

ФОРМАЛІЗАЦІЯ М'ЯКОГО ПРАВА ЯК ЗАСІБ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ

Удовика Лариса Григорівна

*доктор юридичних наук, професор,
в.о. завідувача кафедри історії і теорії держави та права
Запорізького національного університету
м. Запоріжжя, Україна*

Порушення безпеки, невизначеність і непрогнозованість у всіх сферах суспільного й індивідуального буття на міжнародному, регіональному та національному рівнях актуалізує пошук засобів та інструментів їх відновлення. Для національних держав, міждержавних і міжнародних об'єднань вирішення проблем у безпековій сфері, забезпечення правопорядку й стабільності упродовж останніх років стало актуальними, складними і, водночас, болючими питаннями. Для їх вирішення пропонуються різні підходи, аж до діаметрально протилежних. Між тим, за останні роки у європейській правовій системі з'явилися нові підходи та засоби для розв'язання складних проблем у сфері забезпечення прав людини. І хоча про остаточне вирішення проблем у сфері прав людини не йдеться (власне це і не можливо), окремі підходи й засоби продемонстрували свою ефективність і можуть бути використані у вирішенні сучасних проблем у сфері безпеки, правопорядку, забезпечення передбачуваності й прогнозованості суспільного розвитку.

Одним із таких напрямів є курс на формалізацію м'якого права та забезпечення принципу правової визначеності. Слід зауважити, що проблематика м'якого права традиційно залишається у предметному полі міжнародного і європейського права. Між тим, з огляду на євроінтеграційний поступ України, зростання ролі й значення права ЄС для національної правової системи, окремі аспекти м'якого права, зокрема його формалізація та зв'язок із жорстким правом, принципом верховенства права й правової визначеності, набувають практичного й теоретичного значення для розвитку вітчизняної правової системи.

Ураховуючи обмежений обсяг роботи, предметом аналізу є питання напрямів формалізації м'якого європейського права в області прав людини. Для досягнення зазначеної мети у нагоді стануть здобутки зарубіжних і вітчизняних учених, зокрема, таких як: А. Барак, Пауло Пінто де Альбукерке, Г. Зибері, Х. Хілленберг Г. Шварценбергер,

В. Василенко, М. Буроменський, В. Денисов, О. Задорожній, К. Смирнова та ін., та практика ЄСПЛ.

На формалізацію м'якого європейського права в області прав людини впливає декілька чинників, пов'язаних із процесами правотворчості й правозастосування. Відомий вчений і суддя ЄСПЛ Пауло Пінто де Альбукерке, виокремлює сім основних чинників формалізації м'якого права, які в узагальненому вигляді полягають в наступному : 1) на нормативний характер тексту вказують приписи, наявні в тексті або назві тексту, які потрібно тлумачити таким чином, щоб вони встановлювали стандарти, що виходять за рамки простої декларативної заяви або виключно програмного затвердження; 2) на нормативний характер тексту явно вказує ступінь його мовної точності і визначеності його змісту; більш точна термінологія тексту і більш визначений його зміст посилюють його нормативний характер; розширений, докладний опис предмета регулювання свідчить на користь формалізації права¹.

Слід зауважити, що мовна точність м'якого права автоматично не забезпечує його формалізацію, оскільки й саме жорстке право в ряді випадків характеризується не чіткістю, не точністю мови. І в цьому сенсі саме на професійних правників покладається важливе завдання інтерпретації норми. Як слушно зазначає Б. Таманага «Професійні правники становлять інтерпретаційну спільноту, що має єдину мову, культуру і набір переконань та уявлень, що робить тлумачення і застосування законів стабільними. Те, що видається невизначеними нормами при абстрактному розгляді, у контексті застосування стає визначеним, тому що єдині конвенції правової традиції (підтримувані інституційними засобами, такими як апеляційний розгляд) усувають певні інтерпретації як неприйнятні»².

Безпосередньо стосовно мови правових стандартів на увагу заслуговують міркування Р. Паунда, який пояснює характеристика стандарту: «У правових стандартах можна побачити три характеристики: 1) всі вони включають визначене моральне судження про поведінку... 2) вони вимагають не точного застосування точних юридичних знань, а здорового глузду у відношенні звичних речей чи тренованої інтуїції у відношенні речей, які знаходяться за межами досвіду кожного; 3) вони не мають абсолютних формулювань і їм не надається точний зміст ні законодавцем, ні судовим рішенням, але вони відносно застосовувані до часу, місця і обставин і мають застосовуватися

¹ Пінто де Альбукерке Пауло (2020). Окрема думка. Шлях до справедливості. Пер. з англ. та фр. В.А. Капліної; упоряд., авт. передм. О.В. Капліна. Харків : Право, 2020. 552 с. С.102.

² Таманага Браян (2007). Верховенство права : історія, політика, теорія. Перекл. з англ. А. Іщенко. Київ : Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2007. 208 с.

з урахуванням наявної фактичної сторони справи. Вони визнають, що у встановлених рамках кожна справа у певній мірі унікальна»³. Безумовно, з часів Р. Паунда роль і значення правових стандартів як прояву м'якого права зросла і вони, все більшою мірою, набувають рис жорсткого права, та все ж не співпадають з ним за всіма характеристиками.

Пауло Пінто де Альбукерке, виокремлює й інші чинники формалізації м'якого права, а саме: 3) існування підготовчих матеріалів, пояснювальних доповідей і коментарів, в яких ретельно обговорюються причини і наслідки прийнятих політичних рішень, підвищує нормативну щільність тексту; 4) додатковим формалізуючим фактором є складність процедури обговорення тексту, включаючи процедуру голосування по ньому; широке визнання тексту найчастіше легітимізує його нормативний характер; 5) надання нормативному тексту широкого розголосу спрямовано на те, щоб довести його до загального відома і забезпечити його ефективне дотримання тими, кому він адресований; 6) делегування повноважень щодо тлумачення норми права і вирішення спорів незалежному третьому органу і наявність механізмів її реалізації підсилюють зобов'язання щодо її дотримання⁴. При цьому, вчений звертає увагу на те, що «на контроль за дотриманням прав людини Рада Європи вже витрачає значно більше ресурсів, ніж на встановлення стандартів в області прав людини. Це свідчить про те, що здійснення контролю і реалізація стандартів вважаються високопріоритетними завданнями»; 7) нормативну функцію тексту підсилює подальша практика, яка підтверджує або розвиває викладені в цьому тексті стандарти; ще до того, як положення м'якого права кристалізується і стає звичаєм, його повторення одним і тим самим або різними органами влади підсилює його нормативний характер; прикладом є Рішення Європейського Суду у справі «Демір і Байкара проти Туреччини», §§ 48-52, «Баятян проти Вірменії», §§ 46-49; протилежна ситуація: «Штуммер проти Австрії» §§ 105-106). Водночас, просте накопичення неправових актів само по собі не може створити міжнародне право, але поява *opinio juris*, якщо воно супроводжується іншими формалізуючими факторами, може трансформувати одне в інше, довівши м'яке право до рівня міжнародної нормативності і тим самим включивши його до складу обов'язкової нормативної системи Ради Європи⁵.

Зазначені вище чинники формалізації не є вичерпними, але є основними. ЄСПЛ бере до уваги формалізуючі фактори за власною ініціативою, навіть у тих випадках, коли сторони не посилалися на них у своїх поданнях або коли вони мали місце після оскаржуваних у справі

³ Pound R. (1954). *An Introduction to the Philosophy of Law*. New Haven: Yale University Press, 1954. 307 p. P. 58.

⁴ Пінто де Альбукерке Пауло (2020). Вказ. праця, с. 102-103.

⁵ Пінто де Альбукерке Пауло (2020). Вказ. праця, с. 103.

фактів. У тих випадках наявності одного або декількох зазначених факторів відбувається формалізація м'якого права, що спричиняє ті ж правові наслідки, що і жорстке право, попри відсутність формальних та процесуальних вимог, які висуваються до останнього.

Отже, в умовах глобалізаційних викликів і загроз, поширення діяльності й впливовості на світовій арені міжнародних і наддержавних інститутів, їх суб'єктів зростає роль і значення норм м'якого права на міжнародному та національному рівнях. М'яке право відрізняється за своєю формою і змістом від жорсткого права, водночас, спільним для них є спрямованість на врегулювання суспільних відносин. При цьому, м'яке право в ряді випадків є більш динамічним, гнучким і більшою мірою відображає трансформацію суспільних відносин, що підвищує його цінність загалом, у забезпеченні принципу правової визначеності зокрема. Саме тому, упродовж останнього часу спостерігається тенденція формалізації м'якого права, насамперед у сфері прав людини та більш широке його застосування ЄСПЛ. У разі формалізація м'якого права, його застосування спричиняє ті ж правові наслідки, що і застосування жорсткого права, попри відсутність формальних та процесуальних вимог, які висуваються до останнього, що сприяє реалізації принципу правової визначеності. Позитивний досвід формалізації м'якого права у області прав людини дає підстави зробити висновок про можливість і обґрунтованість формалізації м'якого права і в інших сферах правового регулювання, зокрема в сфері безпеки й забезпечення правопорядку. Виважена й обґрунтована формалізація м'якого права покликана сприяти реалізації принципу правової визначеності як важливого складника принципу верховенства права, ефективності правових систем.