

КОНСТИТУЦИОННАЯ ЭКОНОМИКА

Т.Э. Зульфугарзаде, М.А. Цирина

ДИСПОЗИТИВНЫЕ И ИМПЕРАТИВНЫЕ ПРАВОВЫЕ НОРМЫ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ НАНОТЕХНОЛОГИЙ В США

***Аннотация.** В статье проводится исследование практики комплексного применения диспозитивного «мягкого» права Соединенных Штатов Америки в сфере регулирования нанотехнологий и нанопроизводств. Кроме того, авторами рассматриваются проблемные вопросы взаимоувязывания диспозитивного «мягкого» права с нормами «твердого» (императивного) права, обеспечивающими надлежащую защиту жизни и здоровья человека. По мнению авторов «мягкое» право должно сыграть явно важную роль в управлении нанотехнологиями.*

***Ключевые слова:** сравнительное правоведение, право, правоприменение, нанотехнологии, наноматериалы, управление, риск, стандарт, США, взаимоувязывание.*

Вопрос о том, когда и как регулировать нанотехнологии, в наше время объективно порождает огромное количество научных дискуссий. Некоторые ученые выступают в защиту использования новых подходов к управлению, стремясь превратить регулирование в совместное предприятие представителей разных слоев общества взамен его реализации только органами власти и управления¹. Одним из центральных аспектов такого нового соуправления являются подходы к регулированию с опорой на механизмы мягкого (диспозитивного) права. В области нанотехнологий, в частности, многие авторы предлагали использовать различные механизмы мягкого права. Тем не менее, концепция мягкого права остается нечеткой с точки зрения его определения, конкретных функций и оптимального использования.

Действительно, нанотехнологии бросили новейший вызов нашей способности уравнивания хода технического прогресса с охраной здоровья людей и окружающей среды. Сценарий знакомый: быстро развивающаяся технология предлагает огромные возможности в предоставлении социальных благ, но представляется существенно неопределенной в отношении причинения ущерба здоровью и окружающей среде. Тетраэтилсвинец, атомная энергетика, биотехнологии, сотовые телефоны, нанотехнологии, синтетическая биология: цикл повторяется. В то время как инженеры, химики и другие создают новые и более сложные формы наночастиц, наноструктур и их применений, токсикологи, экологи и другие стремятся разработать аналитические инструменты, методы и модели, необходимые для понимания и решения потенциально опасных проблем. В этой динамичной и неопределенной среде продолжаются дебаты в литературе и на конференциях, заседаниях и слушаниях по поводу необ-

ходимости нанотехнологий и методов их регулирования. Кое-как продвигаются вперед ситуативные крохи регулирования, но от нас ускользает исчерпывающий ответ.

Эта дискуссия по поводу стратегии совпадает с возобновившимся интересом к реформе регулирования нанотехнологий и нанопроизводств. Традиционная парадигма предписывающего регламента — обнародование его органом государственной власти вслед за официальным уведомлением о его разработке, комментирование проекта регламента, а затем и судебная экспертиза — с самого начала подвергалась постоянным атакам. Однако классические возражения рынка в 1980-х и 1990-х гг. были заменены новыми подходами к управлению, стремящимися превратить регулирование в совместное занятие заинтересованных лиц из разных слоев общества взамен его реализации только органами власти². Одним из центральных аспектов такого нового метода соуправления являются его подходы к регулированию с опорой на механизмы «мягкого права». В области нанотехнологий, в частности, многие авторы предлагали использовать различные механизмы мягкого права. Тем не менее, концепция мягкого права остается нечеткой с точки зрения его определения, конкретных функций и оптимального использования³.

Основными источниками мягкого права являются, прежде всего, международное коммерческое право и международное публичное право, его обсуждали и применяли в различных условиях, в том числе в актах законодательства по ценным бумагам, реформе системы здравоохранения, и в законах об окружающей среде. Тем не менее, во всех этих

¹ См.: Malloy, T.F. Nanotechnology and «Soft Law» // Nanotechnology Law Report. 2012. April 3.

² Подробнее см.: Lobel, O. The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought, 89 Minn. L. Rev. 342 (2004) (providing a synthesis and evaluation of the new governance literature).

³ См.: Malloy, T.F. Nanotechnology Regulation: A Study in Claims Making, 5 ACSNano 5 (2011).

разнообразных сферах можно выделить четыре основных механизма его работы, приписываемых мягкому праву комментаторами и политиками: предваряющий, нормативный, направляющий и дополняющий. Конкретный режим мягкого права может удовлетворять нескольким функциям одновременно или начинать функционировать с течением времени либо органически, либо преднамеренно.

Предваряющее воздействие связано с использованием механизмов мягкого права при закладке фундамента для создания последующих механизмов «твердого» (императивного) права. Эта функция часто реализуется в виде добровольных программ по сбору информации, необходимой для разработки обычных программ твердого права. Ярким примером является Попечительская программа по наноразмерным материалам (NMSP), ведомая Управлением по охране окружающей среды (EPA), сосредоточенная на добровольном предоставлении данных, в соответствии с которой EPA призывает компании собирать и представлять ему информацию об опасностях, воздействиях и управлении рисками. Одной из основных целей программы была разработка более прочного научного фундамента для принятия регулятивных решений, путем поощрения выработки ключевой научной информации и соответствующей практики управления рисками для наноразмерных химических веществ. Схема добровольной отчетности о производимых наноразмерных материалах, ведомая Министерством по охране окружающей среды, продовольствия и сельского хозяйства (DEFRA) Великобритании, является еще одним примером такого рода программ. DEFRA оправдывало эту программу как оказывающую помощь правительству при разработке соответствующих механизмов контроля за любыми видами рисков в отношении окружающей среды и здоровья людей от свободных производимых наноразмерных материалов ... с целью обеспечения всех, в кратчайшие сроки, предсказуемой нормативно-правовой средой.

Существуют многочисленные примеры программ мягкого права США, разработанных в целом или частично для служения функции нормативного воздействия. Помимо указанных выше, отметим Систему рисков Дюпон-ED NANO и Руководство по надлежащей практике NIOSH (Руководство по нанотехнологиям). Центры Системы рисков NANO по формированию предпочтений заявляют, что они предназначены для поощрения ответственной разработки нанотехнологической продукции. NIOSH подчеркивает важность механизмов формирования предпочтений и информирования о предпочтениях. Например, его руководящий документ по безопасной практике явно предназначен для предоставления рекомендаций по безопасности и гигиене труда в области производства и использования наноматериалов и для повышения осведомленности по вопросам охраны труда и здоровья, связанных с нанотехнологиями.

Направляющее воздействие связано с действием механизма мягкого права, носящим квази-обязательный характер. Дополнительно отметим, что одной из определяющих особенностей мягкого права является то, что оно не создает юридически связывающих обязательств. Тем не менее, в некоторых случаях соответствующая программа мягкого права может создавать возможности для фирмы взять на себя обязательства, которые, в случае их соблюдения, смогут привести к достижению желаемой выгоды. Создается, в некотором смысле, ситуация т.н. «*баи на баи*» (*ты-мне, я-тебе*), при которой участвующая фирма потеряет выгоды, если она не будет соблюдать стандарты, установленные данной программой мягкого права. В отличие от программ мягкого права, основанных только на нормативных воздействиях, здесь при согласии фирмы, такие программы мягкого права налагают обязательства непосредственно на саму эту фирму.

Программы по сертификации являются типичным примером действия направляющего воздействия. Рассмотрим в качестве примера сертификацию по стандарту ISO 14001, согласно которому фирма получает свидетельство о сертификации третьей стороной о том, что она использует систему экологического менеджмента, соответствующую стандартам, установленным в стандарте ISO 14001. Для получения такого сертификата объект должен продемонстрировать, что он соблюдает процедуры выявления экологических аспектов выполняемых им операций, обеспечивает надлежащее обращение с опасными материалами, взаимодействует с заинтересованными сторонами и соблюдает действующие законы⁴. Фирма может пожелать пройти сертификацию на соответствие стандарту ISO 14001 по различным причинам, возможно для того, чтобы повысить эффективность своей работы и сократить расходы, чтобы удовлетворить спрос клиентов или успокоить группу акционеров. В случае если объект не в состоянии поддерживать свое соответствие стандарту ISO 14001, он сталкивается с прекращением действия сертификата. Программа по устойчивому лесопользованию (SFI) также предусматривает сертификацию тех фирм, которые демонстрируют и обеспечивают свое соответствие с конкретными стандартами этой программы. В области нанотехнологий, программа сертификации нанотехнологий, CENARIOS, созданная одной из консалтинговых фирм и одной из фирм по оказанию технических услуг, реализует направляющую функцию⁵.

⁴ См.: Зильфугарзаде Т.Э. Международное сотрудничество России в сфере развития нанотехнологий // Казанская наука. 2012. № 4. С. 23-24.

⁵ См., напр.: Corbett C.J., Kirsch D.A. International Diffusion of ISO 14000 Certification, 10 Production and Operations Management 327, 329 (2001); Martí Casadesús, et al., ISO 14001 Diffusion After the Success of the ISO 9001 Model, 16 Journal of Cleaner Production 1741, 1750 (2008); Nicole Damall and Stephen Sides, Assessing the

Из четырех функций мягкого права функция направляющего воздействия является, пожалуй, самой близкой для применения в твердом праве. Хотя стандарт поведения не имеет юридической силы, теоретически его несоблюдение несет за собой достаточно значительные последствия, чтобы повлиять на деятельность соответствующей фирмы. Более того, для многих программ, включающих в себя направляющую функцию, стандарты поведения являются более конкретными, чем те, которые обычно можно найти в правовых документах мягкого права, основанных на нормативных воздействиях. Учитывая специфику и потенциальные последствия из-за несоблюдения их, можно было бы ожидать, что программы мягкого права, использующие направляющую функцию, стали бы более эффективными, чем программы, движимые нормативной функцией. Результаты одного из проведенных недавно мета-анализов добровольных экологических программ (VEPs) свидетельствуют об ограниченной поддержке такого ожидания, о том, что участие в сертифицированных VEPs-ах связано с более значимым улучшением экологических показателей, чем участие в самоконтролируемых VEPs-ах. Даже при этом, в среднем результативность экологической деятельности фирм, участвующих в сертифицированных VEPs-ах, была лишь немногим лучше, чем у фирм, которые вообще не принимали участия в VEPs-ах.

Дополняющая функция интеграция твердого и мягкого права связывает вместе твердое и мягкое право. Здесь мягкое право служит для оказания помощи в реализации существующего твердого права. Одним из широко применяемых механизмов мягкого права является использование для этой цели неформального руководящего документа, из-

данного соответствующим ведомством для разъяснения его интерпретации какого-либо закона или регламента. Такие рекомендации, как правило, не являются юридически обязательными, зачастую доводимыми до сведения общественности без официальных уведомлений и комментариев. Тем не менее, они обеспечивают определенным уровнем предсказуемости при реализации механизмов твердого права, и могут служить в качестве центров координации взаимодействия между ведомством и заинтересованными сторонами. Кроме того, программы технической помощи в целом в форме тренингов, семинаров и посещений вебсайтов являются формами мягкого права в содействии дополняющей функции. Такие усилия будут также служить ценной функцией для правовых механизмов твердого права, которые могут работать в будущем в сфере нанотехнологий.

По нашему мнению, мягкое право должно сыграть свою явно важную роль в управлении нанотехнологиями. В то время как его основная роль в генерировании информации, возможно, продолжит оставаться минимальной, механизмы мягкого права уже играют конструктивную роль в потенциальном развитии твердого права благодаря таким усилиям по выполнению практической деятельности, как вышеуказанные Система управления рисками DuPont-ED NANO и надлежащие практики NIOSH. Проблемы дизайна и ограничений, присущих нормативным воздействиям в данном контексте, скорее всего, в последующем ограничат влияние нормативно обоснованных кодексов поведения, в то время как тщательно разработанные программы, ориентированные на указание направления, все еще могут играть важную промежуточную роль в обеспечении значимого управления применениями нанотехнологий.

Библиографический список:

1. Зильфугарзаде Т.Э. Международное сотрудничество России в сфере развития нанотехнологий // Казанская наука. 2012. № 4. С. 23-24.
2. Corbett C.J., Kirsch D.A. International Diffusion of ISO 14000 Certification, 10 Production and Operations Management 327, 329 (2001).
3. Lobel, O. The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought, 89 Minn. L. Rev. 342 (2004) (providing a synthesis and evaluation of the new governance literature).
4. Malloy, T.F. Nanotechnology and «Soft Law» // Nanotechnology Law Report. 2012. April 3.
5. Malloy, T.F. Nanotechnology Regulation: A Study in Claims Making, 5 ACSNano 5 (2011).
6. Martí Casadesús, et al., ISO 14001 Diffusion After the Success of the ISO 9001 Model, 16 Journal of Cleaner Production 1741, 1750 (2008);
7. Nicole Darnall and Stephen Sides, Assessing the Performance of Voluntary Environmental Programs: Does Certification Matter, 36 Policy Studies Journal 95, 111 (2008).

References (transliteration):

1. Zul'fugarzade T.E. Mezhdunarodnoe sotrudnichestvo Rossii v sfere razvitiya nanotekhnologiy // Kazanskaya nauka. 2012. № 4. S. 23-24.

Performance of Voluntary Environmental Programs: Does Certification Matter, 36 Policy Studies Journal 95, 111 (2008) и др.