

Др'оміна-Волок Н. В., НДІ Національної
академії прокуратури України

СТАНОВЛЕННЯ КОНЦЕПЦІЇ МІЖНАРОДНОГО АНТИДИСКРИМІНАЦІЙНОГО ПРАВА

Современное международное право пронизано антидискриминационными нормами, что дает основание сделать вывод о существовании принципа недискриминации. На основе и с целью реализации данного принципа сформировалась специфическая целостная система антидискриминационных норм – международное антидискриминационное право, которое регулирует международно-правовое понятие и запрет дискриминации; международно-правовой механизм противодействия дискриминации и ответственность государств; международно-правовые стандарты противодействия дискриминации и ответственности за ее проявления на национальном уровне.

The modern international law is penetrated by anti-discrimination norms creating premises to talk about the existence of the principle of nondiscrimination. A specific integral system of anti-discrimination norms was created based on this principle and with the aim of its realization – the international anti-discrimination law, which regulates the international legal definition and prohibition of discrimination; the international legal mechanism of anti-discrimination and the states' responsibility in this regards; the international legal standards of anti-discrimination and responsibility for its display at the national level.

В сучасному міжнародному праві утворився і діє принцип недискримінації, який пронизує будь-які міжнародні документи, що стосуються забезпечення прав як окремої людини, так і груп осіб, визначених за будь-якою ознакою. На основі та з метою реалізації цього принципу було сформовано специфічну цілісну систему міжнародних правових норм – міжнародне антидискримінаційне право [1], яке регулює: 1) міжнародно-правове поняття та заборону дискримінації; 2) міжнародно-правовий механізм протидії дискримінації та відповідальність держав; 3) міжнародно-правові стандарти протидії дискримінації та юридичної відповідальності за неї на національному рівні.

Антидискримінаційному праву приділяється велика увага в західній юриспруденції. Йому присвятили свої праці, зокрема, М. Бантон (Banton), М Белл (Bell), І. Чопін (Chopin), М. Коннолі

(Connolly), А. Коппельман (Koppelman), С. Фредман (Fredman), С. Макгрудден (McCrudden), М. Макивен (MacEwen), Дж. Ньессен (Niessen), Р. Тоуншенд-Смит (Townshend-Smith). Окремі аспекти принципу недискримінації в контексті захисту прав людини вивчали в своїх працях відомі українські учені В. І. Євінтов, Л. Г. Заблоцька, В. В. Мицик, П. М. Рабінович, С. В. Шевчук та інші. Антидискримінаційні аспекти міжнародного і кримінального права досліджуються в працях російських учених Н. Н. Бабаяна, С. М. Кочои, Н. Кравчука.

Історія людства – це історія відносин між групами людей, об'єднаних за тим чи іншим принципом. Війни між народами, завойовування одних іншими, рабство, чітка расова або суспільна стратифікація суспільства – трагічні та великі досягнення завжди супроводжувались нерівним наданням прав тим чи іншим групам осіб за певною ознакою.

Важливо розуміти, що регулятивна функція держави завжди означає надання певних прав та обов'язків членам суспільства, і це не є дискримінацією. Обов'язок громадянина України проходити військову службу не дискримінує його, також як і виключне право громадян України купувати землю сільськогосподарського призначення не дискримінує іноземних громадян. Обов'язок роботодавця не надавати тяжкі роботи вагітним жінкам не дискримінує їх, а захищає, також як і право дітей працювати тільки за згодою батьків та на визначених місцях роботи, не дискримінує їх, а захищає. Певні посади у державі можуть займатись тільки громадянами України, що не є дискримінацією іноземців, проте, відмова кваліфікованому іноземному громадянину, який має законне право займати таку посаду тільки через його громадянство, вже є дискримінацією.

Які ж критерії існують для визначення межі між регулюванням суспільних відносин та дискримінацією? Перш за все, це доцільність, справедливість та розумність законів певної держави. Більш чітко можна зрозуміти, чи регулятивна політика держави є недискримінаційною, якщо провести детальний аналіз її законодавства на предмет його відповідності визнаним міжнародним антидискримінаційним стандартам. Якщо аналіз доводить, що існуючі закони держави не містять дискримінаційного елементу, варто акцентувати увагу на виконанні законів та діяльності держави з попередження та покарання дискримінації. Таким чином, якщо законодавство держави не є дискримінаційним, то

будь-які прояви незаконного обмеження прав осіб через їхню приналежність до цієї або іншої групи є дискримінацією і мають переслідуватись державою.

Ознаки, за яким незаконно обмежуються права людей, є різні: раса, колір шкіри, походження, національність, етнічна приналежність, релігія, мова, політичні переконання, соціальний статус, стать, вік, фізичні чи психічні можливості, сексуальна орієнтація, стан здоров'я, та ін. Також можуть відрізнятись форми обмеження прав таких осіб – від надання переваги представникам інших груп, до психологічного та фізичного насильства та знищення. Спільним є мотив такої поведінки саме по відношенню до носія ознак з цієї або іншої зазначеної вище груп.

Відмінність у правах жінок і чоловіків, звичаї відношення до інвалідів та хворих, та ін., часто мають традиційне походження. Навіть сьогодні традиції деяких суспільств незрозумілі іншим суспільствам, які вбачають в них дискримінацію та приниження. Необхідно чітко розрізняти дискримінацію та традиції, звичаї та специфіку тих або інших суспільств. Аналіз історичних та правових відходів до протидії суспільної дискримінації, яка включає в себе обмеження у правах за подібними ознаками є необхідним та актуальним. Однак, безсумнівно залишається найактуальнішим питання дискримінації за расовою (національною, етнічною) ознакою, зокрема, для України. Саме тому найбільше уваги буде приділено дослідженню методів міжнародно-правової протидії расовій дискримінації, расизму, ксенофобії, та іншим формам пов'язаної з ними нетерпимістю.

Еволюція юридичної думки та історично-правові події дають змогу виокремити декілька етапів становлення заборони дискримінації на міжнародному рівні.

Перший етап – це етап становлення концепцій природного права, які знайшли своє відображення у конституційному процесі декількох держав. Філософсько-правовий розвиток ідей невідчужуваних прав людини (теорія природних прав людини, які повинні справедливо відображатись у позитивному праві) прийшов на епоху Відродження і Просвіти. Наприкінці XVIII століття нормативні акти певних держав закріпили принцип рівності: Американська Декларація незалежності 1776 р. наголосила, що «ми вважаємо самоочевидною істиною, що всі люди створені рівними, що вони наділені Творцем певними невід'ємними правами, серед яких право на життя, свободу та прагнення до щастя»; Французька

Декларація прав людини і громадянина 26 серпня 1798 р. встановила, що «всі люди народжуються і залишаються вільними і рівними в правах» (ст. 1).

Необхідно підкреслити, що конституційне закріплення рівності відносилось до проблеми соціальної сегрегації (соціальне походження) і мало не дуже поширеного у світовому масштабі визнання. Втім, безперечним є значення цих документів, які відіграли роль стандартів для тих держав, які прагнули наблизитись до нового для того часу демократичного шляху розвитку.

Соціальна декларована рівність жодним чином, проте, не відповідала реаліям расової нерівності, і це мало певні історичні психо-соціальні підвалини. Колоніальне минуле багатьох держав обумовило виникнення змішаних суспільств, в яких колір шкіри людини, національна або етнічна приналежність визначала її правовий статус. Расово-однорідні європейські держави століттями завойовували та поневолювали інші, відмінні від них народи, і сприймали очевидні біологічні відмінності як свого роду природний фактор панівного становища білих людей [2]. У ті часи 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.

Тільки на початку XX столітті людство засудило використання примусової праці членів суспільства на основі їхньої приналежності до певної раси, національності, релігії, що стало початком другого етапу становлення антидискримінаційної правової думки. 1926 року була прийнята Конвенція про рабство, яка визначила рабство як «стан або положення людини, над яким здійснюються атрибути права власності або деякі з них. Торгівля невольниками включає всякий акт захоплення, придбання або поступки людини з метою продажу його в рабство; будь-який акт придбання невольника з метою продажу його або обміну; будь-який акт поступки шляхом продажу або обміну невольника, придбаного з метою продажу або обміну, так само як і взагалі всякий акт торгівлі або перевезення невольників» (ст. 1) Держави-учасниці відповідно до статті 2 Конвенції взяли на себе зобов'язання «оскільки вони ще не вжили необхідних заходів, і кожна відносно території, що перебувають під її суверенітетом, юрисдикцією, заступництвом, сюзеренітетом або опікою: а) запобігати й припиняти торгівлю

невільниками; b) продовжувати домагатися поступово й у можливо короткий строк повного скасування рабства у всіх його формах». Посилань на приналежність невольників до тієї або іншої раси не міститься у тексті Конвенції, однак ситуативно-історичний метод аналізу Конвенції дає підстави говорити про заборону експлуатації представників інших рас.

Третій етап еволюції міжнародно-правового відношення до дискримінації обумовлений безпрецедентно антигуманною жорстокістю виконавців сегрегаційної політики III рейху (Друга світова війна). Відношення до людини як до власності, при тому зберігаючи її право на створення сім'ї та продовження роду, як це практикувала політика холопства у Київській Русі, або відношення до людини як до речі, що було властиво рабству, померкнули перед ідеєю винищення у цілому всіх, хто не відповідав хворобливому уявленню «людини» засновників фашизму. Міжнародні зусилля, направлені на попередження та переслідування подібних антилюдських дій, обумовили впровадження концепції рівності та недискримінації всіх людей, незалежно від їхньої приналежності до раси, національності, релігії, та ін. на правовому рівні. Ідея недискримінації знайшла своє відображення у розробці та підписанні численних міжнародних угод, спільною метою яких став захист від знущання та недопущення порушення права людей на рівне ставлення з боку держави. Після Другої світової війни було розроблено та прийнято Загальну декларацію прав людини та Міжнародні пакти про громадянські і політичні права та економічні, соціальні та культурні права, а також низку конвенцій, які зобов'язували держави протидіяти всім проявам дискримінації, як системного характеру (геноцид, апартеїд), так і будь-які її одиничні прояви. Заборона расової дискримінації, встановлена Міжнародною конвенцією ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, набула імперативного характеру.

Проте, не зважаючи на зусилля міжнародного співтовариства зі створення ефективного правового механізму протидії дискримінації, історично стратифіковані соціуми виявились неготовими оперативного відреагувати на тенденційні зміни у правовій системі відповідно до міжнародних зобов'язань, а також до нової концепції міждержавного контролю за їх дотриманням. 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 [3].

Крім того, суспільство не завжди спроможне моментально трансформувати сприйняття певної поведінки як норми на 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 [4]. Тому расова, національна або релігійна відмінність залишається психо-криміногенним фактором, хоча мотиви, наміри, причини злочинної дискримінаційної поведінки децю трансформувались у відповідь на інтенсивне впровадження політики по відновленню прав меншин (*affirmative action* [5]) у багатьох державах.

Члени ООН, у більшості, доклали достатньо правових та організаційних зусиль із запобігання дискримінації. Однак, незважаючи на визнання пріоритетності проблеми протидії проявам дискримінації, у світі ця проблема не викоренена, і найчастіше вона носить не тільки індивідуальний, але й системний характер. Серед найбільш небезпечних тенденцій розвитку сучасного суспільства варто відзначити ріст неонацистських, неофашистських та ксенофобських впоодобань.

Генеральна Асамблея ООН у Викадї фактів № 12 так охарактеризувала ситуацію: «У цілій низці міжнародних декларацій, пактів і конвенцій, прийнятих після створення Організації Об'єднаних Націй, держави підтверджували той факт, що всі люди мають рівні і невід'ємні права, та приймали зобов'язання із забезпечення й захисту цих прав. Проте расова дискримінація як і раніше перешкоджає повному здійсненню прав людини. Незважаючи на прогрес, досягнутий у деяких сферах, відмінності, виключення, обмеження і переваги, засновані на ознаках раси, кольору шкіри, родового, національного або етнічного походження, продовжують викликати та загострювати конфлікти і заподіювати невимовні страждання, а також спричиняти загибель людей. Завдання щодо ліквідації несправедливості, яке лежить в основі расової дискримінації, а також пов'язаних з нею небезпек є однією із цілей діяльності, здійснюваної Організацією Об'єднаних Націй» [6].

26 лютого 2008 року Генеральна Асамблея ООН прийняла Резолюцію про необхідність докласти «глобальних зусиль, спрямованих на повну ліквідацію расизму, расової дискримінації, ксенофобії і пов'язаної з ними нетерпимості й всеосяжне здійснення і вживання наступних заходів із виконання Дурбанської декларації та Програми дій» [7]. У даній Резолюції, Генеральна Асамблея

відзначила стривоженість «зростанням насильства на расовому ґрунті та поширенням ксенофобських ідей у багатьох частинах світу, у політичних колах, у сфері громадської думки й у суспільстві в цілому, у тому числі в результаті діяльності, що відроджується, асоціацій, створених на базі расистських або ксенофобських платформ і уставів, і триваючого використання цих платформ і уставів для пропаганди або заохочення расистських ідеологій» [8].

У Резолюції Генеральна Асамблея ООН визнає, що «ухилення від дотримання заборони расової дискримінації, геноциду, злочину апартеїду або рабства не допускається, як це визначено зобов'язаннями у відповідних документах з питань прав людини; виражає глибоке занепокоєння та беззастережно засуджує всі форми расизму і расової дискримінації, включаючи пов'язані з ними акти мотивованих расизмом насильства, ксенофобії і нетерпимості, а також пропагандистські заходи та організації, які намагаються виправдати або заохочувати расизм, расову дискримінацію, ксенофобію і пов'язану з ними нетерпимість у будь-якій формі; виражає глибоку стурбованість із приводу нещодавніх спроб встановити ієрархію між новими формами расизму, расової дискримінації, ксенофобії та тими формами, що відроджуються, пов'язаної з ними нетерпимості і наполегливо закликає держави прийняти настільки ж цілеспрямовані й енергійні заходи боротьби із цим злом з метою запобігання такої практики і захисту жертв; підкреслює, що держави та міжнародні організації відповідають за забезпечення того, щоб заходи, застосовані під час боротьби з тероризмом, не виливалися за своєю метою або наслідками у дискримінацію на ґрунті раси, кольору шкіри, походження або національної чи етнічної належності, і наполегливо закликає всі держави скасувати расове профілювання у всіх формах або утримуватися від нього...»

Дана Резолюція підтверджує, що ООН зобов'язує держави рівною мірою дотримуватись взятих на себе зобов'язань із запобігання та протидії як індивідуальним проявам расизму та іншої нетерпимості, так і системним порушенням прав людини, зокрема расовій дискримінації, геноциду, апартеїду. Загальною ознакою всіх подібних діянь є ненависть, пов'язана з расою, національністю, етнічним походженням, релігією, та іншими ознаками, властивими жертві або групі жертв.

Необхідно розробити та імплементувати комплексну систему положень в різних галузях права, які б встановлювали чіткий понятійний апарат, умови та форми юридичної відповідальності як

фізичних та юридичних осіб, так і держави, та засоби компенсації шкоди у випадках порушення права людей на рівне ставлення.

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.

Європейська комісія проти расизму та нетерпимості Ради Європи (ЄКРН) у своїй третій доповіді, оприлюдненої 12 лютого 2008 р., також 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. Доповідь по Україні містить сумні висновки та численні рекомендації щодо необхідності вжиття правових та інституціональних заходів з метою створення юридичного та організаційного механізму, який міг би забезпечити протидію проявам расизму та ксенофобії, рівень яких за останні роки стрімко виріс на території України. ЄКРН відзначає, що ратифікація Протоколу № 12 до Європейської конвенції та інших антидискримінаційних угод є позитивним моментом, однак, Україна ще має багато проблем відносно ефективної імплементації ратифікованих положень. Зокрема, ЄКРН зазначила наступне: «Не було посилене кримінальне законодавство стосовно злочинів, скоєних на расовому ґрунті, влада ще й до сьогодні не ухвалила комплексний пакет цивільного та адміністративного антидискримінаційного законодавства. Через недосконалість законодавства, яке запобігає розпалюванню расової ворожнечі, та через відсутність системи контролю за випадками антисемітизму було дуже мало судових справ проти осіб, які виступали з антисемітськими заявами або видавали друком літературу антисемітського змісту» [9].

ЄКРН наполегливо рекомендує українським органам влади визнати все більш помітну присутність активних груп скінхедів і нео-

фашистів 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 є 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 [10].

Підсумовуючи викладене, слід констатувати необхідність створення соціально-адаптованого та ефективного механізму попередження розвитку дискримінаційного насильства в Україні, який потребує як змін до існуючого законодавства (зокрема, подальше вдосконалення відповідних положень Кримінального кодексу та прийняття некримінальних антидискримінаційних норм) і посилення уваги до проблеми з боку правоохоронних органів, так і впровадження соціальних проектів щодо підвищення рівня толерантності й терпимості в суспільстві, взаємодію з міжнародними та національними громадськими організаціями [11]. Як підкреслювалось багатьма вітчизняними та зарубіжними експертами, Україні необхідний збалансований і виконуваний антидискримінаційний закон або систематизований комплекс взаємопов'язаних антидискримінаційних норм, які б відповідали міжнародно-правовим стандартам та здійснення яких було забезпечено діяльністю ефективної інституціональної системи. 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

Література:

1. Див: Koppelman A. Antidiscrimination Law and Social Equality. – Yale University Press, 1996; Martin MacEwen. Tackling Racism in Europe: An Examination of Anti – discrimination Law in Practice. – Berg Publishers, 1995.
2. Див. позицію Підкомісії з попередження дискримінації та захисту меншин Комісії з міжнародного права ООН / Yearbook of the International Law Commission. E/CN. 4/873, para. 29. – Vol. II – 1966.
3. Див: Antony Anghie. Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law. – Cambridge University Press, 2005.

4. Див: Lopez I. F. H., The Social Construction of Race: Some Observations on Illusion, Fabrication, and Choice / Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review. – No. 29. – 1994.
5. Див: Leiter S., Leiter W. M. Affirmative Action in Antidiscrimination Law and Policy. – New York: SUNY Press, 2002.
6. UN Office of the High Commissioner for Human Rights, Fact Sheet No. 12, The Committee on the Elimination of Racial Discrimination, May 1991, No. 12, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a034692.html> [accessed 29 November 2009]
7. Генеральна Асамблея ООН, Резолюція про глобальні зусилля, спрямовані на повну ліквідацію расизму, расової дискримінації, ксенофобії і пов'язаної з ними нетерпимості й всеосяжне здійснення і вживання наступних заходів із виконання Дурбанської декларації та Програми дій, 26.02.2008. – A/RES/62/220.
8. Там само.
9. European Commission against Racism and Intolerance (ECRI). Third report on Ukraine. Adopted on 29 June 2007. – Strasbourg, 12 February 2008.
10. Там само.
11. Див: 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.

Белогубова О. О., ОНЮА

ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ВІДОКРЕМЛЕННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ У САМОСТІЙНУ СФЕРУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

В статті проведено аналіз трудових отношений с иностранным элементом, показано их место в системе международного частного права. Выявлены особенности международного частного трудового права и обосновано предложение о его выделении из международного трудового права.

In the article analysis of labour relationships with a foreign element is conducted, their place in the system of international private law is rotined. The features of international private labour law are exposed and suggestion about its selection from an international labour law is grounded.