

МІЖНАРОДНИЙ ГУМАНІТАРНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

МІЖНАРОДНИЙ ГУМАНІТАРНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

ГОЛОВАЧ ГАННА

УДК 340.1

ДИСЕРТАЦІЯ

ВАЛІДНІСТЬ ТА ДІЯ М'ЯКОГО ПРАВА

081– Право

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____Г. Головач

Науковий керівник:

Денис МАНЬКО,

доктор юридичних наук, доцент

Одеса – 2021

АНОТАЦІЯ

Головач Г. Валідність та дія м'якого права. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису. Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». – Міжнародний гуманітарний університет, Одеса, 2021.

Дисертаційна робота містить результати комплексного загальнотеоретичного дослідження валідності та дії м'якого права як невід'ємного елемента сучасної правової та соціальної реальності. Матеріал дисертації узагальнює аналіз наукових праць зарубіжних і вітчизняних науковців із зазначеної проблеми, нормативно-правових актів, законодавства зарубіжних країн, міжнародно-правових актів, міжнародних договорів, статистичної та аналітичної інформації.

У роботі підкреслено актуальність дослідження м'якого права та його складових. Визначено, що наявність в правовій доктрині дискусії щодо визнання феномену м'якого права свідчить про наявність кризи в правовій науці, яка часом є нездатною дати пояснення або прогнозувати нові явища правової реальності. Результатом такої дискусії є пошук нового інструментарію, який не є офіційно нормативним, але водночас лежить в юридичному полі та має реальний вплив на відносини сучасного соціального та правового життя.

Проаналізовано стан дослідження в правовій доктрині проблеми, що розглядається. Так, проблематику феномену м'якого права висвітлюють у своїх роботах насамперед іноземні науковці: Е. д'Амато, Ж. д'Аспремон, Л. Блутман, А. Бойл, П. Вейл, П. Вестерман, Г. Вікс, Дж. Голд, М. Голдман, Е. Гузман, К. Еббот, Я. Клабберс, С. Ліхтенштейн, Т. Мейер, У. Мьорт, І. Пагатто, Е. Пітерс, М. Поллак, Л. Сенден, Д. Снайдел, А. Сомма, Д. Трубек, Х. Хілленберг, О. Шактер, Д. Шелтон, Г. Шефер, К. Чінкін та багато інших.

У ХХІ столітті українські та російські науковці й молоді учені посилили увагу до дослідження різних аспектів м'якого права, а саме: К. О. Брізкун,

М. Ю. Веліжаніна, Г. В. Вельямінов, О. В. Демін, О.В. Кирилюк, І. І. Лукашук, Т. В. Матвєєва, М. М. Микієвич, О. В. Муратова, Т. М. Нешатаєва, Т. В. Русских, К. В. Смирнова, Ю. Б. Фогельсон, С. О. Чеховська, І. В. Шалінська, О. О. Щокіна та інші.

Водночас сьогодні не існує дисертаційних досліджень українських науковців, які б розкривали умови валідності м'якого права, юридичні технології створення актів м'якого права та особливості їх дії. Так, представлена дисертаційна робота є першим теоретико-правовим дослідженням валідності та дії м'якого права, ролі його складових в процесах впорядкування відносин у сучасному суспільстві.

Доведено, що основою дослідження м'якого права виступає концепція юридичного плюралізму, що уявляє собою одну з характерних рис епохи постмодерну. Також проаналізовано сучасні підходи до розуміння права, які характеризуються плюралістичним поглядом щодо його форм, зокрема завдяки процесам демонополізації участі держави у процесах правотворення та визнання існування шкали нормативності.

Обґрунтовано необхідність визнання в правовій доктрині нового сучасного розуміння права як поліцентричної соціальної системи, що прямо передбачає визнання інших, окрім твердого права, систем регулювання суспільних відносин.

Проаналізовано витоки, умови виникнення та процес становлення феномену м'якого права. Визначено, що поняття «м'яке право» виникло в 70-х роках ХХ століття в США, надалі воно дуже стрімко було прийнято західноєвропейською доктриною для широкого використання, спочатку в міжнародному контексті. Сьогодні концепція м'якого права може розглядатися вже на рівні національних правових систем сучасних держав, а акти м'якого права забезпечують дієве доповнення або навіть альтернативу традиційному «твердому» праву.

Запропоновано авторське визначення терміну «м'яке право» – це сукупність сформованих у певному середовищі соціально значущих приписів,

які формально виражені компетентним суб'єктом, орієнтовані на врегулювання узгоджених відносин визначеними способами та забезпечені недержавними інструментами виконання, валідність та дія яких не суперечить чинному твердому праву та відповідає принципу верховенства права.

Проаналізовано співвідношення м'якого права з суміжними категоріями. Визначено, що м'яке право розташовується у просторі перетину офіційного та неофіційного права та об'єднує в собі риси, притаманні як офіційному, так і неофіційному праву.

Виокремлено спеціальні ознаки м'якого права, а саме: соціально значущі приписи, засновані на належності в протизагони дескрипціям, мають особливе середовище; творцем м'якого права виступає компетентний суб'єкт, орієнтований на врегулювання узгоджених відносин визначеними способами; воно забезпечено організованими засобами контролю та/або стимулами до виконання; завжди присутні недержавні інструменти забезпечення виконання; не суперечить чинному твердому праву, слугує орієнтиром для утворення норм твердого права.

Охарактеризовано стан дослідження актів м'якого права в зарубіжній юриспруденції та вітчизняній правовій науці. Доведено, що з огляду на правову природу норм м'якого права їх необхідно розглядати саме як правові акти. Удосконалено класифікацію актів м'якого права за наступними критеріями: за сферою регулювання, за суб'єктом створення, за адресатом впливу актів м'якого права.

Розглянуто питання щодо визначення науковцями правової природи співвідношення юридичної техніки та юридичної технології. Визначено перелік універсальних юридичних технологій створення актів м'якого права, до яких слід відносити: юридичні технології підготовки та узгодження змісту письмового акта м'якого права; юридичні технології встановлення правовідповідності письмових актів м'якого права.

Досліджено питання визначення валідності як фундаментальної категорії буття в працях юридичних філософів та теоретиків права другої половини XIX

та першої половини XX століття, насамперед Г. Кельзена, А. Росса, Г. Харта, Р. Алексі. З огляду на сучасні трансформаційні процеси у сфері праворозуміння, підкреслено необхідність здійснення критичної реконструкції поняття валідності та адаптації його до нових умов правової реальності.

Сформульовано авторську дефініцію поняття «валідність письмового акта», під якою слід розуміти наявність у такого акта наступних компонентів: дійсності – факт його реального існування (створення) задля реалізації закладеної в нього мети та задоволення потреб адресатів, встановлення та актуальності строку дії; чинності – тобто обов’язковість виконання та місця посеред інших правових актів; дієвості – його ефективність, здатність належним чином впливати на суспільні відносини; відповідності – належна форма його зовнішнього виразу, належна процедура ухвалення та впровадження у дію, належні процедури його обслуговування (реєстрація, збереження, упорядкування, модернізація (внесення змін), здійснення правової експертизи тощо).

Обґрунтовано поняття валідності письмового акта м’якого права, під якою слід розуміти наявність у такого акта наступних компонентів: дійсності – факт його реального існування (створення) задля реалізації узгоджених відносин способами, які не забезпечені державними інструментами впливу, встановлення та актуальності строку дії; чинності – погоджені правотворцем(ями) умови забезпечення виконання та відсутність обов’язкової юридичної сили; дієвості – його ефективність, гнучкість, затребуваність, здатність слугувати орієнтиром для створення норм твердого права; відповідності – письмова форма виразу (може бути офіційною та неофіційною) ухвалюється компетентним суб’єктом (публічно-правовим або приватноправовим); є узгодженим порядок впровадження у дію, залежно від виду акта м’якого права обслуговується за належними процедурами (державні або недержавні: реєстрації, збереження, упорядкування, модернізації (внесення змін), здійснення правової експертизи тощо).

Приділено особливу увагу питанню ролі м'якого права в процесах впорядкування відносин у сучасному суспільстві. Досліджено особливості правового впливу актів м'якого права на суспільне життя з огляду на виключну природу м'якого права. Наголошено на інформаційно-психологічному аспекті правового впливу, який відзначається високим ступенем саме стимулюючого характеру дії приписів актів м'якого права в процесах впорядкування суспільних відносин та впливу на суспільне життя, свідомість і поведінку людей загалом.

Розглянуто специфіку запровадження відновного правосуддя в ЄС та інших країнах континентальної Європи, а саме – використання міжнародними організаціями та державами у цьому процесі переваг м'якого права. Визначено на прикладі актів м'якого права у сфері відновного правосуддя ЄС, що м'яке право здатне слугувати орієнтиром для утворення норм твердого права. Також проаналізовано процес запровадження медіації в законодавство України з першочерговим регулюванням відповідних відносин актами м'якого права. Констатовано фактичну результативність такого шляху для впорядкування відносин у нових сферах суспільного життя.

Проаналізовано особливості правопорядку сучасної держави, а саме – затребуваність в існуванні, окрім твердого, м'яко-правового інструментарію для регулювання найбільш динамічних і значущих сфер суспільного та правового життя. Обґрунтовано основні шляхи фактичного впливу м'якого права на формування правопорядку: 1) заповнення актами м'якого права прогалин в офіційному регулюванні нормами твердого права, зокрема нових та динамічних сфер; 2) слугування актів м'якого права орієнтиром для ухвалення в подальшому норм твердого права. Підкреслено високе значення актів м'якого права у формуванні правопорядку ЄС.

Ключові слова: м'яке право, тверде право, сучасне розуміння права, юридичний плюралізм, валідність правового акта, акт м'якого права, юридичні технології створення акта м'якого права, правопорядок сучасної держави.

Список публікацій здобувача за темою дисертації

Наукові праці, в яких опубліковано основні наукові результати дисертації:

1. Головач Г. О. Місце м'якого права в концепціях праворозуміння. *Наукові записки Міжнародного гуманітарного університету*. 2020. № 32. С. 14–21.
2. Головач Г. О. Валідність: класичний та сучасний погляд. *Держава та регіони*. 2020. № 4. С. 154–159. DOI: <https://doi.org/10.32840/1813-338X-2020.4.25> (Сер. : Право).
3. Головач Г. О. Алгоритми м'якого права та їх роль у формуванні правопорядку сучасної держави. *Приватне та публічне право*. 2021. № 1. С. 82–87. DOI: <https://doi.org/10.32845/2663-5666.2021.1.14>

Наукові праці у зарубіжних наукових виданнях:

4. Manko D., Panova L., Holovach H., Kobko-Odarii., Radchenko L. The concept of soft law : the role and legal technologies of influence on the legislation of states. *Revista Amazonia Investiga* [Online]. 2021. Vol. 10 (38). P. 158–167. DOI: <https://doi.org/10.34069/AI/2021.38.02.15>

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації та додатково відображають наукові результати дисертації:

5. Головач Г. О. Міжнародні акти «М'якого права» з регулювання медіації. *Чорноморські наукові студії* : зб. матеріалів IV Всеукр. мультидисцип. конф. (м. Одеса, 25 трав. 2018 р.). Одеса, 2018. С. 10–13.
6. Головач Г. О. Валідність як ознака сучасного права. *Чорноморські наукові студії* : зб. матеріалів V Всеукр. мультидисцип. конф. (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.). Одеса, 2019. С. 20–22.
7. Головач Г. О. Сучасне розуміння джерельної бази права. *Гуманітарний і інноваційний ракурс професійної майстерності: пошуки молодих вчених* : зб. матеріалів V Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15 листоп. 2019 р.). Одеса, 2019. С. 22–25.

8. Головач Г. О. Особливості методології дослідження м'якого права. *Гуманітарний і інноваційний ракурс професійної майстерності: пошуки молодих вчених* : зб. матеріалів VI Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 13 листоп. 2020 р.). Одеса, 2020. С. 26–29.

SUMMARY

Holovach H. Validity and act of soft law. – Qualification scientific work, manuscript copyright. A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy in specialty 081 – Law. – International Humanitarian University, Odesa, 2021.

The thesis contains the results of a comprehensive general theoretical study of the validity and act of soft law as an integral part of modern legal and social reality. The thesis material summarizes the analysis of scientific works of foreign and national scientists on this issue, regulations, foreign legislation, acts of international law, international treaties, statistical and analytical information.

The thesis emphasizes the relevance of the study of soft law and its components. It is determined that the presence in the legal doctrine of a dispute over the recognition of the soft law phenomenon indicates the existence of a crisis in legal science, which is sometimes unable to explain or predict new phenomena of legal reality. As the result of such discussion there is the search for new tools that are not officially normative, but at the same time lie in the legal field and have a real impact on the relations of modern social and legal life.

The state of considered problem research in the legal doctrine is analyzed. Thus, the issue of the phenomenon of soft law is covered in their works primarily by foreign scholars: A. D'Amato, J. de Aspremont, L. Blutman, A. Boyle, P. Weil, P. Westerman, G. Weeks, J. Gold, M. Goldmann, E. Guzman, K. Abbott, J. Klabbers, C. Lichtenstein, T. Meyer, U. Mörtz, I. Pagatto, A. Peters, M. Pollack, L. Senden, D. Snyder, A. Somma, D. Trubek, H. Hillgenberg, O. Schachter, D. Shelton, G. Shaffer, C. Chinkin and many others.

In the XXI century, Ukrainian and Russian scholars and young scholars have increased their attention to the study of various aspects of soft law, namely: K. O. Brizkun, M. Y. Velizhanina, G. V. Velyaminov, O. V. Demin, O. V. Kirilyuk, I. I. Lukashuk, T. V. Matveeva, M. M. Mikievich, O. V. Muratova, T. M. Neshataeva, T. V. Russkikh, K. V. Smirnova, Y. B. Fogelson, S. O. Chekhovskaya, I. V. Shalinskaya, O. O. Shchokina and others.

At the same time, today there are no scientific researches of Ukrainian scholars, which reveal the conditions of validity of soft law, legal technologies of creation of soft law acts and peculiarities of their action. Thus, the thesis is the first theoretical and legal study of the validity and act of soft law and the role of its components in the process of regulating relations in modern society.

It is proved that the basis of the study of soft law is the concept of legal pluralism, which is one of the characteristics of the postmodern era. Modern approaches to the understanding of law, which are characterized by a pluralistic view of its forms, in particular, due to the processes of demonopolization of state participation in law-making processes and recognition of the normative scale existence, are also analyzed.

The necessity of recognizing in the legal doctrine of a new modern understanding of law as a polycentric social system, which directly presupposes the recognition of other than hard law systems of regulation of social relations, is substantiated.

The origins, conditions and process of formation of the phenomenon of soft law are analyzed. It is determined that the concept of soft law was first created in the 70s of the XX century in the United States and later very quickly was adopted by Western European doctrine for widespread use, initially in the international context. Today, the concept of soft law can be considered at the level of national legal systems of modern states, and soft law acts provide an effective addition or even an alternative to traditional hard law.

It was proposed the author's definition of the soft law as a set of socially significant prescriptions formed in a certain environment, which are formally expressed by a competent entity, focused on the settlement of agreed relations in certain ways and provided with non-state instruments of implementation, validity and effect of which corresponds to the principle of the rule of law.

The ratio of soft law with related categories is analyzed. It is determined that soft law is located at the intersection of formal and informal law and combines features that are inherent in both formal and informal law.

Special features of soft law, due to which soft law becomes a special form of law located at the intersection of formal and informal law, are singled out, namely: socially significant prescriptions based on belonging as opposed to descriptions, have a special environment, the creator of soft law is a competent subject, focused on the settlement of agreed relations in certain ways, provided with organized means of control and/or incentives to perform, always non-state instruments of enforcement, does not contradict current hard law, serve as a guide for the formation of hard law.

The state of research of soft law acts in foreign jurisprudence and national legal science is characterized. It is proved that taking into account the legal nature of soft law norms, soft law acts should be considered as legal acts. The classification of soft law acts according to the following criteria has been improved: the sphere of regulation, the subject of creation, the addressee of the influence of soft law acts.

The list of universal legal technologies of creation of acts of soft law to which it is necessary to carry is defined: legal technologies of preparation and coordination of the maintenance of the written act of soft law; legal technologies for establishing the legal conformity of written acts of soft law.

The question of defining validity as a fundamental category of existence in the works of legal philosophers and theorists of law of the second half of the XIX and first half of the XX century, namely of H. Kelsen, A. Ross, H. Hart, R. Alexi, is studied. Given the current transformational processes in the field of legal understanding, the need to critically reconstruct the concept of validity and adapt it to new conditions of legal reality is emphasized.

The author's definition of the concept of validity of a written act is formulated, which should be understood as the presence in such act of the following components: reality - the fact of its real existence (creation) to achieve its purpose and meet the needs of recipients, establishing and relevance; validity – ie mandatory enforcement and place among other legal acts; effectiveness – its the ability to properly influence public relations; compliance – the proper form of its external expression, the proper procedure for acceptance and entry into force, the proper procedures for its

maintenance (registration, preservation, streamlining, modernization (changes), legal expertise, etc.).

The notion of validity of a written soft law act is substantiated, which should be understood as the presence in such act of the following components: reality – the fact of its real existence (creation) for the implementation of agreed relations validity - the conditions of enforcement and the absence of binding legal force agreed by the lawmaker (pits); effectiveness – its flexibility, demand, ability to serve as a guide for creating rules of hard law; compliance – written form of expression (can be formal or informal), adopted by the competent entity (public or private law) agreed procedure for implementation, depending on the type of soft law act appropriate procedures for its maintenance (public or private procedures: registration, preservation, streamlining, modernization (amendments), legal expertise, etc.).

Particular attention is paid to the role of soft law in the process of regulating relations in modern society. The peculiarities of the legal impact of soft law acts on public life are studied, taking into account the exclusive nature of soft law. Emphasis is placed on the informational-psychological aspect of legal influence, which is characterized by a high degree of stimulating nature of the soft law prescriptions in the process of regulating public relations and influencing public life, consciousness and people behavior in general.

The specifics of the introduction of restorative justice in the EU and other countries of continental Europe are considered, namely the use by international organizations and states in this process of soft law advantages. It is identified, on the example of soft law acts in the field of restorative justice in the EU, how soft law can serve as a guide for the hard law rules formation. The process of introducing mediation into the legislation of Ukraine with the priority regulation of relevant relations by soft law acts is also analyzed. Emphasis is placed on the actual effectiveness of such way to regulate relations in new spheres of public life.

The peculiarities of the legal order of the modern state are analyzed, namely the demand for existence, in addition to hard, soft-legal tools for regulating the most dynamic and important spheres of public and legal life. The main ways of actual

influence of soft law on the formation of legal order are substantiated through: 1) filling by soft law acts the gaps in regulating by official hard law of particular new and dynamic areas; 2) serving by soft law acts as a guide for further adoption of hard law rules. The high importance of soft law acts in the EU legal order formation is emphasized.

Keywords: soft law, hard law, modern meaning of law, legal pluralism, validity of legal act, soft law act, legal technologies of soft law act creation, legal order of modern state.

ЗМІСТ

ВСТУП.....	15
РОЗДІЛ 1. МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ	
М'ЯКОГО ПРАВА ЯК ЕЛЕМЕНТА СИСТЕМИ СОЦІАЛЬНОГО	
РЕГУЛЮВАННЯ.....	24
1.1. Підходи, принципи та методи дослідження валідності	
та дії м'якого права.....	24
1.2. Постмодерна гносеологія та сучасні підходи до розуміння права.....	45
1.3. Особливості первинної концепції м'якого права.....	66
РОЗДІЛ 2. ОСОБЛИВОСТІ КОНСТРУЮВАННЯ ТА ФОРМАЛЬНОГО	
ВИРАЖЕННЯ М'ЯКОГО ПРАВА.....	86
2.1. Поняття та види актів м'якого права.....	86
2.2. Юридичні технології створення актів м'якого права.....	104
2.3. Валідність та валідизація актів твердого та м'якого права.....	121
РОЗДІЛ 3. ДІЯ М'ЯКОГО ПРАВА В ПРОЦЕСАХ ВПОРЯДКУВАННЯ	
ВІДНОСИН У СУЧАСНОМУ СУСПІЛЬСТВІ.....	140
3.1. Особливості правового впливу актів м'якого права.....	140
3.2. Акти м'якого права у сфері відновного правосуддя.....	156
3.3. Роль м'якого права у формуванні правопорядку в сучасній	
державі.....	173
ВИСНОВКИ.....	189
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	195
ДОДАТКИ.....	215

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Концепція «м'якого права» зародилася в західній правовій доктрині у 70-х роках ХХ століття та одразу здобула звання однієї з найбільш обговорюваних і спірних доктрин правового дискурсу. Це цілком очевидно, оскільки феномен стосується самої суті науки – поняття права. Завдяки та через свою природу м'яке право і сьогодні залишається складним об'єктом для дослідження, отже не дивно, що питання щодо його існування, сутності та меж залишаються й досі дискусійними. Так, сучасна наукова спільнота ділиться на прихильників та опонентів цієї концепції, а точніше – можливості та доцільності її існування як такої. В силу свого досить «юного» віку вона стикається зі значними труднощами та змушена пояснювати причетність юридично необов'язкових м'яко-правових приписів до права і водночас їх відміну від політичних і моральних зобов'язань. Але вже саме по собі існування спору про феномен м'якого права свідчить про наявність кризи в правовій науці, яка часом є нездатною дати пояснення або прогнозувати нові явища правової реальності. Результатом такої дискусії є пошук нового інструментарію, який не є офіційно нормативним, але водночас лежить в юридичному полі та має реальний вплив на відносини сучасної соціальної та правової реальності.

Так, м'яке право є вираженням сучасних явищ, які існують і активно еволюціонують як на міжнародному рівні, так і на рівні національних правових систем. Енергійна інтервенція нових форм регламентації транскордонних відносин, які захоплюють все більше нових гравців та сфери регулювання, об'єктивно зумовлена зокрема умовами та наслідками глобалізаційних процесів.

Прихильники концепції м'якого права наводять різноманітні аргументи на його користь, серед яких: консерватизм традиційних джерел права, все частіше небажання суб'єктів права брати на себе твердо-правові зобов'язання, можливість виконання правотворчих функцій широким колом суб'єктів,

оперативність реагування та фактична результативність тощо. В цілому недоліки традиційного твердого права складають дзеркальні переваги м'якого права, не виключаючи його власні. Фактична поява, подальший розвиток та зростаючий вплив інструментів м'якого права як на міжнародному рівні, так і на рівні національних систем, свідчать про його значення та обґрунтовують актуальну необхідність теоретичних досліджень з цієї тематики.

Проблематику феномену м'якого права висвітлюють у своїх роботах насамперед іноземні науковці: Е. Амато'д, Ж. Аспермон'д, Л. Блутман, А. Бойл, П. Вейл, П. Вестерман, Г. Вікс, Дж. Голд, М. Голдман, Е. Гузман, К. Еббот, Я. Клабберс, С. Ліхтенштейн, Т. Мейер, У. Мьорт, І. Пагатто, Е. Пітерс, М. Поллак, А. ді Робілан, Л. Сенден, Д. Снайдел, А. Сомма, Д. Трубек, Х. Хілгенберг, О. Шактер, Д. Шелтон, Г. Шефер, К. Чінкін і багато інших.

У ХХІ столітті українські та російські науковці та молоді учені посилили увагу до дослідження різних аспектів м'якого права, а саме: К. О. Брізкун, М. Ю. Велижаніна, Г. В. Вельямінов, О.В. Демін, О. В. Кирилюк, І. І. Лукашук, Т. В. Матвєєва, М. М. Микієвич, О. В. Муратова, Т. М. Нешатаєва, Т. В. Русских, К. В. Смирнова, Ю. Б. Фогельсон, С. О. Чеховська, І. В. Шалінська, О. О. Щокіна та інші.

Водночас не існує дисертаційних досліджень українських науковців, які б розкривали умови валідності м'якого права, юридичні технології створення актів м'якого права та особливості їх дії.

У зв'язку з визнанням м'якого права та (як результат) зміною традиційних уявлень про право взагалі, актуальність теми дисертаційного дослідження підкреслюється необхідністю теоретичного переосмислення фундаментальних категорій правового буття, розроблених у рамках класичних типів праворозуміння та все частіше неспроможних сьогодні відповідати потребам реальності.

Зв'язок роботи з науковими проблемами, планами, темами. Теоретичні та практичні питання теми дисертації досліджувалися відповідно до

Національної стратегії у сфері прав людини, затвердженої Указом Президента України від 25 серпня 2015 року № 501/2015, Плану заходів з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року, затвердженої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23 листопада 2015 р. № 1393-р., та в рамках комплексної теми кафедри державно-правових дисциплін Міжнародного гуманітарного університету «Правова реальність у сучасному світі: теорія і практика формування та функціонування», яка є частиною комплексної теми Міжнародного гуманітарного університету «Україна і світ у контексті становлення і розвитку соціогуманітарної сфери» на 2016–2020 рр.

Мета і завдання дослідження. У відповідності до встановленого об'єкту (дія права) і предмета (валідність та дія м'якого права) дисертації, її метою є розкриття складових компонентів валідності та встановлення особливостей дії м'якого права через формулювання та удосконалення низки положень, що відповідатимуть реаліям правового та суспільного життя сучасної держави.

Досягнення поставленої мети передбачає вирішення наступних основних завдань, що становлять зміст дисертаційного дослідження:

- визначення основних підходів, принципів і методів дослідження валідності та дії м'якого права;
- розкриття гносеології постмодерну та сучасних підходів до розуміння права;
- дослідження особливостей первинної концепції м'якого права;
- надання визначення поняття «акти м'якого права» та проведення їх класифікації;
- виокремлення юридичних технологій, що використовуються для створення актів м'якого права;
- дослідження аспекту валідності м'якого права;
- визначення особливостей правового впливу актів м'якого права;
- аналіз актів м'якого права у сфері відновного правосуддя;

– розкриття ролі м'якого права у формуванні правопорядку сучасної держави.

Методи дослідження. Методологічну основу дисертаційного дослідження становить сукупність принципів, прийомів та засобів наукового пізнання, що побудована на філософських, загальнонаукових і спеціальних методах.

Науковим базисом дослідження стали принципи: раціоналізму, детермінізму, плюралізму, додатковості та міждисциплінарності.

Базуючись на зазначених принципах, у процесі встановлення сутності валідності та дії актів м'якого права було використано наступні методологічні підходи: герменевтичний, ціннісний, діяльнісний, системний та антропологічний.

У відповідності до заявлених принципів і підходів, у процесі розкриття природи валідності та дії актів м'якого права застосовувалися наступні групи методів: загальні методи пізнання, загальнонаукові методи, міждисциплінарні методи, спеціально-наукові методи юридичних наук.

Діалектичний метод пізнання дав можливість дослідити насамперед природу м'якого права, загальні ознаки, що притаманні актам м'якого права; виявив загальні зв'язки та закономірності, що виникають при застосуванні актів м'якого права. За допомогою *логіко-семантичного методу* було поглиблено поняттєвий апарат та сформульовано низку авторських дефініцій, включених до результатів дослідження. А *метод моделювання* використано для напрацювання критеріїв класифікації актів м'якого права. *Історико-правовий метод* дозволив дослідити генезу поняття м'якого права та проаналізувати позиції науковців щодо концепції валідності, змін у наукових підходах до визначання цих понять із плином часу. *Аксіологічний метод* став основою для обґрунтування важливості закріплення використання актів м'якого права та доцільності їх консолідації для розроблення стандартів правового регулювання. *Узагальнення* як метод дозволило визначити основні проблеми та вектори

розвитку у забезпеченні належного здійснення регулювання відносин за допомогою м'якого права.

Водночас у дослідженні було використано наступні спеціально-наукові методи юридичних наук: *герменевтичний метод* – для дослідження особливостей розуміння та тлумачення актів м'якого права в різні історичні періоди, з урахуванням підходів різних шкіл розуміння права; *формально-догматичний метод* – при аналізі положень правових актів щодо встановлення особливостей юридичної композиції м'якого права та порядку її відображення; *порівняльно-правовий* – для зіставлення юридичних понять, явищ і процесів щодо фіксації положень м'якого права у відповідних актах різних держав, а також для зіставлення юридичних технологій створення таких актів. Завдяки порівняльно-правовому методу стало можливим порівняти особливості застосування актів м'якого права в різних сферах суспільного життя, а як наслідок дослідити їх роль для впорядкування суспільних відносин.

У процесі дослідження особливостей юридичних технологій створення актів м'якого права використовувалися методи юридичної креативістики, а саме: *юридичного аналізу, юридично-логічної концентрації, юридичного конструювання*.

Нормативно-правовою основою дисертації є Конституція України, законодавчі та підзаконні нормативно-правові акти України, законодавство зарубіжних країн, міжнародні правові акти, міжнародні договори.

Емпіричну базу дослідження становлять статистичні дані, матеріали преси та інтернет-ресурсів.

Наукова новизна одержаних результатів дослідження полягає у тому, що дисертація є першим теоретико-правовим дослідженням валідності та дії актів м'якого права, їх ролі в процесах впорядкування відносин у сучасному суспільстві. Зокрема,

уперше:

– сформульовано авторську дефініцію поняття «валідність письмового акта», під якою слід розуміти еквівалентність правового акта загально-

соціальним та спеціально-юридичним вимогам його створення і дії. Це сукупність характеристик та ознак, наявність яких дозволяє відмежувати правовий акт від неправового та передбачає наявність у такого акта наступних компонентів: дійсності – факт його реального існування (створення) задля реалізації закладеної в нього мети та задоволення потреб адресатів, встановлення та актуальності строку дії; чинності – тобто обов’язковості виконання та місця посеред інших правових актів; дієвості – його ефективність, здатність належним чином впливати на суспільні відносини; відповідності – належна форма його зовнішнього виразу, належна процедура ухвалення та впровадження у дію, належні процедури його обслуговування (реєстрація, збереження, упорядкування, модернізація (внесення змін), здійснення правової експертизи тощо);

– запропоновано визначення письмового акта м’якого права, під яким слід розуміти юридичний документ, формально виражену компетентним суб’єктом сукупність сформованих у певному середовищі соціально значущих приписів, орієнтованих на врегулювання узгоджених відносин визначеними способами, забезпечених бажанням сторін виконати прийняті обов’язки, валідність і дія яких відповідає концепції правового закону, не суперечить чинному законодавству та слугує орієнтиром для ухвалення норм твердого права;

– обґрунтовано поняття «валідність письмового акта м’якого права» під якою слід розуміти еквівалентність акта м’якого права загально-соціальним та спеціально-юридичним вимогам його створення і дії. Це сукупність характеристик та ознак наявність яких дозволяє відмежувати акт м’якого права від правових актів твердого права та передбачає наявність у такого акта наступних компонентів: дійсності – факт його реального існування (створення) задля реалізації узгоджених відносин способами які не забезпечені державними інструментами впливу, встановлення та актуальності строку дії; чинності – погоджені правотворцем(ями) умови забезпечення виконання та відсутність обов’язкової юридичної сили; дієвості – його ефективність, гнучкість,

затребуваність, здатність слугувати орієнтиром для створення норм твердого права; відповідності – письмова форма виразу (може бути офіційною та неофіційною), ухвалюється компетентним суб'єктом (публічно-правовим або приватноправовим), узгоджено порядок впровадження у дію; залежно від виду акта м'якого права обслуговується за належними процедурами (державні або недержавні процедури: реєстрації, збереження, упорядкування, модернізації (внесення змін), здійснення правової експертизи тощо);

– виокремлено спеціальні ознаки м'якого права, завдяки яким м'яке право постає особливою формою права, що розташовується у просторі перетину офіційного та неофіційного права, а саме: соціально значущі приписи засновані на належності в протизагуг дескрипціям, мають особливе середовище; творцем м'якого права виступає компетентний суб'єкт; орієнтовані на врегулювання узгоджених відносин визначеними способами; забезпечено організованими засобами контролю та/або стимулами до виконання; завжди недержавні інструменти забезпечення виконання; не суперечить чинному твердому праву; слугує орієнтиром для утворення норм твердого права;

– визначено перелік універсальних юридичних технологій створення актів м'якого права, до яких слід відносити: юридичні технології підготовки та узгодження змісту письмового акта м'якого права; юридичні технології встановлення правовідповідності письмових актів м'якого права;

удосконалено:

– низку авторських дефініцій таких базових категорій, як норма м'якого права, суб'єкт м'якого права, предмет м'якого права, правовідносини у сфері м'якого права;

– класифікацію актів м'якого права за наступними критеріями: сфера регулювання, суб'єкт створення, адресат впливу актів м'якого права;

– роль актів м'якого права в процесі становлення та розвитку нових сфер суспільного і правового життя, а саме через аналіз актів м'якого права, що були створені під час впровадження відновного правосуддя в країнах континентальної Європи;

– питання співвідношення м'якого права з суміжними категоріями: тверде право, офіційне право, неофіційне право, правові ідеї та правові принципи;

набули подальшого розвитку:

– сучасні підходи до розуміння права, які характеризуються плюралістичним поглядом щодо його форм, зокрема завдяки процесам монополізації участі держави у процесах правотворення та визнання існування шкали нормативності;

– питання особливостей правопорядку сучасної держави з огляду на затребуваність в існуванні, окрім твердого, м'яко-правового інструментарію для регулювання найбільш динамічних і значущих сфер суспільного та правового життя.

Практичне значення одержаних результатів. Дисертація має теоретико-прикладний характер, а її висновки й пропозиції становлять науковий та практичний інтерес і можуть бути використані:

– у науково-дослідницькій сфері – для подальшого вивчення механізму дії м'якого права, створення необхідної теоретичної бази та поглиблення уявлень щодо підвищення якості правових актів;

– у правотворчості – в процесі вдосконалення правотворчих процедур з урахуванням особливостей формалізації актів м'якого права;

– у навчальному процесі – при підготовці та проведенні занять з навчальних дисциплін «Теорії держави та права», «Проблеми теорії держави та права», «Юридична техніка й технологія», а також у процесі підготовки навчальної та навчально-методичної літератури із зазначених курсів;

– у практичній юридичній діяльності – в процесах підготовки, підписання та виконання різноманітних юридичних документів, пов'язаних зі сферою дії м'якого права.

Апробація результатів дисертаційного дослідження. Дисертацію обговорено на засіданні кафедри державно-правових дисциплін Міжнародного гуманітарного університету. Її положення, висновки та пропозиції доповідалися на конференціях: «IV Всеукраїнська мультидисциплінарна конференція

«Чорноморські наукові студії» (м. Одеса, 25 травня 2018 р.); «V Всеукраїнська мультидисциплінарна конференція «Чорноморські наукові студії» (м. Одеса, 17 травня 2019 р.); «V Всеукраїнська науково-практична конференція «Гуманітарний і інноваційний ракурс професійної майстерності: пошуки молодих вчених» (м. Одеса, 15 листопада 2019 р.); «VI Всеукраїнська мультидисциплінарна конференція «Чорноморські наукові студії» (м. Одеса, 15 травня 2020 р.); «VI Всеукраїнська науково-практична конференція «Гуманітарний і інноваційний ракурс професійної майстерності: пошуки молодих вчених» (м. Одеса, 13 листопада 2020 р.).

Публікації. Основні теоретичні та практичні результати дисертаційного дослідження знайшли відображення у 3 наукових статтях, 2 з яких опубліковано у наукових фахових виданнях, що входять до затвердженого переліку, 1 – у зарубіжному науковому виданні, а також у 5 тезах доповідей на науково-практичних конференціях.

Структура та обсяг дисертаційного дослідження зумовлені предметом, метою і завданнями дослідження та складається зі вступу, трьох розділів, що поділені на дев'ять підрозділів, висновків і списку використаних джерел. Обсяг основного тексту дисертації становить 180 сторінок, загальний обсяг – 217 сторінок, у тому числі список використаних джерел і літератури – 20 сторінок (219 найменувань).

РОЗДІЛ 1.

МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ М'ЯКОГО ПРАВА ЯК ЕЛЕМЕНТА СИСТЕМИ СОЦІАЛЬНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

1.1. Підходи, принципи та методи дослідження валідності та дії м'якого права

Виявлення належних підходів, принципів та методів, коректне розкриття та застосування термінів, понять і категорій, що складають методологічний інструментарій, передує та є обов'язковою умовою всебічного дослідження об'єкту пізнання. Так, методологія будь-якого наукового дослідження фактично визначає його напрямок і, як наслідок, увесь подальший шлях його розвитку.

Дуже слушним у цьому контексті є твердження Г. Гегеля, що «...пізнання котиться уперед, від змісту до змісту. Насамперед цей поступальний рух характеризується тим, що він починається з простих визначень і що наступні визначення стають дедалі багатшими і конкретнішими, оскільки результат містить у собі свій початок, і подальший рух цього початку збагатив його (початок) новою визначеністю. В абсолютному методі поняття зберігається у своєму інобутті, загальне – у своєму відокремленні, у судженні та реальності; на кожному щаблі подальшого визначення загальне підносить вище всю масу свого попереднього змісту і не тільки нічого не втрачає внаслідок свого діалектичного поступального руху, не тільки нічого не залишає позаду, але й несе з собою все набуте, збагачується й ущільнюється усередині себе»¹.

Отже не дивно, що проблема методології наукових досліджень завжди цікавила та продовжує цікавити науковців з огляду на її одвічну важливість для будь-якого наукового дослідження. Так, Б. О. Кістяківський підкреслюючи її виняткове значення визначає методологію як самосвідомість або совість науки: «Тільки це порівняння з самосвідомістю або совістю належно висвітлює

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права / пер. с нем. М.: Мысль, 1980. С. 92.

найбільш цінні риси методології. Риси ці полягають в оздоровлюючому самоаналізі та просвітлюючій самокритиці методології, в її непохитній рішучості відкидати все традиційне та освячене часом або авторитетом, якщо воно виявляється помилковим, нарешті, в її готовності йти абсолютно новими шляхами, лише би ці шляхи були правильними»².

П. М. Рабінович визначає методологію юридичної науки (у вузькому розумінні) як «систему підходів, методів і способів наукового дослідження, теоретичні засади їх використання при вивченні державно-правових явищ»³. На думку вченого, визначення стратегії юриспруденції передбачає залучення трьох загальнометодологічних постулатів: по-перше, об'єктивної зумовленості обраних методів дослідження його предметом; по-друге, необхідність встановлення єдиної істини, що перевіряється об'єктивним критерієм; по-третє, евристичними можливостями використовуваних підходів і методів⁴.

Зі свого боку М. С. Кельман наголошує, що «методологія є складним багатоплановим утворенням, яке охоплює проблеми структури юридичного наукового знання загалом і особливо його теорії, концепції, тенденції виникнення, функціонування і зміни наукового знання, а також його класифікації, типології, понятійний апарат методології та її наукову мову, структуру і склад методологічного підходу та інших наукових методів, що застосовуються в юридичній науці»⁵. Цілком підтримуємо визначення науковця, який пропонує розглядати методологію як «...вчення про структуру, логічну організацію, методи, засоби і форми діяльності дослідника у процесі пізнання ним досліджуваних явищ»⁶.

² Кистяковский Б. А. Методология и ее значение для социальных наук и юриспруденции. *Юридический вестник*. 1917. Кн. XVIII. С. 46.

³ Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави. Київ, 2001. С. 170.

⁴ Там само.

⁵ Кельман М. С. Юридична наука: проблеми методології : монографія. Тернопіль, 2011. С. 92.

⁶ Кельман М. С. Методологія сучасного правознавства: становлення та основні напрямки розвитку : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Львів, 2013. С. 44.

Вважаємо за доцільне погодитись також з висновками Д. А. Керімова, який зазначає, що «методологія як сукупність підходів, принципів, методів забезпечує правильне застосування понять і категорій у пізнанні, повинна відображати специфіку процесу пізнання, орієнтувати суб'єкта пізнання на те, як його необхідно проводити: які та в якій послідовності необхідно здійснювати процедури, які сторони досліджуваного поняття – джерел права, необхідно вивчати, а від яких можна абстрагуватись, як слід застосовувати у пізнанні теоретико-поняттєвий апарат, визначаючи найдоцільніший шлях досягнення об'єктивної істини»⁷. Так, належно визначений методологічний інструментарій є незамінним помічником та орієнтиром для суб'єкта пізнання на шляху досягнення своєї мети.

Поряд із цим важливо врахувати думку Н. М. Оніщенко, яка вказує, що «методологія права, будучи системною сукупністю особливих пізнавальних методів, засобів, прийомів вивчення держави і права, закономірностей їх виникнення та розвитку, базується на певних, притаманних їй принципах дослідження державно-правової дійсності»⁸.

Зі свого боку В. В. Дудченко зазначає: «...сучасна методологія є системою концептуальних підходів, загальнонаукових та спеціальних методів і засобів дослідження, а також знанням про закономірності їх застосування»⁹.

Неможливо також не погодитися з твердженням М. Г. Братасюк, що «...методологія правознавства, його окремих складових знаходиться у нерозривному зв'язку з домінуючими в суспільстві принципами правової доктрини, яка по суті й виконує функцію вихідних начал праворозуміння, закладає основи правового пізнання дійсності»¹⁰.

⁷ Керимов Д. А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права : монография. Москва, 2001. С. 70.

⁸ Теорія держави і права. Академічний курс : підруч. / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. Київ, 2006. С. 38.

⁹ Дудченко В. В. Традиція правового розвитку: плюралізм правових вчень : монографія. Одеса, 2006. С. 248.

¹⁰ Братасюк М. Г. Ціннісний підхід до права в контексті сучасної правничої методології. *Підприємництво, господарство і право*. 2005. № 11. С. 6.

Зі свого боку А. О. Фальковський доходить висновку, що «методологія сучасної юриспруденції є результатом дискурсу, в межах якого здійснюється процес взаємодії різноманітних когнітивних стратегій осягнення права, визначаються фундаментальні методологічні засади його пізнання»¹¹.

На окрему увагу заслуговує визначення методології, сформульоване О. Ф. Скакун: «...це система загальних підходів, принципів, методів, способів і засобів пізнання права і держави, реалізованих на основі знань про закономірності їх застосування за допомогою сукупності юридичних понять і категорій, а також вчення про теоретичні основи їх пізнавального використання»¹².

Отже, існують вузький та широкий підходи до розуміння методології юриспруденції. Згідно з широким підходом, методологія не розглядається суто як система принципів, підходів і методів (вузьке значення), але й як система знань про призначення та особливості їх застосування. Водночас для результатів дисертаційного дослідження поняття методології у цьому підрозділі розглядається саме у вузькому значенні й означає систему принципів, підходів, концепцій і методів, які використовуються задля визначення валідності та дії м'якого права.

Аналізуючи сучасні грані методологічного інструментарію вважаємо за доцільне звернутися також до обґрунтованої Ю. М. Оборотовим наукової позиції щодо методологічних складових загальнотеоретичної юриспруденції. На думку науковця, «...саме тут отримують закріплення два рівні сучасної юридичної методології, а саме концептуальний та інструментальний, – що дозволяє глибше проникнути в питання формування й використання методологічного арсеналу всієї юриспруденції. Також на цьому тлі розкривається зміна парадигм у вимірі права і держави, а плюралістична

¹¹ Фальковський А.О. Аксіологічний підхід в методології сучасної юриспруденції : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12. Одеса, 2011. С. 10.

¹² Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник / пер. з рос. Харків : Консум, 2001. С. 8.

картина правового і державного буття забезпечується різноманітням методологічних підходів в якості стратегій юридичних досліджень»¹³.

Так, розвиваючи вищезазначені положення, ми можемо дійти висновку, що вихідною методологічною засадою загальнотеоретичного аналізу валідності та дії м'якого права є принципи наукового пізнання.

У цьому контексті цілком підтримуємо думку Ю. О. Волошина, який при дослідженні принципів зауважував, що останні мають визначатися: «...по-перше, як основні засади, вихідні ідеї, котрі характеризуються універсальністю, загальною значущістю, вищою імперативністю і відображають суттєві положення теорії, вчення, науки, системи внутрішнього і міжнародного права, політичної, державної чи громадської організації; по-друге, вони є внутрішнім переконанням людини, що визначає її ставлення до дійсності, суспільних ідей і діяльності»¹⁴.

В основі методології дослідження теоретичних засад валідності та дії м'якого права лежать зокрема принципи: об'єктивності, історизму, плюралізму, міждисциплінарності. Використовуються наукові досягнення зі сфери філософії, теорії держави і права, історії держави і права, міжнародного права.

Принцип об'єктивності загалом передбачає дослідження об'єкту пізнання як такий, що існує поза і незалежно від суб'єкта і самого процесу пізнання. З цього принципу випливає методологічна вимога – будь-який об'єкт дослідження треба приймати таким, яким він є. Отже, отриманий результат дослідження повинен виключати будь-який прояв суб'єктивності. Слушно зазначає О. А. Івакін: «Головне в принципі об'єктивності – це спрямованість на те, щоб зрозуміти світ і будь-яку складову його частину такими, які вони були,

¹³ Методологія та інноватика загальнотеоретичної юриспруденції : монографія / Ю. М. Оборотов, А. П. Овчиннікова, В. В. Завальнюк [та ін.] ; за ред. Ю. М. Оборотова. Одеса, 2019. С. 6.

¹⁴ Волошин Ю. О. Принцип. *Юридична енциклопедія* : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (гол.) [та ін.]. Київ, 2003. Т. 5. С. 110.

є чи можуть бути... У цьому сенсі “суб’єктивність” як альтернатива об’єктивності – це альтернатива хибності знання його істинності»¹⁵.

У цьому дослідженні принцип об’єктивності відображає усебічність у вивченні важливих та другорядних ознак м’якого права. Особлива увага приділяється поєднанню наукового й ціннісного підходів під час дослідження аспектів валідності, дії м’якого права та фактичного впливу складових м’якого права на сучасну правову і соціальну реальність; надається пріоритет демократичним цінностям, які втілюють у собі сучасний рівень розвитку світової цивілізації.

Принцип історизму відображає послідовність розвитку правової думки щодо феномену м’якого права, а також в цілому реакцію правової доктрини на фактичний розвиток некласичних форм регулювання суспільних відносин, що швидко здобули вагомого значення та звання альтернативи традиційному жорстко-правовому типу регулювання, а як наслідок – трансформацію сучасної системи джерел права.

Погоджуємося з думкою Н. М. Оніщенко, що «...ґрунтуючись на принципі історизму, логічне дослідження права розкриває історичну повторюваність та загальні принципи їх розвитку. Тому будь-яке дослідження права у своїй основі має ґрунтуватися на єдності історичного й логічного»¹⁶.

Принцип плюралізму забезпечує можливість дослідження м’якого права як самостійної сукупності соціально значущих приписів, ознаки якого відповідають критеріям сучасного праворозуміння та яке здатне виступати альтернативою жорсткому праву у регулюванні соціальних відносин.

Значення цього принципу полягає в можливості використання різноманітних методів, концепцій і підходів з метою отримання всебічного розуміння найважливіших аспектів валідності та дії м’якого права, зокрема

¹⁵ Івакін О. А. Об’єктивність як неодмінний принцип пізнання. *Актуальні проблеми держави і права*. 2006. № 29. С. 99.

¹⁶ Оніщенко Н. М. Джерела права: теоретико-методологічні засади : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2009. С. 110.

впливу його складових на сучасну правову та соціальну реальність, і як результат, сформулювати його визначення та основні характеристики. Так, вбачається неможливим узагальнити та сформулювати визначення на підставі однорідних показників, тобто отриманих у результаті дослідження явища лише під одним кутом зору. Необхідно враховувати максимальну кількість наявних поглядів на проблему, яка підлягає розгляду, використовувати сукупність наявних підходів і методів з метою отримання повного та збалансованого результату.

У цьому контексті неможливо не зазначити думку С. Ф. Шевчука, що «динаміка розвитку сучасної науки потребує активного діалогу, різних позицій, різноголосся ідей, щоб відтворити складний і нестабільний світ»¹⁷.

Принцип міждисциплінарності формує можливість розширення дискурсу щодо встановлення цілісної та багатоаспектної загальної панорами розуміння ролі м'якого права у сучасній реальності.

Вважаємо за доцільне підтримати наукову позицію Т. Л. Тибайкіної, що «міждисциплінарність виражається в застосуванні ідей та результатів інших наук до досліджуваного питання, у порівнянні ряду фактів із різних наукових галузей в аналізі дискурсів різних наук та авторів. При цьому жодною мірою не повинні ігноруватися власне окремо наукові результати, які дозволяють досягти необхідної глибини аналізу і забезпечують наукову відкритість дослідження»¹⁸.

Враховуючи застосування сучасних принципів пізнання, особлива увага у дослідженні феномену м'якого права має бути приділена інтегративним процесам.

Так, вважаємо за необхідне зазначити думку Ю. М. Оборотова та М. І. Козюбри, що «...намагання запровадження засад філософії постмодернізму до юридичних досліджень із розумінням плюралістичності як

¹⁷ Шевчук С. Ф. Плюралізм у філософії та науці. *Молодий вчений. Філософські науки*. 2017. № 4 (44). С. 123.

¹⁸ Тибайкіна Т. Л. Міждисциплінарність як принцип сучасної теорії. *Українознавчий альманах*. Київ, 2013. Вип. 11. С. 281.

постулювання множинності світів, онтологічного різноманіття “початків” світу дістали свого вияву і в розумінні інших компонентів основ юридичної науки, зокрема у питанні праворозуміння»¹⁹. «Тип праворозуміння при цьому, виходячи із необхідності урахування відносності знання до позанаукових цінностей і орієнтацій суб’єкта, починає визначатися як зумовлений світоглядною позицією суб’єкта пізнання образ права»²⁰.

Отже, визнання існування концепції м’якого права, розкриття її змісту та особливостей можливо, зокрема, на тлі наукової позиції, до якої звертається Ю. М. Оборотов: «... наявність широкого спектру поглядів на право визнається прямим та необхідним наслідком використання некласичної методології і методології постмодернізму, за якого характерним є визнання “мозаїки” існуючого правового світу... Необхідно виробити інтегративне праворозуміння, в межах якого об’єднанню підлягатимуть окремі аспекти буття права, забезпечуючи тим самим синтез тих складових права, які позначаються різними, конкурентними науковими теоріями. Внаслідок такої інтеграції право має постати як багатоедна структура, а праворозуміння – як відображення аксіоматичних характеристик правової реальності»²¹.

У цьому контексті Ю. В. Цуркан-Сайфуліна констатує: «...інтегральні концепції праворозуміння пропонують нові підходи до досягнення зв’язку права і влади, базовані на теоріях дискурсу й комунікативності, в яких основна роль належить не інститутам, а суб’єктам і процесу пошуку раціональних підстав правового порядку. Така раціональність хоча й несе в собі загрозу прагматизації права в його взаєминах із владними інститутами, усе ж може бути обмежена шляхом розширення уявлень про критерії правової легітимності. Прагнення осмислювати право з погляду різних, часто навіть протилежних підходів веде до руйнації звичних конструкцій, відповідно до

¹⁹ Оборотов Ю. М. Філософія права і методологія юриспруденції. *Проблеми філософії права*. 2003. Том 1. С. 41.

²⁰ Козюбра М. Праворозуміння: поняття, типи та рівень. *Право України*. 2010. № 4. С. 14.

²¹ Оборотов Ю. М. Праворозуміння як аксіоматичне начало (постулат) права. *Право України*. 2010. № 4. С. 51.

яких право є окремою й автономною сферою суспільної практики, але при цьому дає змогу показати нові аспекти правового дискурсу, його формування на основі пошуку компромісу між необхідністю досягнення практичного результату й прагненням використовувати для цього систему належних інструментів, серед яких особливу роль відведено правовій нормативності»²².

Ідея інтегративної юриспруденції сформувалася приблизно в 60-х роках ХХ століття в США завдяки Дж. Холлу та Г. Берману, які обґрунтували вихідні положення та соціальну цінність зазначеного типу розуміння права. Так, у своїх вченнях Д. Холл прагнув створити єдине уявлення про право шляхом синтезу правових норм, правових процесів і моральних цінностей. Він запозичив з позитивістських і нормативістських теорій вчення про юридичні поняття і терміни, зі школи природного права – вчення про моральну цінність права, з соціологічної юриспруденції – теорію соціальних умов виникнення права і розуміння права в процесі його функціонування²³. Зокрема право, на думку науковця, – «це тип соціальної дії, процес, в якому норми, цінності та факти зростаються й актуалізуються»²⁴.

Отже, дослідження нових правових феноменів, зокрема м'якого права, на нашу думку, слід проводити з урахуванням здобутків інтегративного типу праворозуміння.

Водночас В. В. Дудченко нагадує, що «сучасна теорія права, поза сумнівом, вимагає від дослідників освоєння і застосування нових методологічних підходів»²⁵.

За визначенням Е. Г. Юдіна, методологічний підхід – це «принципова методологічна орієнтація дослідження, точка зору, з якої розглядається об'єкт

²² Цуркан-Сайфуліна Ю. В. Комунікативні теорії права в поясненні зв'язку влади й права. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2017. Вип. 5. С. 22–27.

²³ Мозоль Н. І. Сучасні концепції праворозуміння: поняття, характеристика та особливості. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 38.

²⁴ Hall J. Integrative Jurisprudence. N.Y. 1961. P. 8.

²⁵ Дудченко В. В. Концепт позитивізму в юриспруденції: генезис та обґрунтування. *Актуальні проблеми держави і права* : зб. наук. праць. 2005. Вип. 25. С. 6.

вивчення (спосіб визначення об'єкта), поняття чи принцип, що визначає загальну стратегію дослідження»²⁶.

А. Ф. Крижановський характеризує підходи як «...ракурси (в самому широкому розумінні) дослідницького бачення, а отже – і певні мисленнєві проєкції предмета пізнання, які кристалізують наукову стратегію досягнення права і правових явищ, тобто визначення в загальних рисах вектора і мети наукового дослідження, а також – його основних етапів і складових»²⁷.

Зі свого боку Г. О. Дубов зазначає, що «...розуміння місця методологічного підходу в структурі методології юридичних досліджень є досить суттєвим. По суті, за першого варіанту методологічний підхід виявляється підпорядкованим картині світу та філософським основам, які не включаються до його змісту, а представляють собою самостійні компоненти методології. У другому ж випадку методологічний (наукознавчий) підхід охоплює всі основи науки, повною мірою включаючи їх компоненти до свого змісту, являючи собою певний тип системи методології, побудованої виходячи із визначених онтологічних і гносеологічних засад. На нашу думку, саме використання другого варіанту розуміння поняття методологічного підходу дозволяє будувати юридичні дослідження, виходячи з позицій принципів плюралізму та додатковості, уникаючи при цьому еклектичного поєднання різнорідних початків та ідей, що погано узгоджуються між собою, в силу чого не відповідають вимогам, які висуваються до наукових теорій. Наведений висновок видається очевидним виходячи із того, що узгодження всіх без винятку компонентів основ науки є необхідною умовою для напрацювання адекватного методологічного інструментарію, уникнення застосування пізнавальних засобів, ідеалів і норм дослідження, що виходять із взаємовиключних онтологічних підстав. Саме завдяки визначеності щодо дисциплінарної онтології (картини світу) та філософських основ досліджень,

²⁶ Юдин Э. Г. Методология науки. Системность. Деятельность. Москва, 1997. С. 130.

²⁷ Крижановський А. Ф. Феноменологія правопорядку: поняття, виміри, типологія / Одес. нац. юрид. акад. Одеса : Фенікс, 2006. С. 23.

що має здійснюватися в межах окремих підходів, видається можливим здійснення цілісного пізнання досліджуваної дійсності, виходячи із заданих філософсько-світоглядних і ціннісних орієнтацій»²⁸.

Отже, сутність методологічного підходу не звужується лише до сукупності методів, а включає також компоненти більш загального порядку, які входять до основ юридичної науки.

Так, при дослідженні особливостей валідності та дії м'якого права важливим є використання герменевтичного підходу, основу якого складають принципи і методи тлумачення – як правових документів, так і наукових праць правників та інших вчених.

Інтерпретація як центральна категорія герменевтичного підходу в її тріадності процесу розуміння-тлумачення-застосування дає можливість розкрити порядок реалізації складових м'якого права та дослідити соціальну природу м'якого права.

Також вагомого значення під час розкриття предмету дослідження набуває використання системного підходу. Ми погоджуємося з таким загальним баченням системного підходу, як загальнонаукової орієнтації, що «виражається в прагненні побудувати цілісну картину об'єкта»²⁹. Зі свого боку І. В. Прангішвілі визначає системний підхід, як сукупність методів та засобів, що дозволяють досліджувати властивості, структуру та функції об'єктів, явищ або процесів, уявивши їх як системи з усіма складними міжелементними взаємозв'язками, взаємовпливом елементів на систему та навколишнє середовище, а також впливом системи на її структурні елементи³⁰.

Отже, системний підхід розглядає об'єкт не суто як сукупність його складових частин, але як їх систему, що знаходяться в органічній єдності та взаємодії. Він дає можливість провести всебічний аналіз складових частин

²⁸ Дубов Г. О. Становлення методології юридичних досліджень: особливості радянського та сучасного етапів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2014. С. 105.

²⁹ Блауберг И. В., Садовский В. Н., Юдин Э. Г. Системный подход в современной науке. *Проблемы методологии системного исследования*. М., 1970. С. 16.

³⁰ Прангишвили И. В. Системный подход и общесистемные закономерности. М., 2000. С. 22.

цілого. З огляду на те, що системні властивості об'єктів (явищ, процесів), сама система як цілісне утворення проявляють себе лише у взаємодії з середовищем, системний підхід розглядає систему не як таку, не саму по собі, а у зв'язку з навколишнім середовищем, на тлі якої та у взаємодії з якою функціонує система.

Так, системний підхід виходить з того, що «системний об'єкт принципово не може бути проаналізований, якщо при його аналізі абстрагуватися від його взаємодії із середовищем»³¹.

Системний підхід у дослідженні м'якого права, його валідності та дії, дозволяє визначити внутрішню структуру його складових, їх механізм та особливості дії як між собою, так і у взаємодії з іншими складовими правової реальності (актами твердого права та ін.). Більш того, системний підхід допомагає здійснити аналіз співвідношення м'якого права з суміжними категоріями: право, офіційне право, неофіційно право, правові принципи, ідеї тощо.

Окреме місце серед методологічного інструментарію дослідження посідає інституційний підхід. Інституційний підхід як спосіб осягнення правової реальності пов'язують з найважливішою характеристикою права – його системністю. Системність виступає невід'ємною частиною переважної більшості наявних правових явищ. Вона властива як самим правовідносинам, так і правовим нормам, що регламентують їх. Саме завдяки специфіці побудови системних зв'язків між правовими нормами у юриспруденції склався інституційний підхід до дослідження правових явищ, внаслідок якого з урахуванням предмета правового регулювання і нормативно-консолідуючих компонентів проводиться якісна характеристика правовідносин та їх окремих елементів³².

³¹ Уёмов А. И. Системный подход и общая теория систем. М., 1978. С. 366.

³² Курочкин А. В. Институциональный подход к правовым явлениям. *Ученые записки Казанского университета. Гуманитарные науки*. 2015. Т. 157, кн. 6. С. 65.

Методологічний потенціал інституційного підходу є вкрай необхідним при досягненні змісту м'якого права. Водночас необхідно констатувати притаманну системі м'якого права нелінійність та відкритість. Отже, мова йде про «різому» – дуже влучне поняття, що використовується для характеристики нелінійних динамічних систем у сучасній юриспруденції. Так, повністю погоджуємося з думкою Ю. М. Оборотова, що дуже влучним є «розгляд права як цілості з використанням поняття різоми, котре якраз фіксує позаструктурний і нелінійний спосіб організації цілості. Різома інтерпретується як приховане стебло, здатне розвиватися куди завгодно і набувати будь-яких конфігурацій. При цьому різомні сфери мають іманентний креативний потенціал самоорганізації»³³.

Надалі використання у цьому дослідженні ціннісного підходу дозволяє надати оцінку ефективності м'якого права та його складових, встановити їх роль в регулюванні суспільних відносин. Адже ціннісний підхід до права пов'язаний з намаганням знайти вище виправдання праву, він пов'язаний з вибором цілей у праві, коли цінність виступає як смисл, певний ідеал, остаточне обґрунтування для вибору. Цінності в праві виступають шкалою виміру самого права. Цінність дає змогу праву залишатися самим собою³⁴.

Так, ціннісний аналіз валідності та дії м'якого права має базуватися на урахуванні таких загальносоціальних потреб і інтересів, як свобода, обов'язок, справедливість, впорядкованість тощо.

Зі свого боку антропологічний підхід має визначальне значення для будь-якого правового дослідження, адже право неможливо розглядати окремо від людини, тобто сутність права нерозривно пов'язана з фундаментальними засадами людського життя та співжиття³⁵. Так, цілком погоджуємося з думкою

³³ Креативність загальнотеоретичної юриспруденції : монографія / Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, В. В. Дудченко [та ін.] ; за ред. Ю. М. Оборотова. Одеса, 2015. С. 15–16.

³⁴ Мишина И. Нравственные ценности в праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Екатеринбург, 1999. С. 43–44.

³⁵ Антропология права : навч. посіб. / В. І. Кушерець, В. М. Кравець, С. О. Мосьондз [та ін.] ; за ред. В. І. Кушереця. Київ : Знання України, 2011. С. 5.

В. М. Шаповала, що «...людина є не об'єктом, а суб'єктом соціальних дій, що через неї і для неї відбуваються всі навколишні трансформації, що вона – не механізм і не фактор, а істота, яка має розум і вільну волю, то така позиція буде більш сприятливою для розуміння сенсу права, удосконалення людини і суспільства»³⁶.

У цьому аспекті слід погодитися з позицією Т. О. Подковенко, яка обґрунтовує, що «...буття людини в світі права – ось що виступає надійним показником цивілізованості будь-якої правової системи. Обґрунтувати якісно нову парадигму правової науки під силу тільки такій методології, яка з одного боку не протистоїть ідеям та принципам суспільного життя, що перевірені тисячолітнім досвідом поколінь, а з іншого боку – прагне формувати нові пізнавальні інструменти та теоретичні дослідження... Прийшов час інтенсивної гуманізації нашої правової системи. Теоретично це досягається тим, що у предметне поле юридичної науки інтегрується людина як особистість, а право розглядається не просто як механічний регулятор суспільних відносин, що виконує свою інструментальну функцію управління суспільством через чітко встановлені дозволи та заборони, а як важливий феномен правової реальності, що виконує людинотворчу функцію»³⁷.

Нарешті вважаємо за доцільне виокремити діяльнісний підхід, який С. Д. Гусарев визначає як «...гармонійну сукупність установок, прийомів, ансамблів і методів, серед яких метод діяльності вважається провідним, а інші стосовно нього виконують обслуговуючу роль. Цей підхід дозволяє сконцентрувати увагу дослідника не тільки на проблемі власне діяльності, а й на інших явищах, у співвідношенні або взаємодії з якими знаходиться діяльність. Вивчаються аспекти включення конкретного виду діяльності до системи вищого рівня або віднесення її до певного типу соціальної діяльності

³⁶ Шаповал В. Н. Антропологічні виміри розвитку філософії права в Україні. *Проблеми філософії права*. 2003. Том 1. С. 130.

³⁷ Подковенко Т. О. Антропологічний підхід до права як основа юридичної науки. *Право і суспільство*. 2015. № 2. С. 34.

тощо (соціальне значення, обумовленість станом розвитку суспільних відносин, функціональне призначення діяльності або функції суб'єкта діяльності, взаємозв'язок функціонального призначення та структури, характеристика стану, визначення критеріїв ефективності, перспективи розвитку, взаємодії)»³⁸.

Завдяки діяльнісному підходу було визначено перелік універсальних юридичних технологій створення актів м'якого права.

Підходи та принципи наукового дослідження специфіки валідності та дії м'якого права конкретизуються у певних методах.

Як вважає В. І. Абрамов, «дослідникові треба пам'ятати, що комплекс застосовуваних методів дослідження має бути достатньо сталим та переконливим, щоб використання додаткових прийомів і способів не могло вплинути на основні результати наукового пошуку»³⁹.

С. Д. Гусарев визначає метод як «спосіб відображення і відтворення в мисленні досліджуваного предмета»⁴⁰.

Отже, система методів дослідження є тією ґрунтовною базою, яка забезпечує всебічність і послідовність здобутих результатів. Як зазначає Н. М. Оніщенко, «система методів, у сукупності з іншими спеціальними засобами і прийомами пізнання тих або інших правових явищ, є складним утворенням, дослідницьким інструментарієм усієї юридичної науки, її методологією»⁴¹.

Відповідно до встановлених підходів та на основі заявлених принципів у процесі дослідження використовувалися такі групи методів: загальні методи мислення та теоретичного пізнання; загальнонаукові методи (теоретичні та

³⁸ Гусарев С. Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні аспекти : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2007. С. 64.

³⁹ Абрамов В. І. Духовність суспільства: методологія системного вивчення : монографія. Київ, 2004. С. 184.

⁴⁰ Гусарев С. Д., Тихомиров О. Д. Юридична деонтологія (основи юридичної діяльності) : навч. посіб. 2-ге вид., перероб. Київ, 2005. С. 62.

⁴¹ Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. Київ, 2006. С. 17.

емпіричні); конкретно-наукові методи (застосовуються окремими групами наук); спеціальні методи (використовуються конкретно наукою).

Розкриття валідності та дії м'якого права, на нашу думку, має засновуватися на використанні різноманітних методів. Зокрема можна виділити наступні загальні методи мислення: діалектика, аналіз, синтез, абстрагування, узагальнення, індукція, аналогія, моделювання.

Діалектика дозволяє розкрити протиставлення універсалій і конкретностей, причин і наслідків, ідеї суспільного цілого і його частин у становленні та розвитку феномену м'якого права, для аналізу категоріальних переходів «належне-сущє», «сутність-існування», «абстрактне-конкретне». Варто також зазначити твердження М. В. Костицького, який вважає категорії діалектики «універсальними логічними формами мислення, в яких відображені ті загальні властивості, відношення і зв'язки, які існують в об'єктивній реальності. Без понять і категорій пізнання дійсності було б неможливим»⁴².

Діалектичний метод пізнання дозволяє насамперед дослідити природу м'якого права. Дослідження м'якого права також не є можливим без визначення його взаємозв'язку та взаємодії з жорстким правом, що дає змогу пізнати саме діалектичний метод.

Аналіз можливо визначити як уявне розчленовування цілісного предмета (з метою його вивчення) на складові (сторони, ознаки, властивості або відношення). Цей метод дає змогу виокремити ознаки, властивості, загальні та особливі характеристики м'якого права та його складових.

Надалі синтез, що являє собою з'єднання раніше виділених частин, ознак, властивостей, дає змогу поєднати зазначені елементи та визначити місце складових м'якого права в сучасній системі джерел права.

Метод абстрагування, тобто виділення властивостей і відношень досліджуваного явища, до яких суб'єкт виявляє інтерес, а також одночасне відсторонення від інших властивостей і відношень, у результаті чого

⁴² Костицький М. В. Про діалектику як методологію юридичної науки. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2012. № 1. С. 15.

утворюються різноманітні абстракції – поняття, категорії, юридичні конструкції. Використання цього методу забезпечує формування певних узагальнень і теоретичних визначень окремих аспектів м'якого права.

Узагальнення – встановлення загальних властивостей і ознак об'єктів шляхом переходу від конкретного поняття чи судження до більш загального. Цей метод використовується для розширення знань щодо таких понять, як право, валідність, правовий акт, акти м'якого права тощо. Узагальнення зокрема дозволяє визначити основні проблеми та вектори розвитку у забезпеченні належного здійснення регулювання відносин за допомогою м'якого права.

Індукція являє собою формування загального висновку на підставі конкретних посилок. На основі цього методу формулюється, зокрема, визначення м'якого права, актів м'якого права та валідності тощо.

Зі свого боку аналогія передбачає формулювання висновку про подібність об'єктів за одними ознаками на основі їх подібності в інших ознаках. Застосування цього методу дає змогу, зокрема, віднести акти м'якого права до правових актів, виокремити певні види юридичних технологій створення актів м'якого права тощо.

Нарешті моделювання, тобто вивчення об'єкта шляхом створення та дослідження його моделі, яка за своїми властивостями відтворює властивості об'єкта, що досліджується. У нашому випадку метод моделювання використовується для напрацювання критеріїв класифікації актів м'якого права.

Так, наведені загальні методи пізнання застосовуються упродовж усього дослідницького процесу, за їх допомогою виявляємо об'єктивні закономірності, загальні та особливі ознаки, вихідні характеристики м'якого права.

Під час дослідження валідності та дії м'якого права застосовуються також і міждисциплінарні методи (методи окремих наук), зокрема соціологічний, історико-правовий, аксіологічний.

Соціологічний метод застосовується при встановленні конкретних соціальних фактів і вимог формування та подальшого розвитку м'якого права.

Історико-правовий метод використовується для вивчення історичного розвитку формування концепції м'якого права, виявлення основних закономірностей та випадковостей її становлення. Завдяки йому можна дослідити генезу поняття «м'яке право» та проаналізувати позиції науковців щодо концепції валідності, змін у наукових підходах до визначання цих понять із плином часу.

Слід зауважити, що лише науково обґрунтований розподіл історико-правового матеріалу, відповідне методологічне забезпечення періодизації сприятимуть виробленню уявлення про основні закономірності становлення концепції м'якого права. Значущість періодизації суспільних процесів підкреслює також О. Н. Ярмиш. На думку науковця, найбільш важливою для будь-якої науки, пов'язаної з історичним розвитком соціальних процесів, є саме проблема наукової періодизації: «...історія держави і права як відображення реальних соціальних процесів і на субстанційному, і на функціональному, і на атрибутному рівнях відзначається сутнісним, змістовним поєднанням безперервності, єдиного потоку, а також дискретності, діалектики, еволюції та реформаторства. ...Найбільш виразним виявом цієї дискретності є проблема наукової періодизації. Вона залишається одним з найбільш принципових моментів, що відображають загальні підходи методології»⁴³.

Аксіологічний метод слугує засобом обґрунтування важливості закріплення використання актів м'якого права та доцільності їх консолідації для розроблення стандартів правового регулювання.

Водночас при дослідженні м'якого права мають використовуватися й спеціально-наукові методи юридичних наук, а саме: юридичної герменевтики, порівняльно-правовий, формально-догматичний (юридичний).

Метод юридичної герменевтики застосовується для дослідження особливостей розуміння і тлумачення м'якого права та його складових в різні історичні періоди, з урахуванням підходів різних шкіл розуміння права.

⁴³ Ярмиш О. Актуальні проблеми історико-правових досліджень в Україні. *Вісник академії правових наук*. 2003. № 2–3 (33–34). С. 162.

М. Пате́й-Братасюк зазначає: «...представники герменевтичного підходу акцентують не так на поясненні права як того, що вже є, існує і лише треба пояснити його причинно-наслідкові обумовленості, як на феномені розуміння, причому будь-який дослідник у цій галузі формує своє розуміння феномена права, виходячи із попереднього досвіду, думки, передрозуміння, що виростає з визначеної наукової традиції, повсякденного досвіду, виховання, спілкування, культури тощо»⁴⁴.

Формально-догматичний метод активно використовується при аналізі положень правових актів щодо встановлення особливостей юридичної композиції м'якого права та порядку її відображення. Цей метод дозволяє досягнути догму права, його внутрішню та зовнішню форму, їх взаємозв'язок і залежність.

На думку О. Ф. Скакун, «аналіз джерел права, формальної визначеності права, порядку систематизації нормативного матеріалу, правил юридичної техніки є проявом цього методу»⁴⁵.

Завдяки застосуванню цього методу стає можливим трансформувати окремі правові положення в поняття, категорії та юридичні конструкції, здійснити їх тлумачення, класифікацію та типологізацію.

Порівняльно-правовий метод уможливорює провести порівняльне зіставлення юридичних понять, явищ і процесів щодо фіксації положень м'якого права у відповідних актах різних держав, а також зіставити юридичні технології створення таких актів.

Цей метод є одним із важливих засобів вивчення правових явищ. Завдяки його застосуванню стає можливим виявити загальне, особливе й одиничне в правових системах сучасності. Так, завдяки порівняльно-правовому методу стає можливим порівняти особливості застосування актів м'якого права в різних сферах суспільного життя та, як наслідок, дослідити їх роль щодо впорядкування суспільних відносин.

⁴⁴ Пате́й-Братасюк М. Г. Філософія права : навч. посібник. Тернопіль, 2006. С. 15.

⁴⁵ Скакун О. Ф. Теорія права і держави : [підручник]. Київ : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. С. 15.

М. Р. Аракелян зазначає, що «порівняння служить постійним елементом всіх форм пізнання. Порівняльно-правовий метод є багатофункціональним, оскільки він застосовується й на теоретичному, й на емпіричному рівнях пізнання. До того ж, характерним для нього є оціночний підхід. Саме оцінка є суттєвим і необхідним елементом будь-якого порівняння»⁴⁶.

Із урахуванням розвитку суспільних відносин сучасності в процесі дослідження м'якого права слід також використовувати інформаційний метод.

Інформаційний метод дає змогу дослідити в інформаційному контексті процеси і явища, що входять до об'єкта дослідження, виявити нові якості, що впливатимуть на розуміння їх сутності, можливі напрями розвитку на підставі уявлень дослідника про загальні властивості та закономірності інформаційних процесів.

Інформаційний метод орієнтує на аналіз дотримання балансу інтересів людини, суспільства, держави в інформаційній сфері. Дозволяє визначити межі вільного та обмеженого доступу до інформації, повноту та безперервність обігу інформації. Надає можливість обґрунтування основних концепцій і перспектив розвитку сучасних правових явищ, зокрема м'якого права.

Проведення повноцінного, всебічного, завершеного та методологічно вивіреного дослідження природи м'якого права є запорукою вірного визначення сутності цього правового феномену, встановлення його ролі в регулюванні суспільних відносин, ідентифікації серед інших понять теорії права та явищ правової реальності.

Аналіз основних принципів, підходів і методів дослідження теоретичних засад валідності та дії м'якого права свідчить про те, що сучасні наукові дослідження мають проводитися з урахуванням багатогранності правових явищ і процесів, традицій та інновацій, в тому числі й у сфері методологічного інструментарію, який використовується для розкриття встановлених завдань. Такий плюралізм щодо методологічного інструментарію є базовою засадою

⁴⁶ Аракелян М. Р. Правозахисна діяльність адвокатури: теоретико-правовий ракурс : монографія. Одеса : Фенікс, 2018. С. 75.

отримання всебічно обґрунтованої інформації стосовно м'якого права, його складових, перспектив його розвитку та впливу на сучасну правову та соціальну реальність.

1.2. Постмодерна гносеологія та сучасні підходи до розуміння права

Перш ніж розглянути поширені в сучасному правовому дискурсі підходи до розуміння права, вважаємо за необхідне звернути увагу на визначальні у контексті виникнення м'якого права ознаки відповідної епохи постмодерну.

Так, у своїй праці «М'яка логіка»⁴⁷ Джозеф Грунфельд визначає м'якість однією з визначальних рис постмодерної епістемології. На його думку, м'яка логіка зіграла значну роль у науковій та математичній думці. А м'яка чутливість та м'яка евристика пронизують філософію, естетику та мистецтво.

Юристи також беруть участь у пошуках м'якості. «У публікаціях західних авторів термін м'якість використовується для характеристики найрізноманітніших феноменів – права, політики, управління, контролю, примусу, арбітражу, відповідальності, корпоративної діяльності тощо»⁴⁸, – зауважує О. В. Демін у своїй монографії, що присвячена дослідженню м'якого права. Однак така тематика набула поширення здебільшого в західноєвропейській доктрині. У цьому контексті вважаємо актуальним та необхідним проведення комплексних теоретико-правових досліджень нових феноменів, переосмислення традиційних концепцій в рамках української доктрини права з огляду на сучасну правову та соціальну реальність.

Тут варто згадати статтю Гюнтера Тойбнера, присвячену дослідженню процесів глобалізації права, де він відповідає на своє ж слушне запитання: «Але м'якість – це вада чи перевага? Знову ж таки, ми маємо і розглядати це не як недолік, а як типову характеристику глобального права. Вона компенсує відсутність забезпечення можливості глобального примусу; вона робить це право більш гнучким та пристосованим до мінливих обставин; вона робить його більш придатним для глобальної уніфікації права. І робить його відносно стійким до символічного руйнування у разі недотримання. Стійкість (або

⁴⁷ Grunfeld J. *Soft Logic: the Epistemic Role of Aesthetic Criteria*. 2000. 565 p.

⁴⁸ Демин А. В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования : монография. Москва : Проспект, 2017. 240 с. URL: <https://read.amazon.com/?asin=B0153GIJ3K&language=en-US>

стабільність. – Г. Г.) впливає з м'якості»⁴⁹. Не викликає сумніву, що сучасній соціальній та правовій реальності притаманне існування та розвиток відносин, що характеризуються певною м'якістю. Тобто такі відносини вже певний час діють у практичному вимірі. Так, ознаки цієї м'якості складають дзеркальне відбиття ознак класичного твердо-правового регулювання. У зв'язку з цим, окрім теоретичного переосмислення усталених концепцій та розроблення нових інструментів впливу на сучасну правову реальність, вважаємо за необхідне проведення глибокого аналізу та досліджень у сфері філософії права, зокрема змісту, причин та наслідків фактичного розвитку, свідомого вибору суспільства м'яко-правових засобів регулювання.

Разом з тим Жан д'Аспремон зазначає, що за останні десятиліття теорія м'якості саме міжнародного права набула в правовому дискурсі значної популярності: «Її прихильники стверджують, що не тільки право виявилось м'яким, але і управління, законодавство, міжнародні організації, правозастосування і навіть – з критичної правової точки зору – міжнародно-правові аргументи. Загальна ідея м'якості зазвичай спирається на припущення, що бінарна природа права погано підходить для врахування зростаючої складності сучасних міжнародних відносин, і що для регулювання багатовимірних проблем сучасного світу необхідні додаткові нормативні інструменти»⁵⁰. Отже, зазначена неспроможність класичного позитивістського праворозуміння відповісти на сучасні виклики правового та суспільного життя і зумовлює актуальність цього дисертаційного дослідження, націленого зокрема на пошук та розкриття так необхідної сучасному світу м'якості та гнучкості у вигляді феномену м'якого права.

Так, іншою рисою постмодерної гносеології, що робить існування м'якого права концептуально прийнятним, є поширення плюралістичного підходу, який

⁴⁹ Teubner G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. *Global Law Without a State*. Dartmouth, 1997. P. 16.

⁵⁰ Aspremont de J. Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials. *European Journal of International Law*. 2008. Vol. 19, № 5. P. 1076.

проголошує множинність форм права та заперечує визначення права виключно як результат державної діяльності.

Початковою ідеєю плюралізму, на думку французького дослідника Арно ван Вайенберге, є реакція його прихильників проти правового монізму та засудження націоналізації права. Для плюралістів монізм є елементом, який небезпечно підтримує верховенство держави та ігнорує складність суспільних взаємодій, який надає суспільству, його політичній організації та його законам цілісне, однорідне та інтегроване обличчя. Іншими словами, плюралісти оскаржують ідею, що право є лише державним явищем, і відмовляються систематично надавати перевагу державному законодавству над іншими суспільними нормами⁵¹.

На думку Джона Гріффітса, правовий плюралізм – це «стан у будь-якому соціальному полі, коли поведінка відповідає більш ніж одному правопорядку»⁵². Англійський науковець у своєму дослідженні виокремлює «сильну» та «слабку» моделі правового плюралізму. Так, «сильна» модель відображає взаємодію різних але рівних правових систем, а «слабка» передбачає домінування одного із співіснуючих правових порядків⁵³.

«Важливою складовою концепції правового плюралізму є твердження про «неурядові» соціальні мережі, котрі генерують обов'язкові норми. Під ними розуміють громаду, село, діаспору, корпорацію та ін.»⁵⁴, – зазначає у своєму дослідженні правового плюралізму С. В. Бірюков, посилаючись на думки Б. Т. Таманаха. Отже, правовий плюралізм, на думку науковця, є «така ситуація, коли в суспільстві діє кілька систем права, що конкурують, такий стан речей, при якому поведінка відповідає більш ніж одному правопорядку»⁵⁵. Так, наприклад, на міжнародному рівні сьогодні ми можемо спостерігати величезну

⁵¹ Van Waeyenberge A. Mapping Global Legal Pluralism. *Journal of legal pluralism and unofficial law*. 2015. P. 2. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3617715>

⁵² Griffiths J. What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism*. 1986. Nr. 24. P. 2.

⁵³ Там само. P. 5.

⁵⁴ Бірюков С. В. К вопросу о правовом плюрализме. *Журнал российского права*. 2016. № 2. С. 17.

⁵⁵ Там само.

кількість акторів, які відіграють все більш важливу роль на міжнародній арені: міжурядові організації, неурядові організації, професійні об'єднання, бізнес-асоціації, транснаціональні корпорації та змішані структури, до складу яких входять члени різних спільнот.

Сьогодні держави все частіше мають поділяти свої владні повноваження, в тому числі у сфері правотворення, з новими акторами. Саме з такого твердження починає свою статтю щодо ролі м'якого права в праві ЄС Улріка Мьорт, посилаючись на велику кількість праць з цього приводу: «Державні суб'єкти мають ділитися повноваженнями з міжнародними організаціями, з одного боку, та з транснаціональними компаніями та представниками громадянського суспільства, з іншого. Повноваження знаходяться не тільки в уряді – традиційній системі наказів і контролю – але й в управлінні. Традиційна влада характеризується пануванням ієрархії та монополії для тих, хто встановлює правила, які в більшості випадків є державними та іншими публічними суб'єктами. Управління ґрунтується на кількох органах влади, які не обов'язково є державними та орієнтованими на державу, і які базуються на плавній системі розподілу влади. У системах уряду право є твердим, тоді як у системах управління – м'яким»⁵⁶.

В науковій доктрині сучасний надзвичайно фрагментований і м'який світовий порядок також часто порівнюють із середньовічним плюралізмом. Наприклад, О. В. Демін, посилаючись на думки Г. Тойбнера, зауважує, що правовий плюралізм і сьогодні включає множинність суб'єктів правотворчості та правових масивів. Різні глобальні соціальні підсистеми розвиваються за своїми власними законами, у відносній ізоляції від держави. А динамічне існування м'якого і глобального торгового права, спортивного права, кіберправа, права соціального забезпечення і навіть туристичного права

⁵⁶ Mörth U. Soft Law and New Modes of EU Governance – A Democratic Problem? 2005. P. 2. URL: http://www.mzes.unimannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/Papers_Soft%20Mode/Moerth.pdf

характеризує епоху постмодерну⁵⁷. Варто зазначити, що згадане порівняння сучасного та середньовічного плюралізму, як правило, аргументується в науковій доктрині фактичністю правотворення, існуванням *lex mercatoria* та рухом суспільства у напрямку права без держави. У цьому контексті та для результатів нашого дослідження вважаємо за доцільне розглядати сучасний плюралістичний правопорядок відособлено від середньовічного, визнаючи притаманні йому особливості.

Так, сьогодні держава все ж лишається важливим простором у загальносвітовому ландшафті, де взаємодіють недержавні, локальні та інші глобальні актори й утворюються численні союзи. Дуже слушно з цього приводу висловлюється А. Вайєнберге: «Плюралісти не заперечують значення державного права, а натомість визначають сфери суспільства, де воно не застосовується або застосовується лише частково – загалом, де існують альтернативні нормативні цінності, які або конкурують з національним законодавством, або взагалі замінюють його»⁵⁸.

Водночас правотворча діяльність нових акторів сьогодні виглядає скоріше як високоорганізований гібридний процес прийняття рішень, що більше нагадує процес створення джерел твердого права, ніж середньовічне спонтанне та фактичне заповнення прогалів у правовому регулюванні.

Зі свого боку американська дослідниця Анна ді Робілан, розглядаючи сучасну реальність, що зазнала впливу глобалізаційних процесів, згадує глобальний правовий плюралізм як джерело свободи та ефективності. Глибоко органічний за своєю суттю, він виконує зрештою соціально-захисну функцію. Численні масиви м'якого права описуються в технічних, функціональних і аполітичних термінах. У той час як їх спонтанна природа сприймається як

⁵⁷ Демин А. В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования : монография. Москва : Проспект, 2017. 240 с. URL: <https://read.amazon.com/?asin=B0153GIJ3K&language=en-US>

⁵⁸ Van Waeyenberge A. Mapping Global Legal Pluralism. *Journal of legal pluralism and unofficial law*. 2015. P. 2. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3617715>

ознака результативності та ефективності, самовідтворювальний характер м'якого права розглядається як гарантія свободи і автономії⁵⁹.

Ми цілком погоджуємося з думкою О. П. Некрасова, який вбачає теоретичну та практичну цінність плюралістичного погляду в підтвердженні різноманітності правової реальності, замість лише стандартизації та уніфікації державою правил поведінки⁶⁰.

У своєму дослідженні ролі м'якого права в глобальному інформаційному суспільстві О. В. Кирилюк також зазначає: «...з появою транснаціонального права правотворчість перестає бути виключним правом держав. Велика кількість міжнародних документів з питань інформаційного суспільства була розроблена та прийнята за участі недержавних акторів. При вирішенні інфраструктурних питань організації Інтернету позиція суверенних держав не є головним пріоритетом. Так, ІКАНН (Інтернет-корпорація з присвоєння імен та номерів. – Г.Г.), будучи приватною структурою, зареєстрованою за законодавством штату Каліфорнія, приймає обов'язкові до виконання норми. При цьому відповідальність покладається на національних реєстраторів. Така впливовість приватної компанії підриває класичну ідею верховенства суверенних держав»⁶¹.

У зв'язку з цим зовсім не дивно, що фоном стрімкого розвитку м'якого права слугує саме плюралістичний світ глобальних ринків, багатонаціональних корпорацій, неурядових організацій, агенцій та інших юридично неофіційних, але при цьому авторитетних, суб'єктів правотворчості.

Отже, яке місце м'яке право посідає в сучасних концепціях праворозуміння? Основою однозначного поділу поглядів юридичної спільноти з цього питання є вихідне розуміння та ставлення до права як такого. Грег Вікс

⁵⁹ Robilant di A. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54. № 3. P. 514.

⁶⁰ Некрасов А. П. Концептуальные и методологические аспекты феномена «плюрализм». *Вектор науки Тольяттинского государственного университета*. 2013. № 1. С. 214.

⁶¹ Кирилюк О. В. М'яке право як нормативна основа глобального інформаційного суспільства. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2015. Вип. 125 (ч. 1). С. 110.

справедливо зазначає: «М'яке право звучить чітко як оксюморон: якщо воно м'яке, то як воно може бути правом?»⁶². Таке питання є першочерговим і очевидним для прихильника концепції юридичного позитивізму, що домінувала в правовому дискурсі значний проміжок часу.

А. Робілан вважає, що сьогодні саме соціологічні підходи виявились найбільш придатними для вивчення режимів м'якого регулювання та правового плюралізму. Науковці соціологічного вчення права присвятили багато зусиль емпіричному та концептуальному аналізу м'якого права та правового плюралізму⁶³. Такої ж думки дотримується Маттіас Голдман – що соціологічні підходи можуть створити умови для проведення більш тонких класифікацій і типологій м'якого і твердого права, ніж юридичний позитивізм, оскільки вони зосереджені на соціальній реальності та наслідках дії норм, а не на формальних характеристиках⁶⁴.

Зокрема, Ю. В. Цуркан-Сайфуліна дуже слушно констатує: «Соціологізм в основі праворозуміння зміщує акцент з абстрактних ідеалів і нормативно-правових текстів у площину конкретного, динамічного функціонування права, його дії в реальному житті, насамперед у правовідносинах та юридичних рішеннях, без чого ідеали і юридичні тексти перетворюються на декларації та перестають бути правом. За соціологічним підходом ефективність реалізації норм права безпосередньо залежить від того, наскільки відповідає правова норма уявленням людей про те, якою повинна бути ця норма (у зарубіжній літературі це називається правовим очікуванням)»⁶⁵.

⁶² Weeks G. The Use and Enforcement of Soft Law by Australian Public Authorities. *Federal Law Review*, Forthcoming. 2014. Vol. 42, № 1. P. 1.

⁶³ Robilant di A. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54. № 3. P. 500.

⁶⁴ Goldmann M. We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law. *Leiden Journal of International Law*. 2012. Vol. 25, № 2. P. 352.

⁶⁵ Цуркан-Сайфуліна Ю. В. Влада права як фактор його ефективності в соціологічному праворозумінні. *Приватне та публічне право*. 2017. № 4. С. 13.

Загалом Грегорі Шефер і Марк Полак виділяють три підходи правознавців, що найчастіше зустрічаються в юридичній літературі при дослідженні м'якого права:

- юридичний позитивізм, що передбачає чітке розмежування м'якого і твердого права на основі бінарної дихотомії «обов'язкове та необов'язкове»;
- конструктивізм, який розглядає притаманну праву м'якість або твердість як вторинну проти його соціальних ефектів;
- раціоналістичний інституціоналізм, що характеризується багатовимірним підходом до м'якого і твердого права⁶⁶.

Для результатів цього дисертаційного дослідження має значення розкриття кожного із наведених підходів. Логіка юридичного позитивізму хоча й заперечує концептуальну можливість визнання м'якого права, перетворюючи його на оксюморон, уявляє вагомий інтерес для розкриття усталених базових концепцій, які, можливо, потребують здійснення критичної реконструкції з огляду на сучасні трансформаційні процеси в усіх сферах правового та соціального життя. А розкриття ідей соціологічних підходів є безпосередньо відправною точкою для подальшого дослідження нових парадоксальних феноменів, зокрема м'якого права, його валідності та дії.

Отже пропонуємо спочатку розглянути основні постулати позитивістів, яким притаманна ідея повного формалізму та властивість норми саме юридично зобов'язувати адресата. Так, Лазло Блутман виступає за те, що право значною мірою і є формалізмом, завдяки чому воно і може виконувати свою функцію верховенства і забезпечувати нормативну визначеність⁶⁷. Необхідність чіткого розмежування природи права від моралі, політики або інших нормативних чи соціальних інститутів – є також ключова ідея юридичного позитивізму. Цілком очевидно, що квазіправові норми, до яких прихильники

⁶⁶ Shaffer G., Pollack M. A. Hard and Soft Law: What Have We Learned? *Minnesota Legal Studies Research Paper*. 2012. № 12–17. P. 2.

⁶⁷ Blutman L. In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly*. 2010. Vol. 59, № 3. P. 616.

позитивізму і відносять м'яке право, виходять за рамки предмету юридичної науки.

Будь-яка норма або є частиною права (що має юридично обов'язкову силу), або залишається в півтіні політики та моралі. Нормативність права, тобто юридична обов'язковість, не може мати ступеня: всяке розпорядження є юридично обов'язковим чи ні. Як зазначає Лео Гросс, «Законність подібна чесноті в тому, що вона – не питання ступеня»⁶⁸. У цьому контексті Ентоні д'Амато вважає, що міжнародне право здатне виконувати функції з формування стійкого світопорядку саме тому, що воно має обов'язкову силу закону, тобто є твердим правом⁶⁹. Такої ж позиції в зазначеному питанні дотримується і французький вчений Проспер Вейл: «Піддатися необачній спокусі занадто витонченими нюансами та втратити доктринальну основу – загрожує ризиком невблаганного дрейфу нормативної системи міжнародного права в сторону відносного і випадкового»⁷⁰. Однак у цьому контексті вважаємо за доцільне зазначити, що міжнародне право не знає універсальної системи централізованого примусу як такої, а безліч міжнародно-правових договорів передбачають як єдино можливий засіб вирішення спорів – проведення різного роду консультацій і переговорів, що і є однією з ключових особливостей м'якого права.

Як обов'язковий атрибут юридичної науки та практики П. Вейл розглядає спрощення правової реальності, навмисну відмову від визначення тонкої специфіки окремих ситуацій, їх узагальнення. На його думку, чіткі дихотомічні зв'язки («правове і неправове», «законне і незаконне», «обов'язкове і необов'язкове») об'єктивно підвищують ефективність і результативність

⁶⁸ Gross L. Problems of International Adjudication and Compliance with International Law: Some Simple Solutions. *American Journal of International Law*. 1965. Vol. 59, № 1. P. 56.

⁶⁹ D'Amato A. Softness in International Law: A Self-Serving Quest of New Legal Materials: A Reply to Jean d'Aspremont. *Faculty Working Papers*, 2010. P. 89. URL : <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1088&context=facultyworkingpapers> (дата звернення: 01.09.2021).

⁷⁰ Weil P. Towards Relative Normativity in International Law? *American Journal of International Law*. 1983. Vol. 77, № 3. P. 441.

юридичної діяльності. На думку вченого, використання м'якого права «може дестабілізувати всю систему міжнародного права і перетворити її на інструмент, який більше не зможе служити своїй меті»⁷¹.

Обґрунтовуючи також зайвість існування концепції м'якого права, Л. Блутман стверджує, що держави не відчують себе зобов'язаними дотримуватися м'якого законодавства. А за умови визнання м'якого права, його буде складно відрізнити від інших необов'язкових норм та, як наслідок, неформалізоване, на думку науковця, м'яке право несумісне з ідеєю права взагалі⁷². Цілком очевидно, що представники соціологічного розуміння права знайшли б відповідні аргументи до кожного із зазначених тверджень. Так, ставлення держави до виконання своїх обов'язків безпосередньо залежить саме від ступеня реального соціального значення результату. Складнощі відокремлення м'якого права від інших необов'язкових норм можна вирішити шляхом встановлення чітких формальних чи процедурних стандартів м'якого права. Нарешті, представники юридичного позитивізму, зокрема бінарного підходу, не помічають досить високого ступеня формалізації більшої частини актів м'якого права, які все частіше нагадують акти твердого права саме за формальними ознаками.

У цілому прихильники бінарного підходу визначають концепцію м'якого права як зайву та надуману. Вони виступають за те, що тверде право володіє всіма необхідними можливостями, які зазвичай приписують м'якому праву, включаючи інтерпретацію нормативних текстів та заповнення прогалін. А на думку Яна Клабберса, тверде право «може охоплювати різноманітні «відтінки сірого», не втрачаючи своєї бінарної природи»⁷³. Що, на нашу думку, також нагадує оксюморон.

⁷¹ Weil P. Towards Relative Normativity in International Law? *American Journal of International Law*. 1983. Vol. 77, № 3. P. 423.

⁷² Blutman L. In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly*. 2010. Vol. 59, № 3 P. 615.

⁷³ Klabbbers J. The Redundancy of Soft Law. *Nordic Journal of International Law*. 1996. Vol. 65, № 2. P. 181.

Отже, припускаючи чітке розмежування правових і неправих регуляторів, визнаючи лише право і не право, бінарний підхід у рамках юридичного позитивізму безпосередньо заперечує необхідність формулювання якихось проміжних форм і категорій, зокрема м'якого права. За межами права – в області неправа – можна виявити лише норми, що мають суто політичне, технічне або моральне значення. Як наслідок, ідея м'якого права визнається не просто помилковою, але вкрай шкідливою. Оскільки лише можливість визначення ступеня юридичної сили підриває більшість ідей юридичного позитивізму, зокрема законності, правопорядку та інших.

Варто однак зазначити, що критиці в сучасній доктрині піддається і сам бінарний підхід, який формувався століттями і є певною мірою класичним та загальновизнаним, спираючись на підтримку всесвітньо відомих правознавців – Дж. Остіна, Г. Кельзена, Г. Харта, Н. Лумана та інших. Його критика пов'язана з крахом усталених традицій і стереотипів. Зокрема з нездатністю забезпечити засоби для того, щоб з'єднати законність права з легітимністю, етикою, справедливістю.

Закостенілість бінарного підходу у визначенні основних категорій привела окремих фахівців до розроблення багатоступеневої моделі зі змінною шкалою, яка може вловити поступові відмінності між різними типами юридичних документів. Так з'явилася концепція відносної або різноманітної нормативності, іноді іменована «континуумний підхід», ідеї якої, на думку автора дисертаційного дослідження, створюють можливу підставу для дослідження феномену м'якого права. Згідно цієї концепції юридична обов'язковість розглядається як релятивно непостійна величина. Якщо бінарний підхід йде корінням у позитивізм, то концепцію відносної нормативності пов'язують з конструктивізмом, що базується на соціальному підході до розуміння права.

Конструктивізм пропонує розглядати право як складову процесу соціальної взаємодії, яка може формувати спільні соціальні очікування

відповідної поведінки⁷⁴. «На відміну від позитивізму і матеріалізму, які сприймають світ, як він є, конструктивізм бачить світ як проєкт в стадії будівництва, тобто світ як становлення, а не як існування»⁷⁵, – зазначає Емануель Адлер. Більш того, на нашу думку, право взагалі перебуває в процесі постійної еволюції, коли юридична сила певних норм може збільшуватися та зменшуватися час від часу. Саме тому правова наука має осмислювати процес таких змін і його вплив на соціальну реальність, що стає можливим, зокрема, в рамках соціологічного підходу до розуміння права.

Отже, конструктивістів цікавить більше реальна здатність правового акта впливати на поведінку адресатів, а не факт його віднесення до м'якого чи твердого права, останній аспект є другорядним. Ця позиція націлена на пошук реальних інструментів впливу, наприклад, яким чином міжнародне право може спонукати держави змінити сприйняття інтересів через транснаціональні процеси взаємодії, обговорення, переконання тощо. Якщо щось функціонує як право, то це і є право⁷⁶. Більш того, конструктивісти переконані, що м'якість іманентно властива системі міжнародного права. А юридична обов'язковість для них є питанням ступеня.

Якщо уявити, що право як складна система регулювання може мати різні правові ефекти та наслідки, сильніші та слабші, то і юридична сила норм має безліч відтінків і ступенів. «Ми маємо визнати, що правові зобов'язання – чи то міжнародні, чи то внутрішньодержавні, також можуть мати різні ступені»⁷⁷, – зазначає американський дослідник Оскар Шактер. Так, більш тверді або м'які норми розташовуються уздовж неоднорідного континууму з полюсами від суворої імперативності до рекомендацій, заснованих на переконанні та

⁷⁴ Shaffer G., Pollack M. A. Hard and Soft Law: What Have We Learned? *Minnesota Legal Studies Research Paper*. 2012. № 12–17. P. 2.

⁷⁵ Adler E. Constructivism and International Relations Theory. *Handbook of International Relations*. London, 2002. P. 95.

⁷⁶ Shaffer G., Pollack M. A. Hard and Soft Law: What Have We Learned? *Minnesota Legal Studies Research Paper*. 2012. № 12–17. P. 2.

⁷⁷ Schachter O. Towards a Theory of International Obligation. *Virginia Journal of International Law*. 1968. Vol. 8. № 2. P. 322.

зацікавленості. Держава, розробляючи конкретний документ, обирає його місце розташування уздовж цього континууму з метою більш ефективного досягнення своїх цілей. У цьому контексті представляється логічною думка Крістін Чінкін, що «категорії тверде та м'яке право не поляризовані, але лежать в межах якогось континууму, який сам постійно розвивається»⁷⁸.

Зважаючи на це вважаємо за доцільне в цілому погодитися з думкою італійського науковця Алессандро Сомма, який стверджує, що м'яке право являє собою «необов'язкове, але юридично релевантне джерело, що виступає частиною складної, диференційованої та гнучкої системи норм, кожна з яких наділена різною розпорядчою (прескриптивною) інтенсивністю і градуйованою, відносною нормативністю»⁷⁹. Так, у рамках континуумного підходу не лише м'яко-правові норми демонструють різні ступені нормативності, це також стосується твердо-правових норм, деякі з яких можуть бути більш твердими ніж інші. Отже, наявна система всіх норм має шкалу нормативності.

Підбиваючи підсумки дискусії між представниками бінарного та континуумного підходів, Діна Шелтон зазначає: «...з точки зору «ставлення до нормативності» вчені сперечаються, чи є обов'язкові та необов'язкові документи жорсткими альтернативами або ж вони являють собою два кінці одного і того ж континууму з полюсами від юридичного зобов'язання до повної свободи дій, що робить деякі документи більш обов'язковими, ніж інші. Можливість використання категорії м'яке право і те, яким чином її слід використовувати, залежить більшою мірою від того, яку позицію займає вчений щодо права – бінарну чи континуумну»⁸⁰.

⁷⁸ Chinkin C. Normative Development in the International Legal System. *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford, 2000. P. 32.

⁷⁹ 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*. 2009. P. 2.

⁸⁰ Shelton D. L. International Law and «Relative Normativity». *International Law*. Oxford, 2006. P. 150–151.

Для досягнення мети нашого дослідження вважаємо за доцільне погодитися з твердженням представників концепції відносної нормативності, що бінарна теорія права страждає зайвим схематизмом і спрощенням, оскільки зовнішня сфера права має розмитий характер. Чітку роздільну межу між правом і неправом провести важко, оскільки в «сірій зоні» ми стикаємося з квазіправовими явищами, які (може не *de jure*, але *de facto*) породжують важливі, значущі для права наслідки.

В юридичній літературі взагалі широко застосовується в цьому контексті згадана метафора «сіра зона» як півтінь права, що уявляє собою прикордонну зону між правом як системою юридично обов'язкових норм і принципів, з одного боку, та іншими соціальними регуляторами (мораллю, політикою, усталеною практикою, етикетом, корпоративними нормами тощо) – з іншого. Зокрема Пітер Маланчук стверджує, що м'яке право у вигляді керівних принципів поведінки (подібно до тих, що сформульовані ООН щодо діяльності транснаціональних корпорацій), які не належать ані до строго обов'язкових норм права, ані до повністю іррелевантних політичних максим, діє в сірій зоні між правом і політикою⁸¹. Енн Пітерс також вказує на м'яке право як на півтінь права, оскільки не вдаючись до очевидної юридичної обов'язковості воно породжує конкретні юридичні наслідки, а не просто політичні чи інші фактичні наслідки⁸².

Отже, відповідно до концепції відносної нормативності, право і неправо є двома полюсами, простір між якими можна графічно представити у вигляді континууму норм різного ступеня обов'язковості – від суворої, забезпеченої санкціями імперативності до заснованих на переконанні та авторитеті соціальних регуляторів. Так тверде право, в якому рівень нормативності норм визначається високим рівнем зобов'язання, точності формулювання та делегування, примикає до правового полюсу. Такі соціальні регулятори, як

⁸¹ Malanczuk P. *Modern Introduction to International Law*. 7th ed. New York, 1997. P. 54.

⁸² Peters A., Pagotto I. *Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective*. NEWGOV – *New Modes of Governance*. 2006. P. 23.

мораль, політичні норми тощо, ближче до неправового полюсу. Отже, м'яке право розташовується на межі правового і неправового, яка сама по собі є досить рухливою, а м'яко-правові положення здійснюють перманентну дифузію в живу тканину права. Тому однозначно ідентифікувати те чи інше положення як юридично обов'язкове або м'яко-правове буває непросто. Тверде право сьогодні не завжди пов'язано з юридичними санкціями, і його приписи можуть бути розпливчастими. Зі свого боку приписи м'якого права здебільшого характеризуються чіткістю та детальністю. На думку автора дисертаційного дослідження, зазначена концепція може бути придатною для пояснення реалій та викликів сучасного праворозуміння. Звертаючись до концепції відносної нормативності можна також дійти висновку, що м'яке та тверде право не співвідносяться як частина і ціле. Це самостійні категорії, які тісно взаємодіють між собою і межі яких стають все більш розмитими.

Не дивно, що така концепція зустріла активну критику з боку вчених, які традиційно представляють себе як позитивісти. Правда, як стверджують прихильники м'якого права, позитивісти не здатні повною мірою усвідомити еволюцію дієвих засобів правового регулювання.

У контексті дискусії щодо сучасних поглядів на розуміння права та існування м'якого права як такого становлять інтерес міркування Енн Пітерс і Ізабелли Паготто про реальне значення цього феномену у правовій реальності. На їхню думку, практикам і вченим у рамках своєї діяльності слід уникати двох небезпек. Перша – це чорно-біла оцінка навколишнього світу та створення дихотомій, тобто небезпека надмірного спрощення. З іншого боку, існує ризик загубитися в констатаціях нескінченних відмінностей, відтінків і градацій. Надмірне спрощення і дихотомічний погляд на світ можуть перешкодити юристам адекватно оцінити складнішу реальність, тим самим призвести до недостатньо обґрунтованої аргументації та несправедливих правових наслідків. Але з іншого боку, надмірна увага до найтонших відмінностей і схильність до деталізації може ускладнити створення загальних понять і працездатних юридичних конструкцій. Такий підхід може також призводити до

несправедливості. Правники мають уникати обох крайнощів. Тому потрібно збалансувати переваги чітких структур з ризиком втрати адекватності в оцінках недихотомічної реальності⁸³. У зв'язку з цим, на думку автора дисертаційного дослідження, є необхідним формування уніфікованого розуміння концепції м'якого права та його стандартів з подальшим включенням її в загальну теорію держави та права, чим і зумовлена необхідність проведення досліджень різних аспектів цього феномену.

Нарешті, позиція раціоналістичного інструменталізму щодо м'яко-правової концепції розкрита в працях Кеннета Еббота та Дункана Снайдела. Згідно з наведеною позицією, тверде право передбачає наявність трьох аспектів: юридичного характеру зобов'язань, точності формулювання та делегування повноважень щодо здійснення, інтерпретації й адаптації. Зі свого боку, м'яке право починається там, де правові механізми ослаблені в частині одного або декількох зазначених аспектів. Таке пом'якшення може мати різну інтенсивність і не передбачає співвідношення, наприклад, з суто політичними механізмами⁸⁴.

Отже, юридична обов'язковість, точність і делегація – ознаки офіційної легалізації. Зі збільшенням рівня легалізації право «твердне», а відповідно до її зменшення – право «пом'якшується». Таке пом'якшення може виявитися корисним з точки зору зменшення операційних витрат, збільшення гнучкості та зміцнення співпраці⁸⁵. Цей підхід передбачає наявність у акторів, які прагнуть врегулювати свої взаємовідносини, великої різноманітності варіантів документів, які можуть бути більш твердими або більш м'якими за кількома критеріями⁸⁶. За своєю суттю такий підхід має схожість з розглянутою вище концепцією відносної нормативності. Однак, на нашу думку, він не може

⁸³ Peters A., Pagotto I. Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective. *NEWGOV – New Modes of Governance*. 2006. P. 7.

⁸⁴ Abbott K. W., Snidel D. Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*. 2000. Vol. 54. № 3. P. 422.

⁸⁵ Там само. P. 423.

⁸⁶ Guzman A. T., Meyer T. Soft Law. *The Research Handbook on the Economics of Public Internatioanl Law*. 2014. № 2014-17. P. 5.

вичерпно відповісти на запитання чіткого співвідношення м'якого та твердого права, разом з тим, може внести складнощі в практичну діяльність зі своїм занадто великим масивом як м'яко-правових, так і твердо-правових документів.

Підсумовуючи дослідження розвитку сучасного правового дискурсу, Ю. Б. Фогельсон стверджує про формування з кінця XX ст. нового розширеного розуміння права. Так, м'яке право своїм існуванням пропонує включити в розуміння права окрім традиційних норм, створення та виконання яких залежне від суверенітету, також норми, що до суверенітету індиферентні⁸⁷.

«Це нове явище – право, індиферентне до суверенітету і до територіальних кордонів, як єдина система поки що не існує, як і в ранню епоху Середньовіччя (1100–1400 рр. н. е.) не існувало нічого подібного сучасним правовим системам, що спираються на суверенітет. Обов'язкові правила поведінки тоді також були у вигляді розрізнених, погано систематизованих текстів. Знадобилося близько 400 років, щоб на їх основі стали створюватися перші правові системи»⁸⁸, – підсумовує Ю. Б. Фогельсон. З появою в правовому дискурсі терміну «м'яке право» відбувається щось подібне. Отже, повернення до розуміння права як до соціальної системи, якій не властива моноцентричність, є цілком органічним. Така поліцентричність свідчить про співіснування норм, що створюються і приводяться у виконання державою, та норм, що створюються і приводяться у виконання іншими авторитетними центрами⁸⁹.

«Але що є сучасним правом? Правила поведінки, які існують у поточному часовому континуумі, чи певні якісно відмінні норми, які відображають нагальні потреби сучасного суспільства? Та й узагалі, чи лише норми характеризують право?»⁹⁰, – дуже слушні запитання, які ставить у своєму

⁸⁷ Фогельсон Ю. Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе. *Журнал российского права*. 2013. № 9. С. 50.

⁸⁸ Там само.

⁸⁹ Там само.

⁹⁰ Манько Д. Г. Технології та алгоритми юридичної діяльності : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2020. С. 75.

дослідженні представник Одеської наукової школи права Д. Г. Манько, і на останнє з них науковець дає однозначно негативну відповідь. Так, на думку науковця, сучасне право включає зокрема соціально значущі приписи, які встановлюють порядок врегулювання найбільш важливих відносин у суспільстві, і віру в наявність певних цінностей, принципів⁹¹.

Д. Г. Манько визначає «доцільним розуміння права як певної складної сукупності, в якій проявляється різноманіття ракурсів цілісності права, де не тільки зберігаються і змінюються правові норми, але й з'являються нові прояви правового регулювання. Зазначена сукупність є такою, що змінюється, цілісністю, яка не втрачає своєї основної ціннісної якості – регулювання найважливіших відносин суспільства. Все це дозволяє розглядати право в якості певної різоми – організованої та такої що розвивається цілісності, яка змінюючи свою форму не змінює сутності та соціального призначення»⁹².

Водночас вважаємо за доцільне також зазначити точку зору іншого представника Одеської наукової школи права В. В. Дудченко, яка вбачає необхідність врахування здобутків саме природно-правових підходів до концептуальної основи реконструкції сфери праворозуміння: «...концепція оновленого пізнання права виходить із необхідності відмежування від суто позитивістського підходу. В процесі пізнання сутності права особливе місце посідають природно-правові підходи. Адже знаменними здобутками природно-правових учень є: обстоювання незалежності права від визнання чи не визнання з боку держави; виявлення онтологічного місця права; телеологічний підхід; зв'язок ідеї справедливості з принципом договору»⁹³. Як пише М. І. Козюбра, «...первісний генезис права корениться не в державі, а в реальному житті, в природних, невідчужуваних правах людини, право виникає не одночасно з

⁹¹ Там само.

⁹² Там само. С. 80.

⁹³ Дудченко В. В. Подальший розвиток природно-правової концепції в українській юриспруденції. *Держава і право* : зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. Київ, 2010. Випуск 50. С. 759.

державою, а передусь їй. За певних соціальних передумов воно може існувати без держави і поза державою»⁹⁴.

У контексті цього дисертаційного дослідження вважаємо за доцільне повністю погодитись із зазначеними твердженнями Ю. Б. Фогельсона, Д. Г. Манька та В. В. Дудченко. Сучасне дуже швидке ускладнення суспільних відносин та як наслідок – фактичне зниження ефективності неспроможних до оперативного реагування твердо-правових регуляторних інструментів, породжує необхідність корінних змін в нормативній системі, розроблення нового розуміння права та його інструментів. Водночас сучасний світ є занадто складним для простих відповідей. Неоднозначні, але гнучкі та ефективні інструменти м'якого права є відповіддю інтересам і потребам сучасного суспільства та зі свого боку потребують визнання плюралістичного характеру сучасного права, яке не спирається на силу, суверенітет і територіальні межі держав, натомість передбачає різноманіття форм та стирання кордонів між усталеними структурами.

Як зазначає Ю. М. Оборотов, «У сучасних уявленнях відбувається зміна ідеалів раціональності, і якщо класична наука виходила з того, що існує тільки одна досліджувана нею реальність і відповідно одна істина, що відповідає цій реальності, то сьогодні визнається існування безлічі реальностей, кожна з яких має свої критерії існування. В зв'язку з цим наші уявлення про правову реальність дуже обмежені і не охоплюють розмаїття існування реальностей у правовій сфері. Навіть при першому наближенні може бути виділена нормативна реальність, реальність правосвідомості, реальність правовідносин, реальність правової поведінки – у кожній з яких може бути встановлена істина»⁹⁵.

⁹⁴ Козюбра М. І. Загальнотеоретичне правознавство : стан та перспективи. *Право України*. 2010. № 1. С. 35.

⁹⁵ Оборотов Ю. М. Філософія права і методологія юриспруденції. *Проблеми філософії права*. 2003. Том 1. С. 42.

У цьому контексті дуже слушним є твердження Д. Г. Манька: «...сучасне розуміння права має враховувати невід'ємний взаємозв'язок – форми вираження в реальних письмових актах (існування), та ідеї, положення і принципи (сутність). Але поряд із зазначеним, вихідними засадами сучасного розуміння права є постулати людиноцентризму, до яких, на нашу думку, слід відносити: не буде людей – не буде права; одній людині у всесвіті право не потрібно; людині для комфортного існування у соціумі необхідно встановлювати справедливі моделі поведінки; дієвість права заснована на вірі людини у його ефективність»⁹⁶.

Отже, для подальшого дослідження феномену м'якого права автор дисертаційного дослідження виходить з необхідності визнання нового розуміння права, яке б відповідало сучасним потребам соціальної реальності та використовувало наступну дефініцію сучасного права, що запропонована Д. Г. Маньком. Так, сучасне право – це «орієнтована на регулювання суспільних відносин різьма (структурно-системна сукупність, цілісність) приписів справедливого обмеження свободи, заснована на вірі індивідів в наявність у них природніх можливостей (прав, свобод) та обов'язків, як пов'язаних із державою, так і не маючих державного характеру»⁹⁷.

У зазначеному аспекті слід погодитися із твердженнями С. І. Алаїс, що «...сучасному суспільству необхідна остаточна переорієнтація праворозуміння: від розуміння права лише як сукупності приписів держави до вивчення сутності права як складного багатоаспектного явища, що має різноманітні форми прояву, існує в численних формах буття. Серед них: вроджені можливості людини (природні, невід'ємні, невідчужувані права), індивідуальна та суспільна правосвідомість, правовідносини, що виявляються в діях і поведінці людей, правові звичаї, правові канони, правові прецеденти та правові доктрини,

⁹⁶ Манько Д. Г. Технології та алгоритми юридичної діяльності : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2020. С. 69.

⁹⁷ Там само. С. 81.

нормативно-правові договори, національні і міжнародні нормативно-правові акти»⁹⁸.

Сучасне розуміння права як поліцентричної соціальної системи прямо передбачає визнання інших, окрім твердого права, систем регулювання суспільних відносин.

У цьому контексті вважаємо за необхідне зауважити, що в правовій доктрині набуло поширення виокремлення права офіційного та неофіційного. Під офіційним правом розуміється тверде право, тобто система юридичних норм, що закріплена в законодавчих і підзаконних актах, створених компетентними державними органами, виконання яких забезпечено засобами державного примусу. Неофіційне право складають сформовані у суспільстві правила поведінки, що відзначаються високою мірою соціальної значущості та на відміну від офіційного права можуть існувати без формального вираження, їх виконання не забезпечено державними санкціями. До останнього можна віднести, зокрема, правовий звичай, традицію, тіньове право тощо. Суттєвими критеріями розмежування офіційного та неофіційного права виступають формальна визначеність та засоби забезпечення.

Місце м'якого права та його співвідношення з наведеними категоріями буде розглянуто у подальшому підрозділі дисертаційного дослідження – після аналізу первинної концепції та визначення притаманних йому ознак і особливостей.

⁹⁸ Алаїс С. І. Проблема праворозуміння в основних школах права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2003. С. 113.

1.3. Особливості первинної концепції м'якого права

Задля визначення особливостей первинної концепції м'якого права вважаємо за доцільне дослідити насамперед витoki та процес становлення феномену м'якого права.

У своєму дослідженні генези м'якого права Анна ді Робілан підкреслює вагомість цього питання для вирішальних результатів дискусії щодо співвідношення та значення м'якого права перед твердим. Вона також визначає плюралізм поглядів щодо витоків м'якого права: «Одні знаходять предків м'якого права в середньовічному правовому режимі, особливо *lex mercatoria*, інші пов'язують м'яке право з результатом теорій соціального права та правового плюралізму XIX та початку XX століть. Часом прямо посилаються, частіше неявно натякають, що неосередньовічна генеалогія та соціальна генеалогія виконують вирішальну ідеологічну функцію, легітимізуючи різні політичні та професійні етапи м'якої гармонізації і приховуючи їхні невдачі та наслідки розподілу»⁹⁹. Якщо неосередньовічна генеалогія підкреслює ефективну, гнучку, органічну природу м'якого права, то соціальна робить акцент на плюралістичному вимірі м'якого права та на його соціальному потенціалі¹⁰⁰.

Для результатів цього дисертаційного дослідження вважаємо за доцільне дотримуватися точки зору скоріше соціальної генеалогії м'якого права. Неосередньовічна генеалогія, на нашу думку, є анахронізмом, який нездатний повною мірою пояснити трансформацію сучасної правової реальності і, як наслідок, появу феномену м'якого права в силу притаманних тому часу головних характеристик. Так, варто відрізнити специфіку сучасного правопорядку від середньовічного, всупереч властивому обом плюралізму. Правова система Середньовіччя характеризується відсутністю могутньої

⁹⁹ Robilant di A. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54, № 3. P. 499.

¹⁰⁰ Там само. P. 503.

держави як такої, в той час як сучасна держава швидше проходить трансформаційні процеси, зберігаючи своє центральне становище. Ми дотримуємося точки зору, що фоном для розвитку м'якого права є ситуація, коли існує рух у напрямку розвитку суспільства поза межами держав, але і збереження системи суверенних національних держав одночасно. Нові суб'єкти правотворчої діяльності, в тому числі актів м'якого права, співіснують в сучасній правовій реальності з безліччю держав, які зберігають свої юрисдикційні та законодавчі повноваження. Водночас ми не згодні й з ототожненням середньовічної спонтанності та фактичності правотворчої діяльності з сучасним станом справ. Якщо в Середньовіччі різні актори фактично заповнювали прогалини, утворені через недосконалість політичної влади, то в епоху постмодерну м'яке право демонструє своєрідне поєднання стихійних і організованих процесів. Більш того, м'яке право все частіше ґрунтується на високоорганізованих гібридних приватно-державних процесах прийняття рішень.

На думку А. Робілан, обидві версії генеалогії м'якого права є потужними ідеологічними програмами в ЄС. Ідеї першої про органічну ефективність та автономію добре підходять для того, щоб відповідати порядку денному, спрямованому на інтеграцію європейського ринку та дерегуляцію. Ідеї другої, що посиляються на поняття живого права, соціального права та плюралізм, націлені на порядок денний, спрямований на соціальний захист та ефективну гнучкість¹⁰¹. Отже об'єднання обох програм може бути тією ідеологічною основою, яка необхідна для побудови фундаментальної симетрії між політикою, що сприяє ефективності ринку, та політикою, що направлена на соціальний захист у ЄС.

У цьому контексті вважаємо за доцільне розкрити згадане поняття живого права, що було сформульоване австрійським науковцем Євгеном Ерліхом. Живе право, згідно з концепцією науковця, є правом, що домінує в житті,

¹⁰¹ Robilant di A. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54, № 3. P. 504.

незважаючи на те, що його не викладено правовими положеннями¹⁰². Під поверхнею абстрактних правових положень, сформульованих державою, і правових норм, вироблених судовими рішеннями, лежить безпосередній і стихійний порядок численних соціальних спілок – рівень живого права¹⁰³. Є. Ерліх вважає внутрішній порядок спілок основною формою права: «...правове положення не тільки з'являється на світ значно пізніше, але й значною мірою виростає з внутрішнього порядку спілок»¹⁰⁴. У той час як живе право виникає із втілених соціальних спілок, м'яко-правові режими спонтанно впливають з безлічі «невидимих коледжів», «невидимих професійних товариств» і «невидимих соціальних мереж», що виходять за межі територіальних кордонів¹⁰⁵. У зв'язку з цим ідея живого права постійно виникає в дискурсі щодо м'якої нормативності, але, цілком очевидно, не є тотожною концепції м'якого права.

Однак цілком прийнятою у західній доктрині є думка, що феномен м'якого права набув розвитку саме у сфері публічного міжнародного права, в той час, коли можливостей традиційних джерел міжнародного права виявилось недостатньо для адекватної регламентації об'єктів правового регулювання, які, своєю чергою, перебувають в процесі неперервної еволюції, радикального ускладнення та інтенсифікації взаємовідносин. Вже потім цей термін швидко поширився на інші сфери, ставши «модним» словом у професійному вокабулярії науковців, приватних міжнародних юристів, соціологів права тощо. Джерелом формування концепції м'якого права стали праці західноєвропейських науковців: Дж. Голда, Д. Шелтон, А. Бойла, М. Віраллі та інших.

¹⁰² Ehrlich E. *Fundamental Principles of Sociology of Law*. Cambridge, 1936. P. 493.

¹⁰³ Gurvitch G. *Sociology of Law*. 1947. P. 118.

¹⁰⁴ Ehrlich E. *Fundamental Principles of Sociology of Law*. Cambridge, 1936. P. 37.

¹⁰⁵ Teubner G. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*. *Global Law Without a State*. Dartmouth, 1997. P. 8.

Виникнення феномену м'якого права відбулось, зокрема, через два головних тренди в процесах глобалізації права: вражаюче збільшення суб'єктів правотворення та роздержавлення правових режимів.

Впродовж тривалого часу вважалося, що впорядкування суспільних відносин можливе лише під владою суверена, який виконує представницькі функції та притягує до відповідальності тих, хто не підкоряється його волі. Ніхто не може піддавати сумніву рішення суверенних держав, оскільки саме вони ухвалюють обов'язкові до виконання правові норми. Міжнародне право є свого роду природним станом взаємодії держав. Крім того, ще у 1956 році Ф. Джессап звернув увагу на формування транснаціонального права, що регулює дії та події транскордонного характеру, охоплює як публічне, так і приватне міжнародне право, а також норми, що не підпадають під жодну з означених категорій¹⁰⁶.

Традиційно дотримання норм національного та міжнародного права пов'язано із загрозою застосування примусу та санкцій. В умовах глобального інформаційного суспільства цей принцип не діє. Спроби врегулювати на нормативному рівні випадки, пов'язані з мережевими крадіжками, спамом, розповсюдженням вірусів, кібератаками та кібертероризмом, засвідчили неефективність чинних міжнародно-правових механізмів, тим самим створивши сприятливі умови для поширення нових загроз міжнародному миру, індивідуальній та національній безпеці. З появою транснаціонального права правотворчість перестає бути виключним правом держав. Велика кількість міжнародних документів з питань інформаційного суспільства розробляється та ухвалюється за участі саме недержавних акторів.

У результаті, зацікавленість наукової спільноти м'яким правом вже наприкінці 1990-х – на початку 2000-х років відображає зростаючу обізнаність про глобалізацію та важливість недержавних суб'єктів, а також, що глобалізація робить фактичне функціонування традиційного твердого права

¹⁰⁶ Jessup P. C. Transnational law. (New Haven : Yale University Press, 1956). *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. Випуск 125 (ч. I). 2015. Р. 2.

більш проблематичним, коли держави об'єднані у різні офіційні та неформальні організації. Так, концепція м'якого права заперечує державоцентричну вертикаль та ієрархічну модель правотворення, передбачаючи множинність і складність м'яко-правових режимів¹⁰⁷. А прихильники м'якої гармонізації та м'якого управління часто посиляються на набір привабливих переваг: гнучкість, пристосованість, здатність розв'язувати проблеми, прийняття різноманітності тощо.

Водночас розвиток м'яко-правового інструментарію також часто пов'язують з поширеними труднощами при укладенні міжнародних договорів та появою різноманітних форм обов'язків, що беруть на себе актори задля урегулювання транснаціональних проблем, кількість яких постійно зростає. Так, Стівен Л. Шварц, посиляючись на думки Діни Шелтон, зазначає, що високий рівень формальності, тривалий процес переговорів та обов'язкова природа зробили міжнародні договори не найшвидкішим та влучним рішенням неминучої чи суперечливої глобальної кризи¹⁰⁸.

Д. Шелтон також висловлює думку, що надалі «міжнародні актори будуть створювати і намагатися дотримуватися низки міжнародних зобов'язань, частина яких матиме правову форму, інші – будуть міститися в необов'язкових документах... Зрештою, міжнародна правова система являє собою, мабуть, складну та динамічну павутину взаємин між твердим і м'яким регулюванням, національним і міжнародним регулюванням, а також різними установами, діяльність яких спрямована на зміцнення верховенства права. У цій системі м'яке право грає все більш важливу і різноманітну роль»¹⁰⁹. Цілком погоджуємося з таким твердженням, оскільки саме в такому вигляді і діє сьогодні міжнародна правова система, замість міжнародних договорів все частіше використовують акти м'якого права як швидке реагування, спрямоване

¹⁰⁷ Robilant di A. *Genealogies of Soft Law*. *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54, № 3. P. 500.

¹⁰⁸ Schwarcz S. L. *Soft Law as Governing Law*. *Minnesota Law Review*. 2020. Vol. 104. P. 2479.

¹⁰⁹ Galbraith J., Zaring D. *Soft Law as Foreign Relations Law*. *Cornell Law Review*. 2014. Vol. 99, № 4. P. 744.

на подолання міжнародних кризових ситуацій. Так, одним із перших кроків міжнародної спільноти в напрямі фактичної боротьби з пандемією коронавірусної хвороби 2019 (Covid-19) було видання Всесвітньою організацією охорони здоров'я протоколів і рекомендацій щодо протидії Covid-19. Ці акти м'якого права, що не є юридично обов'язковими за своєю природою, послужили оперативним інструментом на шляху подолання глобальної кризи, вектором для подальшої діяльності суверенних держав і, як наслідок, лягли в основу відповідних джерел твердого права їх національних систем.

Шведська дослідниця Ульріка Мьорт, посилаючись на аргументи Н. Брунссона та Й. Арне, зазначає у своїй роботі, що метаорганізації ототожнюють себе з добровільними правилами, оскільки останні роблять їх сучасними та гнучкими. Як результат, «національні та міжнародні організації менш схильні використовувати свої ієрархічні повноваження, і тому стають радше консультативними, а не керівними. Схоже, що навіть такі організації, як Європейський Союз з потенціалом і здатністю використовувати тверде право, дотримуються цієї тенденції, що обирає м'яке право»¹¹⁰. На нашу думку, це підкреслює свідомий вибір нових акторів використовувати саме м'яко-правовий інструментарій у своїй діяльності, значення якої безумовно зростає у самому широкому сенсі.

У своєму дисертаційному дослідженні актів м'якого права І. В. Шалінська виокремлює декілька етапів розвитку концепції м'якого права: від підготовчого до поширення застосування актів м'якого права безпосередньо у національних правових системах. Першим етапам було властиво наділення зобов'язань більш політичним ніж правовим характером. Такий підхід «...характерний для офіційних висловлювань держаних діячів та вчених. Він також спостерігається у текстах рекомендаційних документів міжнародних

¹¹⁰ Mört U. Soft Law and New Modes of EU Governance – A Democratic Problem? 2005. P. 3. URL: http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/Papers_Soft%20Mode/Moerth.pdf

міжурядових організацій, наприклад, у резолюціях і деклараціях ООН»¹¹¹, – зазначає І. В. Шалінська. Вже з подальшим розвитком феномену м'якого права «...не раз в історії робилися спроби довести наявність у резолюцій більшої юридичної сили»¹¹². Наприклад, спроби групи західних країн, що мали більшість в Генеральній Асамблеї ООН, розширити компетенції Асамблеї на протипагу функціям Ради Безпеки, «що дозволило б західним країнам вирішувати питання безпеки і миру, оминаючи Рад Безпеки»¹¹³.

На думку А. Робілан, уже в ХХІ ст. «м'яке право у формі рекомендацій, висновків, кодексів та м'яких режимів управління стало перспективним інструментом у ході гармонізації законодавства ЄС, забезпечуючи дієве доповнення або навіть альтернативу традиційному твердому праву»¹¹⁴. Отже можна дійти висновку, що Європейський Союз є тим середовищем, де м'яко-правові інструменти знайшли своє застосування як необхідна альтернатива твердим засобам регулювання, з огляду на нездатність останніх часом урегулювати складні за своєю природою відносини цього політичного та економічного об'єднання держав.

В силу свого досить «юного» віку концепція м'якого права і сьогодні стикається зі значними труднощами та змушена пояснювати причетність юридично необов'язкових м'яко-правових норм до права, водночас їх відмінність від політичних і моральних зобов'язань. На жаль, і табір прихильників м'якого права є сам по собі калейдоскопічним у своїх поглядах та не має єдиної та злагодженої концепції до просування, зокрема в площину загальної теорії права.

Так, А. Робілан виокремлює дві групи прихильників, що протистоять одна одній, просуваючи дуже різні політичні програми. Перша сприймає м'яке

¹¹¹ Шалінська І. В. Акти «м'якого права» у системі джерел права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів, 2015. С. 20.

¹¹² Там само. С. 21.

¹¹³ Там само.

¹¹⁴ Robilant di A. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54, № 3. P. 501.

право як ідеальний інструмент для посилення насамперед європейського ринку, а саме: усунення перешкод, що виникають унаслідок різноманітності національного законодавства, і реагування на актуальні потреби та вимоги ділової спільноти. Друга вважає м'яке право найефективнішим засобом реалізації нової концепції соціальної політики, ефективності та солідарності, гнучкості й безпеки¹¹⁵. Такий поділ цілком очевидно пов'язаний з усталеною позицією щодо генеалогії м'якого права, питання якої розглянуто раніше. Підтримуючи точку зору Робілан, вважаємо це питання одним із вирішальних у ході дискусії про значення м'якого права в сучасній правовій реальності.

Водночас сьогодні ані в міжнародній, ані в національній доктрині неможливо знайти уніфікованого підходу до визначення поняття м'якого права та актів м'якого права у тому числі. Як слушно зазначає О. В. Демін, «Будь-яке обговорення м'якого права повинно починатись з визнання відсутності узгодженого визначення цього терміну»¹¹⁶. Деякі автори вважають м'яке право лише емпіричним терміном. Інші дотримуються більш аналітичного підходу та розглядають м'яке право як аналітичну концепцію. Наприклад, правники більш схильні розглядати м'яке право як аналітичну концепцію, тоді як соціологи розглядають його як емпіричне явище¹¹⁷.

Плюралізм наукових позицій з цього приводу викликає необхідність систематизації вже наявних положень та розроблення уніфікованого визначення вказаних понять. Отже, надалі наведемо найцікавіші, на думку автора, та важливі для подальшого дослідження позиції щодо змістового наповнення поняття м'якого права.

Так, Альдо Берлінгауер стверджує, що першочергово поняття «м'яке право» було створено в США для позначення таких форм вторинного

¹¹⁵ Там само. Р. 502.

¹¹⁶ Демин А. В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования : монография. Москва : Проспект, 2017. 240 с. URL: <https://read.amazon.com/?asin=B0153GIJ3K&language=en-US>

¹¹⁷ Mörtz U. Soft Law and New Modes of EU Governance – A Democratic Problem? 2005. P. 6. URL: http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/Papers_Soft%20Mode/Moerth.pdf

регулювання, як звід законів США або модельні кодекси¹¹⁸. Цілком очевидно, що надалі воно дуже стрімко було прийнято західноєвропейською доктриною для широкого використання вже в міжнародному контексті.

Пропонуючи свою концепцію м'якого права, Джозеф Голд зазначає, що воно «висловлює перевагу (вподобання. – Г. Г.), а не зобов'язання, згідно з яким держава має діяти або утримуватися від дій певним чином»¹¹⁹. Отже, науковець визначає необов'язковий характер приписів м'якого права та відносить норми м'якого права більш до соціального, ніж юридичного типу. Водночас ця «виражена перевага» певної поведінки, на думку Сінтії Ліхтенштейн, має на меті досягнення функціональної співпраці між державами для досягнення міжнародних цілей¹²⁰. Своєю чергою, це наділяє приписи м'якого права реальною цінністю і робить їх хоч і не юридично, але обов'язковими до виконання зацікавленими в регулюванні суб'єктами.

Автором одного з найпопулярніших визначень м'якого права в широкому сенсі є Френсіс Снайдер, який розглядає м'яке право як «правила поведінки, що в принципі не мають юридично обов'язкової сили, але, проте, можуть мати практичний ефект»¹²¹. Посилаючись на праці Ф. Снайдера, А. Робілан більш конкретизує зміст терміну та визначає м'яке право як «регуляторні інструменти та механізми управління, які хоча й передбачають певного роду нормативні зобов'язання, не покладаються на обов'язкові до виконання правила чи на режим офіційних санкцій»¹²². На рівні правових інститутів ЄС рекомендації та висновки хоча й позбавлені юридично обов'язкового характеру відповідно до ст. 288 Договору про функціонування ЄС, але мають юридичний вплив, який може змінюватись.

¹¹⁸ Берлінгауэр А. «Мягкое право» против «жесткого права» в Европейском союзе. *Современное право*. 2012. № 12. С. 119.

¹¹⁹ Gold J. Interpretation: The IMF and International Soft Law. 1996. P. 301.

¹²⁰ Lichtenstein C. Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy? *The International Lawyer*. 2001. № 35. P. 1433.

¹²¹ Snyder F. Soft Law and Institutional Practice in the European Community. *The Construction of Europe – Essays in Honour of Emile Noel*. 1993. P. 198.

¹²² Robilant di A. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54, № 3. P. 499.

У контексті ринкових відносин Робілан також пропонує розглядати м'яке право як «комунікативний засіб, який допомагає організувати і полегшити глобальний обмін. Воно грає не стільки рефлексивну, скільки активну роль; м'яке право являє собою набір гнучких правових схем, призначених переважно для прогнозування і сприяння потребам ринку...»¹²³. Отже, зміст приписів м'якого права визначається сферою відносин, що потребують врегулювання, та передбачає вибір суб'єктами найдоцільніших на їх думку засобів регулювання для досягнення поставленої мети.

Широкий погляд (однак у рамках лише міжнародного права) пропонує Діна Шелтон, визначаючи, що «м'яке право належить до будь-якого міжнародного документа, відмінного від міжнародного договору, який містить принципи, норми, стандарти та інші положення щодо очікуваної поведінки»¹²⁴. У цьому контексті варто зазначити, що співвідношення актів м'якого права з міжнародними договорами є складнішим, ніж пряме протиставлення. Так, акт м'якого права може слугувати альтернативним міжнародному договору інструментом врегулювання відносин, однак він також може виступати доповненням та пропонувати різні засоби розуміння юридичних приписів та наслідків міжнародного договору.

Крістін Чінкін у своєму дослідженні підкреслює, що через занадто велику кількість м'яко-правових інструментаріїв будь-яка спроба формулювання загального терміну м'якого права вводить в оману своїм спрощенням¹²⁵. Такий обмежений підхід містить, наприклад, Великий юридичний словник, що визначає м'яке право як «рекомендаційні норми» та обумовлює появу цього терміну «прийняттям Генеральною Асамблеєю ООН великої кількості резолюцій, що носять згідно зі Статутом ООН рекомендаційний характер (за винятком резолюцій із внутрішньоорганізаційних питань ООН та фінансово-

¹²³ Там само. Р. 550.

¹²⁴ Shelton D. L. Normative Hierarchy in International Law. *American Journal of International Law*. 2006. Vol. 100, № 2. Р. 319.

¹²⁵ Chinkin C. M. The Challenge of Soft Law: Development and Change in Internatioanl Law. *Internatioanl and Comparative Law Quarterly*. 1989. Vol. 38, № 4. Р. 850.

бюджетних питань) і не є нормами міжнародного права»¹²⁶. Вважаємо, що сьогодні таке визначення м'якого права вже не відтворює повноту впливу м'якого права на правову та соціальну реальність, через проникнення його інструментів за межі міжнародних відносин – у площину національних правових систем.

Зі свого боку Джей Елліс умовно поділяє явища, якими найчастіше позначається м'яке право, на три групи:

- обов'язкові правові норми, що є розпливчатими і мають відкритий зміст, тим самим (можливо) не підлягають розгляду в суді, не можуть бути здійснені примусово;
- необов'язкові норми, такі як політичні чи моральні зобов'язання, прийняті державами;
- норми, що створені недержавними акторами¹²⁷.

Визначення Алана Бойла ураховує всі вищенаведені явища та передбачає наступні атрибутивні ознаки м'якого права: необов'язковий характер; складається із загальних норм і принципів, але не правил; неможливість примусового здійснення через зобов'язальні процедури вирішення спорів¹²⁸. Хоча у своєму дослідженні А. Бойл підкреслює наявність багатьох нюансів при співвідношенні актів м'якого права з актами твердого права (а саме – з міжнародним договором), виокремленні атрибути м'якого права підтверджують лише чітке протиставлення цих двох типів регулювання та не відповідають, на нашу думку, складності наявних між ними переплетінь.

Ендрю Гузман і Тімоті Мейер вважають, що м'яке право охоплює «...необов'язкові правила поведінки або документи, які інтерпретують або повідомляють оточенню уявлення їхніх творців про юридично обов'язкові

¹²⁶ Додонов В. Н., Ермаков В. Д., Крылова М. А. [и др.]. *Большой юридический словарь* / под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. Москва : Инфра-М, 2003. С. 312.

¹²⁷ Ellis J. *Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law*. *Leiden Journal of International Law*. 2012. Vol. 25, № 2. P. 314–315.

¹²⁸ Boyle A. E. *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*. *International and Comparative Law Quarterly*. 1999. Vol. 48, № 4. P. 901–913.

норми або є обіцянками, що створюють очікування щодо майбутньої поведінки особи»¹²⁹. Т. Мейер також виокремлює три функціональні критерії, що дозволяють віднести юридично необов'язкові документи до м'якого права:

- вони посилаються на юридичні обов'язки;
- вони є похідними від юридичних обов'язків;
- вони виступають основою для юридичних обов'язків на рівні національного або міжнародного права¹³⁰.

Так, відношення приписів м'якого права до характерного твердому праву юридичного обов'язку є традиційно першочерговим аспектом при визначенні науковцями змісту концепції м'якого права.

На думку У. Мьорт, до м'якого права треба відносити добровільні правила, наприклад стандарти. Вона підкреслює у своєму дослідженні, що м'яке право порушує важливі питання щодо традиційних кордонів між публічною сферою, тобто системами управління, та приватною сферою. «Аналізуючи стандарти як нові форми права, а саме м'яке право, ви оскаржуєте традиційне сприйняття того, що право можуть створювати лише парламенти та інші демократично легітимовані суб'єкти представницької та ліберально-демократичної системи. Право можна розглядати як саму есенцію публічної влади. Але право також створюють інші суб'єкти, і якщо ми позначаємо ці акти як неправові, ми схильні лише відтворювати традиційну дихотомізацію між публічною сферою та приватною сферою. Для мене це важливо, тому що я вважаю, що важливі акти створюються приватними суб'єктами або комбінацією приватних та державних суб'єктів, і що цей процес слід аналізувати як правотворчість. Зручно описати стандарти як неправові, щоб уникнути обговорення демократичних наслідків прийняття важливих рішень поза

¹²⁹ Guzman A. T., Meyer T. Soft Law. *The Research Handbook on the Economics of Public Internatioanl Law*. 2014. № 2014-17. P. 174.

¹³⁰ Meyer T. Soft Law as Delegation. P. 906.

традиційною та офіційною державно-орієнтованою системою»¹³¹. Вважаємо за доцільне повністю погодитися з точкою зору науковця. Акти, що створені недержаними суб'єктами міжнародної та національної приватної сфери, зокрема міжнародними організаціями, транснаціональними корпораціями, спілками тощо, сьогодні відіграють настільки важливу роль у формуванні правопорядків, що назвати їх неправовими є абсолютним ігноруванням потреб соціальної та правової реальності.

Так, О. В. Демін у своєму дослідженні м'якого права доходить висновку, що «конкретний “образ” м'якого права визначається вихідним праворозумінням дослідника, його приналежністю до тієї чи іншої юридичної школи»¹³². Насправді різні науковці визначають м'яке право як різні за своєю природою явища: або квазіправові інструменти, що характеризуються високою моральною та політичною силою, або міжнародні угоди, що не мають чітких і конкретних положень та зобов'язань, або інше. Та чи можливо виокремити збіжні характеристики, які слугують основою концепції та роблять м'яке право необхідним феноменом сучасного правового та соціального життя?

Російський науковець Ю. Б. Фогельсон відповідає на поставлене запитання: «Всі без винятку автори декларують дві необхідні властивості м'якого права: це правила поведінки, які необхідно виконувати, але вони не є юридично обов'язковими. Тому ні у кого не викликає сумнівів, що м'яке право створює обов'язки, та ці обов'язки не є юридично обов'язковими»¹³³. Слід додатково зазначити, що зобов'язання не повинні завжди бути юридично обов'язковими, щоб мати обов'язкову силу. Юридична і неюридична обов'язковість відмінні одна від одної супутніми правовими наслідками,

¹³¹ Mört U. Soft Law and New Modes of EU Governance – A Democratic Problem? 2005. P. 6. URL: http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/Papers_Soft%20Mode/Moerth.pdf

¹³² Демин А. В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования : монография. Москва : Проспект, 2017. 240 с. URL: <https://read.amazon.com/?asin=B0153GIJ3K&language=en-US>

¹³³ Фогельсон Ю. Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе. *Журнал российского права*. 2013. № 9. С. 45.

порушення будь-якої є однаково неприйнятими¹³⁴. Отже цей додатковий відтінок у визначенні обов'язковості приписів м'якого права може стати ключовим для формування сучасної концепції цього феномену.

Задля визначення змісту зобов'язання звернемося до концепції права Ганса Харта: «Правила мисляться і описуються як приписи, що покладають обов'язки в тому випадку, коли існує настійна загальна вимога їм відповідати, підкріплена значним тиском з боку соціуму проти тих, хто не дотримується їх або намагається це зробити»¹³⁵. Саме серйозність соціального тиску стосовно порушників правил Г. Харт визначає першорядним фактором у ситуації з обов'язками, а настійну загальну вимогу виконувати обов'язки – прямим наслідком такого тиску. Наведена ситуація є абсолютно природною і для відносин, що є об'єктом регулювання м'якого права, зокрема завдяки узгодженому характеру та, як наслідок, взаємному бажанню сторін дотримуватись взятих на себе зобов'язань.

Яскравим прикладом у площині м'якого права може бути добре відомий в ЄС «відкритий метод координації», який використовується європейськими структурами за необхідності урегулювання відносин, які перебувають поза компетенцією ЄС, у зв'язку з чим неможливо ввести в дію правила, юридично обов'язкові для виконання всіма державами-членами ЄС. Він передбачає розроблення рекомендацій і стандартів, що не мають обов'язкового характеру, і створення структури, яка відстежуватиме їх виконання. Така структура збирає звіти про виконання правил державами-членами ЄС; на підставі цих звітів ведеться робота, з одного боку, щодо вдосконалення правил, а з іншого – щодо з'ясування причин їх невиконання або неповного виконання державами-членами. Нарешті організовуються зустрічі з тими, хто не виконує правила, їм пропонується пояснити причини цього та ін. Такий спосіб тиску по-англійськи

¹³⁴ Bloed A. The Conference on Security and Cooperation in Europe: Analysis and Basic Documents: 1993–1995. London, 1997. P. 22

¹³⁵ Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007. С. 92.

ще називається *naming and shaming* та є гарним прикладом недержавного інструменту впливу.

Водночас Ю. Б. Фогельсон наводить особливості, що притаманні м'якому праву:

- правила завжди об'єднані в певну систему, об'єктивовані, опубліковані та добре відомі тим, кого стосуються;
- завжди є який-небудь авторитетний центр, який створив цю систему правил і (або) підтримує її дієвість;
- ці правила, безумовно, свідомо і цілеспрямовано змінюються центром, що їх створив, пристосовуються до мінливого життя¹³⁶.

Отже, м'яке право володіє, як мінімум, трьома атрибутами, якими до останньої чверті XX ст. західний правовий дискурс наділяв феномен «права»:

- це система обов'язкових (але не юридично обов'язкових) правил, об'єктивована, опублікована і доступна тим, для кого вона призначена;
- дієвість і обов'язковість цих правил підтримується авторитетним центром;
- ці правила свідомо і цілеспрямовано змінюються, пристосовуються до мінливого життя¹³⁷.

Визначені науковцем характеристики м'якого права повністю відповідають, на нашу думку, сучасному розумінню змісту концепції м'якого права та є важливими для результатів нашого дисертаційного дослідження.

Спираючись на висновки попереднього підрозділу дисертаційного дослідження, проаналізувавши витоки м'якого права і точки зору різних науковців щодо його змісту, автор формулює власну дефініцію, яка є необхідною для подальшого розкриття аспектів цього феномену у наступних розділах дослідження:

¹³⁶ Фогельсон Ю. Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе. *Журнал российского права*. 2013. № 9. С. 48.

¹³⁷ Там само. С. 48–49.

М'яке право – це сукупність сформованих у певному середовищі соціально значущих приписів, які формально виражені компетентним суб'єктом, орієнтовані на врегулювання узгоджених відносин визначеними способами та забезпечені недержавними інструментами виконання, валідність та дія яких не суперечить чинному твердому праву і відповідає принципу верховенства права.

Зазначене визначення м'якого права дає змогу виокремити властиві йому ознаки.

По-перше, йдеться про *соціально значущі приписи*, засновані на належності в протизагуг дескрипціям – описовим висловлюванням. Завдяки своєму персоніфікованому характеру приписи м'якого права завжди мають цінність для суб'єктів, відносини яких підлягають врегулюванню. Адже сам факт створення акта м'якого права свідчить, зокрема, про актуальну необхідність швидкого врегулювання певних відносин у певному середовищі. Враховуючи також відсутність юридичної обов'язковості до виконання, приписам м'якого права притаманна висока міра соціальної значущості. Їх зміст завжди націлений на досягнення якогось значущого для адресатів результату: досягнення певного статусу, отримання певних благ, подолання кризової ситуації, врегулювання нових непередбачених твердим правом відносин, заповнення прогалин в регулюванні різноманітних сфер правового чи суспільного життя, що визначаються стрімким розвитком і потребують швидкого врегулювання тощо.

Водночас соціальна значущість приписів м'якого права дає змогу констатувати його легітимність. Тобто м'яке право характеризується затребуваністю та відповідністю своїх приписів інтересам і потребам суспільства, його системі цінностей і переконань.

По-друге, сфера валідності та дії м'якого права визначаються суб'єктом створення та являють собою *певне середовище*, що є зацікавленим в їх виконанні. Таке особливе середовище не є обмеженим згідно з територіальним, суверенним принципом, воно має персоніфікований характер. В умовах

сучасного правового плюралізму, що передбачає множинність суб'єктів правотворчості, середовищем валідності та дії приписів м'якого права є будь-які сфери сучасної правої та соціальної реальності, що можуть мати транснаціональний або гібридний, але завжди визначений характер.

По-третє, приписи м'якого права, як і твердого, завжди мають *формальне вираження*. Процес створення акта м'якого права передбачає відповідність визначеній для обраної форми процедури з цілеспрямованих, свідомо-вольових зусиль компетентного суб'єкта. Попри схожість, така процедура є визначальною мірою простішою порівняно з процедурами створення актів твердого права, які відзначаються високим ступенем формалізації, тривалим та багатоступеневим колом погоджень часто декількох компетентних інститутів. Водночас приписи м'якого права завжди формалізовані з використанням юридичних алгоритмів, публікуються та доводяться до відома адресатів у вигляді акта м'якого права.

По-четверте, творцем м'якого права виступає *компетентний суб'єкт*, наділений відповідними повноваженнями. Водночас перелік таких компетентних суб'єктів не обмежується державою порівняно з твердим правом. Адже м'яке право за своєю природою є результатом факту демонополізації участі держави в процесі створення правових актів. Так, суб'єктами створення приписів м'якого права можуть виступати як держави та їх інститути, так і інші актори, що отримують все більш вагоме значення в регулюванні суспільних відносин на міжнародному та національному рівнях: міжнародні неурядові та міжурядові організації, транснаціональні корпорації, професійні спілки, товариства, наукова спільнота тощо. Водночас суб'єкт створення завжди має компетентність у сфері, що підлягає врегулюванню приписами м'якого права та фактичні повноваження для створення цього акта. Так, множинність потенційних суб'єктів створення передбачає відповідну множинність варіацій форм вираження актів м'якого права, зокрема офіційні декларації, резолюції, угоди, кодекси саморегулювання, регулятиви, стандарти, керівні вказівки, білі-зелені книги, найкращі практики, етичні кодекси тощо.

По-п'яте, приписи м'якого права орієнтовані на *врегулювання узгоджених відносин визначеними способами*. Так, вони завжди призначені для того, щоб виробляти певні практичні наслідки або впливати на поведінку. Відносини, що підлягають врегулюванню, мають узгоджений характер, що в результаті веде до легітимності м'якого права. Адже створенню акта м'якого права передують відповідний запит суспільства, тобто відносини для врегулювання не тільки фактично існують, але й сформувалась потреба та інтерес суспільства щодо їх регулювання. Це, зокрема, сприяє зобов'язальному ставленню суб'єктів регулювання до таких приписів. Більш того, щодо текстів деяких актів м'якого права компетентні суб'єкти вважають за необхідне формулювати застереження, що вони не створюють юридичних зобов'язань. А широке визнання і застосування на практиці м'яко-правих положень надає їм *de facto* зобов'язальний характер.

Водночас м'яко-правовий інструментарій регулювання відносин є дуже різноманітним, саме тому приписи м'якого права містять в собі конкретно визначені способи регулювання, які на думку суб'єктів створення спроможні найліпшим чином досягти поставленої мети.

По-шосте, виконання приписів м'якого права забезпечено організованими засобами контролю та/або стимулами до виконання, але це завжди *недержавні інструменти забезпечення виконання* – принципова відмінність від приписів твердого права. Зокрема можуть створюватися наглядові органи для контролю за дотриманням деяких актів м'якого права. Наприклад, Комісія ООН зі сталого розвитку контролює здійснення Порядку денного на XXI століття – плану дій, ухваленого на конференції з довкілля і розвитку в 1992 році (Ріо-де-Жанейро). Так, держави у відповідь на запит мають представити доповіді про дотримання декларацій і програм дій у формах, які нагадують або зовсім дублюють механізми дотримання тих декларацій і програм, що закріплені в джерелах твердого права. З іншого боку, дотримання приписів м'якого права може бути попередньою умовою для отримання державою необхідних послуг, наприклад, фінансової допомоги або політичної підтримки.

Отже, хоча в м'якому праві відсутні можливості для застосування юридичних санкцій, воно може продукувати непрямі правові наслідки. У цьому контексті слід зазначити, що соціальний тиск, який зацікавлене суспільство здатне здійснити щодо порушника м'якого права, може виявитися досить значним. Але в будь-якому випадку, засоби забезпечення м'якого права безпосередньо не пов'язані з державним примусом, тобто вони не спираються на правоохоронні системи міжнародного та національного рівнів. Однак це не заважає суб'єктам регулювання м'якого права відчувати приписи як обов'язкові та погоджуватися на їх добровільне дотримання з огляду на різні причини: суспільну цінність прогнозованого та бажаного результату, повагу до суб'єкта створення, бажання належати до певної групи, страху публічного осуду тощо.

По-сьоме, суттєвою ознакою м'якого права є той факт, що воно *не суперечить чинному твердому праву*. Так, м'яке право може виступати альтернативою твердому праву в регулюванні певних відносин, зокрема якщо сторони не бажають брати на себе юридичні обов'язки або прагнуть швидкого врегулювання таких відносин, уникаючи занадто складних процедур для створення правового акта. Водночас приписи м'якого права ніколи не будуть суперечити чинним у певному середовищі або сфері нормам твердого права, якщо вони взагалі існують. Адже однією з причин вибору м'яко-правової форми регламентації відносин є саме відсутність такої регламентації нормами твердого права у певній сфері. В обох випадках можна стверджувати про легальність м'якого права, тобто існування його приписів на законних підставах.

По-восьме, м'яке право характеризується *відповідністю принципу верховенства права*. Воно є розвитком ідеї верховенства права, класичного розуміння та значення права як системи норм і, як результат, відповіддю на потреби сучасного суспільства.

По-дев'яте, м'яке право слугує *орієнтиром для утворення норм твердого права*. Завдяки своїй природі та полегшеній процедурі створення приписи м'якого права є простим інструментом для пошуку гармонійного та

результативного впливу на всі (особливо на нові та динамічні) сфери правового та суспільного життя сучасної держави. Акти м'якого права характеризуються гнучкістю, що робить їх ідеальним інструментом для досягнення бажаного результату з врегулювання певних відносин. Як результат, держави можуть використовувати фактичний досвід дії та впливу актів м'якого права шляхом вираження відповідних приписів у актах твердого права.

Після визначення суттєвих, на нашу думку, ознак м'якого права стає можливим окреслення його співвідношення з суміжними категоріями, що є необхідним для подальшого дослідження. Схематичне зображення співвідношення м'якого права з суміжними категоріями представлено у Додатку 2 до цього дисертаційного дослідження.

Право як систему регулювання суспільних відносин ми пропонуємо схематично зобразити у вигляді кола. Надалі два протилежні типи регулювання – офіційне та неофіційне право – представлені на схемі у вигляді однакових кіл меншого розміру, що розташовані на протилежних половинах, примикаючи відповідно до правої та лівої межі кола права. Простір зверху та знизу офіційного і неофіційного права заповнюють значущі для формування загальної системи регулювання правові ідеї, принципи права тощо.

На нашу думку, м'яке право розташовується у просторі перетину офіційного та неофіційного права. Тобто м'яке право об'єднує в собі риси, притаманні як офіційному, так і неофіційному праву. Адже м'яке право передбачає соціально значущі приписи, що набули формального вираження (ознака офіційного права), але не забезпечені засобами державного примусу (ознака неофіційного права). Отже, м'яке право, на нашу думку, являє собою «золоту середину» регулювання відносин, яка водночас характеризується легальністю та легітимністю своїх приписів, тим самим відзначається високою мірою соціальної значущості та фактичним ефективним впливом на сучасну соціальну і правову реальність сучасної держави.

РОЗДІЛ 2.

ОСОБЛИВОСТІ КОНСТРУЮВАННЯ ТА ФОРМАЛЬНОГО ВИРАЖЕННЯ М'ЯКОГО ПРАВА

2.1. Поняття та види актів м'якого права

Сформулювавши дефініцію м'якого права, що, на думку автора, відповідає фактичному стану розвитку цього феномену та гармонійно вписується до положень сучасних концепцій праворозуміння, вважаємо за необхідне дослідити його складові, а саме – акти м'якого права, їх природу, особливості та види. І як результат, сформулювати авторську дефініцію поняття акта м'якого права, яка необхідна для подальшого дослідження аспектів валідності та дії м'якого права в сучасній правовій і соціальній реальності.

Для розкриття природи та особливостей, що властиві актам м'якого права, пропонуємо спочатку дослідити природу норм м'якого права та їх відмінність від норм твердого права.

З цього приводу Ульріка Мьорт відзначає поділ поглядів наукової спільноти, який можна пояснити належністю науковців до різних академічних дисциплін, а саме – соціології та правознавства. З точки зору соціологів, м'яке право має відношення до чітких та добровільних правил, не соціальних норм. Та вже інше питання – чи еволюціонує м'яке право у соціальні норми, чи соціальні норми породжують м'яке право. З точки зору правників, поняття норми є більш релевантним, ніж правило, і причина цього в тому, що юридичні правила пов'язані з твердим правом. Тому правник буде говорити про м'яке право як про правові норми, оскільки це передбачає, що вони можуть бути юридично необов'язковими¹³⁸.

¹³⁸ Mört U. Soft Law and New Modes of EU Governance – A Democratic Problem? 2005. P. 8.
URL: http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/Papers_Soft%20Mode/Moerth.pdf

Так, для результатів дисертаційного дослідження вважаємо за необхідне підкреслити, що правові норми є особливим типом соціальних норм. Під нормами ми розуміємо приписи (вимогу належного) на противагу дескрипціям (опису). Соціальні норми прагнуть регулювати поведінку людини. Те, що ми називаємо у цьому дослідженні м'яким правом, – безперечно, правові норми (приписи або вимоги належного). Отже, якщо норми м'якого та твердого права є правовими нормами, в чому полягає їх принципова відмінність?

У своїх роздумах щодо критеріїв відмінності між нормами м'якого і твердого права Енн Пітерс та Ізабелла Пагатто наводять як відправну точку такі прийняті характеристики твердого права:

- матеріальні параметри змісту норми, включаючи точність або невизначеність;
- формальні параметри, включаючи цільове призначення акта, його структурований виклад;
- намір творців зв'язати себе юридичним зобов'язанням, а саме можливість акта продукувати прямі або непрямі наслідки;
- санкційний потенціал¹³⁹.

В такому контексті уявляє особливий інтерес розкриття останнього критерію, який тривалий час вважався істотною особливістю права, а саме – обов'язкова можливість його примусового здійснення. Так, Пітерс та Пагатто дотримуються точки зору, що розуміння права як примусового порядку застаріло і з точки зору політики є марним. Схожу думку висловлює В. В. Дудченко у своєму дослідженні концепції права Г. Харта, в якому вона спростовує обов'язкову наявність примусових санкцій для існування правового зобов'язання: «...право без санкцій цілком можливе. Мають місце випадки, коли встановлено норми, але не передбачено ніяких примусових заходів у разі

¹³⁹ Peters A., Pagotto I. Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective. *NEWGOV – New Modes of Governance*. 2006. P. 10–12.

їх недотримання. Багато подібних прикладів можна знайти у будь-якій сучасній правовій системі»¹⁴⁰.

Підтвердженням відмови від вузького, зацикленого на санкції розуміння права можна також вважати визнання міжнародного права правом як таким. «Сучасна соціологія права не наполягає на матеріальних санкціях, але цілком задовольняється існуванням деякої схеми для забезпечення норм в частині їх дотримання... Крім того, навіть тверде право все більшою мірою характеризується м'якими механізмами дотримання, в той час, як нові форми контролю за дотриманням м'яких інструментів стають все більш твердими»¹⁴¹.

Отже, Пітерс і Пагатто приходять до висновку, що пошук відмінностей між м'якими та твердим нормами згідно із загальноприйнятими критеріями виявляється марним: «Юристи повинні визнати, що точно прокреслити межу не тільки між твердим і м'яким правом, але також і між правовими та неправовими нормами навряд чи можливо. Жоден релевантний параметр не є повністю вірогідним, і більшість звичайних критеріїв застосовні лише більшою чи меншою мірою»¹⁴².

На розмиті грань між правом і неправом вказує у своїх дослідженнях м'якого права також Діна Шелтон. На її думку, договірні механізми включають все більш м'які зобов'язання, наприклад, зобов'язання докласти зусиль до того, щоб прагнути до співпраці. А необов'язкові документи, своєю чергою, навпаки передбачають контрольні механізми, які традиційно характерні для твердо-правових інструментів. За приклад можна навести вже згадану у попередньому розділі дослідження наглядову діяльність Комісії ООН зі сталого розвитку за здійсненням Порядку денного на XXI століття. Отже, обидва типи інструментів можуть встановлювати процедури щодо забезпечення дотримання, які варіюються від м'яких до твердих.

¹⁴⁰ Дудченко В. В. Концепція права Герберта Харта. *Актуальні проблеми політики*. Одеса, 2012. № 46. С. 14

¹⁴¹ Peters A., Pagotto I. Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective. *NEWGOV – New Modes of Governance*. 2006. P. 11.

¹⁴² Там само. P. 12.

Отже уявляється можливим стверджувати про існування динамічного взаємовпливу між м'якими та твердими зобов'язаннями, аналогічному тому, що існує між міжнародним і національним правом. Так, Шелтон доходить висновку, що юридичне зобов'язання не є таким істотним фактором для поведінки держав, як зазвичай вважається. Все важливішого значення набуває авторитетність створення правил і принципів, які підлягають дотриманню. «Якщо держави очікують дотримання вимог і справді дотримуються правил і принципи, що містяться в документах м'якого права так само добре, як і норми, що містяться в міжнародних договорах і звичаях, то, можливо, поняття міжнародного права або перелік джерел міжнародного права вимагають розширення»¹⁴³, – резюмує Шелтон.

Хартмут Хілгенберг у своєму дослідженні стверджує про існування у деяких актів м'якого права саме юридичної сили, відмовляючись ставити питання щодо необхідності визначення політичного чи морального ефекту відповідних зобов'язань держав¹⁴⁴. Розглядаючи лише сферу міжнародного права, до актів м'якого права він відносить:

– міжнародні угоди, які були укладені не як договори, і як результат – не регулюються Віденською конвенцією про міжнародні договори 1969 року, але відіграють значну роль у міжнародних відносинах, наприклад: Атлантична хартія 1941 року; Ялтинська та Потсдамська угоди; Загальна декларація прав людини 1948 року; Паризька хартія для нової Європи 1990 року;

– резолюції міжнародних організацій¹⁴⁵.

Зі свого боку І. В. Шалінська у своєму дослідженні актів м'якого права дотримується думки, що такі акти складаються саме з рекомендаційних норм, та доходить висновку, «що у них (рекомендаційних норм. – Г. Г.) відсутній такий складовий елемент норми права, як санкція, що водночас не позбавляє їх

¹⁴³ Shelton D. L. Introduction: Law, Non-Law and the Problem of Soft Law. *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*. 2000. P. 10–011.

¹⁴⁴ Hillgenberg H. A Fresh Look at Soft Law. *European Journal of International Law*. Vol. 10. № 3. 1999. P. 502.

¹⁴⁵ Там само. P. 501–507.

юридичної сили, оскільки вони приймаються уповноваженими органами державної влади в межах їх компетенції, за спеціальною процедурою, мають загальний характер, є формально визначеними, є результатом волевиявлення суб'єктів правотворчості, а також спрямовані на реальне настання юридичних наслідків (таких як заповнення прогалин у законодавстві, врегулювання динамічних і нових сфер суспільних відносин тощо)»¹⁴⁶.

Вважаємо за доцільне також зазначити думку Лазло Блутмана, який, навпаки, заперечує правову природу норм м'якого права та водночас підкреслює їх вагомий зв'язок з міжнародним правом, особливо в таких галузях, як захист навколишнього середовища, міжнародна торгівля і фінанси тощо. Так, науковець визначає норми м'якого права як суто соціальні норми, що можуть відігравати надзвичайно важливу роль в координації дій держав або інших міжнародних акторів: «...вони можуть підвищувати очікування в частині упорядкованого впливу на поведінку міжнародних учасників; вони можуть описувати політичні, моральні та технічні (але не юридичні) вимоги, а також бути посередником в міжнародних взаємодіях учасників. Зрозуміло, регуляторна функція цих міжнародних норм є складним питанням соціології, теорії міжнародних відносин і теорії управління»¹⁴⁷.

Як відповідь можливо навести твердження Маттіаса Голдмана, на думку якого і тверде, і м'яке право виступає результатом офіційних правотворчих процедур, і це відрізняє їх від моральних зобов'язань, які спираються на розум, природу, дискурс тощо. Тому віднесення м'якого права до області політичних або моральних зобов'язань не виглядає перспективною стратегією¹⁴⁸.

Отже, для подальшого дослідження природи актів м'якого права вважаємо за необхідне встановити наступну характеристику норм м'якого

¹⁴⁶ Шалінська І. В. Акти «м'якого права» у системі джерел права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів, 2015. С. 147.

¹⁴⁷ Blutman L. In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly*. 2010. Vol. 59, № 3 P. 623.

¹⁴⁸ Goldmann M. We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law. *Leiden Journal of International Law*. 2012. Vol. 25, № 2. P. 347.

права. Так, норми м'якого права є правовими нормами і з огляду на особливості сучасного праворозуміння майже не відрізняються від традиційних норм твердого права. Відсутність чіткого розмежування між м'якими та твердими нормами пояснюється, зокрема, відходом від усталеного розуміння права як примусового порядку, дотримання якого завжди підкріплено державним санкційним тиском. Цей критерій є сьогодні не завжди чітко вираженим та насправді результативним на практиці, але, на думку автора дисертаційного дослідження, залишається, можливо, єдиним принциповим для розмежування м'яко-правових і твердо-правових норм.

З огляду на вищенаведене пропонуємо наступне визначення норми м'якого права: *це соціально значуще для певного середовища правило поведінки, що сформульовано та формально виражено компетентним суб'єктом в акті м'якого права для врегулювання узгоджених відносин, виконання якого забезпечено організованими засобами контролю та/або стимулами до виконання.*

Визнавши правову природу норм м'якого права, вважаємо за необхідне розглядати акти м'якого права саме як правові акти.

Так, під правовим актом ми розуміємо належним чином (словесно-документально) оформлене зовнішнє вираження волі уповноваженого суб'єкта, що постає як носій змістовних елементів правової системи – юридичних норм, правових положень практики, індивідуальних приписів, автономних рішень осіб¹⁴⁹. Вважаємо наведене визначення правового акта таким, що здатне відповісти сучасним потребам трансформованого праворозуміння.

Александр Флюкігер також висловлює думку, що акти м'якого права нагадують класичні правові акти та, відповідно, також містять норми поведінки. Але на відміну від обов'язкових норм класичного правового акта, норми м'якого права визнаються лише настільки, наскільки вони визнаються їх

¹⁴⁹ Алексеев С. С. Общая теория права. Москва, 1982. Т. 2. С. 192–193.

адресатами¹⁵⁰. Отже, науковець звертає увагу на властиву правовим актам відносну нормативність, що більш детально розглянута в попередніх підрозділах цього дисертаційного дослідження.

Зі свого боку Алан Бойл вбачає загальну характеристику актів м'якого права в тому, що вони супроводжуються ретельними переговорами та часто створюють в результаті детально розроблені формулювання, які в деяких випадках призначені мати нормативне значення всупереч своїй юридично необов'язковій формі. Так, він вказує на присутність елементу зобов'язання добросовісності, а в багатьох випадках – бажання впливати на державну практику, елемент законодавчої наміри та прогресивного розвитку. Отже, на думку науковця, необов'язкові документи м'якого права істотно не відрізняються від багатосторонніх міжнародних договорів, що слугують досягненню практично тих же самих правотворчих цілей¹⁵¹.

Так, для подальшого дослідження вважаємо за доцільне виокремити можливість віднесення актів м'якого права до правових актів як першочергову та найбільш важливу характеристику таких актів, а як результат пропонуємо наступну дефініцію.

Акт м'якого права – юридичний документ, формально виражена компетентним суб'єктом сукупність сформованих у певному середовищі соціально значущих приписів, орієнтованих на врегулювання узгоджених відносин визначеними способами, забезпечених бажанням сторін виконати взяті обов'язки, валідність і дія яких відповідає концепції правового закону, не суперечить чинному законодавству та слугує орієнтиром для прийняття норм твердого права.

На думку нідерландської дослідниці Лінди Сенден, величезна різноманітність актів, які можуть підпадати під сферу застосування визначення м'якого права, унеможлиблює загальні коментарі щодо їх сутності, функцій та

¹⁵⁰ Fluckiger A. Soft Law Instruments in Public Law. *Swiss Public Administration*. 2019. P. 123.

¹⁵¹ Boyle A. E. Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly*. 1999. Vol. 48, № 4. P. 902.

можливих юридичних наслідків. Але «це не означає, що класифікація актів м'якого права також буде неможливою. Навіть якщо акти м'якого права жодним чином не визначені або урегульовані, виявляється можливим встановити їх основні ознаки, подивившись на сам документ, його фактичний зміст та наміри його авторів»¹⁵².

Цілком очевидно, що використання м'якого права в міжнародному та національному правотворчому процесі має безліч форм. «Майже нескінченну множинність варіацій»¹⁵³ актів м'якого права, на нашу думку, можна пояснити широким спектром суб'єктів, які беруть участь у їх розробленні та виданні. З огляду на це існує необхідність систематизації таких актів на рівні загальної теорії держави та права та доопрацювання їх поширеної класифікації в рамках нашого дисертаційного дослідження. Для цього пропонуємо спочатку звернутися до правої доктрини з метою пошуку наявних поглядів з наведеного питання.

Так, актами м'якого права А. Бойл визначає: декларації міжнародних міжурядових конференцій, такі як декларація Ріо-де-Жанейро щодо навколишнього середовища та розвитку; резолюції Генеральної Асамблеї ООН, подібні до тих, що мають справу з космосом, глибоководними районами морського дна, деколонізацією або невід'ємним суверенітетом над природними ресурсами; а також кодекси поведінки, керівні принципи і рекомендації міжнародних організацій, таких як Міжнародне агентство з атомної енергії, Міжнародна морська організація, Програма ООН з довкілля (ЮНЕП) або Продовольча і сільськогосподарська організація¹⁵⁴.

¹⁵² Senden L. Soft Law, Self-regulation and Co-regulation in European Law: Where Do They Meet? *Electronic Journal of Comparative Law*. Vol. 9.1. P. 23. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=943063

¹⁵³ Shelton D. L. Soft Law. *Handbook of International Law*. 2008. P. 3.

¹⁵⁴ Boyle A.E. Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly*. 1999. Vol. 48, № 4. P. 902.

Зі свого боку Анна ді Робілан розрізняє акти м'якого права відповідно до суб'єкту їх створення: інституції, громадськість або наукова спільнота. Так, на рівні європейських інститутів вона виокремлює:

- рекомендації та думки, що позбавлені юридично обов'язкового характеру, проте мають певне юридичне значення;
- повідомлення та Керівні принципи Єврокомісії;
- міжвідомчі Угоди.

Активних творців м'якого права серед громадськості вона умовно поділяє на такі:

- приватні актори, наприклад, транснаціональні корпорації, які встановлюють кодекси поведінки;
- квазі-публічні суб'єкти, наприклад, торгові асоціації та органи зі стандартизації, які також можуть розробляти керівні принципи та кодекси норм і стандартів;
- так зване «нове *lex mercatoria*», що може розглядатися як м'яке право, створене суб'єктами глобальної комерції;
- принципи УНІДРУА та типові контракти, розроблені Міжнародною торговою палатою та іншими арбітражними органами.

Нарешті, Принципи Ландо європейського договірної права можна навести як акт м'якого права, розроблений групою ініціативних вчених на основі моделі Коментарів загального права США, складених Американським інститутом права¹⁵⁵. На нашу думку, така класифікація повністю охоплює різновиди актів м'якого права за критерієм суб'єкта створення, якщо доповнити категорії прикладами зі сфери національного права.

Водночас Діна Шелтон у своєму дослідженні прямо називає особливістю м'якого права те, що «воно може бути адресовано недержавним учасникам, таким як юридичні особи, міжнародні організації, неурядові організації та індивіди, тоді як міжнародні договори рідко зобов'язують інших суб'єктів, крім

¹⁵⁵ Robilant di A. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54, № 3. P. 500.

держав»¹⁵⁶. Зі свого боку Пітерс і Пагатто підкреслюють: «...м'яке право інтегрує транснаціональних недержавних суб'єктів, які (ще) не є формальними суб'єктами права (такі як транснаціональні корпорації та недержавні організації), в тканину міжнародних відносин, і аналогічно – в тканину європейського права»¹⁵⁷. На думку автора дисертаційного дослідження, такі твердження повністю відповідають дійсності та становлять підставу для виокремлення відповідного критерію поділу актів м'якого права в зазначеному контексті.

Цікаву класифікацію актів м'якого права пропонує Шелтон, розрізняючи первинне та вторинне м'яке право. Так, первинне м'яке право складається з нормативних текстів, укладених не у формі міжнародного договору та адресованих міжнародній спільноті в цілому або всім членам установи чи організації, які ухвалили цей документ. Такий акт може декларувати нові, підтверджувати або розвивати раніше встановлені норми. Прикладом можуть слугувати Мінімальні стандартні правила ООН щодо поводження з ув'язненими, ухвалені на першому Конгресі ООН щодо запобігання злочинності та поводження з правопорушниками в 1955 році та схвалені Економічною і соціальною радою ООН в 1957 році.

Вторинне м'яке право включає рекомендації та загальні коментарі міжнародних контрольних органів, судів і комісій, рішення спеціальних доповідачів та інших органів *ad hoc*, а також резолюції політичних органів міжнародних організацій, які застосовують норми. Більша частина цього вторинного м'якого права оприлюднюється установами, існування і юрисдикція яких зумовлені наявністю міжнародного договору та які застосовують норми, що містяться в такому договорі¹⁵⁸.

Л. Блутман пропонує розбити акти м'якого права на три групи. До першої групи входять юридично необов'язкові рішення міжнародних організацій та

¹⁵⁶ Shelton D. L. *Soft Law. Handbook of International Law*. 2008. P. 4.

¹⁵⁷ Peters A., Pagotto I. *Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective. NEWGOV–New Modes of Governance*. 2006. P. 12.

¹⁵⁸ Shelton D.L. *Soft Law. Handbook of International Law*. 2008. P. 4–5.

органів, наприклад, необов'язкові рішення, пов'язані з екстра-організаційними відносинами, керівні принципи, програми, декларації, директиви, думки, плани дій, програми дій та рекомендації. До другої групи належать двосторонні або багатосторонні та в юридичному сенсі необов'язкові угоди й декларації, спільно ухвалені державами. Вони можуть мати різні форми: комюніке, декларації про наміри, спільні заключні декларації, заключні акти самітів, необов'язкові політичні, технічні та інші домовленості, а також резолюції, рекомендації, прийняті на міжнародних конференціях тощо. Третя група охоплює рекомендації, зроблені неурядовими організаціями, які однак можуть мати значний вплив з точки зору міжнародної практики (Міжнародний комітет Червоного Хреста)¹⁵⁹. Отже, якщо в першому випадку йдеться головним чином про акти однієї міжнародної юридичної особи, то в другому випадку можна говорити про загальні заяви, обіцянки та наміри, зроблені декількома юридичними особами за домовленістю. У третьому випадку в центрі уваги опиняються нормативні заходи, запропоновані неурядовими організаціями.

Об'єднати всі види актів м'якого права, що діють в Європейському Союзі, за критерієм функціональності пропонує Л. Сенден, розрізняючи при цьому три основні групи. До першої групи належать підготовчі та інформаційні акти, що створені з метою підготовки проєктів законодавчих актів ЄС, а саме: зелені книги, білі книги, програми дій і інформаційні повідомлення. До другої групи належать акти, які використовуються для тлумачення і сприяння імплементації прийнятих правових актів, а саме: повідомлення Комісії, певні кодекси, рамкові документи, що приймаються у сферах конкуренції й державної допомоги. Третя категорія складається з так званих офіційних і неофіційних керівних інструментів, спрямованих на надання певних

¹⁵⁹ Blutman L. In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly*. 2010. Vol. 59, № 3 P. 607–608.

додаткових імпульсів щодо досягнення цілей ЄС і здійснення його політики, наприклад, декларації, заяви, висновки тощо¹⁶⁰.

Зі свого боку австралійський вчений Грек Вікс відносить до м'якого права кодекси практики, керівництва, інструктивні вказівки, циркуляри, політичні акти, короткі програми розвитку, звичаї практики, податкові пільги, кодекси поведінки, етичні кодекси та конвенції¹⁶¹. Водночас ми загалом поділяємо точку зору науковця, що просте перерахування різних інструментів м'якого права не є належним способом визначення суті м'якого права, таке перерахування також не надає достатньої інформації й для класифікації актів м'якого права. Отже, такий спосіб необхідно розглядати як надання лише прикладів юридичних документів, які можуть включати приписи м'якого права. Та остаточне визнання того чи іншого юридичного документа як акта м'якого права залежить насамперед від притаманних йому ознак та їх співвідношення з ознаками м'якого права, які були запропоновані автором у попередньому розділі дисертаційного дослідження.

У контексті дослідження класифікації актів м'якого права вважаємо за важливе навести позицію нідерландської дослідниці Полін Вестерман, яка розрізняє акти м'якого права за сферою дії. Так, на міжнародному рівні акти м'якого права складають офіційні декларації, принципи, угоди тощо. У національному праві це результати різних форм регулювання: кодекси саморегулювання, регулятиви, створені наглядовими радами, стандартизаційні норми, створювані експертами, різні керівні вказівки та найкращі практики¹⁶².

Для результатів дисертаційного дослідження вважаємо за доцільне підкреслити, що акти м'якого права мають вагоме значення та вплив у

¹⁶⁰ Senden L. Soft Law, Self-regulation and Co-regulation in European Law: Where Do They Meet? *Electronic Journal of Comparative Law*. Vol. 9.1. P. 23–24. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=943063 (дата звернення: 01.09.2021).

¹⁶¹ Weeks G. The Use and Enforcement of Soft Law by Australian Public Authorities. *Federal Law Review, Forthcoming*. 2014. Vol. 42, № 1. P. 3. URL: <http://ssrn.com/abstract=2432773> (дата звернення: 01.09.2021).

¹⁶² Вестерман П. Чинність: Репутація правил. *Філософія права і загальна теорія права*. Київ, 2016. № 1–2. С. 121.

регулюванні найбільш динамічних сфер суспільних відносин як на міжнародному, так і на національному рівні, зберігаючи однакову природу, та відрізняються здебільшого формою вираження. А.Й. Іванський у своєму дослідженні м'якого права підкреслює в системі джерел фінансового права України динамічний характер розвитку відповідної сфери, як джерело фінансового права він виокремлює м'яке право у формі «рішення, резолюції міжнародних фінансових організацій, які мають рекомендаційний характер; політичні домовленості, які тим чи іншим чином впливають на регулювання фінансових правовідносин; модельне законодавство, яке може бути застосовано в регулюванні фінансових правовідносин»¹⁶³.

Загалом на національному рівні є поширеною ситуація, коли державний інститут, що не має законодавчої сили, стикається з прогалинами в законодавчому регулюванні певного питання, яке, своєю чергою, є необхідним для здійснення його повноважень. Так, зацікавлений у врегулюванні питання суб'єкт створює акт м'якого права, зміст приписів якого визначений певним середовищем, об'єктом та адресатом впливу цього акта.

Так, у контексті розгляду актів м'якого права національного рівня варто зазначити висновки, до яких доходить І. В. Шалінська у своєму дисертаційному дослідженні. На думку дослідниці, акти м'якого права в Україні існують у наступних формах: рекомендації, роз'яснення, листи органів державної влади, типові положення та договори, примірні статuti, а також постанови пленумів вищих органів судової влади і окремі рекомендаційні норми, які містяться в актах позитивного права¹⁶⁴.

Зі свого боку О. В. Демін також розглядає у своєму дослідженні різні види актів м'якого права національного рівня. Як висновок науковець зазначає, що «перенесення м'яко-правової концепції на рівень національних правових систем дозволяє включити до правового дискурсу різноманітні (іноді досить

¹⁶³ Іванський А. Й. М'яке право в системі джерел фінансового права України. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2021. № 2 (37). С. 67.

¹⁶⁴ Шалінська І. В. Акти «м'якого права» у системі джерел права : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01, Львів, 2015. С. 146–147.

неоднорідні) документи, які не належать до офіційних джерел права, формально не є юридично обов'язковими, але прямо чи опосередковано задіяні у складній та багаторівневій системі правового регулювання»¹⁶⁵.

На основі проведеного дослідження та для кращого розуміння обсягів і видів актів м'якого права вбачається за доцільне проводити їх класифікацію за наступними критеріями: сферою регулювання, суб'єктом створення та адресатом впливу актів м'якого права.

Однак у цьому контексті пропонуємо спочатку сформулювати визначення предмету м'якого права, правовідносин м'якого права та їх суб'єктів.

Розглядаючи суб'єктів м'якого права, варто розрізняти суб'єкта створення акта м'якого права та адресата впливу акта м'якого права.

Суб'єкт створення акта м'якого права – фізична або юридична особа міжнародного або національного рівня, волевиявлення якої цілеспрямовано на формулювання соціально значущих приписів у відповідь на запит певного середовища, яка визнається таким середовищем компетентною та авторитетною для формального вираження таких приписів у вигляді акта м'якого права.

Адресат впливу акта м'якого права – фізична або юридична особа міжнародного або національного рівня, яка виступає учасником правовідносин, на врегулювання яких спрямована дія акта м'якого права.

Своєю чергою, предмет м'якого права – правовідносини будь-якої сфери суспільного та правового життя сучасних держав, на врегулювання яких спрямована дія м'якого права.

Що стосується визначення самих правовідносин, то слушно зазначає у своєму дослідженні правовідносин в галузі цивільного процесуального права Л. В. Діденко: «Будь-яке суспільство характеризується існуванням великої кількості відносин між людьми та їх об'єднаннями. Такі суспільні відносини

¹⁶⁵ Демин А. В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования : монография. М.: Проспект, 2017. 240 с. URL: <https://read.amazon.com/?asin=B0153GIJ3K&language=en-US>

можуть бути як врегульованими нормами права, так і неврегульованими»¹⁶⁶. У своєму дослідженні ми дотримуємося точки зору, що об'єкт регулювання м'якого права складають саме правові відносини, з огляду на визнання м'якого права правом як таким.

Так, правовідносини м'якого права – це врегульовані приписами м'якого права відносини будь-якої сфери суспільного та правового життя сучасних держав, учасники яких зацікавлені в їх дотриманні, що забезпечено їх бажанням виконати взяті на себе обов'язки.

Отже, пропонуємо розрізняти акти м'якого права наступним чином.

I. За сферою регулювання:

1) акти м'якого права на рівні міжнародних правовідносин, які, своєю чергою, діють в різних сферах, зокрема:

- в економічній сфері, наприклад: Керівні принципи для багатонаціональних підприємств Організації економічного співробітництва та розвитку 1976 року; Рекомендація Європейської Економічної комісії з розвитку торгівлі, промисловості та підприємництва № 32 «Проект рекомендацій про інструменти саморегулювання в галузі електронної торгівлі (кодекси поведінки)» 2001 року;
- у фінансовій сфері, наприклад: Типова конвенція про запобігання подвійного оподаткування у відносинах між розвинутими державами й державами, що розвиваються, ухвалена ООН у 1980 році;
- у сфері охорони довкілля, наприклад: Стокгольмська декларація, ухвалена на Стокгольмській конференції з довкілля 16 червня 1972 року; Порядок денний на XXI століття, ухвалений ООН на Міжнародній конференції з довкілля і розвитку в Ріо-де-Жанейро у 1992 році;

¹⁶⁶ Діденко Л. В. Види цивільних процесуальних правовідносин. *Науковий вісник публічного та приватного права* : зб. наук. пр. Київ, 2018. Вип. 6. Т. 1. С. 115–120.

- у сфері охорони здоров'я, наприклад: протоколи і рекомендації Всесвітньої організації охорони здоров'я щодо протидії Covid-19;
- у соціальній сфері, наприклад: декларація «Хартія основних соціальних прав робітників», ухвалена державами-учасниками ЄС в 1989 році; Глобальний договір ООН з компаніями та організаціями всього світу для сприйняття соціальної відповідальності бізнесу;
- в адміністративній сфері, наприклад: Біла книга з європейської комунікативної політики, видана Європейською комісією 1 лютого 2006 року;
- у сфері захисту прав людини, наприклад: Загальна декларація прав людини, ухвалена Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року; Рекомендація № R (87) 3 Комітету міністрів державам-членам щодо Європейських пенітенціарних правил від 12 лютого 1987 року;
- у сфері кримінального судочинства, наприклад: Рекомендації Європейської Комісії про процесуальні гарантії для вразливих осіб, підозрюваних або обвинувачених у кримінальному провадженні від 27 листопада 2013 року;
- у торговельній сфері, наприклад: Принципи міжнародних комерційних контрактів, розроблені Міжнародним інститутом з уніфікації приватного права у 1994 році та доповнені в 2004, 2010, 2016 роках;
- у сфері реклами та маркетингових комунікацій, наприклад: консолідований Кодекс Міжнародної Торговельної Палати із практики реклами та маркетингових комунікацій 2011 року;
- у сфері освіти: Стандарти і рекомендації щодо забезпечення якості в Європейському просторі вищої освіти, складені Європейською Асоціацією із забезпечення якості вищої освіти у лютому 2005 року;
- в інформаційній сфері, наприклад: декларація Комітету міністрів Ради Європи «Про свободу вираження поглядів та інформації» від 29 квітня

1982 року; декларація Комітету міністрів Ради Європи «Про свободу комунікації в інтернет» від 28 травня 2003 року;

2) акти м'якого права на рівні національних правових систем, що діють в різних сферах суспільного життя, наприклад:

- в економічній сфері, наприклад: Зелена книга «Саморегулювання в Україні», підготовлена Офісом ефективного регулювання BRDO в жовтні 2017 року;
- у банківській сфері, наприклад: Найкращі практики провідних банків України з питань фінансового моніторингу, що публікуються Незалежною асоціацією банків України.
- у фінансовій сфері, наприклад: Методичні рекомендації Професійної Асоціації учасників Ринків капіталу та Деривативів з розробки внутрішніх документів СПФМ - професійних учасників (небанківських установ) з питань фінансового моніторингу 2020 року;
- у сфері ЗМІ: Кодекс етики українського журналіста, затверджений пленумом Національної спілки журналістів України 12 грудня 2013 року.

II. За суб'єктом створення:

1) акти м'якого права, створені державами, їх урядами. Наприклад: Порядок денний асоціації Україна-ЄС 24 листопада 2009 року; Союзні програми щодо інтеграції РФ та Республіки Білорусь, затверджені у вересні 2021 року; Белфастська угода 1998 року, укладена між урядами Великої Британії та Північної Ірландії, яка не має повноваження укладати договори за міжнародним правом;

2) акти м'якого права, створені міжнародними організаціями та міжнародними міжурядовими організаціями. Наприклад: Декларація прав дитини, ухвалена Генеральною Асамблеєю ООН 20 листопада 1959 року; Міжамериканська конвенція про взаємну допомогу в кримінальних справах Організації американських держав від 23 травня 1992 року;

3) акти м'якого права, створені будь-якими іншими суб'єктами: транснаціональними корпораціями, професійними спілками, товариствами, арбітражем, науковою спільнотою, експертами, наглядовими радами тощо. Для них існує дуже широка варіація форм вираження, зокрема: кодекси саморегулювання, регулятиви, стандарти, керівні вказівки, білі книги, зелені книги, найкращі практики тощо.

III. За адресатом впливу акта м'якого права:

1) державний: держава та державні інститути. Наприклад, спільні декларації, погоджені лідерами країн G7;

2) недержавний: міжнародні організації, неурядові організації, підприємства, індивіди тощо. Наприклад, Керівні принципи для багатонаціональних компаній, що закріплені декларацією 1976 року про міжнародні інвестиції і багатонаціональні корпорації Організації економічного співробітництва та розвитку, передбачені саме для багатонаціональних підприємств, тобто транснаціональних корпорацій;

3) комбінований: акти м'якого права можуть бути створені для регулювання відносин водночас державних і недержавних суб'єктів, що обумовлено специфікою об'єкта регулювання. Наприклад, Рекомендація Європейської Комісії від 1 березня 2018 року щодо заходів для ефективної боротьби з незаконним контентом в Інтернеті адресована державам-членам та постачальникам послуг інтернет-зв'язку.

Із наведених прикладів можна побачити, що документи, які можуть бути віднесеними до м'якого права, є численними та різноманітними завдяки широкому спектру суб'єктів, що беруть участь у їх розробленні та виданні. Але у будь-якому випадку всі акти м'якого права мають спільні риси, які вирізняють їх з-поміж інших джерел права, визначають їх місце та роль у системі джерел права. Отже вважаємо за доцільне підкреслити необхідність їх подальшого дослідження в рамках загальної юриспруденції.

2.2. Юридичні технології створення актів м'якого права

Забезпечення мети правового впливу м'якого права досягається завдяки багатьом факторам, найголовнішим з яких, на нашу думку, є письмовий акт м'якого права. Саме в такому акті отримують вираз соціально значущі положення та моделі майбутньої поведінки суб'єктів. Відповідно, особливу увагу слід приділяти способам та правилам створення таких актів, формуванню їх юридичної композиції, встановленню зв'язків з іншими актами, процедурами впровадження у дію. Зазначений спектр питань потребує проведення аналізу в контексті юридично-технічного або юридично-технологічного напрямів.

Слід зазначити, що у сучасній юриспруденції в активній фазі загальнотеоретичного дискурсу стоїть питання щодо визначення правової природи співвідношення юридичної техніки та юридичної технології.

Як зазначає Д. Г. Манько, «...юридична технологія “історично” виростає з юридичної техніки. Це дозволяє зробити висновок, що історію формування юридичної технології можна простежити через алгоритми становлення юридичної техніки. Юридичній техніці в історичному ракурсі, в цілому, притаманна не революційна, а еволюційна парадигма розвитку. Кожен із наступних етапів вбирав в себе елементи попереднього, удосконалюючи їх. Відмінною особливістю юридичної техніки слід вважати принцип спадкоємності використання техніко-юридичних елементів»¹⁶⁷.

Термін «юридична техніка» сформулював понад сто років тому видатний німецький учений Рудольф фон Ієринг. «Юридична техніка» є частиною його основної праці «Дух римського права на різних ступенях його розвитку». У своїх дослідженнях цей вчений ототожнював юридичну та законодавчу техніку¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Манько Д. Г. Юридичні технології та алгоритми формалізації права у вимірі юридичної діяльності : монографія. Одеса : Фенікс, 2019. С. 160.

¹⁶⁸ Ієринг Рудольф фон. Юридична техніка. М.: Статут, 2008. 231 с.

Але перше системне вивчення юридичної техніки здійснив англійський учений Френсис Бекон («Новий органон», 1620), який досить категорично вказував на стислість і точність юридичної мови як на засіб запобігання помилковому тлумаченню законів. Ф. Бекон уперше запропонував інкорпорацію як засіб систематизації права¹⁶⁹.

Шарль Луї Монтеск'є у своїй праці «Про дух законів» (1778) виклав деякі принципи складення законів, серед яких простота мови, визначеність і стислість нормативного матеріалу¹⁷⁰.

Важливий внесок у розвиток вчень про юридичну техніку здійснив англійський учений Ієремія Бентам. У своїй книзі «Тактика законодавчих зібрань» він обґрунтував важливість не лише якості мови права, але й структури нормативних актів¹⁷¹.

У Росії протягом XIX – початку XX століття існувала найпевніше «негативна» юридична техніка, яка вибудовувала свої методи насамперед через виявлення та аналіз недоліків у законодавстві. Розуміння юридичної техніки звужувалося до системи найбільш доцільних засобів і правил створення законів.

У XIX столітті в Росії з'явилася низка праць, які так чи інакше зачіпали певні питання законотворчості: «Стисла теорія законів» Л. А. Цветаєва¹⁷², «Енциклопедія законознавства» К. А. Неволіна та інші. Активне вивчення юридичної техніки в радянський період розпочалося в середині 20-х років. Дослідженням різних аспектів юридичної техніки займалися

¹⁶⁹ Бэкон Ф. Новый Органон, или Истинные указания для истолкования природы. М., 1978. 575 с.

¹⁷⁰ Кормич А. І. Історія вчень про державу і право : навч. посібник. Київ : Правова єдність, 2009. 312 с.

¹⁷¹ Бентам И. Тактика законодательных собраний : монография / пер. с англ. 3-е изд. Москва; Челябинск : Социум, 2020. 209 с.

¹⁷² Цветаев Л. А. Краткая теория законов. Ч. 2 и 3. Содержащие теорию уголовных законов и теорию судопроизводства гражданских и уголовных дел. М.: Изд. Львом Цветаевым, 1810. URL: <http://elibrary.shpl.ru/ru/nodes/59858-tsvetaev-l-a-kratkaya-teoriya-zakonov-ch-2-i-3-soderzhaschie-teoriyu-ugolovnyh-zakonov-i-teoriyu-sudoproizvodstva-grazhdanskih-i-ugolovnyh-del-m-1810>

І. С. Перетерський, П. Веровський, Н. Жуков, І. Єлізаров. У 50–70-х роках кілька регіональних шкіл здійснювали дослідження у сфері юридичної та законодавчої техніки: московська, ленінградська, свердловська та ін. Найбільш відомими представниками цих шкіл були С. С. Алексєєв, Д. А. Керімов, А. С. Піголкін тощо. Саме в цей час учені стали розрізняти поняття юридичної техніки та законодавчої техніки.

Новий сплеск інтересу до юридичної та законодавчої техніки виник у 90-х роках ХХ століття. Серед учених, які зверталися до дослідження поняття законодавчої техніки в цей період, можна відзначити В. М. Карташова, Ю. О. Тихомирова, М. Ф. Казанцева¹⁷³.

Поняття юридичної техніки протягом усього ХХ століття постійно змінювалося. Якщо спочатку зміст юридичної техніки складали засоби та прийоми створення законів і підзаконних актів, то радянські й сучасні вчені доповнили це поняття засобами та прийомами створення правозастосовних, інтерпретаційних і правореалізаційних актів. Розширювався також інструментарій юридичної техніки.

На сучасному етапі загальнотеоретичне обґрунтування юридичної техніки набуло значного розвитку і є предметом дослідження багатьох учених, серед яких слід зазначити М. М. Тарасова, В. М. Баранова, Н. А. Климентьєву, Т. В. Кашаніну, І. Д. Шутака¹⁷⁴ тощо.

Але не слід вважати, що до досліджень, які здійснив Ф. Бекон у 1620-му році, юридичної техніки не існувало. Фактично, із зародженням права з'явилися й перші засоби та правила здійснення юридичної техніки. Якщо проаналізувати процес правового розвитку, стає можливим виокремлення трьох основних стадій: архаїчне право, станове право, загальнодержавне право. Вивчаючи особливості здійснення юридичної техніки на кожній із названих стадій, можна

¹⁷³ Карташов В. Н. Юридическая техника, тактика, стратегия и технология (к вопросу о соотношении). Проблемы юридической техники. Н. Новгород, 2000. С. 16–23.

¹⁷⁴ Шутак І. Д. Юридична техніка : курс лекцій / Лабораторія академ. досліджень правового регулювання та юрид. техніки. Дрогобич : Коло, 2015. 228 с.

побачити певну генезу розвитку юридичної діяльності зі створення та застосування права.

Протягом тривалого історичного періоду (починаючи з кінця XIX ст. і до теперішнього часу) поняття юридичної техніки неухильно розширювалося. Якщо спочатку зміст юридичної техніки становили засоби і способи створення законів, то сучасні вчені доповнили це поняття засобами і способами створення правозастосовних, інтерпретаційних і правореалізаційних актів тощо.

С. С. Алексєєв визначає юридичну техніку як сукупність засобів і прийомів, використовуваних відповідно до визнаних прийомів при виробленні та систематизації правових (нормативних) актів для забезпечення їх досконалості, пов'язуючи це поняття з визначеною організацією правового матеріалу і його зовнішнім викладом, насамперед з виразом структури права. Одночасно з цим він відзначає, що за своїм змістом юридична техніка складається з двох елементів: а) технічних засобів; б) технічних прийомів. В області права технічними засобами є, зокрема, юридичні конструкції, термінологія¹⁷⁵.

На думку В. М. Баранова, юридична техніка є «опредмеченою формою правових ідей, різних соціокультурних умов ... юридична техніка – сукупність засобів, прийомів, правил, які використовуються для видання та оформлення нормативно-правових, правозастосовних, інтерпретаційних та інших актів»¹⁷⁶.

Вітчизняний правознавець І. Д. Шутак вважає, що «...юридична техніка – галузь знань про правила ведення юридичної роботи та створення в її процесі різних юридичних документів, письмового окреслення змісту нормативно-правових актів, оформлення юридичних документів, вираження правового аналізу юридичних прав і обов'язків тощо. Раніше юридична техніка була частиною теорії держави й права. В сучасних умовах юридичну техніку виокремлюють у самостійну галузь юридичної науки, орієнтовану на

¹⁷⁵ Алексєєв С. С. Общая теория права : курс лекций: в 2 т. М., 1982. Т. 2. С. 267.

¹⁷⁶ Баранов В. М. Предисловие. *Проблемы юридической техники* : сб. ст. / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 10.

вирішення практичних завдань. Її застосовують адвокати, судді, нотаріуси, парламентарі, урядовці, управлінці»¹⁷⁷.

На думку Г. І. Муромцева, «...при всьому різноманітті поглядів на проблему юридичної техніки, що існують в країнах романо-германського права, можна виділити два їх різновиди: 1) широкий підхід, коли юридична техніка ототожнюється з правом в цілому або лежить в його основі, або відображає більш одного аспекту правової дійсності; 2) вузький підхід, коли юридична техніка є лише в одній сфері права – законодавчої. Він пропонує розуміти юридичну техніку як широку багатоаспектну категорію для вираження одночасно: 1) прикладних аспектів професійної юридичної діяльності; 2) формально-структурних аспектів теорії права, а також чинного права; 3) ступеня досконалості форми, структури та мови права»¹⁷⁸.

Бельгійський учений Ж. Дабен, який досліджував проблему юридичної техніки, також класифікував погляди західноєвропейських учених на кілька груп. Представники першої групи (І. Колер, Ж. Ріпер та ін.) до юридичної техніки відносять правотворчість і судочинство, де норми, вироблені наукою, знаходять своє тлумачення і застосування¹⁷⁹.

Інша група авторів (В. Штаммлер, Салейль та ін.) розглядають юридичну техніку як розвиток концепцій, за допомогою яких право набуває наукового виразу, при цьому вона ототожнюється з певним інтелектуальним різновидом правотворчості. Одночасно з цим під юридичною технікою розуміють будь-яку роботу щодо логічної систематизації правових норм, здійснювану спільними зусиллями доктрини і судової практики.

¹⁷⁷ Шутак І. Д. Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання : тези доповідей та повідомлень учасників наук.-практ. конф. (м. Харків, 30 вересня – 1 жовтня 2015 р.). Харків : Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2015. С. 3.

¹⁷⁸ Муромцев Г. И. Юридическая техника: некоторые вопросы содержания понятия. *Проблемы юридической техники* : сб. ст. / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 81.

¹⁷⁹ Daben J. La technique de l'elaboration du droit. Positif. Specialement du droit prive. Bruxelles, Paris, 1935. P. 96.

Автори третьої позиції (Л. Дюги, Р. Демог та ін.) під юридичною технікою розуміють сукупність засобів і процедур, покликаних забезпечити реалізацію цілей права і його захист.

Четверта точка зору (Р. Ієрінга, Ф. Жєні та ін.) вбачає в юридичній техніці засоби перекладу соціальних потреб на мову права, конструювання норм, обов'язкових для підтримки порядку в суспільстві.

Проблема юридичної техніки, за висновком Ж. Дабєна, – це майстерність юриста в питаннях права; область, в якій вона застосовується, – це правотворчість, застосування і тлумачення права.

Французький вчений П. Сандєвуар визнає: «...юридична техніка – в широкому сенсі – це сукупність засобів і методів, завдяки яким цілі державних органів вкладаються в русло правових норм і втілюються завдяки виконанню; у вузькому сенсі – це умови використання мови та структури юридичних міркувань, технічних прийомів, засобів і правил»¹⁸⁰.

В. М. Баранов вважає, що «...термін “юридична техніка” застосовується лише у зв'язку з правовою традицією. Все те, що в правовій науці та практиці визначають поняттям “юридична техніка”, слід називати “юридична технологія”»¹⁸¹.

В зазначеному контексті слід звернути увагу на проведене Т. В. Кашаніною дослідження структури юридичної техніки. На її думку, «...для класифікації юридичної техніки та технології доцільно використовувати матеріальний критерій (можливість об'єктивізації) або характер виразу зовні того чи іншого юридичного інструмента. Матеріальне вираження мають лише інструментальні засоби юридичної техніки, всі інші правила та способи мають нематеріальний характер і належать до мистецтва впровадження юридичної технології. У зв'язку з цим в юридичній техніці та технології можна виділити наступну структуру: 1) сукупність засобів здійснення цілей юридичної техніки

¹⁸⁰ Сандєвуар П. Введение в право. М., 1994. С. 28.

¹⁸¹ Баранов В. М. Предисловие. *Проблемы юридической техники* : сб. ст. / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 15.

матеріального характеру; 2) сукупність прийомів, способів і методів здійснення цілей юридичної техніки нематеріального характеру. За своїм обсягом перевищує другий елемент структури юридичної техніки. У ньому здійснюється не лише професійне використання юридичного інструментарію, а й інтелектуальні витрати (знання, досвід) та високий рівень правової культури суб'єкта юридичної техніки»¹⁸².

Рівень розвитку сучасної правової науки є таким, що сама концепція юридичної техніки наразі є розмитою і суперечливою. На підтримку цього твердження В. М. Баранов висловлює думку, що термін «юридична техніка» умовний – і насамперед тому, що не узгоджується з обґрунтованим розрізненням між наукою і технікою. З точки зору В. М. Баранова, «...ефективну діяльність, яка знає причини своєї ефективності, спирається на неї (обґрунтовується теоретичним знанням), не можна назвати технікою. Для цього є інший термін – технологія. Все те, що в даний час у правовій науці і практиці прийнято позначати поняттям «юридична техніка», правильніше називати «юридична технологія»¹⁸³.

Вважаємо, що запропонована концепція розуміння співвідношення техніки й технології є логічною та такою, що відповідає сучасним реаліям. Подібні погляди мають місце і серед українських науковців.

Так, визначаючи поняття юридичних технологій А. Ф. Крижановський вказує: «...у найзагальнішому вигляді юридична технологія може бути визначена як система науково обґрунтованих принципів, засобів, прийомів і правил, які використовуються в процесі юридичної діяльності для досягнення її мети та вирішення поставлених завдань – підготовка, прийняття, оприлюднення та застосування різноманітних правових актів, здійснення профілактики

¹⁸² Кашанина Т. В. Юридическая техника : учебник. 2-е изд., пересм. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 86.

¹⁸³ Баранов В. М. Предисловие. *Проблемы юридической техники* : сб. ст. / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 16.

правопорушень, правового виховання та багато інших»¹⁸⁴.

Певним чином розвиваючи наукові доробки у зазначеній сфері, Д. Г. Манько вважає, що «...юридична технологія включає в себе систему взаємопов'язаних операцій та обумовлена рівнем розвитку правової системи суспільства, яка ґрунтується на знаннях про оптимальну взаємодію юридичних і юридично-технічних засобів, а також наукових висновків, що використовуються для досягнення певних правових цілей і тягнуть за собою певні юридичні результати.

Не викликає сумніву, що технологічний арсенал права включає наукову та юридичну складову. Науковою складовою є сукупність прийомів, способів і методів, які не мають нормативної регламентації, але їх застосування невід'ємно від інтелектуальних процесів створення та втілення у життя права, – приміром, мовні правила створення правових актів, правила логіки та ін. Юридичною складовою є сукупність інформації, яка міститься в правових актах і встановлює обов'язкові вимоги до порядку здійснення юридичної діяльності. Лише сукупність наукової та юридичної складових розкриває природу юридичної діяльності»¹⁸⁵.

Слід погодитися з твердженням, що поєднання наукової та юридичної складових надає можливість виокремити їх із загальної системи технологій. Бо розгляд і вирішення юридичної справи закінчується створенням правового акта, а таке створення має відбуватися не лише завдяки використанню теоретичних положень, але й, в обов'язковому порядку, вимог правових приписів щодо форми і процедури. При чому саме правових, а не виключно законодавчих, що підкреслює можливість використання соціально значущих положень всіх видів правових актів: правотворчих, правореалізаційних, правозастосовних, актів твердого і м'якого права тощо.

¹⁸⁴ Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції : монографія / Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, В. В. Дудченко [та ін.]; за ред. Ю. М. Оборотова. Одеса : Фенікс, 2012. С. 404–405.

¹⁸⁵ Манько Д. Г. Юридичні технології та алгоритми формалізації права у вимірі юридичної діяльності : монографія. Одеса : Фенікс, 2019. С. 167, 170.

У зв'язку з цим цілком слушним з наукової точки зору є визначення, сформульоване Д. Г. Маньком: «...під юридичними технологіями слід розуміти науково обґрунтовану інформацію про ефективне використання правового інструментарію задля досягнення результату, який має юридичне значення. Це сукупність прийомів, способів і методів, які не лише отримують вираження у правових актах і всебічне обґрунтування в юридичній науці, але й саме вони зумовлюють форму, порядок та особливості здійснення юридичної діяльності щодо створення правових актів»¹⁸⁶.

Не менш важливою складовою є розуміння видової характеристики юридичних технологій. Д. Г. Манько пропонує наступні види: «...використовуючи в якості критерія характер здійснення діяльності, всю сукупність юридичних технологій можна класифікувати на дві великі групи: юридичні технології формалізації права та юридичні технології окремих видів юридичної діяльності. Юридичні технології формалізації права, своєю чергою, класифікуються на: 1) позитивні – метою яких є створення якісного правового акта; 2) негативні – метою яких є пошук помилок у правових актах»¹⁸⁷.

Продовжуючи аналіз видової характеристики юридичних технологій Д. Г. Манько констатує, що «позитивні технології формалізації права класифікуються на основні та допоміжні. Основними виступають юридичні технології, завдяки використанню яких забезпечується створення та належне функціонування правового акта. Так, аналізуючи процеси формального вираження права ми можемо виділити чотири основні технології формалізації права у практичній юридичній діяльності: *технології створення* – сукупність прийомів, методів, правил, мистецтва створення письмових правових актів, унесення до них змін та їх скасування; *технології впорядкування* – сукупність прийомів, методів, правил, мистецтва систематизації письмових правових актів; *технології тлумачення* – сукупність прийомів, методів, правил, мистецтва

¹⁸⁶ Манько Д. Г. Юридичні технології та алгоритми формалізації права у вимірі юридичної діяльності : монографія. Одеса : Фенікс, 2019. С. 171.

¹⁸⁷ Там само.

з'ясування та роз'яснення сутності правових актів; *технології обслуговування* – сукупність прийомів, методів, правил, мистецтва обнародування, реєстрації та зберігання тексту правових актів»¹⁸⁸.

Не менш важливим є виокремлення допоміжних і негативних юридичних технологій, з цього приводу Д. Г. Манько вказує, що «...допоміжні юридичні технології забезпечують максимально високий рівень підготовки якісного правового акта. Кожна із зазначених основних юридичних технологій конкретизується та використовує потенціал окремих додаткових технологій. Приміром, під час підготовки правового акта використовуються такі додаткові юридичні технології, як технологія концептуальної оцінки правового акта під час його правової експертизи, технологія встановлення рівня ефективності правового акта у правовому регулюванні, технології майндмеппінгу та ін.

Негативні юридичні технології суттєво відрізняються від позитивних саме метою їх використання. Якщо основною метою позитивних юридичних технологій є створення якісного правового акта, то мета негативних юридичних технологій – пошук помилок і аномалій у тексті правового акта. Найбільш очевидно ця технологія розкривається під час внесення правок до проекту закону»¹⁸⁹.

Всю сукупність юридичних технологій створення письмових актів м'якого права можна поділити на два види: універсальні та спеціальні. Універсальні – ті що мають бути використані під час створення будь-якого виду акта м'якого права. Своєю чергою, спеціальні – це юридичні технології, які безпосередньо пов'язані з особливостями процедур створення окремих видів письмових актів м'якого права.

До універсальних юридичних технологій створення письмового акта м'якого права слід відносити: юридичні технології підготовки та узгодження

¹⁸⁸ Манько Д. Г. Юридична техніка й технології : курс лекцій. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2014. С. 29.

¹⁸⁹ Манько Д. Г. Юридичні технології та алгоритми формалізації права у вимірі юридичної діяльності : монографія. Одеса : Фенікс, 2019. С. 172–173.

змісту письмового акта м'якого права; юридичні технології встановлення правовідповідності письмових актів м'якого права.

Юридичні технології підготовки та узгодження змісту письмового акта м'якого права складаються з окремих юридично-технологічних правил, які можна поєднати у дві групи: досконалість мови та науковість.

Досконалість мови – письмові акти м'якого права, як правило, складаються українською та офіційною мовою іншої сторони (сторін) у офіційно-діловому стилі. В особливих випадках допускається використання однієї мови за погодженням сторін. Її ознаки: розміщення спочатку більш загальних, а потім більш конкретних положень; уникнення повторів загальних приписів в інших частинах акта без крайньої потреби; відповідність послідовності викладу спеціальних положень проєкту логіці предмета регулювання. Єдність термінології, тотожність їх вживання в різних правових актах, використання загальновизнаних термінів, стабільність термінології, стійкість загальноприйнятих визначень. Ясність і доступність мови письмових актів м'якого права, точність і визначеність формулювань і термінів. Логічний і послідовний виклад тексту акта, чітко витриманий професійний стиль і мова, і разом з тим – її простота, зрозумілість, доступність широким верствам населення. Мова письмових актів м'якого права має бути стислою, містити чіткі та узгоджені положення.

Науковість передбачає необхідність наукового опрацювання найважливіших положень правових актів, використання досягнень сучасної науки відносно термінів, понять та категорій, які використовуються під час складання тексту. Вивірене структурне розміщення елементів персоніфікації та моделей поведінки, за допомогою яких формуються соціально-значущі приписи. Збалансованість структурної організації тексту. Логічна послідовність викладу, взаємозв'язок складових елементів, відсутність протиріч усередині акта, максимальна компактність викладу приписів при глибині і всебічності вираження їх змісту.

Юридичні технології встановлення правовідповідності письмових актів м'якого права включають наступні групи правил: підписання документа та надання йому необхідних реквізитів, опублікування та обслуговування.

Правовідповідність – зміст письмового акта м'якого права (залежно від його виду) не повинен суперечити Конституції України, чинному законодавству України, загальновизнаним принципам права, нормам міжнародного права, міжнародним договорам.

Правила підписання письмових актів м'якого права пов'язані з виконанням обов'язкової умови – підтвердження волевиявлення шляхом проставлення сигнатури або, у визначених випадках, електронного підпису.

Залежно від виду акта м'якого права підписання може відбуватися або простим шляхом фактичного засвідчення узгодженого тексту сигнатурою сторони, яка брала участь у його підготовці, або підписання за певною умовою (має місце у міжнародній сфері).

Своєю чергою, надання документу необхідних реквізитів пов'язано з обов'язковою фіксацією дати його укладання та/або початку дії та надання йому реєстраційного номеру.

Щодо опублікування та обслуговування, то у ст. 57 Конституції України встановлено: «...закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення в порядку, встановленому законом. Закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними»¹⁹⁰. Вважаємо, що зазначені положення мають магістральний напрям і визначають вимоги в тому числі й до письмових актів м'якого права.

Більш того, подібні положення ми знаходимо і у європейській правовій практиці, зокрема у Підсумковому документі Віденської зустрічі представників держав-учасниць Ради безпеки і співробітництва в Європі від 15 січня 1989

¹⁹⁰ Конституція України. Верховна Рада України; Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

року вказується на необхідність «публікувати, робити доступними всі закони, адміністративні правила й процедури, які стосуються прав і основ них свобод людини. Важливо також, щоб населенню й посадовим особам держави було надано достатньо часу для ознайомлення та вивчення нових нормативно-правових актів, оскільки їхнє дотримання і виконання залежить від того, наскільки правильно їх розуміють ті, кому вони адресовані»¹⁹¹.

Зазначені положення підкреслюють важливість процедур опублікування та обслуговування правових актів (в тому числі й м'якого права) для забезпечення права осіб знати свої права й обов'язки та вчиняти дії відповідно до встановлених приписів незалежно від того, забезпечені вони державним примусом чи ні.

Опублікування письмового акта м'якого права є формою його оприлюднення. Оприлюднення – це доведення до відома населення змісту ухвалених нормативно-правових актів. Воно має на меті інформувати про ухвалення правових норм, таким чином дає можливість ознайомитись з ними, що може здійснюватися у різний спосіб. Офіційне оприлюднення має формально-юридичне значення і відбувається у формі нормативно визначеного оголошення, яке видається від імені нормотворчого органу і призначено для загального відома, містить повний і гарантовано точний текст ухваленого нормативно-правового акта¹⁹².

Опублікування може здійснюватися на матеріальних та віртуальних носіях. Сутність опублікування нормативно-правових актів полягає у розміщенні повних текстів у спеціально визначених для цього формах. Опублікування здійснюється від імені суб'єкта(тів) створення письмового акта м'якого права, має автентичний характер, а його результати є найбільш повними, достовірними й доступними джерелами відомостей про правові

¹⁹¹ Підсумковий документ Віденської зустрічі представників держав-учасниць Ради безпеки і співробітництва в Європі від 15 січня 1989 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_081#Text

¹⁹² Юридичні терміни : тлумачний словник / за ред. В. Г. Гончаренка. Київ : Либідь, 2003. 320 с.

норми. Для ознайомлення з правовими актами, їх належного зберігання й використання створюють оптимальні умови. Опублікування – це завершальний етап процесу створення письмового акта м'якого права.

Своєю чергою, невід'ємно пов'язаними із зазначеними правилами є технології обслуговування письмових актів м'якого права, до яких слід відносити: відповідальне зберігання оригіналу впродовж строку його валідності, внесення змін та додатків до нього; зберігання після закінчення строку дії.

Аналізуючи спеціальні юридичні технології створення письмових актів м'якого права слід брати до уваги важливий аспект класифікації останніх, зокрема критерій, пов'язаний зі статусом суб'єктів створення таких актів. У підрозділі 2.1. нами було проаналізовано суттєві характеристики відповідних видів актів, виходячи з чого можна виокремити: акти м'якого права, створені державою та її урядом; акти м'якого права, створені міжнародними організаціями; акти м'якого права, створені іншими, недержавними суб'єктами. Відповідно, враховуючи різний статус суб'єктів і цілі актів м'якого права, відрізняються і спеціальні юридичні технології їх створення.

При дослідженні спеціальних юридичних технологій створення державою та її урядом актів м'якого права слід брати до уваги той факт, що основні правила і способи їх підготовки та прийняття містяться в текстах норм національного законодавства.

Приміром, у тексті Положення про порядок укладення, виконання та денонсації міжнародних договорів України міжвідомчого характеру, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 17 червня 1994 р. № 422, зазначено, що «міжнародні договори України міжвідомчого характеру укладаються від імені міністерств та інших центральних органів виконавчої влади з відповідними державними органами іноземних держав і міжнародними

організаціями, в компетенцію яких входять питання, що регулюються договорами»¹⁹³.

До таких належать технології проведення консультацій та переговорів з питань підготовки проєкту тексту. Консультаційно-переговорний процес складається з наступних етапів: консультування з питань підписання, визначення сторін та їх статусу, визначення форми документа (декларація, меморандум, спільна заява), переговори щодо підготовки тексту міжнародного договору України міжвідомчого характеру, ухвалення проєкту тексту такого документа, встановлення його автентичності. Слід враховувати, що такі акти не повинні містити положень, що юридично зобов'язують, однак допускаються посилання на зобов'язання, взяті сторонами за міжнародними договорами. Зазначені дії здійснюється компетентним суб'єктом за погодженням з МЗС та з дозволу віце-прем'єр-міністра України.

При дослідженні спеціальних юридичних технологій створення актів м'якого права міжнародними організаціями слід брати до уваги той факт, що основні правила та способи їх підготовки і ухвалення містяться в текстах міжнародних норм.

До таких належать технології підписання узгоджених текстів актів м'якого права міжнародних організацій. Підписання вважається автентичним, тобто остаточним, якщо здійснюється сторонами, які брали участь у його складанні. Підписання може мати принаймні три форми: парафування, підписання *adreferendum* і просто підписання.

Парафування – це попереднє підписання, яке здійснюється шляхом проставлення уповноваженими особами на тексті договору своїх ініціалів.

Підписання *adreferendum* означає підписання за умови, до здійснення певної події, що має відбутися.

¹⁹³ Положення про порядок укладення, виконання та денонсації міжнародних договорів України міжвідомчого характеру, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 17 червня 1994 р. № 422. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/422-94-%D0%BF#Text>

Щодо просто підписання, то тут стикаються з дотриманням умов альтернату, тобто старшинства. Сьогодні правила альтернату передбачають таке: у багатосторонньому договорі підписи ставляться відповідно до латинського алфавіту; у двосторонньому – сторони підписують його в рядок, на одному примірнику договору одна сторона підписує ліворуч, інша – праворуч, на іншому примірнику підписи ставляться у зворотному порядку. Звичайно, договір датується. Дата має відповідати дню підписання, а для багатосторонніх договорів, укладених на конференціях або в міжнародних організаціях, – дню ухвалення голосуванням¹⁹⁴.

Не менш важливою є технологія реєстрації та опублікування міжнародних договорів. Міжнародні договори, що набрали чинності, підлягають реєстрації та опублікуванню. Для цього їх відсилають у Секретаріат ООН «для зберігання в справах і занесення в перелік»¹⁹⁵. ООН видає для цього спеціальні збірки – *Treaty Series*.

Неопубліковані міжнародні договори не визнаються органами міжнародного правосуддя, насамперед Міжнародним Судом ООН, і посилаються на них під час спору сторони не мають права.

При дослідженні спеціальних юридичних технологій створення актів м'якого права недержавними суб'єктами слід брати до уваги той факт, що основні правила та способи їх підготовки та ухвалення містяться в текстах корпоративних норм.

Приміром, посадові особи приватного права підписують юридичні документи в межах своїх повноважень, визначених у положеннях (статутах) про підприємство, організацію, установу, у положеннях про структурні підрозділи, в посадових інструкціях, наказах (розпорядженні) про розподіл

¹⁹⁴ Буткевич О. Підписання міжнародного договору. *Українська дипломатична енциклопедія* : у 2-х т. / редкол.: Л. В. Губерський (гол.) [та ін.]. Київ : Знання України, 2004. Т. 2: М–Я. 812 с.

¹⁹⁵ Буткевич О. Умови чинності міжнародних договорів. *Українська дипломатична енциклопедія* : у 2 т. / ред. кол.: Л. В. Губерський (гол.) [та ін.]. Київ : Знання України, 2004. Т. 2: М–Я. 812 с.

обов'язків між керівником підприємства та його заступниками тощо. У зазначених організаційно-правових документах визначається також порядок підписання службових документів іншими працівниками в разі відсутності керівника підприємства та посадових осіб, які уповноважені їх підписувати.

В рамках дослідження юридичних технологій створення актів м'якого права пропонуємо розглянути історію ухвалення Всесвітнього антидопінгового кодексу (надалі – Кодекс), що сьогодні є основним документом, який узгоджує антидопінгову політику, правила та положення в спортивних організаціях та серед державних органів у всьому світі.

Так, у червні 2003 року Всесвітнє антидопінгове агентство (надалі – ВАДА) представило перший проєкт Кодексу його потенційним підписантам: Міжнародному олімпійському комітету (МОК), Міжнародному паралімпійському комітету (МПК), міжнародним спортивним федераціям, а також національним антидопінговим організаціям. Після кількох раундів консультацій остаточна версія Кодексу була прийнята шляхом акламації 5 березня 2003 року під час 2-ї Всесвітньої антидопінгової конференції з допінгу у спорті в Копенгагені. Положення Кодексу викладені досконалою офіційною мовою та визначають, окрім іншого, умови прийняття, відповідності, внесення змін та тлумачення.

Згодом ВАДА розпочало консультаційні процеси з представниками антидопінгового співтовариства щодо перегляду положень Кодексу, а саме у 2006, 2011 та 2017 роках. Сьогодні підписантами Кодексу виступає близько 700 спортивних організацій зі всього світу. А урядам пропонується приєднатися до Міжнародної конвенції про боротьбу з допінгом у спорті, прийнятою ЮНЕСКО на своїй 33-й сесії, яка відбулася 18 листопада 2005 року в місті Париж (надалі – Конвенція). Варто підкреслити, що Кодекс є додатком до Конвенції. Таким чином зусилля по боротьбі з допінгом здійснюються за скоординованою й узгодженою програмою, що відображена в Кодексі, та об'єднують спортивне співтовариство та уряди суверенних держав. Зі свого боку Україна ратифікувала згадану Конвенцію 3 серпня 2006 року.

2.3. Валідність та валідизація актів твердого та м'якого права

Питання визначення валідності як фундаментальної категорії буття належить, без сумніву, до завдань загальної філософії. У другій половині XIX та першій половині XX ст. феномен валідності посів вагоме місце у правовій доктрині завдяки працям юридичних філософів та теоретиків права того часу, насамперед Г. Кельзена, А. Росса, Г. Харта, Р. Алексі, Л. Фуллера, Р. Дворкіна та інших.

Критерії визначення валідності безпосередньо залежать від визначення права як такого та відрізняються відповідно до шкіл юриспруденції. Як уже зазначалось у попередніх розділах дослідження, тривалий проміжок часу загальноприйнятою в правовій доктрині сприймалась концепція представників юридичного позитивізму, що передбачає абсолютно бінарний погляд на валідність, яка слугувала перш за все критерієм нормативності, відмежовуючи належні правові акти від неналежних.

Водночас у сучасних реаліях правового життя можна спостерігати розвиток нових і парадоксальних феноменів, що потребує заглиблень у природу права. Зокрема сам факт виникнення м'якого права потребує повного переосмислення усталених концепцій. Як зазначає сучасна дослідниця Полін Вестерман, «У правовому полі, де існує чітке розмежування чинних (валідних. – Г. Г.) і нечинних правил, м'яке право існує в напівтемряві, і це підштовхує нас до перегляду поняття юридичної чинності (валідності. – Г. Г.)»¹⁹⁶. Питання валідності м'якого права є першочерговим для визначення його місця та ролі у сучасній правовій та соціальній реальності.

Отже, сучасні трансформаційні процеси у сфері праворозуміння самі підштовхують до здійснення критичної реконструкції поняття валідності та адаптації його до нових умов. Саме для цього вважаємо за необхідне спочатку

¹⁹⁶ Вестерман П. Чинність: репутація правил. *Філософія права і загальна теорія права*. Вип. 1–2/2016. Київ, 2016. С. 122.

дослідити особливості усталених концепцій валідності, що набули поширення в XX столітті.

Для визначення сутті поняття валідності вважаємо за доцільне першочергово звернутися до праць засновника теорії юридичного позитивізму Ганса Кельзена. У своїй праці «Чиста теорія права» науковець використовує терміни «geltung» та «wirksamkeit», в англomовному перекладі відповідно – «validity» та «efficacy», аналогами яких в українській мові можна запропонувати терміни «дійсність» та «дієвість» згідно з поширеними перекладами праці.

У своєму вченні Г. Кельзен тлумачить дійсність норми права як «специфічне існування, властиве нормі»¹⁹⁷. Водночас підкреслює, що дійсність (існування. – Г. Г.) норми відрізняється від існування акта волі. Будучи результатом і об'єктивним змістом акта волі, існування норми більше не обмежено і не пов'язано з існуванням акта волі як таким. Також дійсність норми необхідно відрізнити від її дієвості. Обидва феномени, на думку науковця, не є рівнозначними, і дійсність норми не породжує автоматично її дієвості. Однак правова норма діє за умови хоча б мінімального ступеня її дієвості – реального впливу на регульовані суспільні відносини, не виключаючи існування протилежної припису поведінки.

Г. Кельзен розглядає дійсність норм, що регулюють людську поведінку взагалі й особливо дійсність правових норм, як просторово-часову дійсність, сфера якої може бути обмеженою або необмеженою, уявляючи собою елемент її змісту. Те, що норма є дійсною, завжди означає, що вона дійсна для певного часу і для певного місця, що вона належить до подій, які можуть відбуватися тільки в тому чи іншому місці, в той чи інший час. Крім просторово-часової сфери філософ виокремлює також сферу дійсності норм за колом осіб і змістовну (або матеріальну) сферу дійсності¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. СПб., 2015. С. 20.

¹⁹⁸ Там само. С. 24–26.

Відповідаючи на питання, що є підставою дійсності норми, Г. Кельзен доходить висновку, що «підставою дійсності однієї норми може бути лише дійсність іншої норми»¹⁹⁹. Так, виокремлюється «вища» (тобто «більш висока») норма як підстава існування іншої – «нижчої» норми. Водночас підкреслюється, що «лише компетентна інстанція може встановлювати дійсні норми; а така компетенція може ґрунтуватися тільки на нормі, що уповноважує на нормотворчість. Владна інстанція, яка уповноважена встановлювати норми, підпорядкована цій нормі так само, як індивіди є підпорядкованими нормам, що встановлені цією інстанцією»²⁰⁰.

Так, Г. Кельзен вводить категорію «grundnorm» – базова, основна норма, що «на відміну від всіх інших норм являє собою не сенс будь-якого реального акта волі, а трансцендентально-логічний постулат, завдяки якому право може мислитися як єдина система»²⁰¹.

Отже, дійсність кожної конкретної норми одного правопорядку веде до основної норми – першої конституції, що встановлена після останньої революції. Та згідно принципу легітимності норма правопорядку дійсна до тих пір, поки її дійсність не буде припинена передбаченим правопорядком способом або замінена дійсністю іншої норми цього порядку.

Однак досліджуючи взаємозв'язок між дійсністю та дієвістю Г. Кельзен визначає принцип ефективності, що значно обмежує вищенаведений принцип легітимності. Цей принцип є наочним під час революції, коли один правопорядок (може і не змістовно, як у випадку рецепції) змінюється іншим. Якби революція не була успішною, тобто якби революційна конституція (створена не у відповідності до приписів колишньої конституції) не стала дієвою, якби передбачені нею органи не видавали законів, які застосовувалися б передбаченими в цих законах органами, а замість цього залишалася б дієвою (в зазначеному сенсі) стара конституція, то не було б жодної причини замість

¹⁹⁹ Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. СПб., 2015. С. 240.

²⁰⁰ Там само. С. 241.

²⁰¹ Там само. С. 52.

старої основної норми приписувати нову. В цьому випадку революція не вважалася б процесом створення нового права, але згідно зі старою конституцією і створеному відповідно до неї (як і раніше дійсному) кримінальному кодексу трактувалась б як державна зрада.

Отже, «норми позитивного правопорядку дійсні тому, що передують дійсності основної норми, що є основним правилом їх створення, а не тому, що вони дієві, але вони дійсні лише тоді, тобто до тих пір, поки цей правопорядок є діючим. Як тільки конституція і створений на її основі правопорядок як ціле втрачають свою дієвість, цей правопорядок і кожна окрема його норма перестають бути дійсними»²⁰².

Зв'язок між дійсністю та дієвістю права Г. Кельзен визнає дуже важливим для теорії позитивізму. Так, стає можливим дійти певних висновків щодо запропонованої Г. Кельзеном концепції валідності (дійсності).

По-перше, діалектика дійсності та дієвості права полягає в тому, що для дійсності нормативного порядку право має бути дієвим, але не дієвим абсолютно. При цьому дієвість є умовою дійсності, але не сама ця дійсність. По-друге, Г. Кельзен постулює ієрархію норм: дійсність кожної норми походить від вищої норми в ієрархії. Ця ієрархія закінчується кінцевим джерелом дійсності, яке Кельзен назвав «grundnorm» або базовою, основною нормою – точкою, від якої ланцюжок дійсності саме в цьому конкретному правопорядку не може йти далі. По-третє, існування принципу ефективності. Завдяки основній нормі, «норма набуває властивість дійсності з моменту свого видання, тобто ще до того, як вона може стати дієвою. Проте конституція, на якій заснований цей правопорядок, може передбачати як джерело права звичай, в тому числі так званий негативний звичай «desuetudo», сенс якого полягає у втраті нормою дійсності в разі тривалого незастосування»²⁰³.

Так, концепція Г. Кельзена і сьогодні слугує фундаментальною основою для визначення природи валідності як властивості права, а визначені висновки,

²⁰² Там само. С. 268.

²⁰³ Там само. С. 54.

на нашу думку, мають бути враховані при здійсненні реконструкції її концептуального сприйняття у відповідь на потреби сучасного правового життя.

Представник скандинавської школи правового реалізму Альф Росс також не розглядає поняття дійсності і дієвості як тотожні. Хоча англomовний переклад робіт датського правознавця викликав певне непорозуміння навколо його концепції, в тому числі і критичні відгуки Г. Харта. В концепції А. Росса дійсність права доступна і цікава для безпосереднього спостереження і наукового дослідження в рамках запропонованого ним доктринального дослідження права саме через дієвість.

Свій погляд на проблему співвідношення дійсності та дієвості А. Росс детально викладає в праці «Назустріч реалістичній теорії права: критика дуалізму в праві» наступним чином: «Право, на відміну від моралі, не є чистим ідеалом. Але, на відміну від тиранії грубої сили, не є і виключно емпіричною соціальною реальністю. Право одночасно дійсне і фактичне, ідеальне і реальне, метафізичне і фізичне – однак не як поєднання цих двох речей, а як маніфестація дійсності в реальності, яка тільки таким чином кваліфікується як право»²⁰⁴.

Задля подолання складнощів, пов'язаних з проблемою дуалізму належного і сущого, А. Росс звертається до «суперемпіричної» дійсності, що виявляється в реальності і тільки так може бути розглянута як сутнісна ознака права. Так, «дійсність, на думку А. Росса, повинна бути пояснена через реальність, через факт: не існує об'єктивної дійсності, цей термін лише має на увазі якісь концептуально раціоналізовані переживання індивідів, які і є факти реальності»²⁰⁵.

Таке твердження можна застосувати також щодо дійсності норм. Норма існує, тільки якщо існують певні соціальні факти. Визначальними для

²⁰⁴ Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law. Copenhagen, 1946. P. 20.

²⁰⁵ Васильева Н. С. Альф Росс о понятии и действительности права: реалистический подход. *Правоведение*. Вып. 1 (336). СПб., 2018. С. 101.

правового феномена соціальними фактами є регулярність виконання директиви і певні переживання: усвідомлене виконання і сприйняття директиви як зобов'язуючої.

Поняття дієвості в концепції А. Росса збігається з поняттям ефективності. Все наявне право є дієвим, тобто ефективність визнається необхідною властивістю норм права. Розглядаючи поняття дієвості (ефективності) права, А. Росс ґрунтується на емпіризмі та шукає підстави такої дієвості в соціальних фактах у широкому сенсі, включаючи психічні умови.

Так, «суперемпірична» дійсність А. Росса розглядається з точки зору соціальної ефективності та виявляється в реальності, в поведінці людей саме як дієвість, складаючи два аспекти одного і того ж феномена.

Отже концепція валідності, що запропонована науковцем, враховує невід'ємний зв'язок між фактичністю існування та реальною ефективністю правих явищ.

Німецький теоретик та філософ права Роберт Алексі у своїй праці «Поняття і дійсність права (відповідь юридичному позитивізму)» розробив власну концепцію валідності права, засновану на ідеалах Г. Кельзена, визначаючи, зокрема, необхідний зв'язок між правом та мораллю. Використовуючи також термін «*geltung*» правознавець виокремлює три поняття дійсності: соціологічне, етичне та юридичне.

Соціологічне та етичне поняття дійсності запропоновано розглянути як чисті поняття, що не потребують часткової присутності один в одному.

Соціальна дійсність норми полягає у мінімальному ступені її дієвості. Р. Алексі зазначає, що за такої умови «соціальна дійсність може досягати різного ступеня»²⁰⁶, та «соціальну дійсність можна встановити за допомогою двох критеріїв: дотримання (йдеться про норми. – Г. Г.) і застосування санкцій за (їх. – Г. Г.) недотримання»²⁰⁷. Отже визначається критерій «значущості»

²⁰⁶ Алексі Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). Книга 1. Киль, 2011. С. 103.

²⁰⁷ Там само. С. 103.

замість лише кількісних показників. Випадки дотримання однієї норми можуть становити 80%, іншої – 3%. Так само із застосуванням санкцій, показник яких може становити, наприклад, 1% при дотриманні норми у 90% випадків та навпаки. Критерій значущості покликаний допомогти відповісти на питання, яка норма володіє більш високим ступенем дієвості.

Визначаючи поняття етичної дійсності Р. Алексі звертається до моралі. «Норма вважається морально дійсною, якщо вона є морально виправданою... Дійсність певної норми природного права або права розуму ґрунтується не на соціальній дієвості або належному встановленні, а виключно на її правильності за змістом, що має підтверджуватися за допомогою моральної виправданості»²⁰⁸.

Своєю чергою юридична дійсність являє собою комплексне поняття та передбачає присутність елементів соціологічної та етичної дійсності відповідно до типу праворозуміння.

Система норм або окрема норма, на думку Р. Алексі, є юридично дійсною, коли їм властива соціальна дієвість навіть найменшою мірою. Однак якщо юридична дійсність «включає в себе лише елементи соціальної дійсності, мова йде про позитивістське поняття дійсності права, але якщо поняття також охоплює елементи моральної дійсності, то мається на увазі непозитивістське поняття правової дійсності в вузькому змісті»²⁰⁹. Це стосується твердження, що норма є юридично дійсною, якщо вона видана належним чином (компетентним органом, у передбаченому порядку тощо). Водночас системи норм, які прямо або побічно не містять в собі домагання на правильність, правовими системами не є, а тому не можуть бути юридично дійсними.

Р. Алексі у своїй концепції погоджується з поглядами Г. Кельзена, що умовою правової дійсності розвинутої системи норм є мінімальний ступень її (соціальної) дієвості. Однак встановлена належним чином норма загалом

²⁰⁸ Алексі Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). Книга 1. Киль, 2011. С. 105.

²⁰⁹ Там само. С. 106.

соціально дієвої правової системи не перестає бути юридично дійсною лише тому, що вона часто не дотримується і санкції рідко застосовуються в разі її недотримання. Тому на відміну від правових систем соціальна дієвість стосовно окремих норм не виступає умовою їх правової дійсності.

На нашу думку, зазначена концепція є дуже цікавою в контексті виокремлення різних типів валідності та, відповідно, спроби цілісного зображення різноманітних відтінків відмінних за своєю природою явищ, які в цілому і складають соціальну та правову реальність.

Англійський філософ і теоретик права Герберт Харт виступає критиком теорії Дж. Остіна, що заснована на уявленні права як команди суверена. Свою роботу «Поняття права» Г. Харт визначає як есе з аналітичної юриспруденції, представляючи свою власну концепцію права.

Право, на думку правознавця, може найкраще бути охарактеризовано як єдність первинних правил зобов'язання і вторинних правил подібного роду. Первинні правила являють собою набір певних стандартів, визнаних обов'язковими певною групою людей. Вторинні правила «знаходяться на рівні, відмінному від первинних правил, крім того, всі вони є висловлюваннями про первинні правила. Іншими словами, якщо первинні правила стосуються дій, які та чи інша особа має здійснювати чи ні, вторинні правила стосуються тільки самих первинних правил. Вони уточнюють, як первинні правила повинні бути засвідчуваними, введенними, віддаленими, зміненними, а також як повинен встановлюватися факт їх порушення»²¹⁰.

Для трансформації первинних правил в справжню правову систему серед іншого необхідні «правила визнання», які б формулювали в різних формах критерії юридичного в системі. Якщо в стародавніх суспільствах такі правила могли фіксуватися у вигляді авторитетного списку положень, наділених формою письмового документа або висічених на публічному пам'ятнику, то їм на зміну в сучасних суспільствах приходить встановлення переліку властивих

²¹⁰ Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб., 2007. С. 99.

первинним нормам загальних характеристик (ухвалення певним органом, тривалість існування тощо), їх співвідношення, ієрархія та інше.

При цьому в будь-якій навіть найпростішій формі правило визнання «...включає багато елементів, що характерні для права. Надаючи правилу ознаку авторитетності, воно в зародку містить ідею правової системи, оскільки правила завдяки йому перестають бути простим набором приписів і стають чимось єдиним. Крім того, в простій операції по з'ясуванню, чи володіє дане правило тією властивістю, що воно перераховано в авторитетному списку, вже закладена ідея правової значущості»²¹¹.

Отже, на думку науковця, правила визнання виступають найвищим і остаточним критерієм юридичної дійсності (валідності) будь-якого положення і акта в системі (заснованій і відтворюваній за їх допомогою).

Водночас самі правила визнання мають особливий модус існування. Якщо твердження про валідність будь-якої іншої норми зрілої правової системи стає «внутрішнім твердженням, що застосовує прийняте, хоча і невисловлене правило визнання, і (приблизно) означає «дійсно в рамках критеріїв дійсності системи»²¹², то твердження про існування правила визнання «...може бути тільки зовнішнім твердженням факту. Бо тоді як підлегле правило системи може бути дійсним, і в цьому сенсі «існувати» навіть якщо всі його ігнорують, правило визнання існує тільки в складній, але зазвичай узгодженій діяльності судів, офіційних і приватних осіб щодо виявлення права через звернення до певних критеріїв. Його існування – це питання факту»²¹³.

Г. Харт також виключає моральний вимір права зі своєї концепції валідності, визнаючи «морально несправедливі» закони юридично дійсними. Так, на думку науковця, немає необхідних концептуальних зв'язків між змістом права і мораллю, а отже морально несправедливі положення можуть бути дійсними як юридичні норми чи принципи. Одним із аспектів цього

²¹¹ Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб., 2007. С. 100.

²¹² Там само. С. 114.

²¹³ Там само. С. 115.

відокремлення права від моралі є те, що можуть існувати юридичні права та обов'язки, які не мають жодного морального обґрунтування чи будь-якої сили.

Так, підставу дійсності правової системи Г. Харт вбачає не в якійсь абстрактній волі або примусовій силі держави, але в самому суспільстві, його нормах і практиках, але водночас не стільки в звичках підпорядкування суверену, скільки в прийнятті та відтворенні правил визнання, що визначають юридичну дійсність будь-якої норми в системі. На нашу думку, саме такий підхід до визначення валідності, що передбачає правила визнання як її суттєвий критерій, дає змогу показати фактичний зв'язок між юридичними приписами та реальними суспільними відносинами, що підлягають регулюванню.

Водночас, незважаючи на різноманітність представлених науковцями концепцій, базове питання валідності й досі залишається дискусійним та продовжує досліджуватися науковцями ХХІ століття.

Представник Одеської наукової школи права Ю. В. Цуркан-Сайфуліна у своїй роботі, присвяченій дослідженню філософсько-правових аспектів владних засад права, також приділяє увагу валідності як властивості права. Підтримуючи ідею Г. Харта щодо розмежування правових норм на первинні та вторинні, дослідниця вказує на зв'язок валідності з нормативністю: «...первинні норми залежать від політичної раціональності, оскільки є продуктом діяльності політичної системи, тоді як вторинні норми є складовими юридичної раціональності, оскільки їх існування мало залежить від владних структур. В самому факті існування вторинних правил проявляється валідність як властивість права, оскільки саме тут є очевидною здатність права створювати процедурні перепони для сваволі»²¹⁴.

Ю. В. Цуркан-Сайфуліна також вказує на нерозривний зв'язок валідності з регуляторами, що забезпечують дієвість (ефективність) правових норм, зокрема юридичними санкціями, але не обмежується ними. Так, дослідниця

²¹⁴ Цуркан-Сайфуліна Ю. В. Владні засади права: філософсько-правові аспекти : монографія. Одеса, 2016. С. 285–286.

виокремлює принцип ретрибутивної забезпеченості як функціональну специфіку права, що виявляє валідність права для законодавця.

Нідерландська дослідниця Полін Вестерман у своїй статті «Чинність: репутація правил» формулює низку цікавих тверджень, що стосуються необхідності переосмислення усталеної концепції валідності у відповідь на виникнення нових феноменів сучасної дійсності, у тому числі м'якого права. В оригінальному англomовному тексті статті автор використовує поняття «*validity*», що перекладено в українській версії як «чинність» через відсутність існування чіткого еквіваленту в українській мові.

П. Вестерман пропонує розглядати чинність (валідність) як функціональний еквівалент репутації: «Так само як в неформальних системах репутація людини є індикатором того, наскільки їй можна довіряти, у формальних системах люди спираються на репутацію юридичних конструкцій, категорій і правил»²¹⁵. Також вона виокремлює вхідну, поточну та вихідну чинність, які не є відмінними типами чинності, а відповідають різним шляхам її встановлення та дослідження.

Питання щодо джерела, процедури створення (зокрема моральних умов) будь-якого юридичного артефакту має на меті з'ясування «вхідної чинності» (*input-validity*), як її називає П. Вестерман. «Поточна чинність» (*throughput-validity*) відповідає ступеню суб'єктивного відношення до юридичного артефакту. Виокремлюючи ще «вихідну чинність» (*output-validity*), дослідниця пояснює: «...під вихідним характером я не розумію лише юридичні наслідки, які породжує відповідний артефакт, радше йдеться про дійсні фактичні результати, які виникають залежно від вагомості Y (йдеться про юридичний артефакт. – Г. Г.). Вихідна чинність є, відтак, тим, що Г. Кельзен називає ефективністю»²¹⁶. Водночас підкреслюється вагомість саме «очікуваного»

²¹⁵ Вестерман П. Чинність: репутація правил. *Філософія права і загальна теорія права*. Вип. 1–2/2016. Київ, 2016. С. 123.

²¹⁶ Вестерман П. Чинність: репутація правил. *Філософія права і загальна теорія права*. Вип. 1–2/2016. Київ, 2016. С. 124.

характеру таких наслідків (що можуть реалізуватись або ні), а не ефективності Г. Кельзена як такої.

Надалі самої здатності будь-якого юридичного артефакту декларувати про свою чинність передую загальна віра в таку можливість, що П. Вестерман називає «типовою чинністю», спираючись на ідеї колективної домовленості Дж. Серля. Отже сам факт розгляду питання чинності окремої речі має сенс лише на тлі загальної віри, «що загалом значення цієї речі є загальноприйнятим і релевантним»²¹⁷. Водночас простежується взаємозв'язок типової чинності з вхідною: «рівень типової чинності визначає і рівень, на якому вхідна чинність є релевантною»²¹⁸.

Усі три зазначені шляхи встановлення чинності встановлюють та розкривають статус юридичного артефакту. Під поняттям «статус» П. Вестерман має на увазі приписаний юридичному артефакту статус типу таких артефактів та статус у значенні престижу, що має у звичайному житті градації та рівні. Саме тому вона пропонує сприймати типову чинність «як дещо, що має градацію», а рівень статусу – у прямому зв'язку з рівнем віри «в те, що цей статус породжуватиме реальні наслідки»²¹⁹. Отже, чинність як така є не бінарним, а лінійним параметром.

Так, П. Вестерман приходить до наступних висновків: «Чинність, як і репутація, формується із вхідних положень (походження, джерела, ввідні процедури), поточної активності (повага, яка висловлюється іншими суб'єктами) і вихідних результатів (рівень дійсної ефективності). Вхідні, поточні й вихідні аспекти разом формують рівень, до якого правовий порядок вважається надійним. Характерно, що ці три аспекти є взаємозалежними і взаємодіють між собою тією мірою, що ми можемо говорити про самодостатній

²¹⁷ Вестерман П. Чинність: репутація правил. Філософія права і загальна теорія права. Вип. 1–2/2016. Київ, 2016. С. 128.

²¹⁸ Там само. С. 132.

²¹⁹ Там само. С. 129.

механізм. Таким чином, втрата довіри породжує ще більшу втрату довіри, а віра породжує більше віри»²²⁰.

Запропонована П. Вестерман концепція створює можливість визначити валідність м'якого права, визнання якого виходить за рамки усталеного бінарного сприйняття феноменів права, що властиво прихильникам юридичного позитивізму: «...м'яке право є чинним у тому, що воно може визнаватися релевантними акторами як таке, що має значення і слугує підставою для дій, а також у тому, що його очікувана ефективність є достатньо високою для того, аби враховувати можливі наслідки недотримання його приписів»²²¹.

Типова чинність загалом має настільки великий вплив, що здатна надати щонайменше символічної чинності юридичному артефакту. Факт виникнення м'якого права і його роль у суспільній дійсності, яка поки що тільки посилюється, свідчать про значний рівень типової чинності.

З точки зору класичного позитивістського сприйняття права, м'яке право не є правом як таким. Водночас класичне тверде право все частіше відсилає та посиляється на акти м'якого права. Отже, поточна та вихідна чинність останнього лише посилюється, створюючи постфактум вхідну чинність. Більш того, у сучасних розвинених правопорядках статус актів м'якого права іноді стає навіть більшим, аніж статус деяких актів твердого права²²².

Отже в рамках дослідження м'якого права та спираючись на проведений аналіз наявних у правовій доктрині концепцій пропонуємо наступну авторську концепцію валідності як основоположної категорії буття правового акта:

Валідність являє собою фундаментальну комплексну категорію, під якою слід розуміти еквівалентність правового акта загально-соціальним та спеціально-юридичним вимогам його створення і дії. Це сукупність

²²⁰ Вестерман П. Чинність: репутація правил. *Філософія права і загальна теорія права*. Вип. 1–2/2016. Київ, 2016. С. 137.

²²¹ Горобець К. Чинність, авторитетність і репутація: Рефлексії щодо статті П. Вестерман. *Філософія права і загальна теорія права*. Вип. 1–2/2016. Київ, 2016. С. 149.

²²² Там само. С. 149–150.

характеристик та ознак, наявність яких дозволяє відмежувати правовий акт від неправового та передбачає наявність у такого акта чотирьох компонентів, а саме – його дійсність, чинність, дієвість та відповідність.

Дійсність правового акта означає факт його реального існування (створення та наявності) в правовій системі. Правовий акт було створено та він існує в суспільному полі задля задоволення закладеної в нього мети.

Другий компонент валідності розкривається через *чинність*, тобто силу та значення правового акта. Чинність передбачає зокрема відмінність правового акта від інших правових актів та визначає його місце в системі.

Надалі *дієвість*, що передбачає ефективність, реальне соціальне значення та призначення правового акта, його затребуваність суспільством. Водночас мова не йде про абсолютну дієвість та забезпеченість санкціями у разі невиконання приписів. Це про факт наявності запиту суспільства в дії правового акта для регулювання відповідних відносин.

Нарешті *відповідність* правового акта передбачає належну форму його зовнішнього виразу, належну процедуру ухвалення та промугляції (опублікування та оприлюднення), а також низку маніпуляцій щодо «підтримки» його життєдіяльності, тобто належну процедуру його обслуговування (реєстрація, збереження, упорядкування, модернізація (внесення змін), здійснення правової експертизи тощо).

Отже, вважаємо за можливе сформулювати наступну дефініцію поняття «валідність письмового акта», під якою слід розуміти еквівалентність акта м'якого права загально-соціальним та спеціально-юридичним вимогам його створення і дії. Це сукупність характеристик та ознак, наявність яких дозволяє відмежувати акт м'якого права від правових актів твердого права та передбачає наявність у такого акта наступних компонентів: дійсності – факт його реального існування (створення) задля реалізації закладеної в нього мети та задоволення потреб адресатів, встановлення та актуальності строку дії; чинності – тобто обов'язковості виконання та місця посеред інших правових актів; дієвості – його ефективність, здатність належним чином впливати на

суспільні відносини; відповідності – належна форма його зовнішнього виразу, належна процедура прийняття та введення у дію, належні процедури його обслуговування (реєстрація, збереження, упорядкування, модернізація (внесення змін), здійснення правової експертизи тощо).

Варто також зазначити, що з огляду на відсутність в українській мові прямого перекладу англomовного слова «validity», ми вважаємо за доцільне використовувати транслітерацію цього терміну задля забезпечення не тільки повної передачі змісту англomовного слова, але й для відмежування його від україномовних «дійсність», «чинність» та «дієвість», що часто використовуються у якості прямого перекладу «validity». У такому використанні слово валідність дає можливість включити в значення відповідного терміну розглянуті аспекти буття, не обмежуючись одним з них.

Так, завдяки наведеним критеріям валідність, на нашу думку, здатна максимально конкретизувати природу правового акта, його соціальну затребуваність та відповідність правам і свободам індивідів. За своєю природою вона глибша та змістовніша, ніж чинність. Адже чинний правовий акт може бути неправовим, а чинні закони можуть не відповідати потребам суспільства. Водночас валідність є відбиттям формули правового закону, вона відмежовує правовий акт від неправового та вказує на його ефективність.

Спираючись на запропоновану концепцію валідності правового акта, для результатів цього дисертаційного дослідження варто також розглянути валідність саме актів м'якого права. Як приклад акта м'якого права пропонуємо розглянути Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2016 року²²³ (надалі – Угода), а саме наявність у цього акта м'якого права всіх згаданих компонентів валідності.

²²³ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Угода, Міжнародний документ від 30.11.2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text (дата звернення: 01.09.2021).

По-перше, Угода є результатом поступової еволюції відносин між незалежною Україною та ЄС, а саме – свідомого обрання українським суспільством курсу на Європейську інтеграцію. Так, переговори між Україною та ЄС розпочалися ще в 2007 році з розгляду питання щодо створення зони поглибленої та всеосяжної вільної торгівлі. А після Революції Гідності 2013–2014 років представники української державної влади оголосили перспективу членства України в ЄС як остаточний стратегічний орієнтир українських прагнень до перетворення та як ключову мету, заради якої в Україні запровадять реформи. Так, 21 березня 2014 року сторони у Брюсселі підписали політичну частину угоди, а 27 червня 2014 року – основний текст. Угода має необмежений строк дії та закріплює детальні положення щодо умов сприйняття поступового зближення сторін через посилення економічних, політичних, торговельних та інших відносин, які вестимуть до поступової інтеграції України до ЄС. Отже, з огляду на факт реального існування (створення) Угоди задля реалізації узгоджених відносин, встановлення та актуальності строку дії, можна стверджувати про дійсність Угоди, що розглядається.

По-друге, як інструменти забезпечення виконання Угода містить посилення на недержавні інструменти впливу, а саме – здійснення моніторингу прогресу виконання її положень, проведення консультацій, здійснення тлумачень. З цієї мети створюється спеціальний орган – Рада асоціації. Отже, сторони у такий спосіб погодили умови забезпечення виконання Угоди, що визначає її чинність.

По-третє, варто підкреслити високу ступінь затребуваності українським суспільством укладення та дії Угоди. Адже вона є однією з ключових вимог протесту громадян України, який отримав назву «Революція гідності» та призвів до історичних політичних і суспільних змін в Україні. Сьогодні Угода слугує вже орієнтиром для здійснення відповідних до її вимог реформ в Україні, що супроводжуються створенням норм твердого права. Так, ми можемо стверджувати про дієвість Угоди.

По-четверте, ми пропонуємо розглянути Угоду з точки зору компоненту відповідності. Акт м'якого права, що розглядається, створено в офіційній письмовій формі виразу міжнародного документа, без сумніву компетентними суб'єктами та згідно з узгодженим порядком введення у дію, а саме – підписанням Україною та державами-членами ЄС з подальшою процедурою ратифікування Верховною Радою України та Європейським Парламентом.

З огляду на здійснений аналіз згаданих компонентів вважаємо за доцільне стверджувати про валідність Угоди. Отже, згідно з авторською концепцією, валідність акта м'якого права, як і правового акта загалом, має розглядатися через наявність всіх необхідних компонентів: дійсності – факт його реального існування (створення) задля реалізації узгоджених відносин способами, які не забезпечені державними інструментами впливу, встановлення та актуальності строку дії; чинності – погоджені правотворцем(ями) умови забезпечення виконання та відсутність обов'язкової юридичної сили; дієвості – його ефективність, гнучкість, затребуваність, здатність слугувати орієнтиром для створення норм твердого права; відповідності – письмова форма виразу (може бути офіційною та неофіційною), приймається компетентним суб'єктом (публічно-правовим або приватноправовим) узгоджений порядок впровадження у дію, залежно від виду акта м'якого права обслуговується за належними процедурами (державні або недержавні процедури: реєстрації, збереження, упорядкування, модернізації (внесення змін), здійснення правової експертизи тощо).

Так, процедурою набуття правовим актом валідності є його валідизація, що й включає розглянуті чотири компоненти. Для результатів нашого дисертаційного дослідження вважаємо за доцільне також зазначити співвідношення процедури валідизації з суміжними категоріями – формалізацією та легалізацією.

У цьому контексті слушним є наведення визначення формалізації, сформульоване Д. Г. Манько. На думку науковця, «формалізація права отримує вираз у зведенні легітимного соціального явища (порядку вирішення спору,

приміром) в чітку об'єктивну форму. Формалізація права – це вираження нормативних фактів у особливих юридичних документах, вона є завершальною фазою правотворення та виражається в набутті правом загальнообов'язкової форми і зобов'язуючої сили... Формалізація – це юридична діяльність, результатом якої є фактичне створення та формальне вираження правового акта та, за необхідності, його опублікування й реєстрація. Продуктом формалізації є чинний правовий акт»²²⁴. Зі свого боку, валідизація є поняттям набагато ширшим, воно охоплює формалізацію своїм компонентом дійсності. Формалізація зумовлює і надає праву такі ознаки, як зовнішня вираженість, системність, ієрархічний характер. А валідизація додатково зумовлює його ефективність, затребуваність, дієвість тощо. Варто також зазначити, що не кожний формалізований правовий акт є валідним, між тим кожний валідний правовий акт є завжди формалізованим.

Надалі, легалізація є правовою процедурою, певним алгоритмом юридичних дій, результатом яких є зведення певних об'єктів у стан, що відповідає чинному законодавству. «Легалізаційна діяльність – це різновид юридичної діяльності, яку здійснює вповноважений суб'єкт щодо возведення певних об'єктів у стан, що відповідає чинному законодавству, а її результати й процедури втілення оформлюються в письмових правових актах і мають юридичне значення»²²⁵, – зазначає у своєму дослідженні Д. Г. Манько. Так, об'єкт легалізації порівняно з об'єктом валідизації є набагато ширшим. Коли мова йде про валідизацію, розглядається лише правовий акт. Також, на нашу думку, легалізація як така проявляється в компоненті чинності валідності правового акта.

З огляду на вищесказане, у своєму дослідженні ми дотримуємося точки зору, що валідизація правового акта є комплексною процедурою, що зокрема охоплює результати формалізації та легалізації, тим самим є вичерпною для

²²⁴ Манько Д. Г. Технології та алгоритми юридичної діяльності : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2020. С. 127.

²²⁵ Там само. С. 109.

визначення місця правового акта у нормативній системі.

РОЗДІЛ 3.

ДІЯ М'ЯКОГО ПРАВА В ПРОЦЕСАХ ВПОРЯДКУВАННЯ ВІДНОСИН У СУЧАСНОМУ СУСПІЛЬСТВІ

3. 1. Особливості правового впливу актів м'якого права

Загалом розкриття сутності та особливостей сучасного права має здійснюватися з обов'язковим аналізом процедур його втілення у життя та безпосереднього регулювання суспільних відносин. У цьому аспекті слід погодитися з думкою Є. Ерліха, що для розуміння, яке право дійсно є чинним, слід «відшукати живе право». Це означає дослідити середовище виникнення й дії права як емпіричної реальності. Джерелом пізнання права відтак повинні стати не закони, юридична догматика, юридична література, а безпосереднє спостереження життя, вчинків, вивчення звичаїв, документів, які відображають здійснення «права»²²⁶.

З метою дослідження особливостей правового впливу актів м'якого права пропонуємо спочатку звернутися до теорії держави і права та розглянути зміст такої фундаментальної категорії юридичної науки, як правовий вплив.

Так, ми загалом поділяєм точку зору О. Ф. Скакун, яка визначає правовий вплив як «взятий у єдності та різноманітті весь процес впливу права на суспільне життя, свідомість і поведінку людей за допомогою як правових, так і неправових засобів»²²⁷. Із зазначеного визначення ми бачимо, що предмет правового впливу складають всі відносини, на які поширюється дія права, але він містить у собі не тільки норми права, але й інші соціальні засоби і форми впливу на поведінку людей. Отже, М. І. Матузов та О. В. Малько до предмету

²²⁶ Бігун В. С. Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина (актуальний наукознавчий нарис). *Проблеми філософії права*. 2005. Т. 3. С. 108.

²²⁷ Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків, 2001. С. 490.

правового впливу відносять «економічні, політичні та соціальні відносини, які правом не регулюються, але на які воно так чи інакше поширює свій вплив»²²⁸.

На нашу думку, термін «правовий вплив» варто відрізнити від терміну «правове регулювання». Так, слово «вплив» академічний тлумачний словник української мови визначає як «дію, яку певна особа чи предмет або явище виявляє стосовно іншої особи чи предмета»²²⁹. Зі свого боку, слово «регулювання» походить від латинського слова *regulo* (правило) і означає «впорядкування, налагодження, приведення чого-небудь у відповідність до чого-небудь»²³⁰. Отже, смислове навантаження обох термінів є близьким, але не тотожним. При аналізі визначення правового регулювання О. Ф. Вишневського можна виявити вищезгадану відмінність. Так, правове регулювання, на думку науковця, – це «вплив норм права на поведінку людей за допомогою юридичних способів і засобів у цілях впорядкування і вдосконалення суспільних відносин»²³¹. Тобто йдеться лише про впорядкування та вдосконалення суспільних відносин саме юридичними засобами – правовими нормами. Цілком очевидно, що категорія «правовий вплив» є ширшою за категорію «правове регулювання», більш того – останнє в теорії держави і права розглядається як одна із форм (аспектів) правового впливу²³².

Так, поряд з правовим регулюванням (спеціально-юридичною формою правового впливу) в теорії держави і права виокремлюють також інші взаємоперехідні та взаємопов'язані форми (аспекти) правового впливу на суспільні відносини, зокрема інформаційно-психологічний, виховний та соціальний. Інформаційно-психологічний аспект (форма впливу) розкривається

²²⁸ Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : учебник. Москва, 2004. С. 230. URL: <https://studizba.com/files/show/pdf/7828-1-teoriya-gosudarstva-i-prava-uchebnik-n-i.html> (дата звернення: 01.09.2021).

²²⁹ Тлумачний словник української мови / Інститут мовознавства ім. О. О. Потебні Національної академії наук України. URL: <http://www.inmo.org.ua/sum.html?wrd=вплив> (дата звернення: 01.09.2021).

²³⁰ Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків, 2001. С. 490.

²³¹ Вишневский А. Ф., Горбаток Н. А., Кучинский В. А. Общая теория государства и права. 2-е изд., испр. и доп. / под общ. ред. А. Ф. Вишневского. Минск : Тесей, 1999. С. 463.

²³² Там само. С. 463.

через два основні юридичні засоби – правові стимули та правові обмеження. Тобто така форма характеризується впливом перспективної правової інформації на мотиви поведінки суб'єктів правовідносин. Виховний аспект підкреслює загальноідеологічний вплив всієї правової дійсності на внутрішній світ суб'єкта, на формування ціннісних уявлень, правове виховання особистості, і як наслідок – розвиток правової культури. Соціальний аспект характеризується взаємозв'язком правових та інших соціальних (економічних, політичних, моральних) факторів, що створюють соціальне середовище дії права, наприклад: оприлюднення правових норм і приписів; направлення поведінки суб'єктів за допомогою установлення в правових актах соціально-корисної мети; формування правом соціально-корисних образків поведінки, соціально-правового контролю тощо²³³.

У цьому контексті дуже слушним є твердження О. Ф. Скакун, що з огляду на особливості свого змісту правовий вплив є загальним, а не специфічно-правовим. Він передбачає не дію права як сукупності норм, а «дух» права, коли зміст права проходить через свідомість людей і в результаті «виробляється стандарт поведінки, формується загальна нормативна культура як безпосередня передумова законслухняності громадян»²³⁴.

Правовий вплив актів м'якого права на впорядкування та вдосконалення суспільних відносин містить в собі всі зазначені форми (аспекти) правового впливу та характеризується певними особливостями з огляду на виключну природу м'якого права. Так, для результатів цього дисертаційного дослідження вважаємо за доцільне розглянути особливості саме інформаційно-психологічного впливу актів м'якого права.

На думку В. М. Кулікова, інформаційно-психологічний вплив загалом являє собою «особливу, специфічну форму соціальної активності одного індивіда (або групи), що спрямована на психіку іншого індивіда або групи, яка

²³³ Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : учебник. Москва, 2004. С. 231. URL: <https://studizba.com/files/show/pdf/7828-1-teoriya-gosudarstva-i-prava-uchebnik-n-i.html> (дата звернення: 01.09.2021).

²³⁴ Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків, 2001. С. 491.

у своїй довільній формі (тобто при навмисному впливі) виходить із певного мотиву і має на меті зміну або зміцнення поглядів, думок, відносин, установок та інших психологічних явищ»²³⁵. Метою такого впливу є корекція поведінки окремого індивіда чи соціальних груп. Засобом цього виду психологічного впливу виступає інформація, тобто певні відомості, факти, повідомлення, знання тощо.

Отже, інформаційно-психологічний вплив на індивіда можливий не лише правом, а й іншими явищами – політикою, економікою, культурою та ін. Водночас саме інформаційно-психологічний вплив права є основним для формування соціально прийнятної особистості, яка усвідомлює себе учасником правових відносин, дотримується прав оточуючих та вміє відстоювати власні.

Так, інформаційно-психологічний вплив права виходить з того, що право є різновидом нормативної інформації. Тобто право має інформаційну змістовність, систематизує правила поведінки суб'єктів правовідносин, а норми права – це у чистому вигляді інформація, комплексне знання, що визначає орієнтир поведінки у правових явищах, процесах. Сама по собі інформація завжди пов'язана з рухом, а отже передбачає можливість передання (отримання) відомостей про осіб, предмети; або, навпаки, заборону на її передання (отримання) третім особам (третіми особами).

Варто зазначити, що діючий інформаційно-психологічний вплив права ґрунтується на достовірності та повсюдній доступності саме правової інформації. Адже збої в інформаційних процесах (спотворення, неповнота інформаційних відносин та їх недооцінка тощо) істотно зачіпають суспільну та інформаційну безпеку, ускладнюють процеси належного регулювання суспільних відносин.

²³⁵ Куликов В. Н. Психологическое воздействие: методологические принципы исследования. *Теоретические и прикладные исследования психологического воздействия*. Иваново, 1982. С. 5.

Так, правова інформація створюється внаслідок правотворчої, правозастосовної, правоохоронної, наукової, іншої юридичної діяльності²³⁶. Як наслідок, вона належить до такого виду інформації, що є основою прийняття більшості рішень суб'єктів правовідносин та є необхідним засобом для нормального функціонування держави, її місцевих, правоохоронних, судових органів, інших юридичних і фізичних осіб, функціонування всієї правової системи держави. Адже просто інформація та, відповідно, інформування не несе у собі зобов'язання дотримуватися змісту інформації. Зі свого боку, правова інформація відповідає меті права, тобто регулюванню суспільних відносин, що досягається шляхом психологічного впливу, спрямованого на результат – досягнення конкретної правової поведінки. Тобто правова інформація подається в такій формі, що саме її зміст має вплив на свідомість особи, яка отримує інформацію. У цьому контексті варто погодитися з тезисом, що «здатність впливати на психіку – найважливіша соціальна властивість інформації»²³⁷.

Отже вважаємо за доцільне підкреслити, що істотною рисою інформаційно-психологічного механізму впливу права на суспільні відносини є те, що правові засоби сприяють формуванню та дії мотивів поведінки, яка приписується або дозволяється юридичними нормами. Ми повністю поділяємо точку зору М. Г. Матузова та О. В. Малька, що правовими засобами інформаційно-психологічного впливу виступають не власне норми права, договори чи правозастосовні акти, а ті конкретні заходи інформаційно-психологічного впливу, які в них містяться. Тобто йдеться про «суб'єктивні права та обов'язки, пільги та призупинення, заохочення та покарання тощо, які,

²³⁶ Кутафин О. Е., Копылов В. А. Проблемы становления информационного права в России. *Научно-техническая информация*. Сер. 1. Организация и методика информ. работы. 1999. № 8. С. 20.

²³⁷ Стуканов В. Г. К уточнению понятия «информационно-психологическое воздействие». *Вестник Московского университета МВД России*. Москва, 2014. № 5. С. 226.

у свою чергу, поділяються на дві великі групи: правові стимули та правові обмеження»²³⁸.

У цьому контексті варто зазначити, що деякі дослідники прирівнюють правові стимули до правових норм. Наприклад, В. М. Ведяхін визначає правові стимули як «правові норми, що заохочують розвиток необхідних суспільству, державі на цей час громадських відносин, норми, що стимулюють як нормальну, так і підвищену правомірну діяльність громадян та її результати»²³⁹.

Однак, на нашу думку, цей підхід навряд чи слід вважати правильним, оскільки стимул виражається в правовій нормі та не є буквально нею, тобто норма у цьому випадку виступає як зовнішня форма вираження. Водночас правовий стимул може утримуватися не лише в конкретній правовій нормі, а й у низці правових норм. Отже вважаємо більш слушним визначення М. Г. Матузова та О. В. Малька, які визначають правовий стимул як «правове спонукання до законотворчої поведінки, що створює режим сприяння для задоволення власних інтересів суб'єкта»²⁴⁰.

Зі свого боку, правове обмеження – це «правове стримування протизаконного діяння, що створює умови задоволення інтересів контрsub'єкта і громадських інтересів в охороні та захисті; це встановлені у праві межі, у яких особи мають діяти, це виняток певних можливостей у їх діяльності»²⁴¹.

Отже, якщо правові стимули покликані спонукати до правомірної, соціально корисної поведінки, вигідної і для особистості, і для суспільства, то правові обмеження покликані стримувати від протиправного задоволення її власних інтересів, яке може бути вигідним для особистості, але не вигідним і навіть, навпаки, шкідливим для інших громадян, для суспільства загалом. Саме

²³⁸ Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : учебник. Москва, 2004. С. 231. URL: <https://studizba.com/files/show/pdf/7828-1-teoriya-gosudarstva-i-prava-uchebnik-n-i.html> (дата звернення: 01.09.2021).

²³⁹ Ведяхин В. М. Правовые стимулы: понятия, виды. *Правоведение*. 1992. № 1. С. 51.

²⁴⁰ Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : учебник. Москва, 2004. С. 232. URL: <https://studizba.com/files/show/pdf/7828-1-teoriya-gosudarstva-i-prava-uchebnik-n-i.html> (дата звернення: 01.09.2021).

²⁴¹ Там само.

стимули та обмеження зрештою є значущими для поведінки та пов'язані в буквальному значенні з цінністю, на яку орієнтується інтерес суб'єкта.

Досліджуючи сутність та особливості впливу м'якого права слід враховувати, що м'яке право є динамічним за своєю природою і здатне оперативно реагувати на зміни у правовідносинах між відповідними суб'єктами. Відмітною рисою актів м'якого права є значно менші витрати, пов'язані з їх укладенням, порівняно з класичними міжнародними договорами. Для укладення останніх держави, як правило, проводять не один етап переговорів та намагаються мінімізувати можливі ризики, пов'язані з виконанням закріплених у договорі зобов'язань, оскільки відповідальність за їх порушення є більш серйозною. Крім того, процес укладення міжнародного договору затягується в силу дотримання багатьох процедурних моментів.

Так, особливості правового впливу актів м'якого права відсилають до характерної їм м'яко-правової природи. Найбільш яскраво, на нашу думку, це стосується інформаційно-психологічного аспекту правового впливу, який відзначається високим ступенем саме стимулюючого характеру дії приписів актів м'якого права в процесах впорядкування суспільних відносин та впливу на суспільне життя, свідомість і поведінку людей загалом.

Як вже було зазначено у попередніх підрозділах цього дисертаційного дослідження, за своєю природою м'яке право не передбачає застосування юридичних санкцій за невиконання своїх приписів. Водночас широке визнання та застосування на практиці його м'яко-правових положень (насамперед судами та іншими правозастосовними органами) надає їм *de facto* зобов'язуючий характер.

Так, сприйняття конкретного акта м'якого права як обов'язкового до дотримання обумовлюється, зокрема, авторитетністю його творців. З цього приводу Жюстін Нолан справедливо підкреслює: «У відсутності юридично обов'язкового характеру потенційна “правотворча якість” м'якого права пов'язана з його “авторитетністю”, яка, у свою чергу, визначає силу впливу та довговічність відповідного документа. ... Авторитет м'якого права нерозривно

пов'язаний з його обов'язковим характером»²⁴². У цьому контексті представляє вагомий інтерес твердження О. В. Кирилюк: «...в інформаційному суспільстві отримує нове дихання латинська сентенція *opinio juris ac necessitatis*, яка буквально означає, що причиною поведінки індивідів у відповідності з нормами та звичаями певної групи є віра (*opinio*) в те, що вони є суспільною практикою такої групи, а отже мають юридично обов'язкову силу (*necessitatis*)»²⁴³. На нашу думку, це твердження є слушним у контексті розгляду м'якого права взагалі.

Хоча виконання приписів актів м'якого права може бути забезпечено недержавними засобами впливу, які передбачають певні негативні наслідки за їх невиконання, правова інформація таких актів сама по собі уявляє вагомий інтерес для своїх адресатів, заздалегідь зацікавлених у врегулюванні визначених відносин.

Т. М. Нешатаєва зазначає, що у західній правовій доктрині сформувалася концепція поділу міжнародного права на «м'яке» право (рекомендаційні норми) та «тверде» право (обов'язкові норми)²⁴⁴.

Під твердим правом розуміють юридично обов'язкові правові документи, ухвалені державами. В італійській правовій доктрині м'яке право визначається як правила поведінки, що в принципі не мають юридичної обов'язковості, але можуть мати практичний ефект²⁴⁵. Норми м'якого права не обов'язково укладаються недержавними суб'єктами, їх розробниками рівною мірою можуть бути держави. На думку І. І. Лукашука, норми м'якого права стають важливим

²⁴² Nolan J. The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law? *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Cambridge University Press, 2013. P. 8.

²⁴³ Кирилюк О. В. М'яке право як нормативна основа глобального інформаційного суспільства. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2015. Вип. 125 (ч. 1). С. 114.

²⁴⁴ Нешатаєва Т. Н. Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. М., 1998. С. 10.

²⁴⁵ Snyder F. Soft law and institutional practice in the European Community. *European University Institute Working Paper, LAW*. Florence, 1993. № 93/5. P. 2.

елементом міжнародно-правової системи. Вони вирішують завдання, які з тих чи інших причин не може розв'язати тверде право²⁴⁶.

Так, м'яке право уможливорює швидко досягти згоди та уникнути затягування переговорного процесу на довгі роки з метою вироблення компромісного рішення. Воно жодним чином не обмежує суверенні права держав, сприяючи розширеній та взаємовигідній співпраці з особливо важливих питань²⁴⁷.

Отже, на нашу думку, інформаційно-психологічний вплив актів м'якого права є фактично первинною формою (аспектом) правового впливу на визначені актом суспільні відносини. Правова інформація, що міститься в акті м'якого права, передається суб'єктам врегулювання від авторитетних компетентних суб'єктів, і вже сама по собі характеризується затребуваністю та соціальною значущістю для своїх адресатів. Водночас такий вплив спрямований безпосередньо на реалізацію інтересів об'єкта впливу. Як результат, інформаційно-психологічний вплив актів м'якого права у суспільстві відбувається з високою мірою результативності, що сприятливо відображається в подальшому на виховному та соціальному аспектах впливу м'якого права.

Необхідно також враховувати, що власне правовий вплив є дієвим і реальним лише за умови налагодженості системи правового регулювання²⁴⁸. Це, на нашу думку, особливо стосується м'якого права, саме через здебільшого стимулюючий характер інформаційно-психологічного аспекту правового впливу його актів. Адже втілені у право стимули потребують спеціальних гарантій та припиняють дію у разі втрати таких гарантій. Якщо виконання приписів м'якого права постійно зустрічає перешкоди, якщо відповідні обов'язки систематично не виконуються, то, відповідно, у застосуванні норм м'якого права виникають перешкоди і збої, водночас саме застосування

²⁴⁶ Лукашук И. И. Международное «мягкое» право. *Государство и право*. 1994. № 8–9. С. 163.

²⁴⁷ Masao Y. Standards and Statutes: 'Soft' Law and 'Hard' Law / Y. Sankai et al. (eds.).

Cybernetics: Fusion of human, machine and information systems. Springer Japan, 2014. P. 321.

²⁴⁸ Бережнов А. Г., Воротилин Е. А., Кененов А. А. [и др.]. Теория государства и права : учебник для вузов / под ред. М. Н. Марченко. Москва : Зерцало, 2004. С. 748.

здійснюється щонайменше необ'єктивно. Як результат – стимули, що закріплені актами м'якого права, втрачають своє практичне значення, оскільки вони, як і м'яке право в цілому, органічно пов'язані з довірою до авторитетності суб'єкта створення відповідних актів та затребуваністю задекларованого в них найкращого способу врегулювання суспільних відносин.

О. В. Кирилюк цілком слушно обґрунтовує, що м'яке право характеризується гнучкістю, відкритістю до змін та високим ступенем адаптивності до змін, пов'язаних з розвитком та ускладненням об'єкту регулювання. Актами м'якого права можуть бути декларації та резолюції, кодекси поведінки та кращих практик, рекомендації та керівні принципи тощо. Домінування юридично обов'язкових міжнародно-правових документів впродовж тривалого часу залишало поза увагою великий масив актів м'якого права. Однак поява концепції глобального інформаційного суспільства та спроби її нормативного оформлення надзвичайно гостро поставили питання про ефективність саме м'якого міжнародно-правового регулювання цієї сфери правовідносин. Технічна орієнтованість більшості нормативно-правових актів щодо інформаційного суспільства потребує глибокого знання та розуміння інфраструктурних характеристик, а отже держави могли б передати на рівень технічних спільнот функції розроблення відповідних стандартів і правил поведінки з подальшим їх визнанням як справедливих та належних²⁴⁹.

На нашу думку, з особливостями правового впливу актів м'якого права також безпосередньо пов'язані причини зростаючого з часом звернення все більшої кількості суб'єктів до м'яко-правової форми впорядкування відносин у сучасному суспільстві, на що звертають увагу в своїх дослідженнях зарубіжні науковці. Для результатів нашого дисертаційного дослідження вважаємо за необхідне навести думки деяких з них.

Так, К. Еббот і Д. Снайдел констатують, що міжнародні актори часто свідомо обирають більш м'які форми легалізації як переважаючі інституційні

²⁴⁹ Кирилюк О. В. М'яке право як нормативна основа глобального інформаційного суспільства. *Actual problems of international relations*. 2015. № 125 (1). С. 106–117.

механізми. Безумовно, м'яке право іноді описується як транзитна інстанція на шляху до більш жорсткої легалізації, але часом – на своїх власних умовах. М'яке право, на думку дослідників, зберігає багато переваг твердого права, уникаючи ряду витрат останнього, але має і ряд власних переваг. Важливо зауважити, що оскільки один або кілька елементів легалізації можуть бути ослаблені, то м'якшої легалізації часто легше досягти, ніж твердої. Це особливо вірно, коли в ролі суб'єктів виступають держави, адже вони ретельно ставляться до своєї автономії та до викликів державному суверенітету. Крім того, м'яка легалізація забезпечує певні вигоди, недоступні твердій легалізації. Вона пропонує більш ефективні способи подолання невизначеності, особливо коли ініціює процеси, що дозволяють суб'єктам дізнатися про реалізацію угод з часом. М'яке право полегшує досягнення компромісу, а тим самим – взаємовигідне співробітництво між суб'єктами з різними інтересами і цінностями, з різними часовими горизонтами, ігровими ставками та повноваженнями²⁵⁰.

Зі свого боку Е. Гузман і Т. Мейер підкреслюють, що коли держави можуть бути не в змозі відразу ухвалити твердо-правові норми, вони можуть погодитися з м'яко-правовим контролем і режимом, заснованим на загальних стандартах. Після певного періоду такий м'яко-правовий режим може перетворитися на диспозитивні норми в певній сфері правового регулювання або бути кодифікованим у тверде право²⁵¹. Водночас висловлюються думки про те, що втягуючись в орбіту правового регулювання м'яко-правові положення втрачають свою м'яко-правову природу і стають частиною правової системи. «З того моменту, як м'яке право починає взаємодіяти з обов'язковими міжнародними договорами, – стверджує А. Бойл, – його необов'язковий

²⁵⁰ Abbott K. W., Snidel D. Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*. 2000. Vol. 54, № 3. P. 423.

²⁵¹ Guzman A. T., Meyer T. Soft Law. *The Research Handbook on the Economics of Public International Law*. 2014. № 2014–17. P. 2.

характер може бути втрачений або трансформований»²⁵². Однак, на наш погляд, акти м'якого права є частиною правової системи, але можуть мати і свою власну цінність, безвідносно від того, виступають вони доповненням або сходиною на шляху до твердих джерел права чи ні.

Х. Хілгенберг у своєму дослідженні називає серед іншого наступні причини відмови від офіційних договорів на користь актів м'якого права: загальна потреба у формуванні взаємної довіри; необхідність стимулювати прогресивний розвиток ситуації; створення попереднього гнучкого режиму з можливістю його поетапного розвитку в майбутньому; стимулювання координації національного законодавства; заклопотаність тим, що міжнародні відносини будуть перевантажені твердими договорами з ризиком невдачі й погіршення відносин; спрощення процедури, що сприяє більш швидкому досягненню результату; прагнення уникнути громіздких внутрішньодержавних процедур затвердження в разі внесення змін; суворі конфіденційність; можливість укладати необов'язкові угоди для суб'єктів, які за міжнародним правом не уповноважені укладати міжнародні договори; можливість укладення необов'язкових угод з учасниками, яких інші учасники угоди не готові визнати²⁵³.

Отже, причиною може слугувати навіть факт укладення акта м'якого права, щоб досягти будь-якої угоди в принципі. Схожої думки дотримується у своєму дослідженні О. В. Кирилюк, а саме: «...на практиці дуже частими є випадки, коли дії держави суттєво розходяться з взятими на себе юридичними зобов'язаннями за міжнародним правом. Очевидно, навіть рамковий документ м'якого права буде більш дієвим, ніж міжнародний договір, якщо його правозастосування стане логічним продовженням волі суб'єктів. Такі неформальні домовленості не потребують наступної ратифікації та будь-якого

²⁵² Boyle A. E. Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly*. 1999. Vol. 48, № 4. P. 901.

²⁵³ Hillgenberg H. A Fresh Look at Soft Law. *European Journal of International Law*. 1999. Vol. 10, № 3. P. 501.

додаткового погодження, а тому одразу стають об'єктом прямого правозастосування»²⁵⁴.

Ще одною поширеною із зазначених Х. Хілленбергом причин є звернення до м'якого права суб'єктів транскордонного спілкування, яким не вистачає повноважень для формування традиційних джерел права (наприклад, для укладання міжнародних договорів). Це особливо очевидно щодо представників виконавчої влади, яким все частіше доводиться вирішувати проблеми, що виходять за межі національних кордонів. «У той час як глобалізація створює ринки, зовнішні ефекти і суспільні блага, бюрократія також починає поширюватися через кордони. Це все частіше здійснюється за допомогою неформальних домовленостей»²⁵⁵.

Цікавим є приклад Європейського Союзу, в рамках якого норми м'якого права стали особливо поширюватися після ухвалення Лісабонського плану дій 2000 року, що запроваджував відкритий метод координації²⁵⁶. Такий підхід передбачав розроблення актів м'якого права та добровільну співпрацю у визначених сферах, що повинні були стати альтернативою примусовим правовим приписам. ЄС робив неодноразові спроби створити максимально ефективну систему управління, засновану на поєднанні м'якого та твердого правового регулювання. У контексті ЄС дієвість засобів м'якого права може бути виміряна через оцінку, наскільки вдалося досягти уніфікації регулювання у відповідних сферах на наднаціональному рівні. Традиційно обов'язковими актами ЄС вважалися директиви, які держави-члени імплементували у національне законодавство. Втім, труднощі виникали уже тоді, коли держави вважали, що їхні суверенні права занадто обмежуються на користь наднаціональних органів. Враховуючи технічну орієнтованість значної частини

²⁵⁴ Кирилюк О. В. М'яке право як нормативна основа глобального інформаційного суспільства. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2015. Вип. 125 (ч. 1). С. 114.

²⁵⁵ Galbraith J., Zaring D. Soft Law as Foreign Relations Law. *Cornell Law Review*. 2014. Vol. 99, № 4. P. 746.

²⁵⁶ Lodge M. Comparing non-hierarchical governance in action: The open method of coordination in pensions and information society. *Journal of Common Market Studies*. 2007. Vol. 45, № 2. P. 343–365.

правових актів, пов'язаних з окремим аспектами функціонування інформаційного суспільства, необхідно передбачити максимально гнучкий механізм їх перегляду та внесення до них відповідних змін і поправок. Саме такий механізм і здатне забезпечити м'яке право.

До середини 1990-х років держави-члени ЄС домовилися щодо створення європейського регуляторного забезпечення телекомунікаційного сектору засобами юридично обов'язкових правових приписів, що дозволило суттєво лібералізувати та гармонізувати правовідносини у цій сфері. Однак ключова проблема була пов'язана з різними підходами самого ЄС та його держав-членів до перспектив управління телекомунікаціями. У той час як ЄС виступав за створення наднаціонального механізму, держави-члени надавали перевагу міжурядовій системі контролю²⁵⁷.

Зі свого боку А. Бойл виокремлює наступні чотири причини, згідно з якими м'яке право може виступати привабливою альтернативою міжнародним договорам. По-перше, якщо не висловлювати угоду в зобов'язуючій формі, можна полегшити її укладання. Використання м'яко-правових документів дозволяє державам узгоджувати більш детальні та точні положення, оскільки їх юридичні зобов'язання є менш жорсткими, а наслідки будь-якого недотримання – більш обмеженими. По-друге, деякі держави обирають необов'язкові документи, щоб уникнути процесу ратифікації міжнародного договору, публічного обговорення в процесі ратифікації та підзвітності щодо політики, про яку вони домовилися. Зрозуміло, здійснення такої політики може ускладнитися, якщо вона вимагає фінансування, законотворчості та громадської підтримки. По-третє, м'яко-правові документи зазвичай легше змінити або замінити, ніж міжнародні договори, особливо тоді, коли для цього потрібно лише ухвалення нової резолюції міжнародною установою. Міжнародні договори потребують багато часу для заміни або зміни, водночас спроба зробити це може зрештою призвести до громіздкої комбінації

²⁵⁷ Simpson S. Governing information infrastructures and services: States, markets and the public interest in telecommunications. *Aslib Proceedings*. 2010. Vol. 62, № 1. P. 46–56.

дублюючих один одного старих і нових зобов'язань між різними групами учасників. І, нарешті, м'яко-правові документи можуть забезпечити більш очевидне свідoctво міжнародної підтримки і згоди, ніж міжнародний договір, дія якого істотно обмежується застереженнями, а ще й вимагає дочекатися його ратифікації та набуття чинності²⁵⁸.

Варто також зауважити, що ключову роль у розробленні м'якого правового регулювання питань, пов'язаних з інформаційним суспільством і, зокрема, з телекомунікаційним сектором, відіграла Європейська Комісія. Вона виступила в ролі посередника між державами та технічними спільнотами з метою вироблення загальноприйнятних юридичних формулювань. Крім того, самі держави-члени надали перевагу м'якому праву як способу уникнення надмірного юридично обов'язкового регулювання, що прийматиметься на рівні ЄС. М'яке право дає державам-членам більшу свободу дій у контексті імплементації відповідних правових актів.

Так, прихильники гібридності міжнародно-правового регулювання виступають за комбінування традиційного твердого права та м'яких правових процесів. Підкреслюючи переваги м'якого права як органічного соціального продукту, що забезпечує ефективність та плюралістичну повагу до різноманіття, вони стверджують, що воно може бути більш ефективним у поєднанні з твердим правом. Гібриди можуть мати різноманітну форму. Перевага надається поєднанню процесів відкритого методу координації з рамковими директивами. М'яке право таким чином виступає як «живе право», що доповнює традиційні тверді норми. Твердо-м'які гібриди вважаються високоефективними комбінаціями: їх м'які компоненти гарантують органічну оперативність реагування на суспільні потреби, сприяють плюралізму та співучасті, активізують взаємне навчання; тверді елементи забезпечують більш високий рівень дотримання нормативних вимог, оскільки зникає можливість

²⁵⁸ Boyle A. E. Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly*. 1999. Vol. 48, № 4. P. 902–903.

ігнорувати м'які норми, що дозволяє ефективно виправляти асиметрію між гармонізацією ринку та соціальною інтеграцією²⁵⁹.

Цікавим прикладом поєднання засобів м'якого та твердого правового регулювання є директиви ЄС, в тексті яких прописується ряд певних заходів, що за своєю природою є тимчасовим м'яким регулюванням. Так, Директива 2000/31/ЄС про електронну комерцію закріпила ряд правових положень, спрямованих на створення єдиного європейського ринку електронної комерції. Водночас документ містить мінімум вимог до постачальників інформаційних послуг та зазначає, що держави-члени і Комісія мають заохочувати розроблення кодексів поведінки та надавати можливість вільного вирішення зацікавленими сторонами, чи дотримуватися положень таких кодексів²⁶⁰.

На нашу думку, усі наведені причини звернення суб'єктів до актів м'якого права як до альтернативи твердому праву свідчать про зростаючий правовий вплив відповідних актів на процеси впорядкування відносин у сучасному суспільстві.

²⁵⁹ Демин А. В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования : монография. М.: Проспект, 2015. С. 163.

²⁶⁰ Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема електронної комерції, на внутрішньому ринку : Директива 2000/31/ЄС Європейського парламенту та Ради (Директива про електронну комерцію) від 8 червня 2000 р. [Електронний ресурс]. *Офіційний веб-портал Верховної Ради України*. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_224

3.2. Акти м'якого права у сфері відновного правосуддя

Тенденція демонополізації участі держави в регулюванні найбільш вагомих сфер суспільного життя призвела до поширення та розвитку в більшості демократичних країн світу альтернативних методів врегулювання суперечок. Державні органи правосуддя більше не розглядаються як єдина інстанція для вирішення та врегулювання правових спорів, замість того сучасні держави делегують частину своїх відповідних повноважень інститутам громадянського суспільства. Якщо брати до уваги країни континентальної Європи та їх судові реформи другої половини XX ст., то на думку С.І. Калашнікової, їх результати свідчать про «затребуваність суспільством відмови від “державного патерналізму” (коли вирішення правових спорів здійснюється виключно в ході правозастосовної діяльності, шляхом прийняття відповідного обов’язкового для виконання рішення) і переходу до “плюралістичного підходу”, тобто визнання необхідності у забезпеченні конфліктуючих осіб правом вибору способу врегулювання їх розбіжностей шляхом надання можливості використання примирних процедур»²⁶¹.

Варто зазначити, що поняття «альтернативні методи врегулювання суперечок» залишається сьогодні актуальним для наукових досліджень, не існує в правовій доктрині його однозначного тлумачення та розуміння.

Так, поняття, що розглядається, запозичено з американської правової доктрини. Термін *Alternative Dispute Resolution* (ADR) поєднує всі процедури позасудового врегулювання конфліктів. Ще у 1906 році юрист Роско Паунд у своїй доповіді на конференції Американської асоціації юристів звернув увагу громадськості на неефективність судів, незадоволеність судовою системою, що вплинуло на подальше реформування судової системи США та призвело до

²⁶¹ Калашникова С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. 2011. С. 8.

впровадження та ефективного застосування альтернативних методів врегулювання суперечок²⁶².

Буквальний переклад терміну ADR з англійської – «альтернативне врегулювання суперечок». У вітчизняному праві це поняття завжди є точним щодо використання, оскільки такі способи можуть охоплювати не лише процедури з вирішення спорів (наприклад, арбітраж), але і з їх врегулювання (примирні процедури). У зв'язку з цим у науковій літературі існує цілком обґрунтована думка, що вживання терміна «альтернативне вирішення та врегулювання суперечок» є доцільним²⁶³. Так, можна розмежувати правові категорії «врегулювання» та «вирішення» спору за характером і метою. Вирішення спору має владну природу, оскільки реалізується владними діями суду, а врегулювання спору відбувається на основі компромісної добровільної угоди між сторонами.

Примирення націлено на ліквідацію конфлікту, усунення протиріч між суб'єктами, а вирішення спору – на встановлення «правої та неправої сторони» і винесення судового рішення на підставі правових норм. Так, основними видами альтернативного вирішення та врегулювання спорів є такі: 1) переговори; 2) медіація; 3) арбітраж (третейський розгляд); 4) міжнародний комерційний арбітраж; 5) судове примирення; 6) досудова (претензійна) суперечка²⁶⁴.

Загалом, на нашу думку, слушним є узагальнене визначення альтернативного врегулювання суперечок (скорочено АВС) представника Гарвардської наукової школи права Роберта Мнукіна, дослідження якого здебільшого фокусуються на врегулюванні спорів, переговорах та арбітражу. Отже, він відносить АВС до «набору практик і технік, спрямованих на

²⁶² Паунд Р. Причины распространенной неудовлетворенности отправлением правосудия. *Медиація и право*. 2016. № 1. С. 15–29.

²⁶³ Рожкова М. А., Елисеев Н. Г., Скворцов О. Ю. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения. М.: Статут, 2008. 290 с.

²⁶⁴ Котлярова В. В. Альтернативные способы урегулирования и разрешения споров в России : учеб. пособие под ред. А. В. Юдина. Самара : Изд-во Самарского ун-та, 2021. С. 14.

можливість вирішення правових спорів поза судами»²⁶⁵. Відповідні методи, на думку науковця, охоплюють «медіацію, арбітраж та різноманітні “гібридні” процеси, за допомогою яких нейтральна сторона сприяє вирішенню правових спорів без офіційного судочинства»²⁶⁶.

Затребуваність суспільства в існуванні альтернативи державному правосуддю можна пояснити низкою переваг АВС. Так, до потенційних вигід альтернативних методів врегулювання суперечок часто відносять: фактичне зменшення трансакційних витрат на вирішення спорів, оскільки відповідні процеси можуть бути дешевшими та швидшими, ніж звичайні судові процедури; досягнення вирішення, яке краще відповідає основним інтересам та потребам сторін; і як наслідок, краще та ефективніше дотримання умов кінцевого рішення. У цьому контексті варто зазначити, що переваги АВС в цілому дуже нагадують переваги м'якого права, адже, на нашу думку, виникнення, поширення та подальший розвиток цих явищ свідчить про однакові потреби суспільства та, як результат, однакові трансформаційні тенденції у розвитку сучасного правового та суспільного життя.

Так, в демократичних державах суб'єкти правовідносин сьогодні все більше зацікавлені в гнучких, оперативних формах врегулювання спорів, а не у тривалий, дорогій судовій процедурі. На підтримку альтернативного, мирного врегулювання спорів ще у XIX ст. висловлювався 16-й президент США Авраам Лінкольн: «Запобігайте судовому розгляду. Переконайте своїх сусідів у компромісі у будь-якому випадку. Зверніть їх увагу, що номінальний переможець найчастіше насправді програє у гонорарах, витратах і часових втратах»²⁶⁷.

²⁶⁵ Mnookin R. Alternative Dispute Resolution. *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*. Paper 232. 1998. P. 3.

²⁶⁶ Mnookin R. Alternative Dispute Resolution. *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*. Paper 232. 1998. P. 3.

²⁶⁷ Collected Works of Abraham Lincoln URL: <http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/lawlect.htm> (дата звернення: 01.09.2021).

Як наслідок, тенденція стрімкого розвитку альтернативних методів врегулювання суперечок спостерігається і в територіальному, і в предметному вимірі, – зазначає Н. А. Мазаракі у своєму дослідженні теоретико-правових засад запровадження медіації в Україні²⁶⁸. Територіальний вимір розкривається через кількість держав, які запроваджують або підтримують альтернативні методи врегулювання спорів, а предметний – через кількість сфер суспільного життя, в яких такі методи набули свого поширення. Так, сьогодні практично в усіх демократичних державах світу альтернативні методи врегулювання спорів застосовуються для вирішення та врегулювання цивільних, трудових, сімейних, господарських відносин – наприклад, посередництво є ефективним інструментом при вирішенні міждержавних спорів.

Водночас окремим питанням є застосування таких методів у процесі владнання наслідків кримінального злочину, а саме – відновне правосуддя.

Варто зазначити, що ґрунтовний аналіз відновного правосуддя та альтернативних методів врегулювання спорів у цілому не є метою нашого дисертаційного дослідження. Однак належне дослідження актів м'якого права, що створені та діють задля запровадження і розвитку відновного правосуддя в сучасних державах, є неможливим без загальної характеристики явища, що розглядається. Отже вважаємо за доцільне спочатку звернутися до змісту поняття «відновне правосуддя» (англ. *Restorative justice*).

Загалом це явище зародилося у середині 70-х років ХХ ст. з першими практичними експериментами в США та Канаді. Підхід, який закладено в його основу, орієнтований на надання можливості сторонам конфлікту і суспільству в цілому самим впоратися з наслідками злочину. Виникло відновне правосуддя з метою зміни усталених поглядів на злочин та покарання, а сьогодні воно існує як доповнення до державної форми правосуддя, – своїм залученням сторін та громадськості до процесу владнання наслідків злочину воно сприяє соціальній реінтеграції правопорушника і зменшенню кількості кримінальних покарань.

²⁶⁸ Мазаракі Н. А. Теоретико-правові засади запровадження медіації в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2019. С. 87.

Центр правосуддя та примирення, що є програмою Міжнародної асоціації тюремного служіння, розкриває зміст відновного правосуддя наступним чином: «...це теорія справедливості, яка зосереджується на виправленні шкоди, заподіяної злочинною поведінкою. Вона найкраще досягається за допомогою процесів співпраці, які дозволяють зустрітися всім зацікавленим сторонам, хоча доступні й інші підходи, коли перший стає неможливим. Це може призвести до трансформації людей, стосунків та спільнот»²⁶⁹.

Варто зазначити, що відновне правосуддя не передбачає певного методу, техніки або програми, – воно радше вказує на певний підхід і загальне бачення справедливого правосуддя. Так, відновне правосуддя розглядає злочин ширше, ніж лише порушення закону, адже він завдає шкоди людям, стосункам та суспільству. Тому ідея, зокрема, полягає в тому, щоб учасники конкретного правопорушення самі зустрічалися «для колективного розв'язання питання: що робити з наслідками правопорушення та їх впливом на майбутнє»²⁷⁰. Але доступні й інші підходи, якщо учасники не можуть або не бажають зустрітися. Отже, відновне правосуддя в цілому передбачає три аспекти:

- виправлення: злочин завдає шкоди, а справедливість вимагає виправлення цієї шкоди;
- зустріч: найкращий спосіб визначити, як це зробити, – допомогти сторонам прийняти спільне рішення;
- трансформація: можливість докорінних змін в людях, стосунках і спільнотах.

Визначальні риси відновного правосуддя можна дуже наочно окреслити через його протиставлення з офіційним кримінальним судочинством, що досить слушно зробив американський кримінолог, піонер сучасної концепції

²⁶⁹ Center for Justice and reconciliation. A program of Prison Fellowship International. URL: <http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-1-what-is-restorative-justice/#sthash.F2N3FIiy.0RkR47Rv.dpbs> (дата звернення: 01.09.2021).

²⁷⁰ Marshall T. Restorative Justice: An Overview. *A Report by the Home Office. Research Development and Statistics Director*. 1999. P. 5.

відновного правосуддя Ховард Зер. Так, центром уваги відновного правосуддя є розв'язання проблеми, замість встановлення вини правопорушника. Тобто метою (що, на нашу думку, є найважливішим аспектом) є викриття і засудження злочину, а не правопорушника. Задля цього процес зосереджено на майбутньому, з наданням потребам учасників первинного значення, на протипагу зосередженню кримінального судочинства на минулому та зміщенні потреб на другорядний план. Ключовими фігурами виступають самі сторони (потерпілий та правопорушник), їх стосунки, з визнанням та проголошенням страждань першого, а в традиційному правосудді – лише держава та правопорушник. Як наслідок, під час проведення процесів відновного правосуддя інтеграція правопорушника з громадою посилюється, що в офіційному правосудді має зворотний характер²⁷¹.

Через відсутність конкретної моделі або форми існує досить багато різних варіацій проведення процесів, що загалом відповідає духу відновного правосуддя. На думку О. І. Дубовик, яка посиляється зокрема на дослідження Х. Зера, «...найпоширенішими з них є: програми примирення потерпілих і правопорушників (відомі також як “медіація”, “посередництво”, “конференції жертв і правопорушників”); коло правосуддя – програми, в основі яких лежать традиції північноамериканських індіанців (проводяться переважно в Канаді); сімейні конференції (батьківщина – Нова Зеландія); програми сприяння жертвам; програми сприяння ексзлочинцям; реституція; залучення до суспільних робіт тощо»²⁷².

Ідеї відновного правосуддя сьогодні здобули всесвітнього поширення, а більшість демократичних країн світу вже закріпила певні його форми на законодавчому рівні. Більше тисячі організацій впроваджують та поширюють принципи відновного правосуддя на теренах Європи, США, Канади, Нової Зеландії, Австралії, Південної Африки, Азії та Близького Сходу. Так, лише

²⁷¹ Зер Г. Зміна об'єктива: новий погляд на злочин та правосуддя. Київ, 2004. С. 168–169.

²⁷² Дубовик О. І. Теоретико-правові аспекти відновного правосуддя. *Право і громадянське суспільство*. Київ, 2015. № 2. С. 9.

тільки вебсайт Центру правосуддя та примирення, що є програмою Міжнародної асоціації тюремного служіння, містить інформацію щодо роботи Центру в сорока країнах та щодо загального поширення різних активностей відновного правосуддя більше ніж у сотні країн світу²⁷³.

Водночас для результатів цього дисертаційного дослідження вважаємо за доцільне розглянути специфіку запровадження відновного правосуддя в ЄС та інших країнах континентальної Європи, а саме – використання міжнародними організаціями та державами у цьому процесі переваг м'якого права.

Як стверджують у своєму дослідженні відновного правосуддя Седрік Фуссар та Джулія Мелотті, дебати про справедливість відновлювальних принципів набули свого поширення в ЄС у 70-ті роки, після століть абсолютного панування парадигми кримінального правосуддя. Поміж причин такої трансформації дослідники відзначають, по-перше, провальне сприйняття традиційної системи кримінальних покарань, яку відновлювальний рух мав на меті замінити. Така тенденція набула особливого значення у деяких країнах Північної Європи, таких як Фінляндія, Норвегія, Нідерланди. По-друге, це обмежений підхід до відшкодування. Так, новий рух не мав на меті повністю ліквідувати систему кримінальних покарань, але він прагнув зрештою віддати перевагу реінтеграції та реабілітації правопорушника, а не лише його покаранню. Ця тенденція поширилась у континентальній Європі, а також в Ірландії, Північній Ірландії, Шотландії та Португалії. По-третє, держави-члени ЄС у цілому стали свідками значного зростання громадських рухів на захист прав жертв. Нарешті, відхід від традиційної системи кримінальних покарань був стимульований і міркуваннями щодо економічної ефективності. Такі країни, як Болгарія, Хорватія, Угорщина, Греція та Португалія відчували значне надмірне навантаження на свою пенітенціарну систему з подальшою затримкою розгляду справ. У таких ситуаціях полегшений доступ до неупередженого посередництва та посилення залучення громади до процесу

²⁷³ Center for Justice and reconciliation. A program of Prison Fellowship International. URL: <http://restorativejustice.org/world-map/#sthash.Yona9HyW.dpbs> (дата звернення: 01.09.2021).

реабілітації зіграли роль інструментів розвантаження судової системи з розгляду кримінальних справ²⁷⁴.

За таких умов в державах-членах ЄС та інших країнах континентальної Європи сформувалася потреба в оперативних реформаційних діях у напрямку зміни наявної на той час системи кримінального правосуддя. Так, процес перегляду фундаментальних поглядів щодо покарання, злочину, прав жертви та правопорушника, запровадження в національне законодавство інноваційних відновних підходів триває і сьогодні та характеризується різними особливостями залежно від країни, але водночас він має спільну відправну точку у вигляді вчасно прийнятих міжнародними організаціями актів м'якого права з регулювання зазначеного питання.

Так, вважаємо за доцільне спочатку розглянути акти м'якого права, що були розроблені фахівцями в галузі кримінального права і процесу та прийняті Комітетом міністрів Ради Європи (міжнародна організація 47 держав-членів у європейському просторі) у сфері розвитку та використання принципів відновного правосуддя стосовно систем кримінальної юстиції держав-членів Ради, серед яких варто виокремити наступні:

Рекомендація № R (85) 11 Комітету міністрів державам-членам стосовно положення потерпілого в межах кримінального права та кримінального процесу від 28 червня 1985 року (надалі – Рекомендація 1985 року)²⁷⁵;

Рекомендація № 6 R (87) 18 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно спрощення кримінального правосуддя від 17 вересня 1987 року (надалі – Рекомендація 1987 року)²⁷⁶;

²⁷⁴ Foussard C., Melotti G. Restorative Justice for Victims in the EU. *Revij Reparation to the victim in the European Juvenile Justice Systems: Comparative analysis and transfer of best practices*. 2013. P. 14–15.

²⁷⁵ Рекомендація № R (85) 11 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно положення потерпілого в межах кримінального права та кримінального процесу. Рада Європи, Комітет Міністрів Ради Європи; Рекомендації, Міжнародний документ від 28.06.1985. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_127#Text (дата звернення: 01.09.2021).

²⁷⁶ Рекомендація № 6 R (87) 18 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно спрощення кримінального правосуддя. Рада Європи, Комітет Міністрів Ради Європи;

Рекомендація № R (99) 19 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам Ради, які зацікавлені в організації медіації у кримінальних справах від 15 вересня 1999 року (надалі – Рекомендація 1999 року)²⁷⁷;

Рекомендація CM/Rec(2018)8 Комітету міністрів державам-членам щодо відновного правосуддя у кримінальних справах від 3 жовтня 2018 року (надалі – Рекомендація 2018 року)²⁷⁸;

Так, Рекомендацією 1985 року Рада Європи наголошує на необхідності перегляду державами-членами Ради законодавчих положень та практики щодо поводження з потерпілим і його статусом, пропонує їм вивчити можливі переваги систем посередництва та примирення. Рекомендація 1987 року вже пропонує державам-членам переглянути своє законодавство з метою забезпечення можливості позасудового врегулювання спорів, особливо щодо кримінальних правопорушень невеликої та середньої тяжкості.

У 1999 році Рада Європи видає Рекомендацію щодо медіації в кримінальних справах. Цей акт м'якого права має на меті спрямувати та консолідувати зусилля держав-членів щодо запровадження інституту медіації (метод вирішення суперечок із залученням посередника-медіатора) у кримінальних справах як гнучкого, всеохоплюючого, спрямованого на розв'язання проблем доповнення або як альтернативу традиційному судовому розгляду. Так, Рекомендація 1999 року є керівництвом до дії та зосереджує основну увагу держав-членів на ключових аспектах впровадження принципів відновного правосуддя у формі медіації, а саме – на визначенні, загальних принципах, правовій основі функціонування медіації у кримінальних справах,

Рекомендації, Міжнародний документ від 17.09.1987. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_339#Text (дата звернення: 01.09.2021).

²⁷⁷ Рекомендація № R (99) 19 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам Ради, які зацікавлені в організації медіації у кримінальних справах. Рада Європи, Комітет Міністрів Ради Європи; Рекомендації, Міжнародний документ від 15.09.1999. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_828#Text (дата звернення: 01.09.2021).

²⁷⁸ Рекомендація CM/Rec(2018)8 Комітету міністрів державам-членам щодо відновного правосуддя у кримінальних справах. Рада Європи, Комітет Міністрів Ради Європи; Рекомендації, Міжнародний документ від 03.10.2018. URL: <http://ipcg.org.ua/upload/Recommendation-CM-Rec20188-UKR-upd.pdf> (дата звернення: 01.09.2021).

роботі органів кримінальної юстиції щодо медіації, організації процесу медіації, послідовному розвитку системи медіації; вона складається з відповідних розділів.

З моменту ухвалення Рекомендації 1999 року в зацікавлених у цьому питанні державах-членах Ради розпочалась експериментальна стадія щодо запровадження системи медіації у кримінальних справах. У цьому контексті варто зазначити, що м'яко-правовий за своєю природою документ окреслює державам-членам вектор руху, водночас містить конкретні приписи, орієнтовані на вирішення низки питань у сфері запровадження інституту медіації в систему кримінального правосуддя. У такий спосіб Рада Європи залишила місце державам-членам для свободи дій щодо можливості застосування багатьох інших рішень та практичних заходів, які можуть виявитися корисними під час виконання викладених у цьому документі приписів і принципів.

Як відзначає сам Комітет міністрів у коментарі до ухваленої надалі Рекомендації 2018 року, з моменту прийняття Рекомендації 1999 року в деяких європейських країнах спостерігається значне розширення використання форм відновного правосуддя. Є країни, в яких відновне правосуддя було внесено до законодавства чи національної політики, але є й інші країни, де відновне правосуддя не мало великого або взагалі ніякого впливу на політику та практику кримінального правосуддя. Водночас існує достатня доказова база, що відновне правосуддя все ж таки може бути економічно ефективним і може допомогти досягти уникнення повторного правопорушення, реабілітації потерпілих та задоволення учасників процесу. Однак переваги відновного правосуддя будуть реалізовані залежно від якості його здійснення. Отже необхідно розробити загальні, обґрунтовані доказові стандарти для цієї галузі практики²⁷⁹.

²⁷⁹ Commentary to Recommendation CM/Rec(2018)8 of the Committee of Ministers to member States. Council of Europe. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808cdc8a#_ftn2 (дата звернення: 01.09.2021).

Так, у 2007 році Європейська комісія з питань ефективності правосуддя створила Керівні принципи для кращого виконання державами членами ЄС Рекомендації 1999 року (надалі – Керівні принципи 2007 року), які також є актом м'якого права. Керівні принципи 2007 року фіксують з моменту створення Рекомендації 1999 року розроблення в ЄС концепції медіації в кримінальних справах та ширшої концепції відновного правосуддя, яка включає медіацію між жертвою та правопорушником. Вони пропонують продовжити роботу над оновленням Рекомендації 1999 року через наявну на той час істотну відмінність у досягненні результатів серед держав-членів ЄС. Після проведення відповідного опитування були виявлені наступні причини такого розбіжного розвитку відновного правосуддя у державах: недостатня обізнаність про відновне правосуддя та медіацію; відсутність повної доступності медіації між жертвою та правопорушником до та після засудження; право відправляти сторони на медіацію має лише один інститут кримінального правосуддя; порівняно висока вартість медіації; недостатня спеціалізована підготовка та розбіжність в кваліфікації посередників. Надалі Керівні принципи 2007 року сформулювали детальні приписи та принципи щодо врегулювання кожного з виявлених питань, щоб допомогти державам-членам ЄС у подальшому запровадженні інституту медіації в кримінальне правосуддя.

Нарешті, прийнята в 2018 році Рекомендація базується на принципах Рекомендації 1999 року та спрямована на заохочення держав-членів розвивати і використовувати всі інноваційні відновні підходи, які можуть виходити за межі кримінального процесу судових органів, а також органів кримінальної юстиції та установ/організацій, які опікуються відновним правосуддям. Документ також наголошує, що визначені принципи та їх імплементація повинні регулярно оцінюватися в світлі будь-яких істотних змін у сфері використання відновного правосуддя в державах-членах, а в разі необхідності Рекомендація має бути відповідним чином переглянута.

Отже, на нашу думку, цілком очевидно, що розглянуті Рекомендації є формально вираженою відповіддю Ради Європи на наявну на той час потребу

суспільства держав-членів Ради в розвиненні руху за ідеї відновного правосуддя в практичному вимірі, зокрема у формі запровадження інституту медіації. Вони визначили певний вектор та відправні принципи для подальшого запровадження відновного правосуддя державами-членами Ради у свої національні системи, залишаючи водночас простір для самостійного визначення особливостей регулювання відповідних відносин. Так, запровадження медіації у кримінальних справах згідно з принципами відновного правосуддя відбувалося з огляду на наявну специфіку соціальної та правової реальності кожної з держав окремо. Отже експеримент відбувався з заданими параметрами, але з певною свободою дії. Це дозволило з плином часу виявити якомога більше проблемних аспектів і розробити після їх дослідження більш ефективні та детальні приписи, які сьогодні допомагають державам запроваджувати різні форми відновного правосуддя в національне законодавство. Саме в такому підході, на нашу думку, вбачається цінність і затребуваність сучасною реальністю м'якого права та його складових.

Вважаємо за необхідне також зазначити, що Рекомендація 1999 року мала вплив і на формулювання у 2012 році документу, який належить вже до твердого права ЄС, – Директиви 2012/29/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу про встановлення мінімальних стандартів щодо прав, підтримки та захисту жертв злочинів²⁸⁰ (надалі – Директива 2012 року), яка замінила Рамкове рішення Ради ЄС 2001/220/JHA. Цей документ зокрема відбиває фактичну зміну поглядів суспільства у використанні термінології: замість поняття «медіація у кримінальних справах» більша частина Європи віддала перевагу «відновному правосуддю», яке охоплює як принципи, так і практику. Як результат, Директива 2012 року стимулювала різноманітну законодавчу та політичну діяльність у всій Європі, вимагаючи від держав-членів ЄС посилення прав жертв та розвитку послуг, що надаються жертвам

²⁸⁰ Directive 2012/29/EU of establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA. European Parliament and the Council; Directives, International document dated 25.10.2012. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012L0029> (дата звернення: 01.09.2021).

злочинів. У документі обговорюється використання відновного правосуддя, накладається відповідальність на держави-члени щодо інформування жертв про наявні послуги відновного правосуддя у їхньому районі, а також окреслюються різні засоби захисту жертв.

Надалі окрему групу актів м'якого права у сфері поширення принципів і форм відновного правосуддя становлять резолюції Економічної і соціальної ради ООН (надалі – ЕКОСОП), а саме:

Резолюція № 1999/26 щодо розроблення та впровадження заходів медіації і відновного правосуддя в галузі кримінального правосуддя від 28 липня 1999 року (надалі – Резолюція 1999 року)²⁸¹;

Резолюція № 2000/14 щодо основних принципів застосування програм відновного правосуддя в кримінальних справах від 27 липня 2000 року (надалі – Резолюція 2000 року)²⁸²;

Резолюція № 2002/12 щодо основних принципів застосування програм відновного правосуддя в кримінальних справах від 24 липня 2002 року (надалі – Резолюція 2002 року)²⁸³;

Резолюція № 2016/17 щодо відновного правосуддя в кримінальних справах від 26 липня 2016 року (надалі – Резолюція 2016 року)²⁸⁴.

Так, Резолюція 1999 року закликає держави-члени розвивати медіацію та відновне правосуддя де це є доречним, зокрема у справах про дрібні

²⁸¹ ECOSOC Resolution 1999/26 Development and implementation of mediation and restorative justice measures in criminal justice. UN, ECOSOC; Resolutions, International document dated 28.07.1999. URL: <https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2020/resolution-1999-26.pdf> (дата звернення: 01.09.2021).

²⁸² ECOSOC Resolution 2000/14 Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. UN, ECOSOC; Resolutions, International document dated 27.07.2000. URL: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/2000-2009/2000/ECOSOC/Resolution_2000-14.pdf (дата звернення: 01.09.2021).

²⁸³ ECOSOC Resolution 2002/12 Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. UN, ECOSOC; Resolutions, International document dated 24.07.2002. URL: <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf> (дата звернення: 01.09.2021).

²⁸⁴ ECOSOC Resolution 2016/17 Restorative justice in criminal matters. UN, ECOSOC; Resolutions, International document dated 26.07.2016. URL: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/e/res/2016/17> (дата звернення: 01.09.2021).

правопорушення, сімейні, шкільні та громадські спори та справах, пов'язаних із дітьми та молоддю.

Основні принципи щодо впровадження програм відновного правосуддя у кримінальних справах були схвалені Резолюцією ООН 2000 року та дорацьовані в Резолюції 2002 року, щоб допомогти державам-членам уникнути потенційних перешкод у сфері прав людини та здійсненні належного процесу, оскільки держави-члени мають включити процес відновлення у свої офіційні системи правосуддя.

В Резолюції 2016 року визнається, що застосування відновного правосуддя не завдає шкоди праву держав притягати до відповідальності правопорушників, що учасники процесів відновного правосуддя повинні бути захищені відповідними гарантіями і що процеси відновлення правосуддя повинні враховувати принцип пропорційності та використовуватися лише з вільної, усвідомленої та добровільної згоди потерпілого і правопорушника. Серед форм відновного правосуддя Резолюція 2016 року визнає: медіацію між потерпілим і правопорушником, проведення конференцій у громаді та сімейних групах, винесення вироків у колах, комісії з питань миротворчості та встановлення правди та примирення. Документ заохочує держави-члени сприяти відновленню правосуддя відповідно до національного законодавства, у тому числі шляхом встановлення відповідних процедур або вказівок щодо умов надання таких послуг.

Водночас резолюції ЕКОСОР не є єдиною формою роботи ООН з поширення ідей відновного правосуддя та допомоги державам-членам у запровадженні цього демократичного підходу в національні системи кримінального правосуддя. Зокрема кожні п'ять років відбуваються Конгреси ООН щодо запобігання злочинності та поводження з правопорушниками (надалі – Конгрес ООН). Так, у 1980 році VI Конгрес ООН ухвалив резолюцію, яка рекомендує державам-членам розширити застосування альтернативних ув'язненню санкцій і проводити інтенсивний пошук нових надійних різновидів таких альтернатив. Та вже у 1985 році VII Конгрес ООН ухвалив резолюцію

про зменшення кількості ув'язнених та про альтернативні заходи і соціальну інтеграцію злочинів.

Всі згадані документи ООН є актами м'якого права і слугують яскравим прикладом дієвого інструменту для врегулювання значущих та інноваційних явищ сучасного правового й суспільного життя.

Отже, відновне правосуддя покликане не замінити державне правосуддя, а лише надати йому відновного характеру шляхом використання певного способу вирішення кримінальних ситуацій. Зазвичай реалізація програм відновного правосуддя в країнах Європи відбувається сьогодні завдяки партнерству громадськості і системи правосуддя: визначається порядок подання та розгляду випадків, юридичне значення результатів проходження сторонами такої програми. Розглянуті акти м'якого права не є вичерпним переліком документів, що були ухвалені в процесі запровадження відновного правосуддя в національне законодавство країн Європи. Водночас ці акти створили, на нашу думку, необхідну основу для такого запровадження, що надалі відбувається в країнах з огляду на притаманні їм особливості.

Вважаємо за доцільне також зазначити про обраний сучасною Україною напрямок з розвитку альтернативних способів вирішення спорів, що передбачений Стратегією реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки (затверджена Указом Президента України від 20 травня 2015 року № 276). Проте, як зазначають представники Одеської наукової школи права П. М. Балтаджи та Л. Г. Матвєєва, «...ані в українського законодавця, ані у суспільства немає розуміння ефективного механізму інкорпорації альтернативних способів вирішення спорів у правову систему держави»²⁸⁵.

Зі свого боку, процес запровадження саме процедури медіації в Україні, на нашу думку, дещо нагадує відповідний процес, що пройшли держави-члени ЄС протягом другої половини XX століття. У своєму дослідженні медіації в

²⁸⁵ Балтаджи П. М., Матвєєва Л. Г. Медіація в Україні – проблеми транзитивного періоду ПУПЧ. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2020. № 3. С. 25.

Україні, що було опубліковано в 2020 році, посилаючись на данні Міністерства юстиції України П. М. Балтаджи та Л. Г. Матвєєва констатують переважно громадські засади функціонування медіації в державі, адже значна роль у процесі запровадження цієї процедури належить саме «...регіональним групам медіації, діяльність яких спрямована насамперед на популяризацію медіації, впровадження програм примирення та діалогу. Відсутність державних інституцій, нормативного забезпечення, інформаційної підтримки та чіткого механізму реалізації є свідченням того, що на цьому етапі медіація в Україні функціонує переважно на громадських засадах»²⁸⁶. У судовій системі України також активно впроваджувалось застосування медіаційних процедур на експериментальних засадах, як пілотні проєкти, та здебільшого за підтримки міжнародних програм, наприклад від Агентства США з міжнародного розвитку (USAID) тощо.

Отже з самого початку XXI століття практика використання процедури медіації в Україні випереджала офіційне законодавче регулювання – так само, як це відбувалось і в державах-членах ЄС. Правовою основою такого фактичного використання та подальшого поширення в суспільстві переваг цього альтернативного методу вирішення спорів слугували зокрема акти м'якого права, як національного, так і міжнародного рівнів.

Так, до актів м'якого права національного рівня можна віднести укладені компетентним, авторитетним у відповідному середовищі суб'єктом (регіональною групою, організацією, об'єднанням медіаторів тощо) юридичні документи з регулювання відносин щодо здійснення процедури медіації, наприклад, Кодекс етики медіатора ГО «Національна асоціація медіаторів України».

В контексті розгляду актів м'якого права міжнародного рівня з регулювання вказаного питання варто зазначити Конвенцію ООН щодо

²⁸⁶ Балтаджи П. М., Матвєєва Л. Г. Медіація в Україні – проблеми транзитивного періоду ПУПЧ. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2020. № 3. С. 25.

медіації²⁸⁷, яку Україна підписала в Сінгапурі у серпні 2019 року, метою якої є поширення медіації в процесі розгляду транскордонних комерційних спорів. Як зазначають з цього приводу П. М. Балтаджи та Л. Г. Матвєєва, «Підписання Сінгапурської Конвенції Україною підвищує авторитет та довіру до процесу медіації як альтернативного засобу врегулювання спорів та позитивно впливає на імідж країни на міжнародній арені, а також на розвиток міжнародної торгівлі та бізнесу в Україні²⁸⁸».

Так, за допомогою використання переваг актів м'якого права процес впровадження процедури медіації в правову систему та правову культуру України сьогодні триває та вже призводить до певних позитивних результатів. У цьому контексті варто підкреслити ухвалення 16 листопада 2021 року Верховною Радою України Закону «Про медіацію», законопроект якого було розроблено за участю авторитетних у цій сфері представників громадянського суспільства та з урахуванням здобутків практики використання процедури медіації, напрям розвитку якої здебільшого сформували приписи м'якого права та досвід демократичних розвинутих країн.

²⁸⁷ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation. UN, UNCITRAL; Convention, International document dated March 2019. URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf (дата звернення: 01.09.2021).

²⁸⁸ Балтаджи П. М., Матвєєва Л. Г. Медіація в Україні – проблеми транзитивного періоду ПУПЧ. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2020. № 3. С. 26.

3.3. Роль м'якого права у формуванні правопорядку в сучасній державі

Перш ніж перейти до дослідження ролі, яку грає м'яке право у формуванні правопорядку сучасної держави, необхідно, на нашу думку, розкрити визначення самого поняття «сучасна держава». З цього приводу вважаємо за необхідне звернутись до правової доктрини та навести важливі для результатів цього дослідження погляди науковців.

Так, на думку П. М. Рабіновича, держава в сучасному розумінні – «...це організація політичної влади домінуючої частини населення у соціально неоднорідному суспільстві, яка, забезпечуючи цілісність і безпеку суспільства, здійснює керівництво ним, насамперед в інтересах цієї частини, а також управління загальносуспільними справами»²⁸⁹. Визначення Петра Мойсейовича тяжіє до більш традиційного підходу до розуміння держави.

На думку Т. С. Федорової, «...сучасній державі властива організація та діяльність такої системи інститутів, які відповідають об'єктивним потребам суспільного життя, причому не тільки система, що діє, а й така, що розвивається під впливом нових суспільних викликів, які становлять інтереси суспільства. З цього випливає, що сучасна держава стає реальністю завдяки ефективній діяльності її інститутів, стратегічною метою яких є забезпечення суспільного порядку, базованого на праві»²⁹⁰.

Зі свого боку представники Одеської наукової школи права цілком слушно зазначають, що поняття «сучасна держава» використовується в двох значеннях: по-перше, сучасними називають нині наявні держави, і по-друге,

²⁸⁹ Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. 9-те вид., зі змін. Київ, 2001. С. 35.

²⁹⁰ Федорова Т. С. Господарська юстиція у сучасній державі : монографія. Одеса : Юридична література, 2019. С. 147.

сучасною вважається така держава, яка відповідає певним цінностям і нормативам²⁹¹.

У нашому дослідженні ми цілком поділяємо зазначену позицію і вважаємо, що відповідним чином легалізована та легітимована державна влада, орієнтована насамперед на створення належних умов щодо втілення у життя та захист прав і свобод людини, відображає дух і сутність сучасної держави.

З цього приводу вважаємо за доцільне погодитись із Н. М. Крестовською, яка обґрунтовує, що «риси сучасної держави не тільки зафіксовані в системі нормативних вимог, але й виражені в реальному її бутті. У вигляді конкретних державних інститутів, їх організації та функціонування. Сучасна держава – це результат зміни менталітету людей, сприйняття не тільки колишніх традицій державності, але й використання загальнолюдських цінностей і змін в сучасному світі»²⁹².

Водночас не меншого значення дістають питання наступності та традицій, які забезпечують прогнозований розвиток образу держави.

Зокрема Ю. М. Оборотов писав: «...сьогодні можна констатувати становлення і поширення в реальному бутті держави, політиці держави нових “образів” держави. Слід зазначити, що різноманіття існуючих в умовах нашого часу держав з розходженням моделей державних органів, методів і процедур їх діяльності сприяє пошукові оптимальних форм держави, найбільш ефективних варіантів її функціонування. У цьому напрямі одержує свою визначеність і все частіше використовується “образ сучасної держави”, за допомогою якого систематизуються вже довгі роки використовувані ідеали демократичної, правової і соціальної держави. В образі сучасної держави помітне прагнення підкреслити відповідність існуючої держави визначеним критеріям, прийнятим

²⁹¹ Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції : монографія / Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, В. В. Дудченко [та ін.] ; за ред. Ю. М. Оборотова. Одеса, 2012. С. 257.

²⁹² Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції : монографія / Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, В. В. Дудченко [та ін.] ; за ред. Ю. М. Оборотова. Одеса, 2012. С. 257.

сьогодні світовим співтовариством, якими виступають так звані загальнолюдські цінності»²⁹³.

Отже, для результатів цього дисертаційного дослідження під сучасною державою слід розуміти *організацію легальної та легітимної політичної влади домінуючої частини населення на певній території, основною метою якої є створення належних умов щодо втілення у життя та захист прав і свобод людини, ефективного забезпечення комфортного співіснування індивідів у соціумі*.

Що стосується сучасного розуміння такої фундаментальної категорії як правопорядок, то підкреслюючи вагоме значення дослідження цього явища представник Одеської наукової школи права А. Ф. Крижановський стверджує: «...одним із головних векторів новітнього осмислення природи сучасного правопорядку вітчизняні дослідники бачать у його методологічному піднесенні на рівень зіставлення з основними категоріями, які характеризують цивілізоване буття людини – свободу, справедливість, рівність, право, мораль»²⁹⁴.

Так, правопорядок являє собою складне, багатогранне правове та соціальне явище, яке перебуває в нерозривному зв'язку з процесами розвитку правового та соціального життя держави, а отже з усіма трансформаційними чинниками, які впливають на ці процеси.

Цілком погоджуємося з точкою зору А. Ф. Крижановського, який у своїх дослідженнях звертає увагу на необхідність перегляду теорії правового порядку, оскільки «сучасне суспільство болісно шукає відповіді на виклики епохи постмодерну, яка привнесла у нинішнє існування людства неусталеність і непрогнозованість. Для правової сфери це означає зміну координат правового впливу через відхід від домінування нормативно-регулятивної і ствердження

²⁹³ Оборотов Ю. Н. Образы государств в глобализующемся мире. *Закон и жизнь*. 2004. № 8. С. 5.

²⁹⁴ Крижановський А. Ф. Сучасний правопорядок: доктринальне і прикладне бачення у вітчизняній юриспруденції. *Наукові праці Одеської національної юридичної академії*. 2008. Т. 7. С. 86.

нормативно-ціннісно-координаційної парадигми. Правопорядок же, як результат всіх правових процесів і процедур, що інтегрує в собі масові, масовидні і навіть індивідуальні прояви правової активності соціальних суб'єктів, стає більш вразливим, залежним від великої кількості різноманітних, нерідко випадкових факторів і чинників, також має бути осмисленим в контексті наявних і майбутніх трансформацій»²⁹⁵.

На думку науковця, «...прагнення сучасної людини до свободи значно перевищує можливості звичних регулятивних механізмів підтримання необхідного для цілісності соціуму, балансу між свободою і справедливістю. А правові потреби сучасної людини помітно випереджають розвиток “правової інфраструктури”, яка і забезпечує наше правове благополуччя. І саме в правопорядку як в “останній” (що вельми умовно) іпостасі буття права і виявляється реальна якість правового життя.“локалізація” глобальних проблем посилює відчуття взаємозалежності існування людської цивілізації у всіх її теперішніх територіальних координатах, необхідність розбудови системи впорядкування на основі зовсім нового співвідношення загальнолюдського і національного»²⁹⁶.

Отже, неперервне дослідження та удосконалення теоретичних розробок щодо тлумачення правопорядку є завжди актуальним з огляду на постійну наявність різноманітних змін у процесі розвитку правового буття суспільства.

Розуміння правопорядку сучасної держави вже давно вийшло за рамки вузького визначення правопорядку як стану впорядкованості правом суспільних відносин²⁹⁷. На нашу думку, не є актуальним сьогодні й визначення правопорядку як «стану впорядкованості суспільних відносин, що засновані на

²⁹⁵ Крижановський А. Ф. Сучасний правопорядок: контури теорії. *Актуальні проблеми держави і права* : зб. наук. праць. 2009. Вип. 49. С. 251.

²⁹⁶ Крижановський А. Ф. Сучасний правопорядок: контури теорії. *Актуальні проблеми держави і права*. Одеса : Юрид. л-ра, 2009. № 49. С. 34.

²⁹⁷ Попович К. Б. Теоретико-правовий аспект сучасного значення правопорядку. *Науковий вісник Ужгородського університету*. 2012. Вип. 18. С. 20. (Серія: Право).

праві та законності»²⁹⁸. Так, ми вважаємо за доцільне погодитися з позицією науковців, які ставлять під сумнів класичний погляд на правопорядок як на результат чіткої і неухильної реалізації юридичних норм.

На думку Н. В. Панаріної, формування правопорядку сучасної держави передбачає реалізацію не тільки правових норм, що містяться в законах і підзаконних нормативно-правових актах, а й тих, що становлять зміст правових звичаїв, правових прецедентів, міжнародно-правових та інших видів нормативних договорів, що зумовлює необхідність перегляду традиційних уявлень про нормативну основу законності взагалі²⁹⁹.

У цьому контексті слушним є твердження З. В. Ромовської, що хоча держава є монополістом у сфері продукування законів та інших нормативних правових актів загальної дії, вона не є ним у сфері творення права, у тому числі цивільного³⁰⁰.

Отже, розуміння правопорядку сучасної держави, що не звужується до встановленого правом порядку суспільних відносин чи то результату дії суто юридичних норм, ускладнює суть і зміст цього феномену, створює простір і розширює коло чинників, що мають вплив на його формування та розвиток. Ми поділяємо точку зору А. Ф. Крижановського, який визнає правопорядок «як цілісне інституційне соціально-правове явище, що являє собою самостійний феномен правової реальності. Він є загальновизнаним наочним фактом і невід'ємною частиною офіційного, публічного і приватного правового життя, яке існує у суспільстві і щоденно має прояв у різноманітних обставинах життєдіяльності окремих особистостей та спільнот»³⁰¹.

²⁹⁸ Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. 3-е изд., перераб. и доп. Москва, 2001. С. 146.

²⁹⁹ Панаріна Н. В. Право як нормативна основа формування правопорядку : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків, 2008. С. 14.

³⁰⁰ Ромовська З. В. Українське цивільне право: загальна частина. Академічний курс : підручник. Київ, 2005. С. 12.

³⁰¹ Крижановський А. Ф. Правопорядок суверенної України: становлення та тенденції розвитку (загальнотеоретичне дослідження) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2009. С. 9–10.

Водночас А. Ф. Крижановський відзначає у своєму дослідженні нову тенденцію в правовій доктрині – дослідження правопорядку в контексті концептуальної ідеї верховенства права. Таке бачення дозволяє, на думку науковця, досягти «чіткого розуміння сутнісних характеристик сучасного правопорядку та його співвідношення з таким спорідненим феноменом, як законність (правозаконність)»³⁰². Так, принцип верховенства права не звужується до формальної законності, тобто до правління на основі закону, незалежно від його змісту. Навпаки, верховенство права містить у собі систему ціннісних орієнтирів правопорядку, таких як принцип гуманізму, легітимності, легальності, справедливості, процесуальності, толерантності, ієрархічності, ситуативності³⁰³.

У цьому контексті слід також зазначити про розвиток ідеї тісного взаємозв'язку і взаємовпливу правосвідомості особистості та сучасного правопорядку, що розробляється зокрема Т. Г. Андрусяком, який спирається на погляди Б. О. Кістяківського. На думку вченого, центральною, стрижневою ідеєю правопорядку стає людина, індивід, особистість як елемент, що поєднує правопорядок і правосвідомість, а не суто закон. Тобто, з цієї позиції, наявний у житті правопорядок не є тотожним правопорядкові, вираженому у правових нормах. Так, тенденція до детальної регламентації і регулювання всіх суспільних відносин статтями писаного закону притаманна поліцейській державі, є визначальною ознакою такої держави на протилежність державі правовій. Загалом така тенденція є проявом низького рівня правосвідомості, адже зростання кількості законів не сприяє зміцненню правопорядку³⁰⁴.

³⁰² Крижановський А. Ф. Сучасний правопорядок: доктринальне і прикладне бачення у вітчизняній юриспруденції. *Наукові праці Одеської національної юридичної академії*. 2008. Т. 7. С. 90.

³⁰³ Оборотов Ю. Н. Аксионормативные начала правопорядка. *Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри* : тези Міжнар. наук.-практ. конф. Одеса, 2008. С. 6.

³⁰⁴ Андрусяк Т. Г. Правопорядок і правосвідомість: питання взаємозв'язку та взаємовпливу. *Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри* : тези Міжнар. наук.-практ. конф. Одеса, 2008. С. 16–17.

До такого антропоцентризму звертається й І. Л. Честнов, який справедливо зазначає, що в сучасних умовах «суб'єкт права повинен трактуватися не просто як суб'єкт правовідносин, а набагато ширше – як центр правової системи, її творець і постійний діяч. Саме суб'єкт права формує і відтворює своїми діями правову реальність»³⁰⁵.

З позицій антропоцентризму неможливо розглядати будь-які аспекти буття права, виключаючи з цього процесу його суб'єкта як центральну ланку правової системи, основну рушійну силу права, включаючи процеси правотворчості та правозастосування. Водночас класична теорія правопорядку нерідко залишає осторонь суб'єкт права, не враховує його в своїх конструкціях та робить головний упор на норми і ефективність механізмів їх реалізації. Однак ми вважаємо, що правосвідомість як невід'ємна якість суб'єктів права детермінує особливості реалізації ними правових норм, зрештою проявляється як у психічному образі права, так і в масовій поведінці – у вигляді виконання правових приписів.

Звідси випливає, що стан правопорядку залежить від численних факторів, які лежать поза сферою права. Масова поведінка людей, яка зрештою і становить правопорядок, отримує ментальне, психічне, біологічне вимірювання. Так, В. В. Борисов визнає очевидним, що поведінка людей за межами права спричиняє певний вплив на правозначущі дії та бездіяльність суб'єктів права, бо моральні, традиційні чи релігійні норми певним чином «зберігають» свою дієвість і в правовій сфері. На думку науковця, правопорядок є юридичною категорією, але далеко не все у ньому є юридичним: в ньому поєднуються юридичні та неюридичні моменти. Ніхто не буде спростовувати регламентуючого характеру деяких звичок людей, звичаїв, буденностей, норм демократії (які не здобули правового оформлення), моралі, норм партійного керівництва, які визначають його форми і методи, без чого

³⁰⁵ Честнов И. Л. Человеческое измерение правовой реальности: на пути к формированию персоноцентристской теории права. *Актуальные проблемы права в современной России* : сб. науч. ст. Москва, 2009. Вып. 10. С. 55.

правопорядок є немислимим. Але це і є неправова регламентація, тобто неправовий момент у правопорядкові³⁰⁶.

Варто зазначити, що А. Ф. Крижановський у своїх дослідженнях поряд з державним правопорядком, що є результатом діяльності держави, виокремлює також громадянський правопорядок, що є результатом масової, стихійної соціальної діяльності людей у правовій сфері, тобто офіційний і неофіційний правопорядок. На думку науковця, їх розмежування дає змогу запропонувати шляхи, які ведуть до компромісу й узгодження названих правопорядків³⁰⁷.

Загалом науковці і практики, які досліджують явище правопорядку епохи постмодерну, звертають увагу на розширення правових джерел, зростаюче значення м'якого права та його складових у формуванні правопорядку сучасної держави. Так, наприклад, О. М. Пасенюк у своєму дослідженні правової теорії постмодерну робить висновок, що неповнота, неясність, суперечливість чи відсутність законодавства, яке регулює спірні відносини, мають усуватися, перш за все нормами, створеними юридичною практикою, а не законодавчими змінами³⁰⁸.

Зі свого боку В. Г. Перепелюк у своєму дослідженні заявляє, що у постмодернізмі правовстановлююче значення визнається, насамперед, за діяльністю приватних осіб, що дозволяє їм самокоординувати та саморегулювати взаємовідносини між собою. При цьому підкреслюється, що не договірна практика, яка здійснюється на основі позитивного права, породжує норми нового типу (конвенції), а навпаки, спонтанно породжувані конвенції постійно змінюють реальну договірну практику³⁰⁹.

³⁰⁶ Борисов В. В. Правовой порядок развитого социализма. Саратов, 1977. С. 88–89.

³⁰⁷ Крижановський А. Ф. Правовий порядок в Україні: витоки, концептуальні засади, інфраструктура. Одеса : Фенікс, 2009. С. 144.

³⁰⁸ Пасенюк О. М. Правова теорія постмодерну як методологічний підхід до реформування вітчизняного судівництва. *Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри* : тези міжнар. наук.-практ. конф. Одеса, 2008. С. 9.

³⁰⁹ Перепелюк В. Г. Деякі питання розвитку адміністративного права у світлі правової теорії постмодернізму. *Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри* : тези міжнар. наук.-практ. конф. Одеса, 2008. С. 35.

Отже, якщо уявляється можливим вплив різноманітних (у тому числі неюридичних) чинників на формування правопорядку сучасної держави, з розвитком останньої уявляється необхідним і визнання та дослідження впливу інструментів, що відповідають сучасним реаліям, зокрема м'якого права.

У цьому контексті варто навести твердження Т. С. Федорової: «...сучасній державі властива організація та діяльність такої системи інститутів, які відповідають об'єктивним потребам суспільного життя, причому не тільки система, що діє, а й така, що розвивається під впливом нових суспільних викликів, які становлять інтереси суспільства. З цього випливає, що сучасна держава стає реальністю завдяки ефективній діяльності її інститутів, стратегічною метою яких є забезпечення суспільного порядку, базованого на праві»³¹⁰.

Водночас ми вважаємо за необхідне враховувати сучасні тенденції саме щодо демонополізації ролі держави в процесі правотворення. Як уже було розглянуто в попередніх підрозділах дисертаційного дослідження, зв'язок із державою, в контексті зокрема забезпечення норм державним примусом, не є необхідною умовою ефективного правового впливу. Отже, цілком очевидним є існування фактичного впливу м'якого права та його складових на формування правопорядку сучасної держави.

Серед основних шляхів такого фактичного впливу м'якого права на формування правопорядку слід виокремити: по-перше, заповнення актами м'якого права прогалин в офіційному регулюванні нормами твердого права, зокрема нових і динамічних сфер; по-друге, акти м'якого права виступають орієнтиром та впливають на ухвалення в подальшому норм твердого права.

Як приклад потенційного впливу м'якого права на міжнародний правопорядок насамперед можна розглянути глобальне інформаційне суспільство, що є новою та доволі складною сферою для регулювання в історії сучасного міжнародного права. Сьогодні не існує юридично обов'язкових

³¹⁰ Федорова Т. С. Господарська юстиція у сучасній державі : монографія. Одеса : Юридична література, 2019. С. 147.

міжнародно-правових документів з регулювання цієї сфери. Так, вважаємо слушною позицію О. В. Кирилюк, яка пропонує делегувати широкі повноваження в інформаційній сфері Міжнародному союзу електрозв'язку або будь-якій іншій міжнародній організації, яка б могла відповідати за вироблення відповідних стандартів та правових норм³¹¹.

За приклад до іншого шляху можна навести Лімську декларацію керівних принципів аудиту державних фінансів (INTOSAI)³¹², основною метою якої є заклик до незалежності аудиту державних фінансів. Цей акт м'якого права декларує запровадження контролю як невід'ємну складову частину управління громадськими фінансовими ресурсами. Як наслідок, Україною було прийнято Закон України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», в якому відбиті положення Лімської декларації³¹³.

Отже, до м'якого права відносять акти суб'єктів правотворчості, які не мають юридичної обов'язкової сили, проте впливають на формування національного та міжнародного правопорядків. Такий вплив стає можливим через безліч причин. Наприклад, через сприйняття таких актів як надійний вираз політичних суджень або намірів, які на якомусь більш пізньому етапі можуть втілитися і в формально обов'язкові права; або через те, що такі акти роз'яснюють розуміння державними органами фактів навколишньої дійсності. У будь-якому випадку індивіди, уряди, держави та інші суб'єкти використовують м'яке право для того, щоб встановити зобов'язання і впливати на поведінку там, де суто правові механізми твердого права не існують або розглядаються як небажані.

Окремим питанням є роль м'якого права у формуванні правопорядку ЄС.

³¹¹ Кирилюк О. В. М'яке право як нормативна основа глобального інформаційного суспільства. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2015. Вип. 125 (ч. 1). С. 112.

³¹² Лімська декларація керівних принципів контролю : Міжнародний документ від 1 січня 1977 р. База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/604_001#Text (дата звернення: 01.09.2021).

³¹³ Іванський А. Й. М'яке право в системі джерел фінансового права України. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2021. № 2 (37). С. 67.

Так, інститути ЄС звертаються до актів м'якого права при регулюванні відносин як у зовнішній, так і внутрішній політиці. У зовнішній політиці це проявляється у регулюванні відносин з державами-кандидатами до вступу в ЄС, третіми країнами та іншими релевантними суб'єктами. Яскравим прикладом слугує Порядок денний асоціації 2009 року, прийнятий Радою з питань співробітництва «Україна-ЄС», який формально не створює юридичного зобов'язання, водночас фактично імплементується в національне законодавство України.

У внутрішній політиці використання актів м'якого права відбувається для регулювання численних сфер: навколишнього середовища, розвитку промисловості, освіти і культури, фінансового управління, зайнятості, транспорту, енергетики, регіональної політики, розроблення та дослідження технологій тощо. Улріка Мьорт, аналізуючи практику європейських інститутів, констатує тенденцію до використання м'яких методів регулювання як у традиційних сферах, таких як державна допомога, так і в нових для ЄС сферах, наприклад, трудова і соціальна сфера³¹⁴.

Водночас Лінда Сенден у своєму дослідженні розглядає наступні можливі варіанти значення актів м'якого права, що визначають їх місце у європейській системі джерел права:

- необов'язкова допомога при інтерпретації, що означає можливість європейських і національних установ самим вирішувати доцільність чи недоцільність застосування актів м'якого права при тлумаченні правових норм;
- обов'язкова допомога при інтерпретації, що зобов'язує держав-членів ЄС брати до уваги акти м'якого права під час здійснення правотворчої та правозастосовної діяльності;
- забезпечення послідовної інтерпретації, що передбачає обов'язок держав-членів ЄС поступово приводити акти національної системи

³¹⁴ Mörth U. Soft Law in Governance and Regulation: an Interdisciplinary analyses. 2004. P. 136.

права у відповідність до рекомендацій та думок, висловлених міжнародними установами³¹⁵.

Як результат, неможливо не погодитися з великим впливом м'якого права на розширення компетенції інститутів ЄС, та як наслідок – на розвиток нового за своєю суттю правопорядку, який не звужується повністю ані до національного, ані до міжнародного.

Як окреме питання вважаємо за доцільне звернути увагу на значущу складову забезпечення правопорядку в сучасній державі, а саме – на ефективну судову систему, яка створює умови належного втілення у життя та захисту прав і свобод людини й громадянина. Як свідчить сучасна правозастосовна практика, використання актів м'якого права суттєво збільшується.

Загальноприйнятий підхід передбачає, що суди повинні у своїй діяльності керуватися виключно положеннями чинного законодавства (в широкому розумінні відповідного поняття – як приписами законів, так і нормами підзаконних нормативно-правових актів). Водночас існують непоодинокі випадки, коли сувора буква закону не здатна дати чітко вивірену відповідь щодо порядку правозастосування. У такому випадку суди часто звертаються до положень актів м'якого права.

Як уже зазначалось, акти м'якого права не є юридично обов'язковими до застосування своїх норм. Однак вони інтегрують у собі положення, сформовані авторитетними інституціями, що надає їм *de facto* зобов'язуючий характер. В умовах колізійності приписів чинного законодавства, прогалин у праві та наявності оцінних понять набувають актуальності системно сформовані позиції актів м'якого права, посиленням на які суди можуть забезпечити додаткову аргументацію власної позиції.

Так, особливістю застосування м'якого права та його складових у судовій практиці є той аспект, що воно виконує роль своєрідного «доповнення», додаткової аргументації, яка підкріплює позицію суду. Водночас саме

³¹⁵ Senden L. Soft Law in European Community Law. Portland, 2004. P. 365–366.

застосування м'якого права нерідко виводить позицію суду на якісно новий, вищий рівень. М'яке право та його складові сприяють концептуалізації правової позиції суду, а саме доктринальному оформленню позиції суду. Акти м'якого права дозволяють суду сформулювати позицію шляхом застосування формулювань, які змістовно розвивають нормативні положення.

Отже вважаємо за доцільне підкреслити, що акти м'якого права загалом виступають як своєрідні інструменти, що слугують розв'язанню комплексних проблем правозастосування. До таких проблем можна віднести: а) подолання колізій нормативного регулювання; б) заповнення прогалин у праві; в) неоднозначне тлумачення оцінних понять.

Саме в актах м'якого права можуть отримувати своє закріплення положення, які й визначають алгоритми подолання таких негативних явищ. Водночас такі положення м'якого права, як правило, вирізняються системністю підходу до розв'язання проблеми правозастосування, комплексністю формулювань і доктринальним обрамленням. Саме в рамках відповідного завдання акти м'якого права набувають рис ефективного інструменту допомоги правозастосовній практиці.

Для більш наочної ілюстрації підходів до застосування актів м'якого права під час розв'язання судових спорів слід проаналізувати конкретні рішення Верховного Суду.

Так, в Окремій думці (спільній) від 21 січня 2020 року (справа № 820/11382/15) до постанови Верховного Суду в складі Палати з розгляду справ щодо податків, зборів, інших обов'язкових платежів Касаційного адміністративного суду зазначалося таке: «Європейська Комісія за демократію через право (Венеціанська Комісія) в Доповіді щодо верховенства права від 4 квітня 2011 року № 512/2009 зазначила, що однією зі складових частин верховенства права є правова визначеність; вона вимагає, щоб правові норми були чіткими й точними, спрямованими на те, щоб забезпечити постійну прогнозованість (передбачуваність) ситуацій і правовідносин, що виникають. Принцип правової визначеності передбачає, що органи державної влади

повинні бути обмежені у своїх діях заздалегідь встановленими й оголошеними правилами, які дають можливість передбачити з великою ймовірністю та точністю заходи, що будуть застосовані представниками влади в тій чи іншій ситуації.

Правова визначеність передбачає стабільність і цілісний характер законодавства, здійснення адміністративної практики органами державної влади на основі закону відповідно до принципу верховенства права, а також прозорість і демократизм у разі прийняття владних рішень. Ідея передбачуваності (очікуваності) суб'єктом суспільних відносин правових наслідків (правового результату) свої поведінки, яка відповідає наявним у суспільстві нормативним приписам, утворює основу принципу правової визначеності. Згідно з усталеною прецедентною практикою Європейського суду з прав людини, однією з вимог, що впливає зі слів «встановлений законом», є вимога передбачуваності. Питання забезпечення єдності практики також є складовим елементом принципу верховенства права. Отже, суб'єкт владних повноважень, виконуючи надані йому законом повноваження щодо вчинення дій чи прийняття індивідуальних актів стосовно конкретної особи, повинен дотримуватися згаданого принципу, забезпечуючи водночас сталість та єдність своєї адміністративної практики»³¹⁶.

Актом м'якого права, на яке було зроблено посилання судом, є рішення авторитетної міжнародної неурядової організації – Європейської Комісії за демократію через право (Венеціанська Комісія).

З цього приводу Є. Смичок зазначає, що акти м'якого права можуть застосовуватися судами під час розв'язання податкових спорів. Такого роду джерела можуть виконувати два завдання: 1) доповнювати аргументацію суду, тим самим концептуалізувати саму правову позицію; 2) виступати як один із інструментів подолання негативних явищ у праві. У податкових спорах

³¹⁶ Окрема думка (спільна) від 21 січня 2020 р. (справа № 820/11382/15) до постанови Верховного Суду у складі Палати з розгляду справ щодо податків, зборів, інших обов'язкових платежів Касаційного адміністративного суду / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87363996>

джерела м'якого права здебільшого виконують роль засобу додаткової аргументації. Водночас через останні тенденції щодо закріплення на законодавчому рівні оцінних понять можна спрогнозувати зростання ролі актів «м'якого права», зокрема науково-правових висновків, як інструменту розв'язання питань, пов'язаних із неоднозначним тлумаченням нормативних приписів³¹⁷.

Поряд із зазначеним, не менш важливим є інший приклад застосування норм м'якого права в українському судочинстві. Так, Комісією та ОБСЄ/БДПЛ була сформована спільна думка щодо свободи мирних зібрань в Україні, ухвалена Комісією на 84-й пленарній сесії 15–16 жовтня 2010 року. Документ містить важливі положення, спрямовані на те, щоб перш за все захистити та не дати можливості обмежити права на мирні зібрання³¹⁸.

Нормативно-правового акта, який би регламентував порядок реалізації права на мирні зібрання в Україні, досі не прийнято, тому органи публічної адміністрації та адміністративні суди керуються у цьому питанні саме вищезазначеним висновком Комісії.

Так, у постанові Окружного адміністративного суду АРК від 4 жовтня 2013 року справа № 801/9522/13-а (про заборону проведення масового заходу у вигляді мітингу при вході в будівлю прокуратури) зазначено, що в умовах відсутності спеціального Закону про регулювання питання проведення мирних зібрань суд вважає можливим використати висновки Венеціанської комісії та ОБСЄ/БДПЛ щодо свободи мирних зібрань в Україні, ухвалені на 84-й пленарній сесії 15–16 жовтня 2010 року³¹⁹.

Розглядаючи роль м'якого права, У. А. Лутчина слушно зазначає: «...хоча акти “м'якого” права і не стоять поряд з нормативно-правовими актами в

³¹⁷ Смичок Є. М. Джерела «м'якого права» та їх вплив на формування судової доктрини / *Методологія теорії та практики юриспруденції*, *Юридичний вісник*. 2020/4. С. 15–22.

³¹⁸ Спільний висновок Венеціанської комісії та ОБСЄ/БДПЛ щодо Закону України «Про мирні зібрання», ухвалений Венеціанською комісією на 84-й пленарній сесії (15–16 жовтня 2010) [Електронний ресурс]. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/>

³¹⁹ Постанова Окружного адміністративного суду АРК від 4 жовтня 2013 р. справа № 801/9522/13-а. URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/33916391/>

системі джерел, проте безперечним є той факт, що вони виступають допоміжним джерелом адміністративного права. І впливає це з наступного. По-перше, вони використовуються органами державної влади у правозастосовній практиці за відсутності достатнього нормативного регулювання національним законодавством. По-друге, в актах “м’якого” права містяться рекомендації та настанови з ефективнішого та кращого регулювання відносин між публічною адміністрацією та приватними особами»³²⁰.

Отже, на нашу думку, вплив актів м’якого права на формування та розвиток правопорядку в сучасних державах, а також міжнародного правопорядку, є вагомим, попри їх м’яко-правовий характер. Вони покликані поступово заповнювати прогалини у законодавстві та приводити вже наявні норми права у відповідність до висунутих міжнародними органами та організаціями вимог і стандартів. Така важлива роль актів м’якого права ще раз підкреслює їх загальнообов’язковість, а також власне правовий, а не морально-політичний характер.

³²⁰ Лутчин У. А. «М’яке» право в системі джерел адміністративного права. *Сучасні виклики українського права у контексті європейської інтеграції*. Бюлетень № 1 (1), квітень 2016. С. 15–18.

ВИСНОВКИ

Дисертація містить теоретичне узагальнення і нове розв'язання важливого наукового завдання, яке полягає у розкритті складових компонентів валідності та встановленні особливостей дії м'якого права через формулювання і вдосконалення низки положень, що відповідають реаліям правового та суспільного життя сучасної держави. Основні наукові та практичні результати роботи відображаються у наступних висновках.

1. Визначено основні підходи, принципи та методи дослідження валідності та дії м'якого права. Так, в основі методології дослідження теоретичних засад валідності та дії м'якого права лежать зокрема принципи: об'єктивності, історизму, плюралізму, міждисциплінарності. Використовуються наукові досягнення у сфері філософії, теорії держави і права, історії держави і права, міжнародного права. Базуючись на зазначених принципах, у процесі встановлення сутності валідності та дії актів м'якого права було використано наступні методологічні підходи: герменевтичний, ціннісний, діяльнісний, системний та антропологічний. У відповідності до заявлених принципів і підходів, у процесі розкриття природи валідності та дії актів м'якого права застосовувалися наступні групи методів: загальні методи пізнання, загальнонаукові методи, міждисциплінарні методи, спеціально-наукові методи юридичних наук.

2. Розкрито характерні риси гносеології епохи постмодерну, а саме – м'якість, що притаманна суспільним відносинам, та плюралістичний підхід, який проголошує множинність форм права і заперечує визначення права виключно як результат державної діяльності. Визначено, що ознаки м'якості постмодерну складають дзеркальне відбиття ознак класичного жорстко-правового регулювання, що підтверджує загальну тенденцію до відмови від панівного донині позитивістського розуміння права та водночас потребу визнання інших, окрім твердого права, систем регулювання суспільних відносин.

Проаналізовано сучасні підходи до розуміння права, в рамках яких правова доктрина вбачає чи ні можливість визнання існування м'якого права, а саме – бінарний підхід юридичного позитивізму та континуумний підхід, який базується на соціальному підході. Встановлено, що бінарний підхід припускає чітке розмежування правових і неправих регуляторів, визнаючи лише право і неправу, та безпосередньо заперечує необхідність формулювання якихось проміжних форм і категорій, зокрема м'якого права. Зі свого боку концепція відносної нормативності зображає право і неправу двома полюсами, простір між якими можна графічно представити у вигляді континууму норм різного ступеня обов'язковості – від суворої, забезпеченої санкціями імперативності до заснованих на переконанні та авторитеті соціальних регуляторів. Так, м'яке право розташовується на межі правового і неправового, яка сама по собі є досить рухливою, а м'яко-правові положення здійснюють перманентну дифузію в живу тканину права. Тому однозначно ідентифікувати те чи інше положення як юридично обов'язкове або м'яко-правове буває непросто. Звертаючись до концепції відносної нормативності, можна також дійти висновку, що м'яке та тверде право не співвідносяться як частина та ціле. Це самостійні категорії, які тісно взаємодіють між собою та межі яких стають все більш розмитими.

Доведено необхідність визнання нового сучасного розуміння права як поліцентричної соціальної системи, що прямо передбачає визнання інших, окрім твердого права, систем регулювання суспільних відносин, зокрема м'якого права.

3. Досліджено особливості первинної концепції м'якого права, а саме – умови виникнення та процес становлення феномену м'якого права. Визначено, що першочергово поняття «м'яке право» виникло в 70-х роках XX століття в США та надалі дуже стрімко було прийнято західноєвропейською доктриною для широкого використання, спочатку в міжнародному контексті. Сьогодні концепція м'якого права може бути розглянута вже на рівні національних

правових систем сучасних держав, а акти м'якого права забезпечують дієве доповнення або навіть альтернативу традиційному твердому праву.

Запропоновано авторське визначення терміну «м'яке право» як сукупності сформованих у певному середовищі соціально значущих приписів, що формально виражені компетентним суб'єктом, орієнтовані на врегулювання узгоджених відносин визначеними способами та забезпечені недержавними інструментами виконання, валідність та дія яких не суперечить чинному твердому праву та відповідає принципу верховенства права.

Виокремлено спеціальні ознаки м'якого права, завдяки яким м'яке право постає особливою формою права, що розташовується у просторі перетину офіційного та неофіційного права, а саме: соціально значущі приписи засновані на належності в протигагу дескрипціям, мають особливе середовище; творцем м'якого права виступає компетентний суб'єкт; орієнтовано на врегулювання узгоджених відносин визначеними способами; забезпечено організованими засобами контролю та/або стимулами до виконання; завжди має недержавні інструменти забезпечення виконання; не суперечить чинному твердому праву; слугує орієнтиром для утворення норм твердого права.

Проаналізовано співвідношення м'якого права з суміжними категоріями. Визначено, що м'яке право розташовується у просторі перетину офіційного та неофіційного права та поєднує в собі риси, притаманні як офіційному, так і неофіційному праву.

4. Охарактеризовано стан дослідження актів м'якого права в зарубіжній юриспруденції та вітчизняній правовій науці. Доведено, що з огляду на правову природу норм м'якого права акти м'якого права необхідно розглядати саме як правові акти. Як результат надано визначення поняття акта м'якого права як юридичного документа, формально вираженій компетентним суб'єктом сукупності сформованих у певному середовищі соціально значущих приписів, орієнтованих на врегулювання узгоджених відносин визначеними способами, забезпечених бажанням сторін виконати взяті на себе обов'язки, валідність і дія

яких відповідає концепції правового закону, не суперечить чинному законодавству та слугує орієнтиром для норм твердого права.

Удосконалено класифікацію актів м'якого права за наступними критеріями: сферою регулювання, суб'єктом створення, адресатом впливу актів м'якого права. Сформулювало визначення правовідносин м'якого права, їх суб'єктів та об'єкту.

5. Розглянуто питання щодо визначення науковцями правової природи співвідношення юридичної техніки та юридичної технології. З огляду на рівень розвитку сучасної правової науки, концепцію юридичної техніки визначено розмитою і суперечливою. Адже все те, що сьогодні у правовій науці й практиці прийнято позначати поняттям «юридична техніка», правильніше називати «юридична технологія». Розглянуто видову характеристику юридичних технологій, а саме – позитивні та негативні юридичні технології.

Визначено перелік універсальних юридичних технологій створення актів м'якого права, до яких слід відносити: юридичні технології підготовки та узгодження змісту письмового акта м'якого права; юридичні технології встановлення правовідповідності письмових актів м'якого права.

6. Досліджено питання визначення валідності як фундаментальної категорії буття в працях юридичних філософів і теоретиків права другої половини XIX та першої половини XX століття, насамперед Г. Кельзена, А. Росса, Г. Харта, Р. Алексі. З огляду на сучасні трансформаційні процеси в області праворозуміння, підкреслено необхідність здійснення критичної реконструкції поняття валідності та адаптації його до нових умов правової реальності.

Сформульовано авторську дефініцію поняття «валідність письмового акта», під якою слід розуміти наявність у такого акта наступних компонентів: дійсності – факт його реального існування (створення) задля реалізації закладеної в нього мети та задоволення потреб адресатів, встановлення та актуальності строку дії; чинності – тобто обов'язковості виконання та місця серед інших правових актів; дієвості – його ефективність, здатність належним

чином впливати на суспільні відносини; відповідності – належна форма його зовнішнього виразу, належна процедура прийняття та впровадження в дію, належні процедури його обслуговування (реєстрація, збереження, упорядкування, модернізація (внесення змін), здійснення правової експертизи тощо).

На підставі аналізу наявності зазначених критеріїв валідності обґрунтовано поняття валідності письмового акта м'якого права.

Визначено, що процедура набуття правовим актом валідності є його валідизацією. Проаналізовано співвідношення процедури валідизації з суміжними категоріями – формалізацією та легалізацією. Як результат визнано, що валідизація правового акта є комплексною процедурою, що, зокрема, охоплює результати формалізації та легалізації, тим самим є вичерпною для визначення місця правового акта в нормативній системі.

7. Досліджено особливості правового впливу актів м'якого права на суспільне життя з огляду на виключну природу м'якого права. Підкреслено інформаційно-психологічний аспект правового впливу, що ґрунтується на вірогідності та повсюдній доступності правової інформації. Обґрунтовано, що інформаційно-психологічний аспект правового впливу актів м'якого права відзначається високим ступенем саме стимулюючого характеру дії приписів актів м'якого права в процесах впорядкування суспільних відносин та впливу на суспільне життя, свідомість і поведінку людей загалом.

Розглянуто причини зростаючого з часом звернення все більшої кількості суб'єктів до м'яко-правової форми впорядкування відносин у сучасному суспільстві, а саме на переваги м'якого права. До останніх можна віднести: консерватизм традиційних джерел права, все частіше небажання суб'єктів права брати на себе твердо-правові зобов'язання, можливість виконання правотворчих функцій широким колом суб'єктів, оперативність реагування, фактична результативність, гнучкість, спрощений процес та значно менші витрати, пов'язані з їх укладанням, здатність слугувати орієнтиром для створення актів твердого права або виступати їх альтернативою тощо.

8. Розглянуто специфіку запровадження відновного правосуддя в ЄС та інших країнах континентальної Європи, а саме – використання міжнародними організаціями та державами у цьому процесі переваг м'якого права. Визначено на прикладі актів м'якого права у сфері відновного правосуддя ЄС, як м'яке право здатне слугувати орієнтиром для утворення норм твердого права. Також проаналізовано процес запровадження медіації в законодавство України з першочерговим регулюванням відповідних відносин актами м'якого права. Наголошено на фактичній результативності такого шляху для впорядкування відносин у нових сферах суспільного життя.

9. Проаналізовано особливості правопорядку сучасної держави, а саме – затребуваність в існуванні, окрім твердого, м'яко-правового інструментарію для регулювання найбільш динамічних і значущих сфер суспільного та правового життя.

Обґрунтовано основні шляхи фактичного впливу м'якого права на формування правопорядку: 1) через заповнення актами м'якого права прогалин в офіційному регулюванні нормами твердого права, зокрема нових і динамічних сфер; 2) через слугування актів м'якого права орієнтиром для створення надалі норм твердого права.

Підкреслено високе значення актів м'якого права щодо формування правопорядку ЄС. А також розглянуто значення актів м'якого права для судової практики – як своєрідного «доповнення», що має високий практичний ефект. Визначено, що акти м'якого права загалом виступають як інструменти, покликані до розв'язання таких комплексних проблем правозастосування, як подолання колізій нормативного регулювання, заповнення прогалин, неоднозначне тлумачення оцінних понять.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Абрамов В. І. Духовність суспільства: методологія системного вивчення : монографія. Київ, 2004. 235 с.
2. Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції : монографія / Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, В. В. Дудченко [та ін.] ; за ред. Ю. М. Оборотова. Одеса : Фенікс, 2012. 492 с.
3. Алаіс С. І. Проблема праворозуміння в основних школах права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2003. 203 с.
4. Алексеев С. С. Общая теория права : курс лекций: в 2 т. М., 1982. Т. 2. 360 с.
5. Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). Книга 1. Киль, 2011. 192 с.
6. Андрусак Т. Г. Правопорядок і правосвідомість: питання взаємозв'язку та взаємовпливу. *Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри* : тези міжнар. наук.-практ. конф. Одеса, 2008. С. 16–18.
7. Антропологія права : навч. посіб. / В. І. Кушерець, В. М. Кравець, С. О. Мосьондз [та ін.] ; за ред. В. І. Кушереця. Київ : Знання України, 2011. 223 с.
8. Аракелян М. Р. Правозахисна діяльність адвокатури: теоретико-правовий ракурс : монографія. Одеса : Фенікс, 2018. 386 с.
9. Балтаджи П. М., Матвєєва Л. Г. Медіація в Україні – проблеми транзитивного періоду ПУПЧ. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2020. № 3. С. 23–29.
10. Баранов В. М. Предисловие. *Проблемы юридической техники* : сб. ст. / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 8–15.
11. Бентам И. Тактика законодательных собраний : монография / И. Бентам ; пер. с англ. ; 3-е изд. Москва; Челябинск : Социум, 2020. 209 с.

12. Бережнов А. Г., Воротилин Е. А., Кененов А. А. и др. Теория государства и права : учебник для вузов / под ред. М. Н. Марченко. Москва : Зерцало, 2004. 800 с.
13. Берлингауэр А. «Мягкое право» против «жесткого права» в Европейском союзе. *Современное право*. 2012. № 12. С. 119–124.
14. Бирюков С. В. К вопросу о правовом плюрализме. *Журнал российского права*. 2016. № 2. С. 16–20.
15. Бирюков С. В. Право, парaprавo, теневое право, полуправо, неправo... (об обоснованности «удвоения» права). *Вестник Омского университета. Серия «Право»*. 2010. № 4. С. 43–49.
16. Бігун В. С. Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина (актуальний наукознавчий нарис). *Проблеми філософії права*. 2005. Т. 3. С. 105–126.
17. Блауберг И. В., Садовский В. Н., Юдин Э. Г. Системный подход в современной науке. *Проблемы методологии системного исследования*. М., 1970. 455 с.
18. Борисов В. В. Правовой порядок развитого социализма. Саратов, 1977. 408 с.
19. Братасюк М. Г. Ціннісний підхід до права в контексті сучасної правничої методології. *Підприємництво, господарство і право*. 2005. № 11. С. 3–7.
20. Буткевич О. Підписання міжнародного договору. Українська дипломатична енциклопедія : У 2-х т. / редкол.: Л. В. Губерський (гол.) [та ін.]. Київ : Знання України, 2004. Т. 2 : М–Я. 812 с.
21. Буткевич О. Умови чинності міжнародних договорів. Українська дипломатична енциклопедія : у 2 т. / ред. кол.: Л. В. Губерський (гол.) [та ін.]. Київ : Знання України, 2004. Т. 2: М–Я. 812 с.
22. Бэкон Ф. Новый Органон, или Истинные указания для истолкования природы. М., 1978. 575 с.
23. Васильева Н. С. Альф Росс о понятии и действительности права: реалистический подход. *Правоведение*. Вып. 1 (336). СПб., 2018. С. 84–117.

24. Ведяхин В. М. Правовые стимулы: понятия, виды. *Правоведение*. 1992. № 1. С. 51–62.
25. Велижанина М. Ю. «Мягкое право»: его сущность и роль в регулировании международных отношений : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10. Москва, 2007. 165 с.
26. Вестерман П. Чинність: Репутація правил. *Філософія права і загальна теорія права*. Київ, 2016. № 1–2. С. 121–139.
27. Вишневский А. Ф., Горбатов Н. А., Кучинский В. А. Общая теория государства и права. 2-е изд., исправ. и доп. / под общ. ред. А. Ф. Вишневого. Минск : Тесей, 1999. 560 с.
28. Волошин Ю. О. Принцип. *Юридична енциклопедія* : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (гол.) [та ін.]. Київ, 2003. Т. 5. С. 110–111.
29. Гегель Г. В. Ф. Философия права. М.: Мысль, 1980. 524 с.
30. Георгіца А. З. Соціологія права Євгена Ерліха: на шляху до інтеграційного праворозуміння. *Ерліхівський збірник*. 2012. Вип. 6. С. 72–77.
31. Горобець К. Плюралізм джерел права у контексті системного підходу. *Джерела права України, інших країн та міжнародної спільноти* : матер. XXIX Міжнар. істор.-прав. конф. (м. Феодосія, 19–22 вересня 2013 р.). Київ, Сімферополь : Універсум, 2013. С. 347–354.
32. Горобець К. Чинність, авторитетність і репутація : Рефлексії щодо статті П. Вестерман. *Філософія права і загальна теорія права*. Вип. 1–2/2016. Київ, 2016. С. 140–154.
33. Гусарев С. Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні аспекти : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2007. С. 64.
34. Гусарев С. Д., Тихомиров О. Д. Юридична деонтологія (основи юридичної діяльності) : навч. посіб. 2-ге вид., перероб. Київ, 2005. 422 с.
35. Делез Ж., Гваттари Ф. Ризома. *Философия эпохи постмодерна: сб. пер. и реф.* / сост., ред. А. Р. Усманова. Минск : Красико-Принт, 1996. С. 6–31.
36. Демин А. В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования : монография. Москва, 2017. 240 с.

37. Діденко Л. В. Види цивільних процесуальних правовідносин. *Науковий вісник публічного та приватного права* : зб. наук. пр. Київ, 2018. Вип. 6. Т. 1. С. 115–120.
38. Додонов В. Н., Ермаков В. Д., Крылова М. А. [и др.]. Большой юридический словарь / под ред.: А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. Москва : Инфра-М, 2003. 704 с.
39. Дубов Г. О. Становлення методології юридичних досліджень: особливості радянського та сучасного етапів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2014. 160 с.
40. Дубовик О. І. Теоретико-правові аспекти відновного правосуддя. *Право і громадянське суспільство*. Київ, 2015. № 2. 21 с.
41. Дудченко В. В. Концепт позитивізму в юриспруденції: генезис та обґрунтування. *Актуальні проблеми держави і права* : зб. наук. праць. 2005. Вип. 25. С. 6–14.
42. Дудченко В. В. Концепція права Герберта Харта. *Актуальні проблеми політики*. Одеса, 2012. №. 46. С. 9–18.
43. Дудченко В. В. Подальший розвиток природно-правової концепції в українській юриспруденції. *Держава і право* : зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. Київ, 2010. Випуск 50. С. 803–804.
44. Дудченко В. В. Традиція правового плюралізму: західна та східна інтерпретація : автореф. дис.... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2007. 35 с.
45. Дудченко В. В. Традиція правового розвитку: плюралізм правових вчень : монографія. Одеса, 2006. 304 с.
46. Завальнюк В. В. Офіційне та неофіційне право: антропологічне дослідження. *Актуальні проблеми політики*. 2014. Вип. 51. С. 12–21.
47. Зер Г. Зміна об'єктива: новий погляд на злочин та правосуддя. Київ, 2004. 224 с.
48. Івакін О. А. Об'єктивність як неодмінний принцип пізнання. *Актуальні проблеми держави і права*. 2006. № 29. С. 99–102.

49. Іванський А. Й. М'яке право в системі джерел фінансового права України. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2021. № 2 (37). С. 66–70.
50. Ієрінг Р. Юридична техніка. М.: Стаут, 2008. 231 с.
51. Калашникова С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. 2011. 304 с.
52. Карташов В. Н. Юридическая техника, тактика, стратегия и технология (к вопросу о соотношении). Проблемы юридической техники. Н. Новгород, 2000. С. 16–23.
53. Кашанина Т. В. Юридическая техника : учебник. 2-е изд., пересм. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. 512 с.
54. Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. СПб., 2015. 542 с.
55. Кельман М. С. Методологія сучасного правознавства: становлення та основні напрямки розвитку : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Л., 2013. 449 с.
56. Кельман М. С. Юридична наука: проблеми методології : монографія. Тернопіль, 2011. 492 с.
57. Керимов Д. А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права : монография. Москва, 2001. 559 с.
58. Кирилук О. В. М'яке право як нормативна основа глобального інформаційного суспільства. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2015. Вип. 125 (ч. 1). С. 106–117
59. Кистяковский Б. А. Методология и ее значение для социальных наук и юриспруденции. *Юридический вестник*. 1917. Кн. XVIII. С. 31–47.
60. Кіндюк Б. В. Норми м'якого права в Єдиній конвенції ООН 1961 р. «Про наркотичні засоби». *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 1. URL: http://www.lsej.org.ua/1_2021/98.pdf (дата звернення: 01.09.2021).
61. Ковтонюк А. М. Основні концепції права в інтегративній юриспруденції. *Університетські наукові записки*. 2007. № 4 (24). С. 32–37.
62. Козюбра М. Праворозуміння: поняття, типи та рівень. *Право України*. 2010. № 4. С. 10–21.

63. Козюбра М. І. Загальнотеоретичне правознавство : стан та перспективи. *Право України*. 2010. № 1. С. 32–44.
64. Конституція України. Верховна Рада України; Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 01.09.2021).
65. Кормич А. І. Історія вчень про державу і право : навч. посібник. Київ : Правова єдність, 2009. 312 с.
66. Костицький М. В. Про діалектику як методологію юридичної науки. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2012. № 1. С. 3–17.
67. Котлярова В. В. Альтернативные способы урегулирования и разрешения споров в России : уч. пособие под ред. А. В. Юдина. Самара, 2021. 104 с.
68. Креативність загальнотеоретичної юриспруденції : монографія / Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, В. В. Дудченко [та ін.] ; за ред. Ю. М. Оборотова. Одеса, 2015. 488 с.
69. Крестовська Н. М., Матвеева Л. Г. Теорія держави і права. Підручник. Практикум. Тести : підручник. 2-ге вид., випр. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2020. 584 с.
70. Крижановська О. В. Офіційний та неофіційний правопорядок: нормативний та інституційний аспекти. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2016. Вип. 1-1. С. 9–13.
71. Крижановський А. Ф. Правовий порядок в Україні: витоки, концептуальні засади, інфраструктура. Одеса : Фенікс, 2009. 504 с.
72. Крижановський А. Ф. Правопорядок суверенної України: становлення та тенденції розвитку (загальнотеоретичне дослідження) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Одеса, 2009. 42 с.
73. Крижановський А. Ф. Сучасний правопорядок: доктринальне і прикладне бачення у вітчизняній юриспруденції. *Наукові праці Одеської національної юридичної академії*. 2008. Т. 7. С. 83–93.
74. Крижановський А. Ф. Сучасний правопорядок: контури теорії. *Актуальні проблеми держави і права*. Одеса : Юрид. л-ра, 2009. № 49. С. 251–258.

75. Крижановський А. Ф. Феноменологія правопорядку: поняття, виміри, типологія / Одес. нац. юрид. акад. Одеса : Фенікс, 2006. 196 с.
76. Куликов В. Н. Психологическое воздействие: методологические принципы исследования. *Теоретические и прикладные исследования психологического воздействия*. Иваново, 1982. С. 5–23.
77. Курочкин А. В. Институциональный подход к правовым явлениям. *Ученые записки Казанского университета. Гуманитарные науки*. 2015. Т. 157, кн. 6. С. 65–71.
78. Кутафин О. Е., Копылов В. А. Проблемы становления информационного права в России. *Научно-техническая информация*. 1999. № 8. С. 17–25. (Сер. 1. Организация и методика информ. Работы).
79. Лімська декларація керівних принципів контролю : Міжнар. документ від 1 січня 1977 р. База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/604_001#Text (дата звернення: 01.09.2021).
80. Лукашук И. И. Международное «мягкое» право. *Государство и право*. 1994. № 8–9. С. 159–167.
81. Лутчин У. А. «М'яке» право в системі джерел адміністративного права. *Сучасні виклики українського права у контексті європейської інтеграції*. Бюлетень № 1 (1) квітень 2016. С. 15–18.
82. Мазаракі Н. А. Теоретико-правові засади запровадження медіації в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2019. 484 с.
83. Манько Д. Г. Технології та алгоритми юридичної діяльності : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2020. 460 с.
84. Манько Д. Г. Юридична техніка й технології : курс лекцій. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2014. 191 с.
85. Манько Д. Г. Юридичні технології та алгоритми формалізації права у вимірі юридичної діяльності : монографія. Одеса : Фенікс, 2019. 460 с.

86. Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : учебник. Москва, 2004. 245 с. URL: <https://studizba.com/files/show/pdf/7828-1-teoriya-gosudarstva-i-prava-uchebnik-n-i.html> (дата звернення: 01.09.2021).
87. Мережко О. О. Теорія та принципи транснаціонального торгового права (lex mercatoria) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.11. Київ, 2002. 39 с.
88. Методологія та інноватика загальнотеоретичної юриспруденції : монографія / Ю. М. Оборотов, А. П. Овчиннікова, В. В. Завальнюк [та ін.] ; за ред. Ю. М. Оборотова. Одеса, 2019. 420 с.
89. Мишина И. Нравственные ценности в праве: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Екатеринбург, 1999. 200 с.
90. Мозоль Н. І. Сучасні концепції праворозуміння: поняття, характеристика та особливості. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 36–41.
91. Муромцев Г. И. Юридическая техника: некоторые вопросы содержания понятия. *Проблемы юридической техники* : сб. ст. / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 23–27.
92. Некрасов А. П. Концептуальные и методологические аспекты феномена «плюрализм». *Вектор науки Тольяттинского государственного университета*. 2013. № 1. С. 214–216.
93. Нешатаева Т. Н. Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. М., 1998. 272 с.
94. Нігреєва О. О. «М'яке право у міжнародній системі: до питання про зміст та функції. *Правова держава*. 2018. Вип. 38. С. 147–153.
95. Оборотов Ю. М. Праворозуміння як аксіоматичне начало (постулат) права. *Право України*. 2010. № 4. С. 49–55.
96. Оборотов Ю. М. Філософія права і методологія юриспруденції. *Проблеми філософії права*. 2003. Том 1. С. 41–43.

97. Оборотов Ю. Н. Аксионормативные начала правопорядка. *Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри* : тези міжнар. наук.-практ. конф. Одеса, 2008. С. 5–7.
98. Оборотов Ю.Н. Образы государств в глобализующемся мире. *Закон и жизнь*. 2004. № 8. С. 4–8.
99. Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. 3-е изд., перераб. и доп. Москва, 2001. 520 с.
100. Окрема думка (спільна) від 21 січня 2020 р. (справа № 820/11382/15) до постанови Верховного Суду у складі URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/87363996> (дата звернення: 01.09.2021).
101. Оніщенко Н. М. Джерела права: теоретико-методологічні засади : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2009. 442 с.
102. Панаріна Н. В. Право як нормативна основа формування правопорядку: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків, 2008. 202 с.
103. Пасенюк О. М. Правова теорія постмодерну як методологічний підхід до реформування вітчизняного судівництва. *Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри* : тези міжнар. наук.-практ. конф. Одеса, 2008. С. 7–9.
104. Пате́й-Братасюк М. Г. Філософія права : навч. посіб. Тернопіль, 2006. 344 с.
105. Паунд Р. Причины распространенной неудовлетворенности отправлением правосудия. *Медиа́ция и право*. 2016. № 1. С. 15–29.
106. Перепелюк В. Г. Деякі питання розвитку адміністративного права у світлі правової теорії постмодернізму. *Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри* : тези міжнар. наук.-практ. конф. Одеса, 2008. С. 35–36.
107. Підсумковий документ Віденської зустрічі представників держав-учасниць Ради безпеки і співробітництва в Європі від 15 січня 1989 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_081#Text (дата звернення: 01.09.2021).

108. Подковенко Т. О. Антропологічний підхід до права як основа юридичної науки. *Право і суспільство*. 2015. № 2. С. 32–38.
109. Положення про порядок укладення, виконання та денонсації міжнародних договорів України міжвідомчого характеру, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 17 червня 1994 р. № 422. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/422-94-%D0%BF#Text> (дата звернення: 01.09.2021).
110. Попович К. Б. Теоретико-правовий аспект сучасного значення правопорядку. *Науковий вісник Ужгородського університету*. 2012. Вип. 18. С. 20–22. (Серія: Право).
111. Постанова Окружного адміністративного суду АРК від 4 жовтня 2013 р. справа № 801/9522/13-а. URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/33916391/> (дата звернення: 01.09.2021).
112. Прангишвили И. В. Системный подход и общесистемные закономерности. М., 2000. 528 с.
113. Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема електронної комерції, на внутрішньому ринку : Директива 2000/31/ЄС Європейського парламенту та Ради (Директива про електронну комерцію) від 8 червня 2000 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_224 (дата звернення: 01.09.2021).
114. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. 9-те вид., зі змін. Київ, 2001. 176 с.
115. Рекомендація CM/Rec(2018)8 Комітету міністрів державам-членам щодо відновного правосуддя у кримінальних справах. Рада Європи, Комітет Міністрів Ради Європи; Рекомендації, Міжнародний документ від 03.10.2018. URL: <http://ipc.org.ua/upload/Recommendation-CM-Rec20188-UKR-upd.pdf> (дата звернення: 01.09.2021).
116. Рекомендація № 6 R (87) 18 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно спрощення кримінального правосуддя. Рада Європи, Комітет Міністрів Ради Європи; Рекомендації, Міжнародний документ від

- 17.09.1987. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_339#Text (дата звернення: 01.09.2021).
117. Рекомендація № R (85) 11 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно положення потерпілого в межах кримінального права та кримінального процесу. Рада Європи, Комітет Міністрів Ради Європи; Рекомендації, Міжнародний документ від 28.06.1985. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_127#Text (дата звернення: 01.09.2021).
118. Рекомендація № R (99) 19 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам Ради, які зацікавлені в організації медіації у кримінальних справах. Рада Європи, Комітет Міністрів Ради Європи; Рекомендації, Міжнародний документ від 15.09.1999. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_828#Text (дата звернення: 01.09.2021).
119. Рожкова М. А., Елисеев Н. Г., Скворцов О. Ю. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения. М.: Статут, 2008. 290 с.
120. Ромовська З. В. Українське цивільне право: загальна частина. Академічний курс : підручник. Київ, 2005. 650 с.
121. Самигуллин В. К. Право и неправо. *Государство и право*. 2002. № 3. С. 5–8.
122. Сандевуар П. Введение в право. М., 1994. 324 с.
123. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків : Консум, 2001. 656 с.
124. Смичок Є. М. Джерела «м'якого права» та їх вплив на формування судової доктрини. Методологія теорії та практики юриспруденції. *Юридичний вісник*. 2020. № 4. С. 15–22.
125. Спільна думка Венеціанської комісії та ОБСЄ/БДПЛ «Свободу мирних зібрань в Україні» прийнята Венеціанською комісією на 84-й пленарній сесії (15-16 жовтня 2010). URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/> (дата звернення: 01.09.2021).

126. Стрельцова Є. М'яке міжнародне право як інструмент міжнародно-правової уніфікації. *Теория и практика*. 2018. С. 216–219.
127. Стуканов В. Г. К уточнению понятия «информационно-психологическое воздействие». *Вестник Московского университета МВД России*. Москва, 2014. № 5. С. 223–227.
128. Теорія держави і права. Академічний курс : підруч. за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. Київ, 2006. 320 с.
129. Тибайкіна Т. Л. Міждисциплінарність як принцип сучасної теорії. *Українознавчий альманах*. Київ, 2013. Вип. 11. С. 278–281.
130. Тлумачний словник української мови. Інститут мовознавства ім. О. О. Потебні Національної академії наук України. URL: <http://www.inmo.org.ua/sum.html?wrд=впив> (дата звернення: 01.09.2021).
131. Уварова О. О. Недержавне право: запрошення до дискусії. *Право і громадянське суспільство*. 2015. № 1. С. 14–32.
132. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Угода, Міжнародний документ від 30.11.2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text (дата звернення: 01.09.2021).
133. Уёмов А. И. Системный подход и общая теория систем. М., 1978. 272 с.
134. Фальковський А. О. Аксіологічний підхід в методології сучасної юриспруденції : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12. Одеса, 2011. 19 с.
135. Федорова Т. С. Господарська юстиція у сучасній державі : монографія. Одеса : Юридична література, 2019. 198 с.
136. Фогельсон Ю. Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе. *Журнал российского права*. 2013. № 9. С. 43–51.
137. Харт Г. Понятие права. СПб., 2007. 302 с.
138. Цветаев Л. А. Краткая теория законов. Ч. 2 и 3. Содержащие теорию уголовных законов и теорию судопроизводства гражданских и уголовных

- дел. URL: <http://elib.shpl.ru/ru/nodes/59858-tsvetaev-l-a-kratkaya-teoriya-zakonov-ch-2-i-3-soderzhaschie-teoriyu-ugolovnyh-zakonov-i-teoriyu-sudoproizvodstva-grazhdanskih-i-ugolovnyh-del-m-1810> (дата звернення: 01.09.2021).
139. Цуркан-Сайфуліна Ю. В. Влада права як фактор його ефективності в соціологічному праворозумінні. *Приватне та публічне право*. 2017. № 4. С. 13–18.
 140. Цуркан-Сайфуліна Ю. В. Владні засади права: філософсько-правові аспекти : монографія. Одеса, 2016. 358 с.
 141. Цуркан-Сайфуліна Ю. В. Комунікативні теорії права в поясненні зв'язку влади й права. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2017. Вип. 5. С. 22–27.
 142. Честнов И. Л. Человеческое измерение правовой реальности: на пути к формированию персонцентристской теории права. *Актуальные проблемы права в современной России* : сб. науч. ст. Москва, 2009. Вып. 10. С. 46–61.
 143. Шалінська І. В. Акти «м'якого права» у системі джерел права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів, 2015. 20 с.
 144. Шалінська І. В. Акти «м'якого права» у системі джерел права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01, Львів, 2015. 200 с.
 145. Шалінська І. В. Акти «м'якого права»: поняття та значення у міжнародному правопорядку. 5 с. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/39605/17-Shalinska.pdf?sequence=1> (дата звернення: 01.09.2021).
 146. Шаповал В. Н. Антропологічні виміри розвитку філософії права в Україні. *Проблеми філософії права*. 2003. Том 1. 156 с.
 147. Шевчук С. Ф. Плюралізм у філософії та науці. *Молодий вчений. Філософські науки*. 2017. № 4 (44). С. 119–124.
 148. Шеремет О. С. Тенденції та перспективи розвитку «м'якого права». *Держава та регіони*. 2011. Вип. 4. С. 174–176. (Сер. Право).

149. Шутак І. Д. Юридична техніка : курс лекцій / Лабораторія академічних досліджень правового регулювання та юридичної техніки. Дрогобич : Коло, 2015. 228 с.
150. Шутак І. Д. Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання : тези доповідей та повідомлень учасників наук.-практ. конф. (м. Харків, 30 вересня – 1 жовтня 2015 р.). Харків : Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2015. 177 с.
151. Щокіна О. О. «М'яке право» у системі регулювання корпоративних відносин. *Теорія і практика правознавства*. 2018. Вип. 2 (14). 13 с.
152. Юдин Э. Г. Методология науки. Системность. Деятельность. Москва, 1997. 440 с.
153. Юридичні терміни : тлумачний словник / за ред. В. Г. Гончаренка. Київ : Либідь, 2003. 320 с.
154. Ярмиш О. Актуальні проблеми історико-правових досліджень в Україні. *Вісник академії правових наук*. 2003. № 2–3. 162 с.
155. Abbott K. W., Snidel D. Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*. 2000. Vol. 54, № 3. P. 421–456.
156. Adler E. Constructivism and International Relations Theory. *Handbook of International Relations*. London, 2002. P. 95–119.
157. Aspremont de J. Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials. *European Journal of International Law*. 2008. Vol. 19, № 5. P. 1075–1093.
158. Bloed A. The Conference on Security and Cooperation in Europe: Analysis and Basic Documents: 1993–1995. London, 1997. 1368 p.
159. Blutman L. In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly*. 2010. Vol. 59, № 3 P. 605–624.
160. Boyle A. E. Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly*. 1999. Vol. 48, № 4. P. 901–913.
161. Center for Justice and reconciliation. A program of Prison Fellowship International. URL: <http://restorativejustice.org/restorative-justice/about->

- restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-1-what-is-restorative-justice/#sthash.F2N3FliY.0RkR47Rv.dpbs (дата звернення: 01.09.2021).
162. Center for Justice and reconciliation. A program of Prison Fellowship International. URL: <http://restorativejustice.org/worldmap/#sthash.Yona9HyW.dpbs> (дата звернення: 01.09.2021).
163. Chinkin C. M. The Challenge of Soft Law: Development and Change in Internatioanl Law. *Internatioanl and Comparative Law Quarterly*. 1989. Vol. 38, № 4. P. 850–866.
164. Collected Works of Abraham Lincoln URL: <http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/lawlect.htm> (дата звернення: 01.09.2021).
165. Commentary to Recommendation CM/Rec(2018)8 of the Committee of Ministers to member States. Council of Europe. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808cdc8a#_ftn2 (дата звернення: 01.09.2021).
166. D'Amato A. Softness in International Law: A Self-Serving Quest of New Legal Materials: A Reply to Jean d'Aspremont. *Faculty Working Papers*. 2010. Paper 89. URL : <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1088&context=facultyworkingpapers> (дата звернення: 01.09.2021).
167. Daben J. La technique de l elaboration du droit. Positif. Spesialement du droit prive. Bruxelles, Paris, 1935. 367 p.
168. Directive 2012/29/EU of establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA. European Parliament and the Council; Directives, International document dated 25.10.2012. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012L0029> (дата звернення: 01.09.2021).
169. ECOSOC Resolution 1999/26 Development and implementation of mediation and restorative justice measures in criminal justice. UN, ECOSOC; Resolutions, International document dated 28.07.1999. URL: <https://www.un.org/ecosoc/>

- [sites/www.un.org/ecosoc/files/documents/2020/resolution-1999-26.pdf](https://www.un.org/ecosoc/files/documents/2020/resolution-1999-26.pdf) (дата звернення: 01.09.2021).
170. ECOSOC Resolution 2000/14 Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. UN, ECOSOC; Resolutions, International document dated 27.07.2000. URL: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/20002009/2000/ECOSOC/Resolution_2000-14.pdf (дата звернення: 01.09.2021).
 171. ECOSOC Resolution 2002/12 Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. UN, ECOSOC; Resolutions, International document dated 24.07.2002. URL: <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf> (дата звернення: 01.09.2021).
 172. ECOSOC Resolution 2016/17 Restorative justice in criminal matters. UN, ECOSOC; Resolutions, International document dated 26.07.2016. URL: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/e/res/2016/17> (дата звернення: 01.09.2021).
 173. Ehrlich E. Fundamental Principles of Sociology of Law. Cambridge, 1936. 541 p.
 174. Ellis J. Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law. *Leiden Journal of International Law*. 2012. Vol. 25, № 2. P. 313–334.
 175. Fluckiger A. Soft Law Instruments in Public Law. *Swiss Public Administration*. 2019. P. 121–135.
 176. Foussard C., Melotti G. Restorative Justice for Victims in The EU. *Revij Reparation to the victim in the European Juvenile Justice Systems: Comparative analysis and transfer of best practices*. 2013. 29 p.
 177. Galbraith J., Zaring D. Soft Law as Foreign Relations Law. *Cornell Law Review*. 2014. Vol. 99, № 4. P. 735–794.
 178. Gold J. Interpretation: The IMF and International Soft Law. 1996. 641 p.
 179. Goldmann M. We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law. *Leiden Journal of International Law*. 2012. Vol. 25, № 2. P. 335–368.

180. Griffiths J. What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism*. 1986. Nr. 24. P. 1–55.
181. Gross L. Problems of International Adjudication and Compliance with International Law: Some Simple Solutions. *American Journal of International Law*. 1965. Vol. 59, № 1. P. 48–59.
182. Grunfeld J. Soft Logic: the Epistemic Role of Aesthetic Criteria. 2000. 565 p.
183. Gurvitch G. Sociology of Law. 1947. 380 p.
184. Guzman A. T., Meyer T. Soft Law. *The Research Handbook on the Economics of Public International Law*. 2014. № 2014-17. 42 p.
185. Hall J. Integrative Jurisprudence. N.Y. 1961. 29 p.
186. Hillgenberg H. A Fresh Look at Soft Law. *European Journal of International Law*. Vol. 10. № 3. 1999. P. 499–515.
187. Jessup P. C. Transnational law. New Haven: Yale University Press, 1956. 113 p.
188. Klabbers J. The Redundancy of Soft Law. *Nordic Journal of International Law*. 1996. Vol. 65, № 2. P. 167–182.
189. Lichtenstein C. Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy? *The International Lawyer*. 2001. № 35. P. 1433–1441.
190. Lodge M. Comparing non-hierarchical governance in action: The open method of coordination in pensions and information society. *Journal of Common Market Studies*. 2007. Vol. 45, № 2. P. 343–365.
191. Malanczuk P. Modern Introduction to International Law. 7th ed. New York, 1997. 472 p.
192. Marshall T. Restorative Justice: An Overview. *A Report by the Home Office. Research Development and Statistics Director*. 1999. 36 p.
193. Masao Y. Standards and Statutes: ‘Soft’ Law and ‘Hard’ Law. *Cybernetics: Fusion of human, machine and information systems*. Springer Japan, 2014. P. 315–333.
194. Meyer T. Soft Law as Delegation. *Fordham International Law Journal*. 2009. Vol. 32. P. 888–942.

195. Mnookin R. Alternative Dispute Resolution. *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*. Paper 232. 1998. 12 p.
196. Mörtz U. Soft Law and New Modes of EU Governance – A Democratic Problem? 2005. URL: http://www.mzes.unimannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/Papers_Soft%20Mode/Moerth.pdf (дата звернення: 01.09.2021).
197. Mörtz U. Soft Law in Governance and Regulation: an Interdisciplinary analyses. 2004. 224 p.
198. Nolan J. The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law? *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Cambridge University Press, 2013. 27 p.
199. Peters A., Pagotto I. Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective. *NEWGOV - New Modes of Governance*. 2006. 35 p.
200. Robilant di A. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54, № 3. P. 499–554.
201. Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law. Copenhagen, 1946. 304 p.
202. Schachter O. Towards a Theory of International Obligation. *Virginia Journal of International Law*. 1968. Vol. 8. № 2. P. 300–322.
203. Schwarcz S. L. Soft Law as Governing Law. *Minnesota Law Review*. 2020. Vol. 104. P. 2471–2514.
204. Senden L. Soft Law in European Community Law. Portland, 2004. 533 p.
205. Senden L. Soft Law, Self-regulation and Co-regulation in European Law: Where Do They Meet? *Electronic Journal of Comparative Law*. Vol. 9.1. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=943063 (дата звернення: 01.09.2021).
206. Shaffer G., Pollack M. A. Hard and Soft Law: What Have We Learned? *Minnesota Legal Studies Research Paper*. 2012. № 12–17. 28 p. URL:

- https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2044800 (дата звернення: 01.09.2021).
207. Shelton D. L. International Law and «Relative Normativity». *International Law*. Oxford, 2006. P. 141–170.
 208. Shelton D. L. Normative Hierarchy in International Law. *American Journal of International Law*. 2006. Vol. 100. № 2. P. 291–323.
 209. Shelton D. L. Soft Law. *Handbook of International Law*. 2008. 29 p.
 210. Shelton D. L. Introduction: Law, Non-Law and the Problem of Soft Law. *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*. 2000. P. 1–21.
 211. Simpson S. Governing information infrastructures and services: States, markets and the public interest in telecommunications'. *Aslib Proceedings*. 2010. Vol. 62. № 1. P. 46–56.
 212. Snyder F. Soft Law and Institutional Practice in the European Community. *The Construction of Europe – Essays in Honour of Emile Noel*. 1993. P. 197–225.
 213. Snyder F. Soft law and institutional practice in the European Community. *European University Institute Working Paper, LAW*. Florence, 1993. No. 93/5. 35 p.
 214. 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*. 2009. 60 p.
 215. Teubner G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. *Global Law Without a State*. Dartmouth, 1997. 22 p.
 216. United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation. UN, UNCITRAL; Convention, International document dated March 2019. URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf (дата звернення: 01.09.2021).

217. Van Waeyenberge A. Mapping Global Legal Pluralism. *Journal of legal pluralism and unofficial law*. 2015. 11 p. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3617715> (дата звернення: 01.09.2021).
218. Weeks G. The Use and Enforcement of Soft Law by Australian Public Authorities. *Federal Law Review, Forthcoming*. 2014. Vol. 42, № 1. 41 p.
219. Weil P. Towards Relative Normativity in International Law? *American Journal of International Law*. 1983. Vol. 77, № 3. P. 413–442.

ДОДАТКИ

Додаток 1

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Головач Г. О. Місце м'якого права в концепціях праворозуміння. *Наукові записки Міжнародного гуманітарного університету*. 2020. № 32. С. 14–21.

2. Головач Г. О. Валідність: класичний та сучасний погляд. *Держава та регіони*. 2020. № 4. С. 154–159. DOI: <https://doi.org/10.32840/1813-338X2020.4.25> (Сер. : Право).

3. Головач Г. О. Алгоритми м'якого права та їх роль у формуванні правопорядку сучасної держави. *Приватне та публічне право*. 2021. № 1. С. 82–87. DOI: <https://doi.org/10.32845/2663-5666.2021.1.14>

Наукові праці у зарубіжних наукових виданнях:

4. Manko D., Panova L., Holovach H., Kobko-Odarii., Radchenko L. The concept of soft law : the role and legal technologies of influence on the legislation of states. *Revista Amazonia Investiga* [Online]. 2021. Vol. 10 (38). P. 158–167. DOI: <https://doi.org/10.34069/AI/2021.38.02.15>

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації та додатково відображають наукові результати дисертації:

5. Головач Г. О. Міжнародні акти «М'якого права» з регулювання медіації. *Чорноморські наукові студії* : зб. матеріалів IV Всеукр. мультидисцип. конф. (м. Одеса, 25 трав. 2018 р.). Одеса, 2018. С. 10–13.

6. Головач Г. О. Валідність як ознака сучасного права. *Чорноморські наукові студії* : зб. матеріалів V Всеукр. мультидисцип. конф. (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.). Одеса, 2019. С. 20–22.

7. Головач Г. О. Сучасне розуміння джерельної бази права. *Гуманітарний і інноваційний ракурс професійної майстерності: пошуки молодих вчених* : зб. матеріалів V Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15 листоп. 2019 р.). Одеса, 2019. С. 22–25.

8. Головач Г. О. Особливості методології дослідження м'якого права. *Гуманітарний і інноваційний ракурс професійної майстерності: пошуки молодих вчених* : зб. матеріалів VI Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 13 листоп. 2020 р.). Одеса, 2020. С. 26–29.

ВІДОМОСТІ ПРО АПРОБАЦІЮ РЕЗУЛЬТАТІВ ДОСЛІДЖЕННЯ

Дисертацію обговорено на засіданні кафедри державно-правових дисциплін Міжнародного гуманітарного університету. Її положення, висновки та пропозиції доповідалися на конференціях: «IV Всеукраїнська мультидисциплінарна конференція «Чорноморські наукові студії» (м. Одеса, 25 травня 2018 р.) – очна участь; «V Всеукраїнська мультидисциплінарна конференція «Чорноморські наукові студії» (м. Одеса, 17 травня 2019 р.) – очна участь; «V Всеукраїнська науково-практична конференція «Гуманітарний і інноваційний ракурс професійної майстерності: пошуки молодих вчених» (м. Одеса, 15 листопада 2019 р.) – очна участь; «VI Всеукраїнська мультидисциплінарна конференція «Чорноморські наукові студії» (м. Одеса, 15 травня 2020 р.) – очна участь; «VI Всеукраїнська науково-практична конференція «Гуманітарний і інноваційний ракурс професійної майстерності: пошуки молодих вчених» (м. Одеса, 13 листопада 2020 р.) – очна участь.

Додаток 2**Співвідношення м'якого права з суміжними категоріями**

- 1 - м'яке право
- 2 - офіційне право
- 3 - неофіційне право
- 4 - правові ідеї, принципи права

