

“MINKŠTAS” ĮSTATYMAS KAIP PIRMINIS TEISĖS DOKUMENTAS

Jaunius Gumbis

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto
Valstybės ir teisės teorijos ir istorijos katedros
Socialinių mokslų daktaras
Saulėtekio al. 9, I rūmai, 2054 Vilnius
Tel.: 370 5 236 61 75

Šio straipsnio tikslas yra apibūdinti “minkštą” įstatymą, įvertinti jo privalumus ir trūkumus, nustatyti jo reikšmę teisės sistemoje bei išryškinti pagrindines jo vystymosi tendencijas. Analizuojant šį reiškinį, yra akcentuojamos “minkšto” įstatymo atsiradimo sąlygos, jo santykis su tradiciniu įstatymu, priežastys, lemiančios tokios santykių reguliavimo formos pasirinkimą, poveikis santykių reguliavimui, “minkšto” įstatymo efektyvumą įtakojantys veiksniai. Ypatingą vietą užima “minkšto” įstatymo laikymosi problemų, faktorių, darančių poveikį normų laikymuisi, normų priverstinio įgyvendinimo klausimų analizė. Taip pat yra nagrinėjamos “minkšto” įstatymo panaikinimo galimybės.

The purpose of this article is to define the “soft” law, evaluate its merits and drawbacks, determine its significance in the legal system and highlight the main development trends thereof. The focus in the analyses of this phenomenon is made on the conditions of origin of this “soft” law, the relation thereof to the traditional law, reasons determining choice of regulating relations in such a form, impact on regulation of relations, factors having impact on effectiveness of the “soft” law. A particular attention is devoted to the analysis of issues of adherence to the “soft” law, factors having impact on adherence to the rules, issues of coercive implementation of the rules. Also possibilities to cancel the “soft” law are considered.

IVADAS

Teisė kaip reikšmingiausias socialinių santykių reguliatorius yra nuolat besikeičiantis dalykas, kurio funkcionalumas tiesiogiai priklauso nuo sugebėjimo operatyviai ir tiksliai reaguoti į visus socialinius ir ekonominius pokyčius bei tuo nulemtus visuomenės bei kiekvieno jos nario poreikius. Tradiciniam įstatymui nesugebėjus tenkinti visų atsirandančių poreikių, šalia jo (o kartais ir vietoj jo) praktikoje susiformavo kokybiškai nauja santykių reguliavimo priemonė – “minkštas” įstatymas. Kaip ir kiekvieno naujo reiškimo, “minkšto” įstatymo esmės analizė bei teorinis pagrindimas yra ypatingai svarbūs tam, kad būtų nustatyta jo tikroji vieta santykių reguliatorių tarpe. Šio straipsnio tikslas yra apibūdinti “minkštą” įstatymą, įvertinti jo privalumus ir trūkumus, nustatyti jo reikšmę teisės sistemoje bei išryškinti pagrindines jo vystymosi tendencijas. Analizuojant šį reiškinį, yra akcentuojamos “minkšto” įstatymo atsiradimo sąlygos, jo santykis su tradiciniu įstatymu, priežastys, lemiančios tokios santykių reguliavimo formos pasirinkimą, poveikis santykių reguliavimui, “minkšto” įstatymo efektyvumą įtakoiantys veiksniai. Ypatingą vietą užima “minkšto” įstatymo laikymosi problemos, faktoriai, darantys poveikį normų laikymuisi, normų priverstinio įgyvendinimo klausimai. Taip pat yra nagrinėjamos “minkšto” įstatymo panaikinimo galimybės.

1. “Minkšto” įstatymo samprata

Apžvelgiant teisės raidą pastebime, jog įstatymų ir kitų valdžios aktų vaidmuo socialinių santykių reguliavime tam tikrais raidos etapais keitėsi. Įstatymais ir kitais valdžios aktais laikomos visos valdžios išleistos arba sankcionuotos normos, kitaip tariant, valdžios teisės normos, kurios yra privalomosios elgesio taisyklės. Tokios normos yra bendro, visuotinio pobūdžio, formaliai apibrėžtos ir tokiu būdu nustatančios visuotinę, griežtai formalią tvarką. Tokiam reglamentavimui dažnai priešpastatoma neformalioji teisė, kuri plačiąja prasme galėtų būti apibrėžta kaip teisė, esanti *extra* pozityviosios teisės, t.y. įstatymų ir valdžios aktų ribų. Pozityvizmo šalininkai labai griežtai atriboja pozityviają teisę, laikydami jos šaltiniais tik tam tikrus norminius aktus, todėl visos kitos normos, neįtvirtintos tokiuose šaltiniuose, anot jų, nėra privalomos normų adresatams. Iš pirmo žvilgsnio skirtumas yra tik normų formoje, tačiau pozityvizmo doktrina laiko, kad forma apsprendžia ir turinį.

Neformaliosios ir pozityviosios teisės santykis ilgainiui keitėsi, klasikiniu periodu pozityviosios teisės vaidmuo akivaizdžiai buvo pranašesnis. XX amžiaus antrojoje pusėje pastebėtos augančios valstybinės valdžios decentralizavimo, alternatyvių ginčų sprendimų būdų sureikšminimo, o taip pat ir neformaliosios teisės analizavimo ir taikymo išplėtimo tendencijos. Pozityviosios teisės vaidmuo visuomeninių santykių reguliavime akivaizdžiai silpnėja, modernioji teisė nuolat ieško būdų, kaip atsiskirti nuo griežtos teisės normos ir teisės šaltinio supratimo. Dabar pasauliniu mastu pastebima pozityviosios ir neformaliosios teisės vaidmenų susilyginimo tendencija. Anot profesoriaus S.Vansevičiaus, tai “aukščiausia teisės raidos stadija, kur pozityvioji teisė suartėja su prigimtinė teise”. Tačiau atsižvelgiant į neformaliosios teisės vystymosi tempus, kai kurie mokslininkai jau pranašauja ateinančią neformaliosios teisės vyravimo epochą, kuri pakeis “aukščiausią teisės raidos stadiją”.

Viena iš ryškiausių XX amžiaus antrojoje pusėje neformaliosios teisės pasireiškimo formų yra “minkštas” įstatymas (angl. – *soft law*). Karlas Strupas (Karl Strupp) jau 1934 metais atkreipė visuomenės dėmesį į šį atsirandantį fenomeną. Tai kol kas iki galo neištirtas reiškinys. Paradoksalu, bet per pusės amžiaus jo egzistavimo laikotarpį nebuvo suformuluota net tiksli jo sąvoka. Tai galėjo būti sąlygota ta aplinkybe, kad iki šiol nėra vieningos nuomonės dėl “minkšto” įstatymo tiek teorine, tiek ir praktine prasme. Pavyzdžiui, “minkštas” įstatymas reiškiasi įvairiausiose gyvenimo situacijose

priklausomai nuo valstybės ar visuomenės gyvenimo sferos, sektoriaus, veiklos ir nuo ten naudojamų reguliavimo priemonių, todėl įvairiose srityse akcentuojami skirtingi jo bruožai. Reikėtų atkreipti dėmesį į tai, kad “minkštas” įstatymas nėra tik normų išorinės išraiškos forma, bet ir visa tokių normų koncepcija, todėl kartais vietoj sąvokos “minkštas” įstatymas vartojama sąvoka “švelnioji” teisė. Todėl svarbu turėti omenyje, kad įstatymo suvokimas šiuo aspektu yra prilyginamas teisės, o ne tik jos šaltinio, suvokimui. Tačiau šiame straipsnyje “minkšto” įstatymo sąvoka bus vartojama daugiausia teisinio dokumento, normų šaltinio prasme.

Svarbu pabrėžti, kad neformalioji teisė ir “minkštas” įstatymas nėra tapatūs reiškiniai, nors abipusis ryšys vargiai ar gali būti ginčijamas. “Minkštas” įstatymas apima šiek tiek siauresnę sferą, nei neformalioji teisė, nes “minkštas” įstatymas populiariai yra aiškinamas kaip normų, neturinčių sankcijų, visuma. Iš čia ir pavadinimas “minkštas”, kitaip tariant, nebaudžiantis įstatymas. Tuo tarpu neformalioji teisė apima tiek pastarąsias normas, tiek ir normas, kurios teisiškai yra privalomos, ir jų privalomumas yra užtikrintas tradicinėmis sankcijomis. Be to, “minkšto” įstatymo normos pagal savo pobūdį yra daugiau “sritinės”, t.y. taikomos tam tikrame sektoriuje, srityje, pavyzdžiui, ekologijoje, ekonomikoje, tuo tarpu neformaliosios teisės elementai, tokie, kaip principai, papročiai, gali būti tiek bendro, generalizuojančio, tiek ir minėto “sektorinio” pobūdžio.

2. “Minkšto” įstatymo atsiradimas

Skirtingos teisės tradicijos - bendroji (anglo-saksų) ir kontinentinė (romanų-germanų) - turi skirtingą praktiką “minkšto” įstatymo atžvilgiu. Pagal savo pobūdį bendrosios teisės tradicijos šalims (Anglija, Amerika) toks santykių reguliavimo pobūdis yra žinomas seniau, nei kontinentinės teisės tradicijos šalims (Vokietija, Olandija), todėl nenuostabu, kad ši koncepcija ir yra labiau išvystyta bendrosios teisės tradicijos šalyse. Pažymėtina, kad “minkšto” įstatymo supratimas net tos pačios tradicijos šalyse skiriasi priklausomai nuo įvairių faktorių, pavyzdžiui, centrinės valdžios vaidmuo, ideologija, teisinis pagrindas ir kita).

Jau anksčiau buvo pabrėžta šio unikalaus reiškinio viena svarbiausių savybių - jos sektoriškumas. “Minkšto” įstatymo koncepcijos atsiradimas buvo kaip atsakas į valstybės krizę reguliuojant tam tikrus, ypatingai greitai besivystančius, daugiausia ekonominio pobūdžio visuomeninius santykius. Tarptautinės teisės specialistai jį vadina

tarptautinės ekonominės teisės bei tarptautinės aplinkos apsaugos teisės specifine ypatybe, o tokie “minkštam” įstatymui prilyginami susitarimai esą sudaromi “pilkoje zonoje”, esančioje tarp teisės ir politikos. Taigi, “minkšto” įstatymo ištakos siejamos ir su politiniais sprendiniais. Privačiame sektoriuje “minkštas” įstatymas šiuo metu ypatingą vaidmenį vaidina vartotojų teisių gynime ir reguliavime, telekomunikacijų teisėje, žiniasklaidos, reklamos reguliavime bei kituose sektoriuose. Pagrindine šio reiškinio funkcija galime laikyti reguliavimą santykių, kurių įstatymo leidėjas negali reguliuoti dėl jų greito vystymosi tempo, arba kai tradicinis santykių reguliavimas negalimas dėl santykių specifikos, arba kai objektyviai didesnė nauda naujai atsiradusius santykius palikti savaiminiam susiregulavimui. “Minkštam” įstatymui atsirasti ir vystytis palankūs privatūs sektoriai galėtų būti klasifikuojami. Išskiriami tokie “minkšto” įstatymo ištakų sektoriai:

- 1) sektorius, kur vyrauja glaudūs ryšiai tarp rinkos dalyvių. Glaudus bendradarbiavimas skatina rinkos dalyvių sąveiką, naujų naudingų elgesio formų priėmimą siekiant išvengti didesnių rinkos dalyvių veiklos sutrikimų (pavyzdžiui, reklamos sektorius, įvairios didmeninio verslo formos);
- 2) sektorius su gerai organizuotomis rinkomis, dirbančiomis su vienu ar keliais produktais (pavyzdžiui, finansinis sektorius, bankai, draudimo agentūros);
- 3) sektoriai, kuriems būdingi dažni konfliktai tarp produktų, paslaugų teikėjų ir jų vartotojų (pavyzdžiui, kelionių agentūros, draudimo agentūros);
- 4) sektoriai, kur jau yra pasiektas tam tikras organizuotumo ir bendradarbiavimo lygis, “minkštas” įstatymas čia skatina tolesnį efektyvaus bendradarbiavimo vystymąsi (pavyzdžiui, įvairios asociacijos).

Tokie sektoriai yra liberalizuojami, nuolat keičiami bei tobulinami. Būtent todėl “minkštas” įstatymas, kuriamas betarpiškai pačių rinkos dalyvių, o ne primetamas jiems “iš viršaus”, ir dėl to nevaržantis vystymosi, yra tinkamesnė jų reguliavimo forma, nei valstybinis reguliavimas.

3. “Minkšto” įstatymo bruožai: privalumai ir trūkumai

Kiekvieno reiškinio pažinimui reikia išsiaiškinti ne tik jo sąvoką bei požymius, bet ir santykį su kitais tos pačios sferos reiškiniais, nustatyti jų privalumus vienas kito atžvilgiu. Tokiam palyginimui dažniausiai naudojami priešingi reiškiniai, konkuruojantys tarpusavyje. Kaip atsvara sąvokai “minkštas” įstatymas dažnai

vartojamas terminas “griežtas (*hard*) įstatymas”. Kalbant apie “minkšto” įstatymo reikšmę, yra būtina panagrinėti jo privalumus bei trūkumus “griežtojo” įstatymo atžvilgiu.

“Minkšto” įstatymo privalumais galėtume laikyti lankstumą, lengvą pritaikomumą, konfliktų mažinimo mechanizmą (nes taisyklės kuriamos kompromiso pagrindu). “Minkšto” įstatymo dėka įmanomas profesionalėnis specifinių poreikių tenkinimas (pavyzdžiui, techninių taisyklių vienodinimas). Akivaizdu, jog ekspertai tarpusavyje lengviau suranda kompromisą, negu įstatymų leidėjas. Nepaisant visų išvardintų privalumų, galime surasti ir nemenkų trūkumų: “minkšto” įstatymo normos yra sektorinio pobūdžio, dažniausiai taikomos specifinėse srityse, todėl toms normoms ir taisyklėms trūksta bendrumo. Be to, nereikėtų pamiršti, kad šios normos ir taisyklės yra kuriamos neprofesionalių įstatymų leidėjų, todėl kūrėjai gali neįvertinti visų aplinkybių ir sukurti ne tik nekokybišką, bet kartais ir žalingą normą ar taisyklę. Prie trūkumų turėtų būti aptartas ir dar vienas ekonominis aspektas – bet kokie rinkos dalyvių susitarimai sudaro pavojų rinkos suderinamumui, konkurencijos egzistavimui, gali būti vertinami kaip karteliniai susitarimai.

Kalbant apie “griežtajį” įstatymą, taip pat galime išskirti jo privalumus bei trūkumus “minkšto” įstatymo atžvilgiu. Pirmuoju privalumu galėtume laikyti įtikinamą argumentą, jog šios taisyklės yra kuriamos demokratiniu būdu išrinkto bei tinkamai įgalinto įstatymų leidėjo. Be to, kuriamos taisyklės yra bendro pobūdžio, jų efektyvumas yra paremtas valstybės prievartos taikymo galimybe. “Griežtasis” įstatymas, anot profesoriaus B. Brounsteino (Brownstein), kuria “įstatymo taisyklę”, kuri užtikrina kelio užkirtimą teisinių privilegijų suteikimui išskirtinei visuomenės daliai, tuo tarpu “minkštas” įstatymas negali to užtikrinti. “Griežtojo” įstatymo normų neišvengiamais trūkumais galima būtų laikyti tai, jog kuriant tokią normą, iš anksto sunku numatyti jos taikymą ir aiškinimą ateityje. Dažnai tokios normos yra sunkiai suprantamos, o kai kuriais atvejais neišsprendžia problemos, kuriai spręsti jos buvo sukurtos. Minėtinas ir finansinis aspektas – “griežtojo” įstatymo normų taikymas dažnai būna brangesnis.

Taigi, įvertinus privalumus ir trūkumus, galime daryti išvadą, jog pats “minkšto” įstatymo normų kūrimo bei taikymo procesas turi būti stebimas bei analizuojamas ne tik valstybės, bet ir pačių normų kūrėjų. Valstybė turi prižiūrėti, kad toks reguliavimas neperžengtų leistinų ribų, t.y. neperaugtų į jau minėtus susitarimus, trikdančius rinkos suderinamumą, konkurencijos egzistavimą, tuo pačiu

metu patys susitarimų autoriai turi stebėti vienas kitą tam, kad tie susitarimai būtų efektyvūs ir naudingi visiems suinteresuotiems susitarimo dalyviams. Taigi, darytina išvada, kad bet kokiais atvejais “minkšto” įstatymo normos turi būti skaidrios ir viešos.

Visuotinai pripažįstama laikyti šį fenomenalų santykių reguliavimą kaip elgesio “orientyrą”, kuriuo nėra ir negali būti griežtai privaloma teisės norma, paremta valstybės prievarta. Tokie orientyrai, nors aiškiai formuluojami kaip teisiškai neprivalomi, vis dėlto praktikoje gali daryti nemažą įtaką santykių reguliavimui. Reikėtų pripažinti, jog kai kurie principai ir normos, atsirandantys teisėkūros procese, nors dar ir nepripažinti juridine prasme privalomais, vis dėlto gali tam tikru mastu “išankstinai” veikti teisinius ar arbitražinius sprendimų priėmimo procesus kaip papildomas argumentas aiškinant esamą teisę.

Išanalizavus šių dviejų reiškinių privalumus ir trūkumus, kyla klausimas, kodėl subjektai kreipiasi pagalbos į “minkšto” įstatymo normas dėl jų įsipareigojimų. Yra keletas galimų priežasčių, kurios galėtų paaiškinti “minkšto” įstatymo pasirinkimą:

- (1) daugeliui subjektų, reguliuojant jų santykius, trūksta įgaliojimų patvirtinti privalomuosius dokumentus;
- (2) subjektai nemano galintys laikytis normų, todėl dažnai nepageidauja paversti tų normų privalomuoju teisiniu dokumentu. Tokiu aspektu “minkštas” įstatymas gali būti vertinamas kaip pagarba “kietam” įstatymui, nes šalys iš karto siekia nepažeisti privalomųjų taisyklių;
- (3) “minkštas” įstatymas gali būti skirtas skatinti subjektus dalyvauti visuomeniniuose santykiuose arba versti nesutinkančius subjektus laikytis teisės normų;
- (4) “minkštas” įstatymas gali atsirasti dėl visuomenės ir jos atskirų subjektų augančios galios ir brandos. Tebeegzistuojančiose visuomenėse pastebima tendencija, kad nebūtina visų santykių reguliuoti bei kontroliuoti įstatymais, kai kurie jų gali būti palikti laisvajam šalių bendradarbiavimui bei neformaliems įsipareigojimams. Teisės normų laikymosi reikalaujama iš visų sutartų normų, tačiau “kietas” įstatymas paliekamas rimtoms ir esminėms taisyklėms, kur yra itin svarbus jų formalus ir privalomas pobūdis;
- (5) teisiškai privalomos normos gali būti netinkamos, kai klausimas ar potencialus atsakymas nėra aiškiai nustatyti dėl mokslininkų nuomonių gausos, jų tarpusavio nesutarimų ar kitų priežasčių, tačiau atsiranda neatidėliotinas poreikis imtis kokio

nors veiksmo. Tai gali būti būtina tais atvejais, kai skirtingos teisinės sistemos užkerta kelią teisiškai privalomoms normoms. Taigi, “minkštas” įstatymas gali būti vis dažniau naudojamas, kai jis atitinka naujos visuomeninių santykių sistemos poreikius;

- (6) “minkštas” įstatymas numato aktyvesnę nevalstybinių veikėjų dalyvavimą. Ten, kur valstybės kartą sukūrė ir taikė privalomas normas ir procesus, kuriems trūko skaidrumo, dalyvavimo ir atskaitingumo, nevalstybiniai veikėjai tapo svarbiu jėgos šaltiniu greta valstybės kontrolės, jei ne už jos ribų. Visuomenės dalyvavimas yra ne tik tikslas, bet ir realybė, plečiant ir įgyvendinant teisės normas. “Minkštas” įstatymas leidžia nevalstybiniams veikėjams atlikti vaidmenį, kuris įmanomas tik labai retais atvejais tradiciniuose įstatymų kūrimo procesuose;
- (7) paprastai “minkštas” įstatymas gali būti priimtas greičiau, kadangi dėl jo neprivalomojo pobūdžio priėmimo procedūra yra maksimaliai supaprastinta. Be to, jis gali būti greitai koreguojamas ar pakeistas kitu, jeigu dabartinės problemos reikalauja modifikuoto reguliavimo. Jo lankstumas prasiplėtė iki įgyvendinimo ir laikymosi ten, kur dinamiška įvairių veikėjų sąveika gali suvaidinti lemiamą vaidmenį. Tokiu būdu “minkštas” įstatymas gali pakeisti “kietą” įstatymą, kai neįmanoma pasiekti jokio susitarimo “kieto” įstatymo atžvilgiu, arba kai pagalbos kreipimasis į “kietą” įstatymą būtų neefektyvus (pavyzdžiui, dėl normų progresyvumo stokos). Gali būti, kad išaugęs derybas vedančių visuomeninių santykių subjektų skaičius padarys jį labai tikėtinu, kad bus mažiau “kietų” susitarimų visuotiniame reguliavime. Tokia politika sukels daugiau “minkštų” normų perėjimą iš regioninio į visuotinį lygį.

4. “Minkšto” įstatymo vaidmuo teisės sistemoje

Siūlomi sprendimai problemų atžvilgiu ne visada yra pateikiami įstatymo forma. Iš esmės teisinis reguliavimas yra beveik neišvengiamai atsakomasis, jis retai operatyviai numato būsimas problemas ir užtikrina tokių problemų greitą bei efektyvų išsprendimą. Pavyzdžiui, teisės į privatumą garantijos buvo aiškiai išreikštos tik tada, kai grėsmė privatumui dėl technologijų vystymosi lygio ir vyriausybės kišimosi į privatų gyvenimą pareikalavo atsakymo. Todėl santykių subjektai neretai pasirenka alternatyvų santykių reguliavimo būdą – nustatant neprivalomas normas. Be jau

minėto neprivalomų normų operatyvumo, galima išskirti ir kitas “minkšto” įstatymo poveikio santykių reguliavimui kryptis:

- a) “minkšto” įstatymo priėmimas kelia šalių tarpusavio pasitikėjimą;
- b) “minkštas” įstatymas padeda vystyti santykiams, neribodamas jų progreso, bei tuo skatindamas juos;
- c) “minkštas” įstatymas nustato “preliminarų”, lankstų režimą, įgalinantį keisti susitarimo lygius;
- d) neprivalomosios normos yra kuriamos pačių santykių subjektų, o ne nustatomos “iš viršaus”, todėl realistiškai atspindi subjektų poreikius. Dėl šios priežasties “minkštas” įstatymas galėtų tapti savotišku pagrindu “kietų” įstatymų kūrimui;
- e) “minkštas” įstatymas neapsunkina šalių santykių, nėra santykių pablogėjimo arba nutraukimo dėl privalomų įsipareigojimų nesilaikymo grėsmės;
- f) kadangi jis yra priimamas paprastesne tvarka ir todėl lengviau pasiekiamas konsensusas, yra didesnė tikimybė, kad derybos tarp šalių visgi pasieks norimą rezultatą;
- g) “minkštas” įstatymas užtikrina, kad jo normų keitimas, koregavimas, modifikavimas yra daromas paprasta tvarka, kurios operatyvumas ir nesudėtingumas pranoksta įstatymo leidėjo taikomas procedūras;
- h) “minkštas” įstatymas gali būti sudarytas tarp šalių, oficialiai neįgalintų jį sudaryti, todėl į teisės kūrimo procesą įsitraukia platesnis asmenų ratas, o tai yra vienas iš demokratinės valstybės siekių;
- i) “minkštą” įstatymą įmanoma sudaryti tarp visiškai nelygiaverčių šalių, netgi tuo atveju, kai viena iš jų atsisako pripažinti kitą šalį. Taip yra sušvelninami socialiniai bei ekonominiai skirtumai, silpnesnės šalies priklausomybė nuo stipresnės aiškiai mažėja.

Yra labai svarbu pabrėžti, kad “minkštas” įstatymas įgalina šalis bent jau pasiekti susitarimo, kas ne visada įmanoma nustatant privalomasias sankcijomis paremtas taisykles. Teisininkai mano, kad net blogas susitarimas yra geresnis už nesutarimą. Tas faktas, kad šalys pasiekė tam tikrą susitarimą, gali įtakoti tokių derybų atnaujinimą ateityje. Būtent todėl “minkštas” įstatymas skatina santykių plėtojimą, įforminimą bei reglamentavimo nustatymą.

Praktika parodo, kad “minkšto” įstatymo efektyvumas visiškai priklauso nuo to, kokia yra jo pozicija tradicinės (o tai yra ne kas kita, kaip “griežtoji” teisė) teisės

atžvilgiu. Aukščiausias efektyvumas pasiekiamas ten, kur “minkštas” įstatymas papildo galiojančias “griežtasias” normas, kurias detalizuoti taip, kad jos atitiktų visų asmenų interesus, valstybė dėl įvairių priežasčių yra bejėgė. Tik tam tikrais išimtiniais atvejais “minkštas” įstatymas gali radikaliai veikti toje srityje, kur galioja valstybės nustatytos normos. Tai gali būti pasiekta dėl visiško valstybinio reguliavimo neveikimo, pavyzdžiui, kai normos yra priimtose, bet praktikoje netaikomos.

5. “Minkšto” įstatymo laikymosi problemos

Apie teisės normų laikymąsi yra parašyta daug analitinių darbų. Daugelis mokslininkų kelia klausimą, kas nulemia laikymąsi – įprotis arba motyvuotas, savais interesais paremtas sprendimas. Kiti mokslininkai klausia, ar yra būtinos sankcijos bei kitos prievartos formos siekiant teisės normų laikymosi, ar efektyvesnis yra problemų sprendimas paskatų pagalba.

Kalbant apie “minkšto” įstatymo normų laikymąsi, svarbu išsiaiškinti, ar tokios normos yra normos juridine prasme, ir ar jų laikymasis yra pagrįstas tais pačiais mechanizmais. Tyrinėtojo prancūzų advokato Pierre Ramquet nuomone, “minkšto” įstatymo normos yra normos juridine prasme, ir todėl jos yra juridškai privalomos vykdyti, tačiau siekiant jų efektyvumo, jos turi būti paremtos veiksmingomis sankcijomis, ko “minkšto” įstatymo normos neturi. Lyg ir išėitų, jog “minkšto” įstatymo normos, nors ir turinčios juridinių normų požymių, nėra efektyvios, nes neturi sankcijų. Iš tiesų, tokiai išvadai galima būtų paprieštarauti, nes “minkšto” įstatymo normos yra kuriamos privačia iniciatyva, ir dažnai jų laikomasi jau vien dėl to, kad šios normos buvo priimtos kompromiso pagrindu. Bet kokios sutarties įgyvendinimas priklauso nuo šalių geranoriškumo. Jeigu šalis nėra suinteresuota vykdyti sutartį, beveik neįmanoma jos įpareigoti ją vykdyti nei per teismą, nei kitų politinių bei tarptautinių instrumentų pagalba. Kitaip tariant, “minkšto” įstatymo normų užtikrinimas remiasi neformaliosios teisės elementais – moraliniais principais ar pačios moralės elementais. Normos yra paremtos geros valios (*bona fide*), sąžiningumo, protingumo, "rankų paspaudimo" (*shake hands*) bei kitais principais ir kriterijais. Pažymėtina, kad geranoriškas normų laikymasis yra tikėtinas tol, kol egzistuoja aplinkybės, paskatinusios šalis sudaryti tokį neprivalomą susitarimą. P.Ramquet pabrėžia, jog “minkštas” įstatymas negali pakeisti pozityviosios teisės, tačiau gali pridėti jai daugiau juridinės vertės. Normų be sankcijų juridine prasme efektyvumas

užtikrinamas ne tik moralinėmis sankcijomis, negatyviu rezultatu nevykdančiam susitarimo, bet ir sankcijomis, kylančiomis iš alternatyvių ginčų sprendimo būdų, pvz. mediacija, garbės teismai.

“Minkšto” įstatymo normoms, kaip ir griežtosios teisės normoms, turi būti keliami minimalūs reikalavimai, kurie anot P.Ramquet turėtų būti tokie:

- 1) visi suinteresuoti asmenys turi sutikti įsipareigoti laikytis tokių susitarimų;
- 2) pačios normos turi būti aiškios, tikslios, išsamios, suformuluotos be profesinio žargono;
- 3) normos turi būti lanksčios, lengvai pritaikomos greitam santykių vystymuisi ir progresui;
- 4) normos turi būti skaidrios, viešo pobūdžio, atviros visiems visuomenės nariams;
- 5) normos turi turėti nors ir specifines sankcijas, kurias pasireikštų kokiu nors

neigiamu rezultatu jų nesilaikančiam subjektui.

Teigti, kad “minkšto” įstatymo normos visiškai neturi realizavimo mechanizmo, yra klaidinga. Jų įgyvendinimas yra specifinis privalomų normų atžvilgiu. Todėl “privertimo” sąvoka nėra korektiška neprivalomų normų laikymosi kontekste, čia dažniau kalbama apie “skatinimą”. Tokios normos gali būti realizuojamos “švelniu” būdu, sukuriant tam tikrą kontrolės mechanizmą, dėl kurio savanoriškai, tačiau ir tarptautinio ar nacionalinio politinio spaudimo pagalba, susitaria visos “minkštą” įstatymą sudarančios šalys. Šalys taip pat susitaria, kad bet kokie sprendimai, priimti minėto mechanizmo pagalba, turi būti grindžiami viešąja nuomone. Todėl galime kalbėti, kad “minkštas” įstatymas gali būti lydimas “minkštų” sankcijų.

Dina Šelton (Dinah Shelton) savo veikale teigia, kad subjektai priima ir patvirtina tam tikras normas, kai tai tarnauja jų pačių interesams, ir dėl tos pačios priežasties laikosi tų normų. Kai jų nesilaikoma, kitų subjektų interesai sąlygoja atsakomuosius veiksmus. Be to, laikymasis gali kilti ne tik iš pseudo-sankcijų taikymo galimybės, bet ir iš poreikio užtikrinti bendros gerovės palaikymą.

Taisyklių laikymasis yra geresnis konkrečių normų atžvilgiu, kurios aiškiai numato, kokio elgesio yra tikimasi, lyginant su neaiškiomis ar neapibrėžtomis normomis. Be jau išvardintų faktorių, kurie gali daryti poveikį normų laikymuisi, yra tokie:

- a) normų kūrimas, ypač santykis tarp “minkšto” įstatymo ir “kieto” įstatymo. “Minkštas” įstatymas gali būti naudojamas užpildyti spragas “kietame” įstatyme arba papildyti “kietą” įstatymą naujomis normomis. Pagal priimtą “kietą” įstatymą priimtas “minkštas” įstatymas atspindės didesnę įsipareigojimų laipsnį ir atkaklesnę tokių normų laikymąsi, negu nauja norma “minkšto” įstatymo forma, kuri buvo pasirinkta, kadangi nebuvo susitarimo dėl “kieto” įstatymo teksto. Iš kitos pusės, greitai kintančiose dalyko srityse, kur subjektai susitaria, kad reikia imtis neatidėliotinių veiksmų, gali būti žymus normų laikymasis, net jeigu tos normos nėra privalomos. Aplinka taip pat įtakoja normų laikymosi lygį. Kuo didesnis susitarimas tarp subjektų, tuo didesnė tikimybė, kad bet kuris pavienis subjektas laikysis jo. Normų kūrimo procesas, kuris gali paskatinti laikymąsi, turbūt turėtų mažesnę poveikį, kada normos yra neprivalomos, nei kada jos yra privalomos. Taigi, taisyklių forma gali suvaidinti savo vaidmenį priimant sprendimus;
- b) normų turinys. Kuo “kietesnis” įsipareigojimų turinys, tuo labiau jo laikomasi. Normų neaiškumas ir neužbaigtumas gali riboti pastangas užtikrinti jų laikymąsi, kadangi subjektai gali nepasitikėti reikalaujamu elgesiu arba nepageidauti ką nors daryti, išskyrus minimalias pastangas įgyvendinti nesuprantamą normą. Neaiškumas gali atsispindėti susitarimo stoka, tokiu atveju laikymasis bus nepastovus. Turinys taip pat varijuoja jo poveikio subjekto padėčiai atžvilgiu. Kuo labiau nepageidaujama taisyklė, tuo sunkiau jos laikytis;
- c) institucijų egzistavimas ir veikla. Institucijos ir mechanizmai, sugebantys pateikti autoritetingas ir patikimas interpretacijas, gali skatinti laikymąsi, kadangi jie gali “sutvirtinti” jį per teisinius ir pusiau teisinius sprendimus. D.Šelton tvirtina, kad įprastas teisiųjų įsipareigojimų laikymosi raginimo būdas yra pateikti teismui pareiškimus dėl nesilaikymo. Kadangi šis modelis gali būti atmestas, kaip per daug ginčytinas neprivalomųjų normų atžvilgiu, priežiūros mechanizmai yra lemiami, ypač tose dalyko srityse, kur normą lydi stiprios paskatos nesilaikyti. Tikrinimas ir viešas normų nesilaikymo atskleidimas gali būti veiksmingiausias, jeigu ne vienintelis būdas, skatinantis normų laikymąsi. Įmanoma, kad kai kurie stipresni tikrinimo mechanizmai egzistuoja “minkštame” įstatyme būtent dėl to, kad jis yra neprivalomas, o

todėl subjektai pageidauja pripažinti griežtą tikrinimą, kurį jie atmestų privalomojo pobūdžio tekste;

- d) normų tikslas. Lengviau laikytis normų, kurios reguliuoja oficialųjį subjekto elgesį, negu įsipareigojimų, reguliuojančių neoficialų elgesį.

Dar viena problema atsiranda kalbant apie “minkšto” įstatymo panaikinimo galimybes. Akivaizdu, kad jį nutraukus, šalys yra atleidžiamos nuo nustatytų įsipareigojimų laikymosi, kadangi jų šaltinis neteko galios. Visuotinai pripažįstama, kad šalių nustatytas sutartinis režimas gali būti pakeistas, jeigu:

- 1) pasikeitė aplinkybės, kurių egzistavimas nulėmė “minkšto” įstatymo priėmimą;
- 2) viena iš šalių pasitraukė iš sutarties.

Tai, kad “minkšto” įstatymo nutraukimas nereikalauja ypatingų procedūrų, kad tam užtenka tik šalies valios, yra vienas iš potencialių trūkumų. Neprivalomasis susitarimas tampa mažiau stabilu, nei sutartinis susitarimas, priklausančiu nuo šalių interesų sutapimo tęstinumo. Tačiau tai nereiškia, kad šalys yra laisvos elgtis taip, lyg susitarimo visai neegzistavo. Jeigu iš sutarties išeina viena ar kelios šalys, tai likusios šalys kiekviena individualiai sprendžia, ar tokie kitų šalių veiksmai gali įtakoti jos galimybes laikytis “minkšto” įstatymo ateityje, ar nėra išnykęs jos dalyvavimo tokiaame susitarime pagrindas, ar šalių skaičiaus sumažėjimas nepanaikins tokio susitarimo būtinumo, ar ji vis dar pageidauja tęsti bendradarbiavimą su likusiomis šalimis. Įvyksta tam tikras egzistavusių sutartinių santykių tikslingumo įvertinimas. Jeigu likusios šalys nusprendžia, kad yra verta pratęsti “minkšto” įstatymo galiojimą, tai sutartiniai santykiai vėl atsinaujina. Toks mechanizmas daro “minkšto” įstatymo prigimtį dar lankstesnę.

Išvados

“Minkšto” įstatymo koncepcijos ryžtingas įsivyravimas per labai trumpą pusės amžiaus terminą leidžia daryti išvadą, kad tai yra “revoliucinis” pakitimas visoje klasikinėje teisės sistemoje. Valstybės bei atskirų subjektų elgseną priimant ir laikantis neprivalomųjų dokumentų įrodo naujų įstatymo kūrimo būdu įsigalėjimą, tam tikrą “kieto” įstatymo pakaitalo reikšmės augimą.

Deja, šiuo metu “minkštas” įstatymas nelaikomas visišku pozityviosios teisės pakaitalu. “Minkšto” įstatymo kaip nepriklausomo subjektų elgsio reguliavimo instrumento pagalba plačiausiai yra reguliuojami tie santykiai, kurie dėl įvairių priežasčių negali būti sureguliuoti įstatymais. Tačiau platus spektras techninių sutarčių, ketinimų protokolų, elgsio kodeksų ir įvairaus pobūdžio nurodymų demonstruoja vis didėjančią žemesnio nei įstatyminio lygio susitarimų reikšmę.

“Minkštas” įstatymas turėtų sulaukti padidinto teisės specialistų dėmesio dėl to, kad nors jis nėra teisės šaltinis visiems santykiams, bet nustato tam tikrą reguliavimą jį sudariusioms šalims, kuris visgi turi būti laikomas teisinio aiškinimo dalyku.

“Minkšto” įstatymo aukščiausiuoju lygiu naudojimą stabdo tai, jog iki šiol nėra nustatyta jo statusą, įsigaliojimą, funkcionavimą ir taikymą reguliuojančių normų. Dėl šios priežasties “minkštas” įstatymas daugeliu atveju lieka “uždaras”. Jo egzistavimą kai kurie teisės teoretikai bei praktikai iki šiol laiko faktu, bet ne teisės šaltiniu.

SUMMARY

The law being a most significant regulator of social relations is subject to a permanent variation, its functionality being directly dependent on ability to react to all social and economic changes in an operative and precise manner as well as needs of the society and each member thereof predetermined by such changes. Since the traditional law has been unable to satisfy all the existing needs, a brand new means regulating relations has formed in practice beside (and sometimes in lieu of) the traditional law – a “soft” law. Analysis and theoretical substantiation of the “soft” law, likewise that of any new phenomenon, is of particular significance for establishment of the actual place of the “soft” law among the regulators of relations. The purpose of this article is to define the “soft” law, evaluate its merits and drawbacks, determine its significance in the legal system and highlight the main development trends thereof. The focus in the analyses of this phenomenon is made on the conditions of origin of this “soft” law, the relation thereof to the traditional law, reasons determining choice of regulating relations in such a form, impact on regulation of relations, factors having impact on effectiveness of the “soft” law. A particular attention is devoted to the issues of adherence to the “soft” law, factors having impact on adherence to the rules, issues of coercive implementation of the rules. Also possibilities to cancel the “soft” law are considered.

Literatūros sąrašas

1. Akehurst M., Malanczuk P. Šiuolaikinės tarptautinės teisės įvadas. Vilnius, 2000.
2. Hart H.L.A., Teisė samprata. Vilnius, 1997.
3. Hillgenberg H. "A Fresh Look at Soft Law".
<http://www.ejil.org/journal/Vol10/No3/art1.html>
4. Joergensen H., Nordic Experience of Interplay with Soft Law. Introduction. <http://www.fs.dk/uk/acts/misc/hifairuk.htm>
5. Lynch O.J., Maggio G. Human Rights, Environment and Economic Development. Existing and Emerging Standards in International Law and Global Society. <http://www.omced.org/wri/wri-over.htm>
6. Research "The use of Soft law",
http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/enfo/enfo02_en.html
7. Seminar on Soft law, 1999,
<http://www.fabrimetai.be/sectoren/ict/news/29/softlaw.htm>
8. Vaičaitis V.A. Organic laws in Modern Legal Science. Article. Teisė 2001.Nr.38
9. Vansevičius S. Valstybės ir teisės teorija. Vilnius, 2000.