

Вважаємо, що забезпечення довіри громадян до процесу організації виборів та встановлення їх результатів можливе за наступних умов, а саме:

- імплементації у законодавство України міжнародних виборчих стандартів, в тому числі і щодо вільних виборів;
- виконання усіма суб'єктами виборчого процесу вимог законності;
- професійної підготовки членів дільничних та територіальних виборчих комісій, офіційних спостерігачів;
- підвищення правової культури та правової свідомості громадян.

Висновок: необхідність проведення вільних виборів у відповідності до міжнародних виборчих стандартів є аксіомою сучасного державного будівництва, а тому зневажання державами взятими на себе зобов'язаннями в цій сфері неодмінно призведе до уповільнення їх демократичного розвитку, обмеження прав і свобод людей та зменшення авторитету на міжнародній арені.

*Лінник Н.В.*

*здобувач кафедри міжнародного права Київського університету права  
Національної академії наук України*

## **JUS COGENS ТА ПРАВА ДИТИНИ**

Економічні права дитини — це можливості дитини користуватися економічними благами та захищати їх у передбаченому нормами права порядку, що забезпечуються державами відповідно до їх міжнародно-правових зобов'язань. Економічні права дитини знаходять свій вираз у багатьох міжнародно-правових актах, тому важливо дослідити їх природу як системи норм імперативного характеру.

Нечувана швидкість, із якою Конвенція про права дитини була ратифікована практично всіма державами світу, спонукає до того, щоб дослідити, чи стала Конвенція в цілому або частково частиною міжнародного звичаєвого права — можливо, хоча б сучасного міжнародного звичаєвого права, а також — чи набула будь-яка норма міжнародного звичаєвого права статусу *jus cogens*. Незважаючи на те, що Уільям Фрідмен розглядає звичаєве право як «недоречний провідник» права «міжнародного благоденства», він не доходить висновку, що це неможливо, а вважає лише, що недалекоглядно покладатися лише виключно на нього.

Щоб Міжнародний Суд ООН міг застосувати проголошену норму міжнародного права, він повинен упевнитися у тому, що ця проголошена норма є наслідком хоча б одного з трьох процесів міжнародної нормотворчості: укладання договору, утворення та утвердження норми звичаєвого права, або дотримання загальних принципів міжнародного права, що визнані цивілізованими націями. Прецедент виникає, коли «державам потрібна практика прийняття — з огляду на конкретну ситуацію або кожного разу, коли така

ситуація повторюється, — певної позиції, яка набуває правової значущості». Для прийняття міжнародного прецеденту як доказу існування загальної практики, прийнятої в якості закону, слід задовольнити дві важливі передумови. Зазначена практика, по-перше, повинна бути еквівалентною загальній практиці, прийнятій у державах; по-друге, ця загальна практика повинна бути прийнятою державами в якості закону. Ця формула критикується за те, що перевертає логічну послідовність подій. Реально, щоб довести існування звичаєвого права, слід продемонструвати існування загальної практики, що підтверджує той чи інший принцип і прийняття в якості закону. Як вважає Комісія ООН з міжнародного права, про загальну практику держав можуть свідчити договори, рішення міжнародних і національних судів, національне законодавство, дипломатичне листування, висновки національних юрисконсультів і практика міжнародних організацій. Втім, такий відомий учений-міжнародник, як Я. Броунлі, включав також до цього переліку прес-комюніке та офіційні посібники з питань права і муніципальних статутів. Такі свідчення розпорошені настільки широко, що їх важко порівнювати, і навіть у випадках, коли вони зібрані воедино, джерела, що подаються як свідчення, черпаються головним чином, хоча й не виключно, з досвіду індустріальних держав, оскільки велика кількість країн, що розвиваються, не має базової комунікаційної інфраструктури.

Не кожна практика, навіть якщо вона вважається загальною та постійною, неминуче породжуватиме норму права. Може існувати практика, продиктована правилами чемності, наприклад обмін вітаннями між військовими суднами. Закон від чемності можна відрізнити за допомогою застосування поняття впевненості в правомірності. Зазначені держави повинні відчувати, що вони діють у відповідності до міжнародних правових зобов'язань. Недостатньо мотивації лише міркуваннями «чемності, зручності або традиції». У справах «Про континентальний шельф Північного моря» Міжнародний Суд ООН роз'яснив це поняття:

«зазначені дії повинні не лише бути еквівалентними затвердженій практиці, але й бути такими — або виконуватися в такий спосіб, — щоб свідчити про переконання в тому, що ця практика набула обов'язкового характеру завдяки існуванню норми права, що її вимагає. Потреба в такому переконанні, тобто в існуванні суб'єктивного елемента, закладена в самому понятті *opinio juris sive necessitatis* [впевненості в тому, що це є необхідна правова норма].

Поняття *opinio juris* має «кардинальне значення для трансформації договорів у загальне право», але Теодор Мерон зауважує, що «важко довести *opinio juris*», хоча й визнає що це проблема підходу, а не принципу. Міжнародний Суд ООН не вдовольняється лише ствердженням *opinio juris*; він вимагає доказів того, що певний комплекс практичних дій з боку держави є еквівалентним відповідному зобов'язанню. Це психологічна складова, що додається до державної практики. Хоча реально Міжнародний Суд не може заглиблюватися в психологічні обґрунтування, найбільше, що він

може зробити — застосувати об'єктивну правову інтерпретацію фактів. Для прийняття загальної практики немає необхідності в повній єдності думок, але абсолютна більшість держав повинна вважати таку практику не лише звичаєм, але й правовим зобов'язанням.

Однак держави можуть брати на себе зобов'язання на основі норми міжнародного звичаєвого права, якщо ця норма є часткою *jus cogens*, щодо якого не дозволяється будь-яких обмежень, а норма звичаєвого права не застосовуватиметься до держав, які настійливо відмовляються визнавати цю норму та чинять опір її застосуванню. Такий опір стосується лише застосування норми до даної окремої держави. Він не застосовується для того, щоб позбавити норму її статусу. В будь-якому разі, щойно прецедент затверджено як закон, держава не може відмовитися визнати, що те, що вона вважає для себе припустимим, створено без заперечень. Загальні прецеденти, на відміну від регіональних, застосовуються до всіх держав — членів міжнародного співтовариства.

Широко відомою є точка зору, згідно якої існує комплекс принципів міжнародного звичаєвого права, *jus cogens*, які є настільки фундаментальними, що не можуть бути відкинуті шляхом укладання договору або за мовчазної згоди; їх можна скасувати, лише сформулювавши протилежну норму міжнародного звичаєвого права. Ця точка зору ґрунтується на припущенні про існування в міжнародному праві фундаментальних універсальних цінностей і, таким чином, є концепцією, привабливою для юристів, котрі займаються правами людини, оскільки має символічну та практичну функції. Міжнародний Суд ООН проводить розрізнення між обов'язками у стосунках між окремими державами та зобов'язаннями «щодо міжнародного співтовариства в цілому». Суд зауважив, що такі зобов'язання беруть початок в сучасному міжнародному праві та включають в себе заборону геноциду, а також походять від «норм стосовно базових прав людської особи», у тому числі захисту від рабства та расової дискримінації.

Я. Броунлі зауважив, що якщо захист від расової дискримінації є частиною *jus cogens*, те саме має бути справедливим по відношенню до дискримінації за статевою ознакою. За припущення, що це пояснюється необґрунтованими розрізненнями на основі природжених розходжень, таку саму логіку, безсумнівно, можна застосувати і по відношенню до необґрунтованих розрізень на підставі меншої генетичної історії, тобто віку. Виявляється принаймні можливим те, що необґрунтована дискримінація на підставі віку також являє собою частину *jus cogens*. До цього необхідно ставитися з обережністю, оскільки інші автори, і, зокрема члени Міжнародного суду ООН, не розглядали можливість того, щоб захист дітей від необґрунтованої дискримінації набув такого нормативного статусу. Однак, якщо прийняти тезу Х. Черлзвот і К. Чінкін, згідно з якою *jus cogens* «відображає чоловічу точку зору на те, що має фундаментальне значення для суспільства», то причина відсутності такого розгляду стає очевидною. Х. Черлзвот і К. Чінкін стверджують, що концепція *jus cogens* додає ще один аспект дихотомії публічного та приват-

ного, оскільки норми *jus cogens* є нормами публічного права, що мають ключове значення для функціонування міжнародного співтовариства. Поняття *jus cogens* не є статичним, воно розвивається у відповідності до принципів, прийнятих міжнародним співтовариством у будь-який конкретний історичний період його історичного розвитку, і лише з недавніх пір структурні стосунки між дитиною, сім'єю та державою стали входити до традиційної сфери державної відповідальності.

Однак існує різниця між нормативним статусом дискримінації щодо дітей та іншими правами, зазначеними у Конвенції. Було б перебільшенням стверджувати, що Конвенція про права дитини увійшла в усій своїй повноті чи то в *jus cogens*, чи то в міжнародне звичаєве право. Такого роду заяви перекреслюються великою кількістю застережень, що не викликали заперечень з боку інших держав. Це також фактично означало б, що права на кшталт свободи вираження та свободи об'єднань, хоча і не є часткою міжнародного звичаєвого права для дорослих, стали б такими завдяки їх включенню в Конвенцію.

Будь-яка думка про те, що положення Конвенції про права дитини або є відображенням міжнародного звичаєвого права, або на підставі договірного статусу трансформуються в нього, вимагає подвійного підходу. По-перше, існують положення, що є частиною міжнародного звичаєвого права, яке стосується і дорослих, і дітей, і їх інкорпорація у форму договору лише зміцнює їх нормативний статус. По-друге, слід поміркувати над тим, чи складають будь-які права, що стосуються виключно дітей, частину міжнародного звичаєвого права.

Хоча висунування застережень в жодному разі не є засобом остаточної перевірки, оскільки держави мають можливість відмовлятися від визнання норм міжнародного права шляхом їх постійного та послідовного заперечення, важливо те, що всі статті, присвячені різним формам експлуатації дітей, не викликали заперечень. Крім принципу недискримінації, найбільш рішучі претензії на статус міжнародного звичаєвого права було висунуто по відношенню до практик, які можна охарактеризувати як рабство, інститути та звичаї, аналогічні рабству або работоргівлі, по відношенню до катувань і до права на життя. Все це заборони, стосовно яких не існує застережень.

У багатьох договірних положеннях, разом із свідченням про *opinion juris* як про загальну державну практику, стверджується, що рабство, аналогічні рабству практики та работоргівля, заборонені у відповідності до міжнародного звичаєвого права. Л. Сунга зазначає як абсолютний статус цих заборон, так і послідовність у формулюванні заборони та доходить висновку, що міжнародні норми щодо заборони рабства являють собою *jus cogens*. Якщо заборона рабства є еквівалентною *jus cogens*, то аргумент, згідно з яким заборона установ і звичаїв, аналогічних рабству, також є еквівалентними *jus cogens*, дуже важко заперечити. Таку аргументацію підтримує Р. Лілліч, котрий стверджує, що заборона рабства та кабальної залежності складає нині частку *jus cogens*; такої ж точки зору дотримується Робоча Група з

питань сучасних форм рабства. Згідно висновку Робочої Групи, рабство у своїх різноманітних формах і виявах є порушенням *jus cogens*, незалежно від того, чи приєдналися держави до відповідних договорів. Ми не маємо вичерпних пояснень щодо того, які форми діяльності підпадають під заборону. Однак не викликає сумнівів те, що у сферу дії заборони входять певні форми сексуальної експлуатації дітей, наприклад утримання дітей у домах розпусти або примус їх до занять проституцією, а також певні форми економічної експлуатації.

Схожі аргументи можна висунути по відношенню до заборони катувань. Якщо катування взагалі є порушенням норм міжнародного звичаєвого права, то дії, еквівалентні катуванню дітей, також мають аналогічний статус. Проблема криється не так у тому, чи становить заборона катувань частину міжнародного звичаєвого права, або чи набуває ця норма статусу *jus cogens*, як у тому, чим саме є заборонені форми поведінки та покарання щодо дітей. Схожим чином право на життя, охарактеризоване Комітетом з прав дитини як «вище право, від якого не допускається будь-яких відступів навіть під час надзвичайного становища в державі, за якого існування нації знаходиться під загрозою», може бути частиною міжнародного звичаєвого права. Проблема полягає в тому, що входить в поняття свавільного позбавлення життя та чи є відмінності в застосуванні цього поняття щодо дітей, а не щодо дорослих? Таку норму становить заборона смертної кари за злочини, вчинені особами у віці до 18 років, але можливо, що ця норма має ширшу сферу застосування. У статті 6 Конвенції про права дитини не лише визнається невід'ємне право дитини на життя, що є відлунням статті 6(1) Міжнародного Пакту про громадянські та політичні права, але й те, що держави-учасниці мають забезпечувати в максимально можливій мірі виживання та розвиток дитини. Знов-таки, проблема полягає не так у питанні про нормативний статус права, а в тому, який варіант інтерпретації права на життя обрати — вузький чи широкий. Жодна з держав не виступила з роз'ясненням, у якому стаття 6 тлумачилася б у найвужчому сенсі, і поки що застереження та роз'яснення стосувалися лише питань планування сім'ї та добровільного переривання вагітності.

Однак фундаментальна проблема виникає при розгляді питання про те, які права (якщо вони взагалі існують) стали частиною міжнародного звичаєвого права виключно щодо дітей. Проблема полягає в тому, що в разі прийняття підходу Міжамериканської Комісії з прав людини у справі «Роуч і Пінкертон», ми не матимемо достатньої узгодженості щодо визначення поняття дитини, з яким власне можна асоціювати ті чи інші права. У справі «Роуч і Пінкертон» Міжамериканська Комісія уникала аргументу Сполучених Штатів Америки з приводу браку консенсусу щодо визначення поняття дитинства, залишивши це поняття без дефініції. Однак рішення в справі «Роуч і Пінкертон» було прийнято до ухвалення Конвенції про права дитини та Інструкцій Комісара ООН у справах біженців щодо дітей-біженців, і з того часу норми змінилися. Цей підхід залежить від міри, якою можна

покладатися на спеціальні договори та резолюції для того, щоб розробляти норми міжнародного звичаєвого права. Такі норми включають також Зауваження загального порядку Комітету з прав людини, згідно з яким, хоча у статті 10 не вказано меж підлітково-юнацького віку, зі статті 6(5) випливає, що «принаймні» щодо кримінального судочинства всі особи віком до 18 років мають розглядатися як неповнолітні.

Складність встановлення точного змісту норм міжнародного звичаєвого права є однією з причин того, що держави віддають перевагу договірному праву. Захисники прав дитини можуть також вважати за краще мати більш точні деталізовані норми, але висновки щодо існування норм звичаєвого права і норм *jus cogens*, зокрема норм щодо недискримінації, можуть виявитися цінними при визначенні сфери дії низки широких застережень по відношенню до положень Конвенції про права дитини. Цей принцип міг би застосовуватися Комітетом з прав дитини не для забезпечення обґрунтованості застережень, а в процесі їх інтерпретації в такий спосіб, щоб обмежити сферу їх застосування. Застереження будуть ефективними лише в тій мірі, в якій вони на зазіхають на сфери, що є частиною *jus cogens*. Крім того, якби якась із держав відмовилась від Конвенції про права дитини, вона б усе ще продовжувала бути зв'язана відповідною застосовною нормою.

Отже, логіка про те, що принцип недискримінації за статевою ознакою допускає існування принципу недискримінації за ознакою віку має право на існування. Фактично це дозволяє зробити висновок про те, що діти, як і дорослі, можуть сприйматися як повноправні суб'єкти міжнародного права. Фактично, обмеження в застосуванні прав, що базуються на віці, похідні не стільки від того, що діти є «другорядними» членами суспільства, скільки від сприйняття позиції про поступовість розвитку людини. Тому на міжнародно-правовому рівні дитина в більшості випадків має той самий правовий статус, що і доросла особа. Так, це стосується права подавати позови до міжнародних судів і трибуналів, право вимагати захисту з боку держави тощо.

**Темченко О.В.**

*завідувач відділу захисту прав дитини і гендерної рівності  
Секретаріату Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини*

## **КОНВЕНЦІЇ РАДИ ЄВРОПИ У СФЕРІ ОХОРОНИ ДИТИНСТВА**

Визнання прав і свобод людини та співробітництво у сфері захисту прав є, поряд з визнанням принципу верховенства права, умовами членства у Раді Європи, а грубі порушення основних прав і свобод людини є підставою для призупинення або рипинення членства відповідної держави у Раді Європи, що прямо зазначено її Статутом. За більш ніж півстолітню історію свого існування Рада Європи створила єдиний ефективний механізм захисту