

Вважаємо, що подальші розробки в зазначеному напрямку дозволять виявити та більш детально проаналізувати проблеми досягнення цілей покарання в сучасному кримінальному праві України.

Література:

1. Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть общая: В 2 т. – Тула: Автограф, 2001. – Т. 1. – 800 с.
2. За: Серьгиевский Н. Д. Наказание в русском праве XVII века. – С.-Петербург, 1887. – 300 с.
3. Спасович В. Ученик уголовного права. – Т. 1, Вып. 1-2. – Санкт-Петербург, 1863. – 432 с.
4. Познышев С. В. Основне вопросы учения о наказании. – М., 1904. – 409 с.
5. Кримінальний кодекс України // Офіційний сайт Верховної ради України / <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.

*Др'оміна-Волок Н. В., Національна академія
прокуратури України*

РАСОВА ДИСКРИМИНАЦІЯ ЯК ЗЛОЧИН: СТАНОВЛЕННЯ КОНЦЕПЦІЇ МІЖНАРОДНОГО ТА НАЦІОНАЛЬНОГО КРИМІНАЛЬНОГО АНТИДИСКРИМИНАЦІЙНОГО ПРАВА

В статье рассматриваются актуальные вопросы противодействия преступным проявлениям расовой дискриминации, анализируется концепция преступлений на почве ненависти (hate crimes). Изложена концепция международного и внутригосударственного уголовного антидискриминационного права

The article examines legal aspects of combating criminal manifestation of racial discrimination and a hate crime concept. A conceptual framework of international and domestic criminal antidiscrimination law has been suggested.

Сучасне міжнародне право визнає міжнародно-правову заборону расової дискримінації нормою *jus cogens*. Г. Шоу, аналізуючи критерії, за якими певні норми міжнародного права визнаються міжнародним співтовариством імперативними, висловлює думку, що “концепція *jus cogens* базується на визнанні фундаментальних, найголовніших загальнолюдських принципів” [1]. Заборона расо-

вої дискримінації набула імперативний статус саме через визнання міжнародною спільнотою дискримінації явищем, що суперечить основним засадам людяності. Зобов'язання дотримуватись цієї норми, відповідно, набули універсальний характер *erga omnes* ("зобов'язання по відношенню до усіх" – лат.) [2]. Виконуючи свої зобов'язання, держави імплементували міжнародно-правові антидискримінаційні норми у своє національне право. Таким чином було створено система міжнародних та національних юридичних норм, які забороняють расову дискримінацію та встановлюють кримінальну (національну та міжнародну) відповідальність за її прояви. Ці норми складають кримінальне антидискримінаційне право [3].

З моменту виникнення соціуму відмінності між його членами – такі як вік, стать, приналежність до певної соціальної або національної групи – є основою для розподілу прав і обов'язків, встановлення обмежень або надання переваг. Абсолютної рівності у суспільстві існувати не може, і завдання держави полягає у створенні справедливого, збалансованого механізму забезпечення реалізації прав і виконання обов'язків кожною особою. Проте, увага до відмінностей між членами соціуму не завжди полягала в намаганні справедливо регулювати суспільні відносини. Історія людства містить безліч прикладів насильства до національних та етнічних груп. Реакція міжнародної спільноти та відповідне правове реагування на такі події змінювались разом з еволюцією гуманістичного світогляду людини, розвитком концепції природного права та поваги до фундаментальних загальнолюдських цінностей.

Не зважаючи на зусилля міжнародного співтовариства зі створення ефективного правового механізму протидії расовій дискримінації, історично стратифіковані соціуми виявились неготовими оперативно відреагувати на тенденційні зміни у правовій системі відповідно до міжнародних зобов'язань, а також до нової концепції міждержавного контролю за їх дотриманням. Тільки у ХХ столітті людство засудило дискримінацію членів суспільства на основі їх приналежності до певної раси, національності, релігії. Принцип пріоритету національного суверенітету та гарантоване право держав незалежно визначати як правову, так і соціальну політику, був змінений концепцією пріоритетності поваги прав людини та їх захисту навіть шляхом втручання міжнародного співтовариства у внутрішні справи держави [4]. Втім, обов'язок

змінити соціальний устрій власної незалежної держави відповідно до волі світової спільноти сприймався неоднозначно, як деякими вченими і політиками, так і певними суспільствами в цілому [5]. Крім того, суспільство не завжди спроможне моментально трансформувати сприйняття певної поведінки як норми, в засудження та розуміння її злочинного характеру. Порівняно швидкий процес міжнародно-правового визнання дискримінації як забороненої поведінки, в умовах ще існуючої психологічної упередженості, певною мірою не відповідав внутрішнім соціальним тенденціям [6]. Расова, національна або релігійна відмінність залишилась психо-криміногенним фактором, хоча мотиви, наміри, причини злочинної дискримінаційної поведінки дещо трансформувались у відповідь на інтенсивне впровадження політики по відновленню прав расових та національних меншин (*affirmative action* [7]) в багатьох державах.

Починаючи з кінця 80-х років ХХ століття у західній юриспруденції, соціології і політиці дістала широкого поширення концепція злочинів ненависті (“hate crimes”). Прийнято вважати, що першим, хто виніс на публічну дискусію термін “злочин ненависті”, був американський конгресмен, суддя Джон Коньєрс, на слуханнях Конгресу у 1985 році. В результаті прийнятий Конгресом США у 1990 році “Hate Crime Statistics Act” визначив “злочин ненависті” як будь-яке насильство, що спрямовано на представників груп, об’єднаних певною ідентичністю” [10]. Слід зауважити, що ще раніше за расову дискримінацію та расизм встановила відповідальність Франція, однак її анти-дискримінаційний закон 1972 року не містить такого поняття, як “hate crimes”. Розуміючи соціо-психологічні коріння проблеми злочинів ненависті, держави почали активно впроваджувати громадські проекти з підвищення толерантності, зокрема Велика Британія, Германія [11]. Концепція “hate crimes” стала популярним предметом наукових досліджень – вивченню цієї категорії злочинів присвятили свої праці Дж. Левин, Дж. Макдевит [12], Дж. Джекобс, К. Поттер [13], Ф. Б. Герстенфелд, Д. Р. Грант [14], С. Каниин, Д. Фрейсер, Т. С. Кріс [15], Р. Дж. Келли, Дж. Маган [16], Н. Дж. Крессел [17] і багато інших вчених. Завдяки загальному поширенню та підвищенню уваги з боку суспільства до поняття “hate crime”, воно певним чином стало, як пишуть Дж. Джекобс і К. Поттер, “шаблоновою категорією”, що розширила кримінологічний словник і додала новий ракурс дослідженням злочинності [18]. Відомий російський кримінолог Я. И. Гилинский

вважає, що сьогодні “відбувається конструювання одного з сучасних різновидів злочинності – злочинів ненависті (“hate crime”), тобто злочинних зазіхань проти “ненависних” меншин. У цьому конструюванні (“Hate crimes as a social construct”) беруть участь ЗМІ та політики, вчені та правоохоронні органи [19].

Сучасне право більшості країн, так само як і міжнародне право, криміналізує будь-які прояви насильницької нетерпимості, як системні, підтримані держаною політикою, так і індивідуальні. Спільною ознакою всіх подібних діянь є ненависть, пов’язана з расою, національністю, етнічним походженням, релігією, або іншими ознаками, властивими потерпілому або групі потерпілих. Дискримінація виступає як їх ідеологічна основа та водночас – прояв. Порушення цих норм вважається поправанням не тільки права, але й фундаментальних основ рівності, справедливості та поваги до природних прав людини.

Поняття та правова характеристика “злочину ненависті” досить дискусійні. Дж. Гудлей пише, що “в Європі не існує уніфікованої дефініції цього феномена, ні в юриспруденції, ні в соціальних науках. Більше того, сам термін – “злочин ненависті” – є відносно новим для багатьох європейських держав, які традиційно розглядають окремі прояви ненависті – антисемітизм, діяльність правих екстремістів, насильство на расовому ґрунті” [20]. Бюро з демократичних інститутів та прав людини Організації з безпеки та співробітництва в Європі у річному звіті за 2006 рік “Злочини на ґрунті ненависті: інциденти та заходи реагування” зазначає: “Злочини, які вчинено на ґрунті ненависті можуть бути визначені як (А) будь-який злочин, зокрема проти життя, здоров’я або приватної власності, об’єкт якого був обраний через дійсний або уявний зв’язок потерпілого з групою, що характеризується спільними ознаками ідентичності, які перелічені у частині (В); (В) група може мати такі спільні ознаки: існуюча або уявна раса, національне або етнічне походження, мова, колір шкіри, релігія, стать, вік, психічні або фізичні особливості, сексуальна орієнтація, або будь-який інший аналогічний фактор” [21].

На наш погляд, злочини на ґрунті ненависті можна умовно поділити на дві групи: Перша група – міжнародні злочини, вчинені на ґрунті ненависті (геноцид, апартеїд, расова дискримінація, рабство). Правова характеристика та зобов’язання держав з протидії цим злочинам закріплені у нормах міжнародного права. На сьогоднішній день зобов’язання з криміналізації цих діянь, їх

попередження і покарання виконані більшістю країн. Порушення цих зобов'язань тягнуть за собою міжнародно-правову відповідальність держави відповідно до міжнародних угод та індивідуальну кримінальну відповідальність фізичних осіб (у межах національної юрисдикції, або міжнародної – у відповідних міжнародних кримінальних судах і трибуналах). Друга група – будь-які злочини за національним кримінальним правом, суб'єктивна сторона яких характеризується наявністю мотиву ненависті та спеціального наміру (*specific intent*) заподіяння шкоди саме носію однієї з перелічених вище ознак (раса, релігія, національність, і т. д.). У більшості держав расова ненависть є обтяжуючою обставиною. В Україні кримінальна відповідальність за дискримінаційні злочини встановлена окремою статтею Кримінального кодексу (ст. 161 КК України). Такі злочини, вчинені на ґрунті ненависті, мають одиночиний, несистемний характер, суворо переслідуються національною кримінальною юстицією, і не тягнуть міжнародно-правової відповідальності за умови доведеної сумнінності держави у виконанні зобов'язань з їх запобігання.

Норми міжнародного права, що встановлюють заборону першої, міжнародної категорії злочинів, вчинених на ґрунті ненависті, таких як расова дискримінація, геноцид, апартеїд і рабство, мають відносно нещодавню історію прийняття і визнання суб'єктами міжнародного права. Тільки після шокуючих наслідків Другої світової війни та Голокосту, міжнародна спільнота вирішила змінити ставлення до теорії класичного міжнародного права щодо абсолютності державного суверенітету. Прийняття Статуту Організації Об'єднаних Націй у 1945 році стало моментом народження сучасного міжнародно-правового механізму реагування та протидії дискримінаційним злочинам і нової концепції пріоритету загальної поваги до фундаментальних прав людини, без будь-якої дискримінації, над правом реалізовувати внутрішньодержавний суверенітет шляхом агресії та зневаги до загальнолюдських цінностей.

На сьогодні термін "*hate crime*" впроваджений у законодавство багатьох країн, його можна розглядати як юридичну кваліфікацію особливого роду злочинів, вчинених під впливом почуття крайньої ворожості, ненависті до осіб іншої раси, національності, віросповідання, етнічного походження, політичних переконань, статі, віку, сексуальної орієнтації або людей з особливими потребами. Така дефініція впроваджена в кримінальне право деяких штатів

США і ряду держав Західної та Центральної Європи. Ненависть може виступати як кваліфікуюча ознака спеціального дискримінаційного злочину та/або обтяжуюча обставина (Україна, РФ, США, Великобританія, та ін.). У тих країнах, що не сприйняли формальну юридичну кваліфікацію дискримінаційних злочинів як “злочинів на ґрунті ненависті”, судова практика бере до уваги наявність мотиву ненависті, що тягне більше суворе покарання навіть під час відсутності формальної юридичної кваліфікації злочину як “злочину на ґрунті ненависті” (Греція, Німеччина, Швейцарія та ін.) [22].

Сегрегація на основі раси, національного походження, сприймалась як певна соціальна норма, підкріплена психологічним неприйняттям відмінного та невідомого, релігійним консерватизмом, відсутністю наукових знань про причини існування різних рас, і, як результат, нерозумінням загальної людської рівноцінності. На відміну від країн із тривалою історією колоніалізму, сегрегація суспільства на території сучасної України мала переважно соціальний характер. Холопство, кріпосне право мало своєю основою соціальне походження, а не колір шкіри. Принципова відмінність статусу темношкірого раба на американському континенті від холопа в Київській Русі або кріпака полягала вже хоча б у тім, що раби не могли бути неспроможні стати вільними без цілісної зміни системи – цвіт шкіри був стигматизуючою ознакою приналежності до “нижчих людей”. Психологічно ставлення хазяїна до раба і холопа відрізнялось відношенням до чорного раба, як до особистої речі і, відповідно, до холопа або кріпака, зовнішні не відмінного від вільних людей, як до людини, що є власністю. Фактично це проявлялось, зокрема, в праві холопа на сім'ю, і невизнанні ані потреби, ані права на сім'ю темношкірих рабів. У радянський період “залізна завіса” відокремлювала “єдину спільність – радянський народ” від решти світу, одночасно пропагуючи ідею інтернаціоналізму і засуджуючи практику расової дискримінації, колонізації, експлуатації, рабства на рівні державної ідеології.

В XXI столітті, в умовах тотальної глобалізації та свободи пересування, від того, чи впроваджено в державі ефективний механізм попередження злочинам на ґрунті ненависті, який би об'єднував суспільні та правові методи, залежить і внутрішня національна безпека країни, і її міжнародний імідж. Всі держави мають своїм юридичним обов'язком дотримання норм загального міжнародного

права, які зобов'язують кожного члена міжнародного співтовариства криміналізувати, попереджати та карати за вчинення злочинів на ґрунті ненависті. На виконання цих зобов'язань Україна криміналізувала дискримінаційні злочини, але вважаючи на стійке зростання їх кількості, механізм попередження та покарання за такі діяння вочевидь потребує вдосконалення. На наш погляд, слід констатувати необхідність створення соціально-адаптованого та ефективного механізму попередження розвитку дискримінаційного насильства в Україні, який потребує як змін до існуючого законодавства (зокрема, ч. 3 ст. 67 та ст. 161 КК) і посилення уваги до проблеми з боку правоохоронних органів, так і впровадження соціальних проєктів щодо підвищення рівня толерантності й терпимості в суспільстві, взаємодію з міжнародними та національними громадськими організаціями. Проте, жодні зусилля не будуть ефективними, доки не буде політичної волі, доки держава та суспільство не визнають існування цієї жахливої хвороби – дискримінаційного насильства – і голосно не засудять будь-які її прояви.

Європейська комісія проти расизму та нетерпимості Ради Європи (ЄКРН) у своїй доповіді, оприлюдненої 12 лютого 2008 р., закликає українську владу вдосконалити механізм захисту від дискримінації людей, які проживають в Україні. На думку авторів доповіді, масштаби проблеми не можуть бути об'єктивно визначені через те, що міліція не реєструє окремо злочини расистського характеру. В цілому, органи влади неохоче визнають існування проблеми насильства, яке здійснюється групами скінхедів і яке влада воліє розглядати як спорадичні акти хуліганства. ЄКРН наполегливо рекомендує українським органам влади визнати все більш помітну присутність активних груп скінхедів і неофашистів в Україні. У зв'язку з цим Комісія рекомендує проводити відповідний моніторинг ситуації в тісному співробітництві з неурядовими та громадськими організаціями. Комісія відзначила, що кримінальне законодавство проти злочинів расистського характеру не було вдосконалено і покарання залишилось неадекватним, і відповідно, наполегливо рекомендувала внести зміни в Кримінальний кодекс України, які б більш ефективно сприяли здійсненню справедливого кримінального правосуддя за вчинення дискримінаційних злочинів і розпалення расовій ворожнечі [23].

Расова дискримінація в Україні не має глибинних історичних корінь, але наявність її проявів свідчить про те, що існують глибокі соціальні й психологічні причини, пов'язані з неприйняттям

“чужого”, соціальною дезорганізацією, маргіналізацією мало-забезпечених шарів населення. Расова нетерпимість в Україні набуває ознак небезпечної соціальної хвороби, імунітет до якої відсутній, і це може привести до її гострої й украй небезпечної течії, у зв'язку із чим особливий інтерес і актуальність набуває проблема оптимізації заходів державного, зокрема кримінально-правового, реагування на прояви расової дискримінації.

Література:

1. Shaw M. N. International Law. 5th edition. – Cambridge University Press, 2003: “The concept of jus cogens is based upon an acceptance of fundamental and superior values”.; Див also: M. Cherif Bassiouni. International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes / Law and Contemporary Problems. – Vol. 59. – No. 4. – 1997.
2. Див: Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belg. v. Spain), 1970 I. C. J. 3, 32 (Feb. 5); Ian Brownlie. Principles of Public International Law, 5th Edition. – Oxford University Press, 2002.
3. Див: Andrew Koppelman. Antidiscrimination Law and Social Equality. Law. – Yale University Press, 1996; Martin MacEwen. Tackling Racism in Europe: An Examination of Anti – discrimination Law in Practice. – Berg Publishers, 1995.
4. Mats R. Berdal, Spyros Economides. United Nations Interventionism 1991 – 2004. – Cambridge University Press, 2007. – P. 6.
5. Див: Antony Anghie. Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law. – Cambridge University Press, 2005.
6. Див: Ian F. Haney Lopez, The Social Construction of Race: Some Observations on Illusion, Fabrication, and Choice / Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review. – No. 29. – 1994.
7. Див: Samuel Leiter, William M. Leiter. Affirmative Action in Anti-discrimination Law and Policy. – SUNY Press (New York). – 2002.
8. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН “Про необхідність докласти “глобальних зусиль, спрямованих на повну ліквідацію расизму, расової дискримінації, ксенофобії та пов'язаної з ними нетерпимості, та всеохоплююче здійснення та прийняття наступних заходів з виконання Дурбанської декларації і Програми дій”. A/RES/62/220.
9. Hate Crimes Statistics Act of 1990 (28 U. S. Code 534); Див also Hate Crimes Sentencing Enhancement Act 1994 (Section of the Violent Crime Control and Law Enforcement Act, Public Law 103 – 222).
10. Hate Crime // Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums. Ed. by Joanna Goodey & Kauko Aromaa. – Publication Series. No. 5.

11. Levin J., McDevitt J. Hate crimes: the rising tide of bigotry and bloodshed. – Plenum Press, 1993.
12. Jacobs J. B., Potter K. Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics. – Oxford Press, 2001.
13. Gerstenfeld Ph. B.; Grant D. R. Crimes of hate: selected readings. – California Publications, 2003.
14. Faces of hate: hate crime in Australia/ Ed. by Cunneen C., Fraser D., Chris T. S. – Hawkins Press, 1997.
15. Kelly R. J., Maghan J. Hate crime: the global politics of polarization. – Southern Illinois University Press, 1978.
16. Kressel N. J. Mass hate: the global rise of genocide and terror. – Plenum Press, 1996.
17. Jacobs J. B., Potter K. Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics. – Oxford University Press, 2001. – P. 3.
18. Див.: Гишинский Я. И. Криминология: Теория, история, эмпирическая реальность, социальный контроль. – СПб.: Питер, 2002. – С. 33; Его же. Девиантология: Социология преступности, наркотизма, проституции, самоубийств и других «отклонений». – СПб.: «Юридический центр пресс», 2004. – С. 25-26.
19. Hate Crime // Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums. Ed by, Joanna Goodey & Kauko Aromaa. – Publication Series. No. 5.
20. Преступления на почве ненависти в регионе ОБСЕ: инциденты и меры реагирования. Годовой отчет Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ. – Доступ режима: http://www.osce.org/publications/odihr/2007/09/26296_931_ru.pdf. – 2006. – С. 6.
21. 2008 Hate Crime Survey: Framework Of Criminal Law. Human Rights First: 30th Anniversary. – available at: <http://www.humanrightsfirst.org/discrimination/reports.aspx?s=framework-of-criminal-law&p=index>.
22. European Commission against Racism and Intolerance (ECRI). Third report on Ukraine. Adopted on 29 June 2007. – Strasbourg. – 12 February 2008.
23. Recommendations for all Governments of the 56 Participating States of the OSCE. Human Rights First: 30th Anniversary. – available at: <http://www.humanrightsfirst.org/discrimination/pages.aspx?id=152>. – 2008.