



МІЖНАРОДНЕ ПРАВО; ЄВРОПЕЙСЬКЕ ПРАВО

Олена Юріївна ДИМІНСЬКА,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного та європейського права
Хмельницького університету управління та права,
chernyack.lena@gmail.com

УДК 341.96: 341.018: 340.137.3

ЗНАЧЕННЯ «SOFT LAW» ДЛЯ ГАРМОНІЗАЦІЇ ДОГОВІРНОГО ПРАВА ЄС

Визначено особливості впливу м'якого права на формування договірної права ЄС та процеси гармонізації у вказаній сфері. Зосереджується увага на існуючих інструментах м'якого права у сфері договірної права, визначено їх вплив не тільки на суб'єктів договірних відносин, але й на формування нових законодавчих механізмів. Серед іншого наводяться позитивні та негативні наслідки використання інструментів м'якого права. Проаналізовано сучасний стан формування договірної права ЄС з виокремленням перспектив створення єдиного кодифікованого акта ЄС. Виділяються ймовірні причини відсутності єдиного законодавчого регулювання договірної права ЄС і всебічного застосування інструментів м'якого права у досліджуваній сфері. Наголошується на тому, що для оптимального поєднання жорсткого та м'якого регулювання договірної права ЄС необхідно, щоб інструменти м'якого права входили до структури законодавчих актів з огляду на їх зміст та практичне значення. Однак процес прийняття єдиного гармонізованого акта повинен оптимально враховувати фактори часу, розподілу компетенцій та доцільності.

Ключові слова: soft law, м'яке право, гармонізація, засоби гармонізації, договірне право ЄС, PECL, DCFR, AQCP.



Світові та європейські процеси глобалізації та інтеграції торкаються і міжнародної комерційної сфери, у зв'язку із чим питання про доцільність уніфікації та гармонізації договірних прав сьогодні набирає обертів. Слід зазначити, що в спробах спочатку створити єдині кодифіковані міжнародні та/чи європейські нормативно обов'язкові акти нормотворці або свідомо, або вимушено закріплюють розроблені та узагальнені правила і норми в актах м'якого права («*soft law*»). Саме процеси уніфікації і гармонізації закономірно привели до появи такої правової категорії як м'яке право.

Необхідність розробки єдиних правил договірних прав ЄС обумовлена тим, що наявність різних національних законів у досліджуваній сфері може спричинити додаткові витрати і правову невизначеність для представників бізнесу і призводити до відсутності довіри з боку споживачів на внутрішньому ринку. Розбіжності в договірному регулюванні тих чи інших відносин може вимагати від компаній адаптувати свої договірні умови.

У зарубіжній та вітчизняній літературі велика увага приділяється питанню доцільності та умов застосування обов'язкових та необов'язкових актів у сфері регулювання договірних прав ЄС і які переваги та недоліки забезпечує державам-учасницям, ЄС та третім країнам вибір жорсткого (*hard law*) чи м'якого (*soft law*) права. Серед дослідників у цій сфері варто назвати таких: Дж. Бергер, В. Загородній, О. Демін, І. Діковська, К. В. Еббот, Д. Ландо, В. Мак, О. Мережко, Дж. Нолан, Д. Снідал, Л. Сенден та ін.

Разом із тим, зважаючи на постійні зміни в напрямках розвитку договірних прав ЄС, а також на невизначеність природи та значення м'якого права в контексті існування регіонального правопорядку ЄС, на окрему поглиблену увагу заслуговує питання щодо впливу інструментів м'якого права на формування договірних прав ЄС у контексті процесів законодавчого наближення.

Метою дослідження є визначення концептуальних засад формування договірних прав ЄС у контексті впливу інструментів м'якого права.

Не вдаючись до аналізу поняття та змісту концепції м'якого права, зупинимось лише на специфіці її впливу на формування договірних прав ЄС. На практиці держави та публічно-правові утворення неодноразово стикаються з ускладненнями у вирішенні окремих правових ситуацій у межах міжнародного чи регіонального правопорядку, оскільки вони слідуєть традиційним процедурам міжнародного права. У зв'язку із цим вони шукають альтернативні шляхи для вирішення таких проблем і знаходять потенційний засіб правового захисту в м'якому праві [1].

Прибічники м'якого права наводять різні аргументи на його користь. Це і консерватизм офіційних джерел права, і небажання суб'єктів права брати на себе жорсткоправові зобов'язання, і можливість залучення максимально широкого кола суб'єктів (у тому числі фізичних та юридичних осіб) у процеси нормотворчості, і необхідність забезпечити широку базу критеріїв для інтерпретації юридичних норм та ін.

У цілому недоліки жорсткого права фактично є перевагами м'якого права, і навпаки. Крім того, м'якоправові аргументи мають і окремі власні



переваги. Ця аргументація ефективно працює в першу чергу на міжнародному та регіональному рівнях.

Учасники міжнародних відносин досить часто свідомо обирають більш м'які форми легалізації. Безумовно, м'яке право інколи описується як транзитна інстанція на шляху до більш жорсткої легалізації, але здебільшого — на власних умовах [2, р. 443]. М'яке право зберігає багато переваг жорсткого права, уникаючи низки негативних наслідків останнього, але також має свої численні переваги. Важливо відзначити, що оскільки один або декілька елементів легалізації можуть бути послаблені, більш м'яка легалізація часто легше досягається. Це особливо важливо, коли в ролі учасників виступають держави, які ревно ставляться до своєї автономії, і коли виникає виклик державному суверенітету. Крім того, м'яка легалізація забезпечує окремі вигоди, не доступні жорсткій легалізації, пропонує більш ефективні способи подолання невизначеності, особливо коли зніщуються процеси, що дозволяють акторам дізнатись про реалізацію домовленостей за фактом укладення останніх. М'яке право полегшує досягнення компромісу і тим самим — взаємовигідну співпрацю між акторами з різними інтересами, цінностями, часовими горизонтами, правовими традиціями, повноваженнями.

Хоча держави можуть бути і не спроможні одразу прийняти жорсткі правові норми, вони можуть погодитись на м'якоправовий контроль і режим, заснований на загальних стандартах. Зі спливом часу такий м'якоправовий механізм може бути відображений у диспозитивних нормах в окремих сферах правового регулювання або ж може бути кодифікований у жорстке право.

На нашу думку, ставка на м'яке право може дати результат у вигляді поступових змін. М'яке право не обов'язково приводить до м'яких результатів правового регулювання. Про значення м'якого права Дж. Нолан відзначав так, що досягти чого-небудь, навіть якщо воно й недосконале, краще, ніж не досягти нічого [3, р. 130].

Однак, щоб м'яке право, в тому числі в сфері договірного права ЄС, перетворилось у стійкий та ефективний механізм, існує необхідність його тісної прив'язки до жорсткого права та підтримка з боку керівних органів ЄС.

Якщо звернути увагу на історію вирішення проблем правового забезпечення договірного права ЄС, то необхідно вказати, що всі інституції ЄС постійно підтримували ідею формування та застосування м'якого права в досліджуваній сфері на противагу законодавчо встановленим нормам.

Починаючи з 2001 року Європейська Комісія розпочала свої консультації в сфері договірного права, що було зумовлено відмінностями між законами держав-членів у вказаній сфері. У результаті активної співпраці інституцій ЄС, провідних вчених та практиків країн Європи було розроблено низку правових інструментів, які можна назвати яскравими прикладами м'якого права (Принципи Європейського договірного права (*Principles of European Contract Law — PECL*), *Acquis* Принципи (*Acquis Principles — ACQP*), Проект загальної системи підходів (*Draft Common Frame of Reference — DCFR*)). Окрім цього, було запропоновано провести огляд *Acquis communautaire* на предмет



регулювання договорів за участю споживачів з метою його вдосконалення та створення єдиного акта.

У результаті огляду в жовтні 2008 року Комісія представила пропозиції щодо директиви про захист прав споживачів, які фактично лягли в основу Директиви про права споживачів 25 жовтня 2011 р. [4]. Прийнята директива стала специфічним актом, що, з одного боку, встановлює на рівні ЄС правила для договорів за участю споживачів, з іншого — вона є факультативною до тих нормативних актів у сфері споживчого права, що прийняті в країнах-членах ЄС. Цю Директиву Європейська комісія назвала новою формою гармонізації, оскільки вона не прагне замінити собою національні цивільні кодекси або втрутитися в їх послідовність. Замість цього вона є додатковим набором однорідних правил договірної права, які можуть бути вільно обрані торговцями і споживачами, які укладають відповідні міжнародні договори. Вказана Директива стосується двох видів контрактів у контрактах В2В та В2С. Важливість цієї Директиви для В2В контрактів обумовлена тим, що коли в договорі принаймні одна сторона є мікро-, невеликим або середнім підприємством, вони непропорційно відчують тягар додаткових операційних витрат, викликаних розбіжними національними системами договірної права.

Також необхідно відзначити важливість розробленого DCFR, що охоплює принципи, визначення та типові норми договірної і недоговірної права. У ньому містяться положення, що стосуються комерційних і споживчих договорів. Фактично вказаний приклад м'якого права, що на сьогодні широко використовується для укладення та виконання договорів у межах ЄС, у зв'язку із подальшим вдосконаленням договірної права ЄС лягає в основу розробки єдиного акта договірної права ЄС. Так, у Стратегії «Європа 2020: Стратегія для розумного, стійкого і всеосяжного зростання» [5] Комісія пропонує серед заходів щодо удосконалення функціонування спільного ринку заходи для вирішення проблем єдиного ринку шляхом прийняття гармонізованих рішень для споживчих договорів ЄС, в тому числі типового договору із споживачем і досягнення прогресу в напрямку факультативного європейського договірної права.

Зелена книга Європейської комісії про варіанти політики для просування до європейського договірної права для споживачів і бізнесу (яка, по суті, сама по собі також є прикладом джерела м'якого права) [6] вказує, щоб вивчити можливість зручного інструменту існування європейського договірної права, здатного бути ефективним споживачам і бізнесу, який також буде забезпечувати правову визначеність, Європейською Комісією створюється Робоча група, яка буде надавати допомогу Комісії при виборі тих частин DCFR, які прямо або побічно стосуються договірної права, а також у реструктуризації, перегляді та доповненні вибраних положень. Вона також буде брати до уваги інші відповідні джерела в цій галузі, в тому числі PECL, ACQP, Принципи УНІДРУА, досвід різних правових традицій у сфері регулювання договірної права.

Критичні зауваження на свою адресу вказані приклади м'якого права мають у зв'язку із певним звичайним (некваліфікованим) походженням



і своїм безпосереднім характером. У той час як раніше для того, щоб той чи інший акт мав певну силу навіть і в межах м'якого права, він мав пройти певну ратифікацію (до прикладу, ратифікація Конвенції), то сьогодні всі зусилля сконцентровані не стільки на процедурі їх прийняття, скільки на змісті, виробленні єдиних зразкових кодифікованих актів та добровільного м'якого права. PECL, ACQP, Принципи УНІДРУА, DCFR є прикладами нової парадигми розуміння м'якого права, які схвалюють торговельну автономію, свободу договору та гнучкість умов.

Однак не можна стверджувати про однозначне сприйняття інституціями ЄС існування м'якого права і перекладення на нього основних питань для врегулювання відносин, у тому числі, і в сфері договірної права. Так, у Резолюції Європейського парламенту від 4 вересня 2007 р. про інституційні і правові наслідки застосування інструментів «м'якого права» (2007/2028 (INI)) вказується, що поняття «м'яке право», засноване на загальноприйнятій практиці, є неоднозначним і не повинно бути використаним в будь-яких документах інститутів Співтовариства, так звані м'якоправові документи, такі як рекомендації, зелені та білі книги або висновки Ради, не мають ніякої юридичної або обов'язкової сили. Також наголошується, що «м'який закон» не забезпечує повний судовий захист, а широке використання інструментів «м'якого права» означало б перехід від унікальної моделі ЄС до того, що є традиційним для міжнародних організацій. Обґрунтування обмеження застосування інструментів «м'якого права» в Резолюції засноване також на тезі, що ЄС — новий правовий порядок міжнародного права, на користь якого держави обмежили свої суверенні права, хоча і в певних сферах, а також інші суб'єкти, які включають у себе не тільки держави-члени, але і їх громадян та юридичних осіб, сподіваються на нормативне забезпечення не тільки обов'язків окремих осіб, але й надання їм прав, які стають частиною їх юридичної спадщини. Ці права виникають не тільки там, де вони явно надані Договором про ЄС, а й через зобов'язання, які договір чітко покладає на громадян, держави-члена та інституції Співтовариства.

На думку Європейського парламенту в контексті ЄС, м'яке право досить часто є неоднозначним та неефективним інструментом, який має негативний вплив на законодавство ЄС та інституційний баланс, і його слід використовувати з обережністю, навіть там, де це передбачено в Договорі про ЄС. М'яке право не може бути заміною правових актів та інструментів, які доступні для забезпечення безперервності законодавчого процесу.

Разом із тим, незважаючи на те, що певна стандартизація та кодекси поведінки в різних сферах є важливими елементами саморегулювання, їх створення не повинно призвести до надмірного регулювання і, отже, стати додатковим тягарем для малих і середніх підприємств зокрема, у зв'язку із чим нові законодавчо забезпечені правила повинні також включати гарантії проти зарегульованості та надмірного законодавчого тиску.

Однак у цій ситуації важливим є, з одного боку, бажання розробити ідеальний нормативний акт, який би визначав усі пріоритети та гарантував захист усім учасникам правовідносин і не порушував розподіл компетенцій між ЄС та країнами-учасницями, з іншого — щоб це не спонукало до



затягування цього процесу у зв'язку із роздумами про доцільність прийняття того чи іншого акта із визначенням, чи будуть заходи, спрямовані ЄС, співмірними з потребами і чи не перевищуватимуть вони повноваження країн-учасниць там, де ці країни можуть самостійно визначитись з механізмами правового регулювання. Саме такий приклад сьогодні спостерігаємо і з договірним правом, оскільки кожна криза в межах ЄС (чи то економічна, чи-то політична) впливає безпосередньо на вибір механізмів у цій сфері, то на бік існування договірного права виключно в межах інструментів м'якого права, то на бік створення єдиного цивільного кодексу.

Отож причинами відсутності кодифікованих офіційних актів на рівні ЄС у сфері договірного права на сьогодні можна назвати такі:

— загальна потреба у формуванні взаємної довіри (країни-члени ЄС на сьогодні ставляться з великою пересторогою до ініціатив ЄС, особливо що стосується жорсткого врегулювання тих суспільних відносин, які безпосередньо впливають на всіх учасників ЄС);

— необхідність стимулювання прогресивного розвитку процесу когерентності договірного права ЄС;

— створення попереднього гнучкого режиму з можливістю його поетапного розвитку в майбутньому (багаторічна робота над приватними кодифікаціями договірного права на рівні ЄС постійно демонструє не тільки переваги такого узгодження, але й виявляє ті проблеми і прогалини, що можуть істотно вплинути на якість прийнятого ЄС акта, а також можливість його адекватного правозастосування);

— побоювання надмірного перевантаження регіонального правопорядку ЄС нормами жорсткого права, що впливатиме безпосередньо на свободу країн-учасниць ЄС, а також може сприяти погіршенню відносин як між такими країнами, так і відносин ЄС — держави-члени;

— спрощені процедури, що застосовуються до м'якого права, які сприяють швидшому досягненню результатів (договірне право ЄС як таке не можна на сьогодні визначити єдиним правовим інститутом, де є визначений чіткий вид компетенції ЄС та держав-членів щодо прийняття та розробки актів у цій сфері).

Вказані причини не можна назвати повним переліком і їх усунення не гарантує безапеляційного рішення на користь ратифікації єдиного законодавчого акта ЄС у сфері договірного права. Разом із тим на сьогодні доцільно говорити про повернення в межах ЄС до обговорень питання прийняття єдиного акту у сфері договірного права. Однак для досягнення позитивного результату в цьому напрямку ЄС необхідно визначитись із обсягом компетенцій, що можуть бути застосовані в цій ситуації, бажанням та готовністю ратифікувати такий єдиний акт країнами-членами ЄС, із наслідками для економіки ЄС, можливостями ведення бізнесу, захистом прав усіх сторін договорів та третіх осіб, у тому числі захистом прав споживачів.



Список використаних джерел

1. *Hasanat, W.* Definitinal Constraints Regarding Soft Law [Electronic Resource] / W. Hasanat // AAL-CO Quarterly Bulletin 1&2 (2007) // Social Science Research Network. — URL : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2321552.
2. *Abbot, K. W.* Hard and soft law in international Governance [Text] / K.W. Abbot, D. Snidal // International Organization. — 2000. — Vol 54. № 3. — P. 441–456.
3. *Nolan, J.* The Corporate responsibility to Respect Rights: Soft law or not Law? [Text] / J. Nolan // Human Rights Obligations of Business Beyond the Corporate Responsibility to respect? / S. Deva, D. Bilchitz (eds). — Cambridge: Cambridge University Press, 2013. — 452 p.
4. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council [Text] // Official Journal. — 2011. — L 304. — 22.11.2011. — P. 64–88.
5. Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth 03/03/2010 [Electronic Resource] / European Union law. — URL : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52010DC2020>.
6. Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses 01.07.2010 [Electronic Resource] / European Commission. — URL : http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/consultation_questionnaire_en.pdf.

*Рекомендовано до друку кафедрою міжнародного та європейського права
Хмельницького університету управління та права
(протокол № 6 від 24 лютого 2016 року)*

Надійшла до редакції 01.03.2016



Дыминская Е. Ю. Значение «soft law» для гармонизации договорного права ЕС

Определены особенности влияния мягкого права на формирование договорного права ЕС и процессы гармонизации в указанной сфере. Сосредоточивается внимание на существующих инструментах мягкого права в сфере договорного права, определено их влияние не только на субъектов договорных отношений, но и на формирование новых законодательных механизмов. Среди прочего приводятся положительные и отрицательные последствия использования инструментов мягкого права. Проанализировано современное состояние формирования договорного права ЕС с выделением перспектив создания единого кодифицированного акта ЕС. Выделяются возможные причины отсутствия единого законодательного регулирования договорного права ЕС и всестороннего применения инструментов мягкого права в исследуемой сфере. Подчеркивается, что для оптимального сочетания жесткого и мягкого регулирования договорного права ЕС необходимо, чтобы инструменты мягкого права входили в структуру законодательных актов с точки зрения их содержания и практического значения. Однако процесс принятия единого гармонизированного акта должен оптимально учитывать факторы времени, распределения компетенций и целесообразности.

Ключевые слова: soft law, мягкое право, гармонизация, средства гармонизации, договорное право ЕС, PECL, DCFR, AQCP.

Dyminska, O. Yu. «Soft Law» Value for Harmonization of the EU Contract Law

In article are defined features of influence of the soft law for formation of the EU contract law and processes of harmonization in the specified sphere. The author focuses attention on the existing instruments of the soft law in the sphere of the contract law, defines their influence not only on subjects of the contractual relations, but also on formation of new legislative mechanisms. Among other things, the author gives positive and negative consequences of use of instruments of the soft law. In article is analysed the current state of formation of the EU contract law with allocation of prospects of creation of the uniform codified act of the EU. The author allocates the possible reasons of lack of uniform legislative regulation of the EU contract law and comprehensive use of instruments of the soft law in the studied sphere. The author emphasizes that for an optimum combination of rigid and soft regulation of the EU contract law, it is necessary that instruments of the soft law were included into structure of acts from the point of view of their contents and practical value. However, process of adoption of the uniform harmonized act has to consider optimum factors of time, distribution of competences and expediency

Keywords: soft law, harmonization, means of harmonization, EU contract law, PECL, DCFR, AQCP.

