australian Public Authorities*. *Federal Law Review* Forthcoming. 2014. Vol. 42. No. 1.