

ДРЬОМІНА-ВОЛОК Н. В.

головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України, LL.M, к.ю.н.

**РІВНІСТЬ ТА СПРАВЕДЛИВІСТЬ:
ПРИРОДНО-ПРАВОВІ ВИТОКИ ЗАБОРОНИ
РАСОВОЇ ДИСКРИМІНАЦІЇ ЯК
НОРМИ JUS COGENS**

Aequum et bonum, est lex legum

Неоднорідна за формою, змістом та предметом вивчення, наука про норми, що регулюють міжнародні відносини, за різних часів визнавала, що існують певні правила «загальної справедливості», які є загальнообов'язковими для всіх народів. «Права людини» як правовий інститут в процесі розвитку відображав в собі різноманітні історично обумовлені пріоритети. І хоча термін «недискримінація» почали використовувати тільки у новітньому праві прав людини, його філософська основа – «рівність» – визнавалась ще за часів, коли стратифікація суспільства вважалася за явище неминуче і природне. Іншими словами, рівність, як фундаментальна цінність, визнавалась у різні періоди людської еволюції, однак її змістовне наповнення змінювалось відповідно до соціальних та правових процесів.

Впродовж всього тривалого і суперечливого шляху – від становлення концепції природного права та не завжди «рівної», втім підпорядкованої певному баченню справедливої рівності – до виникнення імперативних норм *jus cogens* та зобов'язань *erga omnes* – очевидним є намагання знайти баланс між «природним» та «позитивним» у міжнародному праві. Через традиційну призму принципу контрактності у міжнародних відносинах можна розгледіти правила, які визнавались такими, що мають обмежувати свободу договірних відносин між народами.

Відповідь на питання про те, що саме є тими «правилами», їх сутність, змістовне наповнення та джерела виникнення, залежить від історично обумовленого ставлення до поняття «справедливість». Проблема визначення поняття рівності та справедливості має довгу історію. Прийнято вважати, що велика ідея природної рівності і свободи всіх людей вперше була висловлена давньоогрецькими мислителями – софістами (V – IV ст.ст. до н.е.),

одним з яскравих представників яких був Протагор¹. Історико-філософські джерела дозволяють стверджувати, що перші наукові уявлення про рівність виникли у вигляді математичних формул і розрахунків. Саме математичним шляхом намагалися з'ясувати дане поняття Сократ, Аристотель, Платон та інші філософи. Найбільш яскраве математичне бачення рівності було описано піфагорійцями. Виходячи з того, що сутність світу є число, вони робили висновок, що будь-яке явище можна виразити математично². Платон був переконаний в наявності зв'язку між справедливістю й людською природою. «Він, так само як і Сократ, відкидає твердження деяких софістів про те, що і у тварин, і у людей справедливість самої природи полягає у пануванні сильнішого над слабшим. Вважаючи, що існують інші раціональні основи для визначення справедливості, він апелює до «ідеї» людини, яка, на його думку, якраз і є її справжньою природою. Платон вважає, що за своєю сутністю людина – це, насамперед, душа, яка за своїм походженням є божественною, нематеріальною, вічною й безсмертною»³.

Аристотель писав: «Справедливе по відношенню до іншого є, власне кажучи, рівність. Насправді, несправедливе – це нерівне: коли люди наділяють себе хорошими речами більше, а поганими менше, то тут має місце нерівність, і прийнято думати, що таким шляхом здійснюють несправедливість і піддаються їй. Отже, якщо несправедливість зводиться до нерівності, то очевидно, що справедливість і справедливе полягають в рівності зобов'язань»⁴.

В будь-якому розумінні поняття «справедливість» – як елементу правосуддя, так і елементу створення правової норми та її застосування – його основу складає рівність. Як підкреслює С. П. Погребняк, «визнання нерозривного зв'язку права і справедливості є складовою європейської правової традиції, починаючи ще з античних часів. Доволі часто справедливість визначається як ідея права. На думку глосаторів, право породжене справедливістю, як матір'ю, оскільки справедливість передувала праву – *Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius* (Глоса 1.1 pr. D. 1.1)»⁵.

¹ Нерсесянц В.С. Право как необходимая форма равенства, свободы и справедливости // Социологические исследования. – 2001. – № 10. – С. 7.

² Лазарев В. М., Федорова В. Г. Принцип правового равенства и юридическая ответственность (проблемы методологии и теории взаимосвязи). – Волгоград, Издательство Волгоградского государственного университета, 2005. – С. 17.

³ Рабінович С. П. Діалектика «фюсіс» та «номос»: античні джерела європейської природно-правової традиції // Проблеми філософії права. – 2006 – 2007. – Том IV – V. – С. 240.

⁴ Аристотель. Сочинения: В 4-х т. Т. 4 / пер. с древнегреч.; общ. ред. А.И. Доватура. – М.: Мысль, 1983. – С.324-325.

⁵ Погребняк С. П. Правосуддя як справедливе судочинство // Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення: колективна монографія / А. М. Бернюков, В. С. Бігун, Ю. П. Лобода, Б. В. Малишев, С. П. Погребняк, С. П. Рабінович, В. С. Смородинський, О. В. Стівба / Відп. ред. В. С. Бігун). – К., 2009. – С. 71

Aequitas (рівномірність, справедливість) є одним з найбільш поширених в класичній правовій доктрині термінів.

«Поняття *aequi* (і *aequitas*) відіграє істотну роль в праворозумінні римських юристів і використовується ними, зокрема, для позначення протилежності *aequum jus* (рівного і справедливого права) *jus iniustum* (праву, що не відповідає вимогам рівної справедливості). *Aequitas*, будучи конкретизацією і виразом природно-правової справедливості, була масштабом для коректування і оцінки діючого права, головним орієнтиром в правотворчості (юристів, преторів, сенату, та і інших суб'єктів правотворчості), максимумом при тлумаченні і застосуванні права. *Aequitas*, етимологічно означаючи рівне і рівномірне, в своєму застосуванні до правових явищ в римській юриспруденції набула значення справедливості в спеціальному сенсі (у сенсі конкретизації поняття справедливості – *justitia*) саме тому, що поняття справедливості (*justitia*) як загальний принцип права взагалі і природного права особливо включає – згідно переконанням Платона, Аристотеля, Цицерона, стоїків, а під їх впливом також і римських юристів – момент рівності, відповідності, еквівалентності (від *aequi*) в людських взаєминах», – писав В.С. Нерсесянц¹.

Дігести Юстиніана починаються з висловлювання юриста Цельса (II ст.): «*jus est ars boni et aequi*». Ця фраза традиційно перекладається як «право є мистецтвом добра та справедливого», однак багато науковців вважають, що термін *aequitas* містить в собі поєднання не тільки «справедливого», але й «рівного»². Дігести містять більше 450 згадок про *aequitas*, не даючи його загального визначення, демонструють напрями використання *aequitas*, як розширювального, так і обмежувального. Вельми знаменно, що *aequitas* трактують як виправдання сингулярного права, переважно в тих випадках, коли був потрібний особливий захист права групам «слабких» осіб, наприклад, жінкам і неповнолітнім, щоб зрівняти їх положення з тими, хто володіє нормальним рівнем сил. У судовій практиці вибір санкції до правопорушника засновували на справедливості («*aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex*»)³. Т. Цюлковський підкреслював: «Не існує більш проб-

¹ История политических и правовых учений. Учебник для вузов. Изд. 2-е, стереотип / Под общ. ред. В. С. Нерсесянца. – М.: Издательская группа НОРМА–ИНФРА• М, 1998. – С. 97.

² *Aequitas* (*aequum*). Related to justice but distinguished from the positive law, *jus*. One of the fundamental principles which direct or should direct the development of law; it is the corrective and creative element in such development. A law which is guided by *aequitas* is *jus aequum*, its antonym is *jus iniustum*. In the legal sphere *aequitas* may be realized either by interpreting the existing law or by supplementing it where an exact legal provision is missing. *Aequitas*, as the word itself indicates, implies the element of equality. Transferred into the province of law it postulates equal treatment of all according to the conceptions nurtured in the social (common) conscience of the people which change, of course, when social and economic conditions undergo a change (Berger A. Encyclopedic Dictionary of Roman Law. – Philadelphia: The American Philosophical Society. – 1953. – P. 354).

³ Православная энциклопедия / По ред. Патриарха Московского и всея Руси Кирилла. Т. 22, – М.: Изд. Православная энциклопедия, 2009. – С. 51-58.

лематичних фраз в Дігестах Юстиніана, ніж ті, що містять слово «*aequitas*», особливо «*jus aequum*» та «*bonum et aequum*». Вони настільки неоднозначні, що деякі сучасні вчені вважають їх інтерполяціями»¹. Втім, вчені погоджуються в основному: на праці Цельса та на багатьох інших римських філософів вплинула позиція Аристотеля. Два століття потому Паулус визначав природне право як рівність: «*id quod semper aequum et bonum est, jus dicitur, ut est jus naturale*»².

У посткласичний період римського права поняття *aequitas* набуває етичного аспекту. Веління ап. Павла рабовласникам надавати рабам «належне і справедливе» виражено класичними термінами римського права: «*domini, quod iustum est et aequum, servis praestate*» У Лактанція під *aequitas* мається на увазі рівність людей перед Богом: «Адже Бог, Який створює людей і одушевляє, хоче, щоб всі жили по справедливості, тобто мали рівність» (*Deus enim, qui homines generat, et inspirat, omnes aequos, id est pares esse voluit*). Ця релігійна рівність тісно пов'язана із справедливістю і вимагає, у свою чергу, правової рівності: «Там, де немає рівності всіх, там немає і справедливості» (*Ubi enim non sunt universi pares, aequitas non est*). У конституціях християнських імператорів *aequitas* починає тісно по'язуватися з правосуддям (*iustitia*) і протиставлятися «суворому праву»; так, в едикті імператора св. Константина Великого від 314 р. проголошується: «Повеліваємо, щоб у всіх справах правосуддя і справедливість мали перевагу перед положеннями суворого права» (*placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*)³.

Поняття «справедливість» і «рівність» – центральні категорії природного права. Як відомо, зачатки уявлень про природне право знаходять у стоїків філософської школи, що виникла в Греції близько 300 р. до н.е., зокрема, Зенона (336 – 264 до н. е.), Клеанфа (331 – 232 до н. е.), Хрісіппа (277 – 208 до н. е.), і отримала розвиток в Стародавньому Римі (Сенека, Епіктет, Марк Аврелій). Традиції стоїків розвивалися Цицероном і римськими юристами⁴. Цицерон проголошував у *De Re Publico*: «Істинний закон – це розумне положення, що відповідає природі, розповсюджується на всіх людей, та є постійним, вічним»⁵. «Згідно з Цицероном (106 – 43 до н. е.), який здійснює сакралізовану філософську інтерпретацію юснатуралізму, ґрунтуючись на ідеях Платона, Аристотеля і стоїків, »...існує лише одне право, що зв'язує людську спільноту і встановлене одним законом». Цей «правічний»,

¹ Ziolkowski T. The mirror of justice: literary reflections of legal crises. – Princeton University Press, 2003. – P. 163.

² Hamburger M. Morals and law: the growth of Aristotle's legal theory. – Biblo & Tannen Publishers, 1965. – P. 110.

³ Православная энциклопедия. – С. 51-58.

⁴ Мартышин О.В. Метафизические концепции права // Государство и право. – 2006. – № 2. – С. 64-65.

⁵ Bassiouni M. Ch. International Criminal Law: Multilateral and bilateral enforcement mechanisms. – BRILL, 2008. – P. 170.

«віковичний» закон є «розумом, що походить з природи» та «виник одночасно з божественною думкою» та «править усім світом завдяки мудрості своїх велінь та заборон»¹.

У різні історичні епохи в поняття природного права вкладався різний зміст. Історики права досі не систематизували всі інтерпретації цього поняття, виходячи зі всього різноманіття його трактувань юристами і філософами минулого. Ці питання порушуються у працях видатних мислителів з часів античності й знаходять свій розвиток в роботах Т. Аквінського, Т. Гоббса, Дж. Локка, Б. Спінози, Г. Гроція, І. Канта, І.Г. Фіхте, Г.В.Ф. Гегеля та інших вчених². Не дивлячись на те, що сучасне формулювання теорія імперативних норм загального міжнародного права, в історичному масштабі, отримала нещодавно, професор Р. Ніето-Навії звертає увагу на те, що зародження концепції *jus cogens* пов'язане з ідеями стоїків, відповідно до яких право має застосовуватись у міжнародному масштабі, в силу так званого «універсального обґрунтування», яке не базується на окремих національностях або расах, а скоріше, є загальними для всіх³. І.І. Лукашук теж висловлював думку, що імперативні норми існували в міжнародному праві у далекому минулому. «Без них навряд чи може обійтися який би то не було правопорядок»⁴. О.В. Буткевич вважає, що на різних етапах становлення міжнародного права імперативні норми хоча і змінювалися, але були притаманні всій історії його розвитку, створюючи своєрідний баланс і становлячи його найбільш стабільну частину⁵. Ці процеси знаходили відображення у становленні міжнародно-правової теорії.

У XII – XV століттях, коли наука міжнародного права почала активно розвиватись, наслідуючи та змінюючи римське *jus gentium*, теорія природного права набула особливої популярності. Доктрину *aequitas* і засновану на ній теорію природного права розвивали теологи, зокрема, Тома Аквінський⁶. Він розрізняв первинні принципи природного права та його вторинні, похідні приписи. На відміну від останніх, перші дійсні всюди і завжди

¹ Рабінович С. П. Природно-правові підходи в юридичному регулюванні : монографія. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 156.

² Бернацкий Георгий Генрихович. Развитие представлений о природе естественного права в истории правовой мысли : Дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 : СПб., 2001. – С. 4-5.

³ Nieto-Navia R. International Peremptory Norms (jus cogens) and International Humanitarian Law // *Man's inhumanity to man : essays on international law in honour of Antonio Cassese* / Ed. by L. Ch.Vohrah, F. Pocar, Y. Featherstone, O. Fourmy, C. Graham, J. Hocking, N. Robson. – The Hague; New York : Kluwer Law International, 2003. – P. 595-596.

⁴ Лукашук И.И. Механизм международно-правового регулирования. – Киев: Вища школа, 1980. – С. 47.

⁵ Буткевич О. Формування норм *jus cogens* у докласичному міжнародному праві // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 4. – С. 207-218.

⁶ See: Cessario P. Aquinas on Christian Salvation Romanus Aquinas on Doctrine: A Critical Introduction / Ed. by T. Weinandy, J. Yocum, D. Keating. – London: T & T Clark International, 2004. – P. 117-139.

(«слід прагнути блага і уникати зла», «золоте правило» тощо)¹. Як відзначає О.О. Мережко, відповідно до вчення Т. Аквінського, «міжнародне право, його норми та принципи, є слухними тією мірою, якою вони служать реалізації «спільного блага», а не егоїстичним інтересам окремих політиків та держав. «Спільне благо» є моральним критерієм, за допомогою якого оцінюються справедливість та ефективність норм міжнародного права, а також конкретні дії держав»².

Концепція природного права пропонувала тезу, що кожна держава, як і кожний індивідуум, має невід'ємні природні права. Згідно з цією теорією, що була заснована на християнській філософії, права державі надані Богом та не є творінням людини. Пізніше з'явилися праці, в котрих вчені називали такі права не «мандатом, наданим Богом», а «диктатом розумного права»³. Основою цих теорій є ідея про «універсальну державу», в якій всі люди повинні бути рівні. В часи Іспанської доби відомі представники схоластичної школи міжнародних відносин Домінікан Франциско де Виторія (1483 – 1546) та Жесюї Франциско Суаре (1548 – 1617) розвивали наукову думку щодо відносин європейських та неєвропейських держав, зокрема в контексті природного права. Суаре розділяв право народів та природне право та стверджував, що тільки нормативна сила права народів, тобто справедливе ставлення до будь-яких угод, а не їх зміст, походить з природного права⁴.

На думку Ф. Вітторії, пріоритет в стосунках людини з державою належить людині, держава ж – не більш, ніж проста необхідність, що полегшує проблему виживання людини. З іншого боку, єдність людського роду робить, врешті решт, вторинним і штучним будь-яке розділення його на окремі держави. «Інакше кажучи, природні права людини Вітторія ставить вище за прерогативи держави, передбачаючи і навіть випереджаючи сучасне ліберально-демократичне трактування даного питання»⁵.

Гуго Гроцій вважав, що природне право є розпорядження здорового глузду, і навіть Бог не може змінити їх. Він пропонував три тлумачення поняття «право»: 1) те, що справедливо, тобто не суперечить справедливості, відповідає природі розумних істот; 2) те, що визначає положення осіб, «здат-

¹ Див. докладніше: Рабінович С. П. Природно-правові підходи в юридичному регулюванні : монографія. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 160; Рабінович С. П. Права людини у природно-правовій думці католицької церкви (за матеріалами соціальної доктрини католицизму). Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України. / Редкол.: П.М. Рабінович (голов.ред.) та ін. – Серія І. Дослідження та реферати. Випуск 7. – Львів: Астрон, 2004. – С. 58-70.

² Мережко О.О. Внесок Івана Павла II в розвиток католицької концепції міжнародного права // Юридичний журнал. – № 9. 2009. – <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3280>

³ Malone L. A. International Law. – Aspen Publishers Online, 2008. – P. 1.

⁴ Svarverud R. International law as world order in Late Imperial China: translation, reception and discourse, 1847-1911. – BRILL, 2007. – P. 34.

⁵ Цыганков П.А. Политическая социология международных отношений. – М.: Радикс, 1994. – С. 15.

ність» володіти владою, власністю і відповідальністю; 3) те ж саме, що і закон, тобто норма права, будь-яке обов'язкове правило поведінки імперативного характеру¹. Від природи будь-яка людина має право на життя, «яке має бути не втрачено, а збережено», тіло, його окремі члени, добре ім'я, честь, свободу дій в рамках закону². Таким чином, природне право інтерпретувалося як «необхідне право, дотримуватись якого зобов'язані усі держави». Це твердження обґрунтовувало теорію про те, що існують загальнообов'язкові принципи права, «які не можуть бути ніким змінені»³.

Для іспанських богословів XVI століття, для Гроція й інших класичних вчених існували певні принципи, що визначали «*jus naturale necessarium*» – «необхідне природне право». Характеризуючи *jus gentium* у співвідношенні з *jus naturale*, Г. Гроцій розрізняв «первинне» (*primary*) та «вторинне» (*secondary*) право народів. Первинне право народів він визначав як таке, що будується на певних моральних заповідях, підкріплених універсальною справедливістю, та тісно пов'язане з природним правом. Вторинне право народів він вважав комплексом узгоджених правил, що містяться в договорах та стосуються міжнародних благ. Іншими словами, він вважав, що право народів має два різні джерела: по-перше, найбільш очевидний комплекс норм, що складається з положень міждержавних угод, який від вважав у значній мірі умовним. По-друге – це норми, які існують незалежно від укладених договорів та які набули обов'язкового характеру для всіх народів. Деякі сучасні юристи-міжнародники вважають, що первинне джерело права народів Гуго Гроція можна порівняти з нормами *jus cogens* сучасного міжнародного права, що надає особливо великого значення його позиції у цьому питанні⁴.

Професор Р. Дж. Винсент підкреслює, концепція Г. Гроція про існування двох інститутів міжнародних норм – *jus gentium inter se*, тобто норм, що регулюють відносини між державами, та *jus gentium intra se* – загальних норм, які є однаково обов'язковими для всіх народів, є вкрай актуальною й у сучасному міжнародному праві; однак якщо Гроцій писав про набуття права народів *inter se* характеру, сьогодні очевидною є протилежна тенденція, які пов'язана, передусім, з трансформацією інституту прав людини⁵. Прихильником ідей Г. Гроція і одночасно його критиком був Емерік де Ваттель, який 1758 р. видав працю «Право народів, або Принципи природного права у застосуванні до поведінки і справ націй та государів». Е. де Ваттель визнавав природне право народів (яке він називає іноді внутрішнім правом

¹ Гроцій Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права (перевод с лат. А.Л. Саккетти) Гуго Гроций. – М.: Госполитиздат, 1957. – С. 68 -70.

² Там само. – С. 420.

³ Hannikainen L. Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. – Finnish Lawyers' Publishing, 1988. – P. 30

⁴ May L. War crimes and just war. – Cambridge University Press, 2007. – P. 50.

⁵ Vincent R. J. Grotius Human Rights and Intervention // Hugo Grotjus and International Relations. Ed. by H. Bull, B. Kingsbury, A. Roberts. – Oxford: Oxford University Press, 1992. – P. 253, 242

народів¹. Ваттель стверджував, що Гроцій вчинив фундаментальну помилку, застосовуючи до відносин між націями той самий природний закон, що і в стосунках приватних осіб, через що він не дійшов до виокремлення природного права народів як особливої науки².

Аналізуючи погляди Ваттеля, професор В. Н. Денисов пише: «Саме природне право, таким чином, становить основу системи міжнародного права. При цьому, на думку Ваттеля, кожна нація повинна мати можливість власного тлумачення природного права і в разі потреби ухилитися від його настанов. Це є сферою «добровільного права націй» або нижчим рівнем недосконалих прав, у якому настанови природного права пристосовані до обов'язків конкретної держави і залежать саме від неї. Як додаток до «необхідного» та «добровільного» права Ваттель вважав договори у формі «конвенційного права» та «звичаї», що становлять звичаєве право»³. Значний внесок до розвитку природно-правової концепції міжнародного права вніс С. Пуфендорф (1632 – 1694) – автор багатьох відомих творів, зокрема – «Про право природи і народів. У восьми книгах» (1672), «Про обов'язки людини і громадянина відповідно до природного права» (1673). Природне право, у трактуванні Пуфендорфа, виступає як універсальна соціальна етика, заснована на рівності людей. С. Пуфендорф стверджував, що природне право – це розумне право, тому воно не може ґрунтуватися на релігіях, різних у різних народів: право – це «правило дій і стосунків між людьми не як християнами, але як людьми»⁴.

«Активність у розвитку ідеї про права людини припадає на епоху Відродження і Просвітництва. У XVII – XVIII ст.ст. ця ідея відображається у теорії природного (природженого) права, яка дозволила оцінювати з позицій справедливості діюче в державі позитивне право, здійснювати його перетворення в напрямку гуманізму і свободи. Г. Гроцій, Дж. Локк, Б. Спіноза, Ж.-Ж. Руссо, П.І. Монтеск'є, Т. Джефферсон, І. Кант, Дж.-Ст. Мілль, І. Бентам утверджують права особи (на життя, свободу, власність та ін.) як священні імперативи і закладають основи сучасного розуміння прав людини. Кожен народ зробив свій внесок в розвиток ідеї про права людини, вирішуючи цю проблему в залежності від історичних обставин свого буття», – зазначає О.Ф. Скакун⁵.

Епоха, що увійшла в історію під назвою Відродження (Ренесансу) (період XIV – XVI століть) іменують також Епохою Гуманізму, а мислителів того

¹ Ваттель Э. Право народов, или Принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов. – М : Госюриздат, 1960. – С. 13

² Там само.

³ Денисов В.Н. Ваттель // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Том 1. – К. : Українська енциклопедія, 1998.

⁴ Реале Дж., Антисери Д. Западная философия. От Возрождения до Канта. В переводе и под редакцией С. А. Мальцевой. – С-Пб : Пневма, 2002. – С. 743.

⁵ Скакун О.Ф. Теория государства и права: Учебник. – Харьков : Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. – С. 182.

часу називають гуманістами. Ренесансний гуманізм спричинив справжній переворот в європейському світогляді, поглибив поняття прав особистості і рівності громадян перед законом. Проте в той же час, коли у Німеччині Томас Мюнцер (1493–1525) проповідував всезагальну рівність, в Англії Томас Мор (1478 –1535) писав свій пройнятий ідеєю майнової рівності твір «Утопія» (1516), а в Італії Томмазо Кампанелла (1568 – 1639) – «Місто сонця» (1602), коли англійські левеллери (англ. *levellers* – «зрівнювачі») збирали під свої гасла радикальних прибічників встановлення рівності людей, поза європейським континентом відбувалися інші події, що грубо порушували ідеї справедливості, рівності, гуманізму. Саме в цей період формувалася новий соціальний монстр – нова форма рабства, поєднана з расизмом.

Деякі дослідники вказують на точний час виникнення расизму (у його вузькій інтерпретації) – 1492 – 1498 роки: відкриття Америки та Індії. На думку В. Малахова, «до цих пір «білі» люди не стикалися з людськими істотами, різуче відмінними від них на візуальному рівні»¹. Навряд чи можна погодитися з категоричністю цього твердження. Європейці не вперше в своїй історії зустрілися з людьми, що мають зовнішні відмінності від них. Як цілком слушно зазначають Р. Майлз та М. Браун, в ході військової експансії греко-римської імперії до Африки, в умовах зростання знань про географічну протяжність населених людьми земель, у греко-римській філософії почала розвиватися ідея єдності людського роду. Концепція різноманіття людства, розсіяного в просторі, але об'єднаного загальними властивостями, що відрізняють людські істоти від богів і тварин, існувала і різним чином трансформувалася протягом п'яти сторіч. Африканців розрізняли за певними зовнішніми рисами, насамперед, за кольором шкіри. Проте, чорна шкіра африканців не слугувала для створення негативного стереотипу або виправдання їх рабства. Навпаки, африканці були відомі як люди, що особливо люблять свободу і справедливість, благочестиві та мудрі. Їх поважали як воїнів і, хоча деякі письменники вважали білу шкіру за неодмінну ознаку краси, деякі захоплювалися темною шкірою. Передбачалося, що колір шкіри і тип волосся африканців – результат постійного перебування на жаркому сонці, тоді як на зовнішність північних народів впливає його відсутність².

Разом із тим В. Малахов, безумовно, має рацію в тому, що політику колонізаторів з XV по XVIII століття можна позначити сучасним терміном «геноцид». Расизм виступив як ідеологія колонізації, як «теорія», що додавала колоніалізму легітимність. Він розділяв людство на групи, одні з яких, призначені до панування, інші – до підпорядкування³. Очевидно, що євро-

¹ Малахов В. Скромное обаяние расизма // Знамя. – 2000. – № 6. <http://magazines.russ.ru/znamia/2000/6/malahov.html>

² Майлз Р., Браун М. Расизм / Пер. с англ. – М.: Российская политическая энциклопедия, 2004. – С. 48-49.

³ Малахов В. Указ. раб.

пейська експансія і колонізація стала імпульсом до формування сучасного расизму як ідеології і практики.

Рабство та работоргівля процвітали в славетну епоху Просвітництва, коли становлення теорії про природні права людини (невідчужувані права, що повинні справедливо відображатись у позитивному праві), яку розвивали Дж. Локк, Б. Спіноза, Ж.-Ж. Руссо, Ш. Монтеск'є, Т. Джефферсон, І. Кант, Дж.-Ст. Мілль, І. Бентам та ін., знайшли своє відображення у конституційному процесі ряду держав. Незважаючи на різні історичні, соціальні, політичні та культурні умови, цей процес мав спільний елемент – закріплення принципу рівності. Цей період в історії отримував найзахопливіші оцінки: «З 1689 р. – року останньої революції в Англії – починається епоха Просвітництва... За сто років – від 1689 до 1789 рр. – світ змінився. Епоха Просвітництва з'явилася найважливішим поворотним пунктом в духовному розвитку Європи, що вплинув практично на всі сфери соціально-політичного і культурного життя. Розвінчавши політичні і правові норми, естетичні і етичні кодекси старого станового суспільства, просвітителі зробили титанічну роботу над створенням позитивної, зверненої передусім до людини, незалежно від її соціальної приналежності, системи цінностей, яка органічно увійшла до крові і плоті західної цивілізації»¹. Пізніше Іммануїл Кант (1724–1804) – визначний німецький філософ, з його вірою в людський розум, гідність особистості, моральний прогрес суспільства, опирався на традиції європейського Просвітництва і розвивав їх далі. Основою його теоретичної конструкції були ідеї про свободу особи та людську гідність. Ці ідеї Кант прагнув об'єднати з розумінням того, що об'єктивною реальністю керує загальна закономірність (природна необхідність). І. Кант стверджував, що люди у своїй поведінці повинні дотримуватися вказівок морального закону. Закон цей називав «категоричним імперативом». Категоричний імператив вимагає від людини завжди і безумовно слідувати правилу: «чини згідно з такою максимою, керуючись якою ти, у той же час, можеш побажати, щоб вона стала загальним законом». Це перша редакція кантівського категоричного імперативу. Але для того, щоб підкреслити той факт, що основою, центральним у його філософії є людина, її гідність, Кант сформулював другу редакцію поняття категоричного імперативу: «чини так, щоб ти завжди ставився до людства і в своїй особі, і в особі будь-кого іншого так само як до мети, і ніколи не ставився б до нього тільки як до засобу». Таким чином, Кант проголошує єдиний і рівний для всіх критерій оцінки людської поведінки².

Але у той же самий час у Європі ідея «раси» набула нового сенсу. Словом «раса» все частіше почали називати біологічний тип людських істот, а

¹ Культурология. История мировой культуры / Под ред. Марковой А.Н. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ЮНИТИ, 2000. – С. 372.

² История политических и правовых учений. Учебник для вузов. Изд. 2-е, стереотип / Под общ. В.С. Нерсесянца. – С. 400- 402.

наука поставила перед собою завдання визначити число існуючих «рас», ознаки кожної з них, а також ієрархію стосунків між ними¹. Звернемося до подій на іншому континенті, учасниками яких стали європейці, що заселили його: у 1661 р. законодавчі збори Вірджинії прийняли перший в американських колоніях акт, згідно з яким африканці визнавалися довічними рабами. Рабство було узаконене у ряді колоній Нової Англії і раніше: зокрема, у Массачутсе – 1641 р., у Коннектікуті – 1650 р. Американська Декларація незалежності 1776 р. наголосила, що «всі люди створені рівними, що вони наділені Творцем певними невід’ємними правами, серед яких право на життя, свободу та прагнення до щастя». Всупереч проголошеним у Декларації принципам з її проекту був викреслений пункт, що засуджував рабство і торгівлю рабами, як «жорстоку війну проти самої природи людства». Французька Декларація прав людини і громадянина 26 серпня 1798 р. встановила, що «всі люди народжуються і залишаються вільними і рівними в правах» (ст. 1). Як писав Г. Еллінек, «усі без виключення дослідники, які займаються джерелами французької Декларації і приймають до уваги попередню їй епоху, стверджують, що Декларація Незалежності Сполучених Штатів 7 липня 1776 р. здійснює першу спробу перерахувати права людини»². Вважаючи, що таку роль слід визнати за Декларацією прав Вірджинії, Г. Еллінек проте, указує на те, що Американська декларація містить одне положення, яке нагадує Декларацію прав. Воно проголошує: «Нижченаведені істини ми вважаємо за самоочевидні (*to be selfevident*), а саме: що всі люди рівні від народження...»³. Парадоксально, але прикладом для освіченої Європи став документ, в якому проголошення загальної рівності не відміняло расового рабства.

Згодом у США расова дискримінація отримувала нове законодавче підтвердження: «Чорні кодекси» (англ. *Black Codes*) – дискримінаційні законодавчі акти, прийняті у ряді південних штатів США після Громадянської війни 1861 – 1865 роках для збереження нерівноправ’я чорношкірих американців. У 70-х роках XIX століття у ряді штатів Чорні кодекси були формально скасовані, проте положення, аналогічні тим, які в них містилися, були включені в інші закони. Прийнята в 1787 р. Конституція підтверджувала позиції рабства в Сполучених Штатах Америки. Таким чином, декларована рівність не відповідала реаліям расової нерівності, і це мало певні історичні та психосоціальні 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, від-

¹ Майлз Р., Браун М. Указ. раб. – С. 52-53.

² Еллінек Г. Декларация прав человека и гражданина. Репринтное воспроизведение издания 1906 года (с приложениями). – Одесса: Юридическая литература. – С.11.

³ Там само. – С. 11-12.

мінні від них народи, і сприймали очевидні біологічні відмінності як свого роду природний фактор панівного становища білих людей¹.

Відомий «батько-засновник» рабовласницької конфедерації А. Стеффенс 1861 р. в своєму виступі заявив: «У нашій державі всі представники білої раси ..., багаті або бідні, рівні перед законом. Абсолютно інше положення з неграми. Рабство – ось їх місце. За законами природи і бога негри годяться для тієї ролі, яку вони виконують в нашій системі... Наріжним каменем нашої держави є та велика істина, що негр не дорівнює білій людині і що рабство – підпорядкування вищій расі – є його природними нормальним станом»². Таку інтерпретацію природних прав людини дав проповідник расизму. Тривалий час 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, нерозумінням загальної людської рівноцінності.

Особливим, жахливим, проявом расової дискримінації стала работоргівля. «Таке варварське, але прибуткове заняття, як торгівля людьми, підтримувало систему рабовласництва, за якої чорношкірі чоловіки, жінки і діти були перетворені на рухому власність»³. Трансатлантична работоргівля була винятковим по суті явищем через свою тривалість (чотириста років), масштаби (приблизно 17 мільйонів чоловік, не рахуючи тих, хто вмер в дорозі) і легітимізацію, зокрема, відповідно до законів того часу. Вона була найбільшою в історії депортацією, яка тривала протягом чотирьохсот років – з XVI по XIX століття – і охоплювала декілька регіонів і континентів: Африку, Північну і Південну Америку, Європу і Карибський басейн; у результаті мільйони африканців були продані в рабство і піддалися експлуатації з боку європейців⁴. Тільки у березні 1807 р. президент США Т. Джефферсон підписав закон, що відмінив работоргівлю. Згодом парламент Великобританії заборонив работоргівлю на всій території Британської імперії. У подальші роки інші європейські країни послідували цьому прикладу і ухвалили закони, що забороняли рабство. Проте лише в 1886 і 1888 роках, після того, як Куба і Бразилія відмінили рабство, це ганебне явище було повсюдно оголошено поза законом⁵.

¹ Див. позицію Підкомісії з попередження дискримінації та захисту меншин Комісії з міжнародного права ООН / Yearbook of the International Law Commission. – Vol. II – 1966. – Doc.UN E/CN.4/873, para. 29.

² Гаджиев К.С. Американская нация: национальное самосознание и культура. – М. :Изд-во Наука, 1990. – С. 104.

³ Черные американцы в истории США. В 2 т. Т. 1 (1526-1917) / Отв.ред. Р. Ф. Иванов, Г. Уинстон, Г. Холл, Г. Аптекер др. – М. : Мысль, 1986. – С. 39.

⁴ Международный день памяти жертв рабства и трансатлантической работорговли // <http://www.un.org/ru/events/slaveryremembranceday/index.shtml>.

⁵ Там само.

У XIX столітті тенденція до загального засудження та заборони рабства і работоргівлі чітко виявилася в міжнародному праві. Вперше про недопустимість работоргівлі африканцями заявив Віденський конгрес 1815 р., який 4 лютого прийняв спеціальну декларацію. Аахенський конгрес 1818 р. засудив торгівлю людьми, визнавши її злочинною. Лондонським (П'ятірним) договором, укладеним між Англією, Францією, Росією, Австрією, Пруссією 20 грудня 1841 р., работоргівлю було прирівняно до піратства, і військовим кораблям договірних держав було надано право обшукувати підозрювані у работоргівлі судна. У Генеральному акті від 2 липня 1890 р., підписаному на Брюссельській конференції, договірні держави проголосили про свою тверду рішучість покласти край торгівлі африканськими рабами, а в Берлінському Генеральному акті 1885 р. підтвердили намір домогтися повної відміни рабства у всіх його формах і работоргівлі на суші і на морі. У зв'язку з цим професор Л.О. Камаровський стверджував: «Під охороною міжнародного права, внаслідок його загальнолюдського характеру, є взагалі людська особистість, де б вона не перебувала на земній кулі. Цей захист є доповненням до, власне кажучи, державної охорони. З цього погляду цілком законними є заходи, яких вжила Європа для повсюдного викорінювання рабства і торгівлі неграми»¹. Работоргівці, як і пірати, оголошувалися ворогами роду людського – *hostis humani generis*².

У XX столітті расизм з усією безжальністю навалився на самих європейців, поглинувши собою мільйони жертв. Потрясіння Першої світової війни, ставши передвісником трагедії Другої світової, змусили вчених і політиків повернутися до проблеми природних прав людини. Н.А. Зелінська звертає увагу на те, що в період між двома світовими війнами інтенсивно розвивалося поняття міжнародного делікту, що мало природно-правову інтерпретацію³. Зокрема, В. Пелла виокремлював як об'єкти міжнародної репресії ті діяння, «які зазіхають на основи існування будь-якого цивілізованого колективу». Для позначення таких деліктів використовувалася римська формула «*delicta juris gentium = delicts des gens*», що означає злочини проти міжнародного права, «загальнолюдські» злочини. Професор Мадридського університету Сальдана стверджував, що, з погляду філософського, міжнародний делікт – це природний і загальний делікт, що зазіхає на «природне право» народів, і наводив визначення природного права народів, якого надав римський юрист Гай: «Правом народу зветься той порядок, який ретельно оберігають всі народи, що природний розум установлює серед усіх людей»⁴. До таких деліктів належать рабство і работоргівля.

¹ Камаровский Л. О международном суде. – М., Тип. Малинского, 1881. – С. 5-6.

² Див. детальніше: Галенская Л. Н. Международная борьба с преступностью. – С. 26-28.

³ Зелинская Н.А. Международные преступления и международная преступность: Монография. – Одесса: Юридическая литература, 2006. – С. 31.

⁴ Цит. по: Трайнин А.Н. Защита мира и уголовный закон. – М.: Наука, 1969. – С. 35.

На початку ХХ століття – у 1926 р. – було прийнято Конвенцію про рабство, яка заборонила торгівлю невільниками та використання насильницької праці¹. Посилань на приналежність невільників до тієї або іншої раси не міститься у тексті Конвенції, однак історичний метод аналізу Конвенції дає підстави говорити про заборону експлуатації представників, перш за все, негроїдної раси. Заборона рабства та работоргівлі міжнародним співтовариством є вкрай важливим з точки зору встановлення всезагальної думки про рівність всіх людських істот, незалежно від їхньої раси, національності, етнічного походження, або інших ознак. Крім того, перші конвенції про зобов'язання дотримуватись певних прав людини, які умовно можна назвати «самообмежуваними», започаткували саме міжнародну трансформацію інституту прав людини. Добровільне, навіть часткове, обмеження свого суверенітету – перша ознака наближення епохи «сучасного міжнародного права», яке поєднує як *inter se*, так й *intra se* норми, при чому з явною тенденцією набуття останніми особливого значення. Проте таке «самообмеження» мало диспозитивний характер, що означало право держави вирішувати, чи приєднуватись до відповідної конвенції та брати на себе зобов'язання, і у такому випадку нести відповідальність за їх невиконання, чи ні.

Події Другої світової війни вплинули на переосмислення міжнародним співтовариством ефективності диспозитивного характеру норм, що зобов'язують держави утримуватись від певних дій. Міжнародні зусилля, направлені на попередження та переслідування нелюдських дій у майбутньому, подібних тим, що мали місце протягом сегрегаційної політики III рейху, обумовили впровадження концепції рівності та недискримінації всіх людей, незалежно від їхньої приналежності до раси, національності, релігії, на міжнародно-правовому рівні та виникнення більш голосних дискусій про необхідність існування імперативної заборони певної поведінки держав². Природно-правова теорія стала основою концепції злочинів по загальному міжнародному праву, закладеної в основу вироків Нюрнберзького і Токійського трибуналів, які О.О. Мережко назвав «прикладом дієвості природного права в ХХ сторіччі»³.

Незважаючи на гострі політичні приріччя, що роздирали післявоєнний мир, принцип пріоритету національного суверенітету та гарантованого права держав незалежно визначати як правову, так і соціальну політику, з прийняттям Статуту Організації Об'єднаних Націй та згодом Загальної декларації прав людини та інших правозахисних міжнародних актів, почав поступово витіснятися концепцією поваги прав людини та їх захисту на-

¹ Convention to Suppress the Slave Trade and Slavery (1926). – League of Nations Treaty Series. – Vol. 60. – P. 254.

² Див. докладніше: McKean W. Equality and discrimination under international law. – Oxford : Clarendon Press; New York : Oxford University Press, 1983. – 333 p.

³ Мережко А.А. Введение в философию международного права. Гносеология международного права. – К., 2002. – С.32.

віль шляхом втручання міжнародного співтовариства у внутрішні справи держави¹. Сьогодні можна вважати за загальноновизнане, що, як пише професор М.І. Козюбра, «права людини є безпосередньо діючим правом і можуть застосовуватися *«contra legem»* – всупереч закону, якщо закон суперечить фундаментальним правам людини: не відображує природно-правових начал; не відповідає загальноновизнаним міжнародно-правовим принципам і нормам про права людини і громадянина»².

Короткий аналіз суперечливого процесу становлення і еволюції понять «рівність і «справедливість» в контексті концепції *jus naturale* наочно демонструє, що ця концепція має різні аспекти, що вивчалися філософами як щодо основ відносин між державами, так і відносин між державою та людиною. Останні традиційно вважались внутрішньою справою кожної суверенної держави, і жодні, навіть абстрактні «природні» правила не розглядались як такі, що в змозі змусити державу обмежити її право приймати будь-які рішення у цій сфері. Отже не дивно, що трансформація інституту прав людини мала своїм початком саме внутрішньодержавні процеси, що припали на епоху Відродження і Просвітництва, а не міждержавні. Пізніше ідея про вище та загальнообов'язкове право міжнародного співтовариства (у цілому, представлена у теоріях природного права) поступилася концепції позитивного права. Незважаючи на те, що поняття *«jus naturale necessarium»* продовжувало зберігати те, що може бути охарактеризоване як моральне значення, паралельно виникла гегелівська концепція держави та «добровільного (волюнтаристського) міжнародного права», підтримувана Аркушем. Даний підхід включав дві теорії: теорію самообмеження держав (Г. Еллінек)³, і теорію, відповідно до якої міжнародне право створюється шляхом узгодження волі держав. Внаслідок цього обидва поняття, *«jus cogens»* і *«jus dispositivum»* до певної міри втратили своє значення, поступаючись теорії про те, що міжнародне право створюється винятково через волевиявлення держав і тому не може бути предметом жодних обмежень. Відповідно до цієї точки зору, держава може укласти будь-яку угоду з будь-якого приводу та переслідуючи будь-яку мету: «норми міжнародного права не є імперативними, вони ґрунтуються на угодах держав; оцінка моральності кожної угоди призвела б до реінкарнації ідей про можливість існування природного права в системі права угод»⁴.

«Проте для багатьох авторів основою права залишалось те, що містилося у фундаментальних гіпотетичних нормах (*grundnorm*), природному праві або природній солідарності (*«la solidarité naturelle»*), – пише Р. Ніето-Навій.

¹ Berdal M.R. Economides S. *United Nations Interventionism 1991–2004*. – Cambridge University Press, 2007. – P. 6.

² Козюбра М. Правовий закон: проблема критеріїв // Вісник Академії правових наук України: Збірник наукових праць. – №2 (33) – 3 (34). – С. 92.

³ Jellinek G. *Teoría del Estado* (Spanish edition). 1914. – P. 474.

⁴ Guggenheim P. *Traité de Droit International Public*. – 1953. – P. 57-58.

– Концепція норм *jus cogens* частково, але не повністю сформувалася саме на основі цих ідей. На відміну від теорій природного права, концепція *jus cogens* не заснована на твердженнях, що існує право поза та над позитивним правом, яке полягає в найвищих фундаментальних загальнообов'язкових нормах. Напроти, норми *jus cogens* формують невід'ємну частину позитивного права, вони є прийнятими та визнаними міжнародним правом, міжнародним співтовариством. Таким чином, будучи заснованими на етичних і соціальних ідеях, як і теорії природного права, їх юридична природа виходить із міжнародного права та волі держав»¹. Втім, тільки у XX столітті міжнародне сумління обумовило практичне втілення теорії щодо необхідності набуття певними правилами поведінки у міждержавних відносинах імперативного характеру.

Серед юристів ніколи не існувало консенсусу щодо визачення подібних імперативних норм у міжнародно-правовій системі, однак вже у 1937 році професор Альфред Вердрос, майбутній член Комісії з міжнародного права ООН, висловлював думку, що мають існувати правові обмеження абсолютного права держав укладати угоди з будь-яких питань, якщо ці угоди загрожують інтересам світової спільноти у цілому чи окремим її членам, називаючи такі обмеження нормами *jus cogens*². У зв'язку з виникненням в Комісії міжнародного права питання про недійсність міжнародних договорів, які суперечать імперативним нормам міжнародного права, питання про характер цих норм набуло особливої актуальності. Глибокий аналіз гострої наукової дискусії, що розгорнулася в цей період, міститься у працях видатного радянського юриста-міжнародника Г.І. Тункіна³.

Відсутність спільної позиції стосовно норм *jus cogens* можна пояснити надзвичайною впливовістю їхнього нормативного статусу та специфікою змістовного наповнення. Об'єктивно, значення та роль імперативних норм у сучасному міжнародному праві явно виходить за межі, визначені статтями 53 та 64 Віденської конвенції про право міжнародних договорів. Ця теза підтверджується думкою Робочої групи з питань «Фрагментації міжнародного права» Комісії міжнародного права ООН, що влітку 2006 р. представила свій звіт, в якому присвятила багато уваги концепції *jus cogens*. Згідно зі звітом, імперативні норми обумовлюють таку правову позицію: по-перше, якщо угода цілком або її окреме положення суперечить імперативній нормі міжнародного права, то угода або положення, якщо воно може бути виокремлено з тексту угоди, мають вважатись недійсними; по-друге, якщо нор-

¹ Nieto-Navia R. International Peremptory Norms (*jus cogens*) and International Humanitarian Law. – P. 602.

² See: Verdross A. Forbidden Treaties in International Law // The American Journal of International Law. – № 31. – 1937. – P. 571 – 577; Verdross A. Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law // The American Journal of International Law. – Vol. 60. – № 1. 1966. – P. 55 – 63.

³ Див.: Тункин Г.И. Теория международного права / Под общей ред. Л.Н. Шестакова. – М.: Зерцало, 2000. – С. 130-142.

ма міжнародного звичаєвого права або резолюція міжнародної організації суперечить правилу *jus cogens*, то така норма або резолюція мають вважатись недійсними; по-третє, якщо імперативній нормі міжнародного права суперечить будь-яка спеціальна норма міжнародного права, перша має пріоритетний характер¹. Більш того, може бути відмовлено у легітимному визнанні уряду або держави, якщо вона порушила норму *jus cogens*, наприклад застосувала силу до іншої держави всупереч положень Статуту ООН; або відмовлено в екстрадиції до держави, що підозрюється у нелюдському поводженні або переслідуванні².

Концепцію норм *jus cogens* підтримують багато авторитетних вчених. Одним з перших радянських юристів-міжнародників, що звернулися до цієї проблеми, був Л.А. Алексидзе³. Професор І.І. Лукашук 1980 р. писав: «Одна з характерних рис сучасного міжнародного права і його механізму полягає в наявності комплексу норм, які наділені особливою силою і зветься імперативними нормами загального міжнародного права або «*jus cogens*»⁴. Я. Броунлі вважає, що *jus cogens* – це норми звичаєвого права, які не можуть бути відмінені договором або шляхом мовчазної згоди, а можуть відпасти тільки після утворення нових норм звичаєвого права іншого змісту⁵. М. Шоу називає норму *jus cogens* виключно правилом («*rule of jus cogens*») і стверджує, що «концепція *jus cogens* засновується на визнанні фундаментальних та найвищих цінностей»⁶. Т. Хіллер у своєму підручнику «Основи міжнародного права» норми *jus cogens* визначив як правила чи принципи публічного порядку, від дотримання яких неможливо ухилитись⁷. Судді Міжнародного Суду ООН, цитуючи висновки Комісії міжнародного права та інші джерела, у своїх рішеннях посилалися на універсальні принципи *jus cogens* або правила *jus cogens*⁸. «Норми *jus cogens* здійснюють загальний вплив на поведінку держав, проголошуючи фундаментальні цінності та забороняючи дії, що роблять на них замах», – стверджує В. Л. Толстих⁹. Отже, зрозуміло, що не при-

¹ Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, Chaired by M. Koskenniemi // Report of the International Law Commission on the work of its 58th session, 1 May – 9 June and 3 July – 11 August 2006. Doc. UN/ A/CN.4/L.682, A/CN.4/L.702.

² Wozzek B. A. International Law: a Dictionary. – Scarecrow Press, 2005. – P. 19.

³ Алексидзе Л.А. Проблема «*jus cogens*» в современном международном праве // Советский ежегодник международного права, 1969. – М.: Наука, 1970; Алексидзе Л.А. Некоторые вопросы теории международного права (императивные нормы). – Тбилиси: Тбил. ун-т., 1982.

⁴ Лукашук И.И. Механизм международно-правового регулирования. – Киев: Вища школа, 1980. – С. 47.

⁵ Броунли Я. Международное право. Пер. с англ. под ред. Г.И. Тункина. – М., 1977. – С.188 -189.

⁶ See: Malcolm N. Shaw. International Law (5th Edition). Cambridge University Press, 2003. – P.115 -119.

⁷ Hillier T. Principles of Public International Law. London – Sydney, 1999. – P. 38-39.

⁸ Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para 190.

⁹ Толстых В.Л. Курс международного права. – Волтерс Клувер, 2010. – С. 125.

належність до тієї чи іншої родової групи норм міжнародного права, а саме неухильність дотримання та неможливість заперечення державою норми *jus cogens* є її основною характеристикою та ознакою.

Теза про те, що норма *jus cogens* набуває свого статусу, означає, що повинні існувати певні критерії, за якими можна довести, що та чи інша норма є нормою *jus cogens*. Ш. де Вішер в своїй праці «Теорія та практика в міжнародному праві» зауважує, що «захисник норми *jus cogens* бере на себе значний тягар доведення»¹. Доказом існування норми *jus cogens* є універсальність та загальносвітове незаперечне визнання норми як такої, що її порушення або відхилення від дотримання будь-якою державою, або укладання міжнародної угоди всупереч такій нормі, є не тільки порушенням міжнародного зобов'язання держави згідно із загальним міжнародним правом, а і грубою зневагою до загальнолюдських цінностей. Саме тому існуючий перелік норм *jus cogens* має гуманітарно-захисний та заборонний характер.

Потрібно також підкреслити, що жодна з визнаних на сьогодні імперативних норм не існує виключно в звичаєвій неписаній формі – вони мають конвенційне підкріплення, яке, тим не менш, не є абсолютно необхідним для констатування набуття нормою статусу *jus cogens*. Імперативні норми, як і інші норми міжнародного права, створюються за згодою самих суб'єктів, але в силу їх виняткової важливості та найвищого юридичного статусу в системі норм міжнародного права, потрібне їх загальносвітове визнання міжнародним співтовариством. Міжнародне визнання об'єктивно включає в себе відповідну практику держав, існування *opinio juris* (ознаки звичаю) та міжнародні угоди у цій сфері, які були ратифіковані більшістю держав у світі, однак, цим не обмежується.

«Імперативні норми складають фундамент нормативної системи сучасного міжнародного права, визначають межі чинності або нечинності його норм»². Характерною рисою сучасного міжнародного правопорядку є збільшення ролі імперативних норм в механізмі міжнародно-правового регулювання. Питання про перелік існуючих імперативних норм у сучасному міжнародному праві не має однозначної відповіді. Підвищення ролі імперативних норм у міжнародно-правовій, за природою диспозитивній, нормативній системі свідчить про виникнення нетрадиційного консенсусу щодо визнання особливого характеру низки норм міжнародного права, що вказує на тенденцію до «імперативізації» міжнародного права. Мова йде не про тотальну «імперативізацію», а про підвищення юридичних гарантій дотримання державами певних норм міжнародного права, які забороняють поведінку, визнану міжнародною спільнотою як найбільш загрозована для світового правопорядку.

¹ Visscher Ch. Théories et réalités en droit international (4th Edition). – Paris, 1953. – P. 295 – 296.

² Міжнародне право: Навч. посібник / За ред. М. В. Буроменського – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 57.

Варто підкреслити, що до недавнього часу Міжнародний Суд ООН, найавторитетніший судовий міжнародний орган, на рішення якого посилаються як на джерело права, не виокремлював норми *jus cogens*. Згадуючи деякі універсальні (фундаментальні) норми міжнародного права та надаючи їм статусу таких, що зобов'язують все міжнародне співтовариство їх дотримуватись, він, тим не менш, у своїх рішеннях не називав їх конкретно нормами *jus cogens*, як це робив Міжнародний кримінальний трибунал по колишній Югославії. Вкрай важливо, що у недавніх рішеннях Міжнародний Суд ООН змінив власний формальний підхід та безпосередньо у рішеннях, а не в окремій думці суддів¹, використовував поняття «норми *jus cogens*»², позаяк багато традиційно налаштованих (передусім, західних) вчених-міжнародників у дискусіях про існування норм *jus cogens* звертались саме до факту невизначеного ставлення Суду ООН до цього питання.

Питання про перелік існуючих імперативних норм у сучасному міжнародному праві не має однозначної відповіді. Для доведення існування норми *jus cogens* доцільно звертатись до праць авторитетних вчених, рішень міжнародних судових установ, насамперед, Міжнародного Суду ООН, а також до рішень національних судів як прояву практики держав та *opinio juris*³. Серед основних норм «претендентів» на статус *jus cogens* – заборона расової дискримінації та геноциду як найбільш тяжкої форми її прояву, що визнається загальновідомими вченими⁴, міжнародними та національними судами⁵.

Доказом того, що заборона расової дискримінації прийняла характер норми *jus cogens*, є найважливіші міжнародно-правові документи з прав

¹ Окрема думка Ad Hoc судді Креча (Креча): «The norm prohibiting genocide, as a norm of *jus cogens*...» Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Reports (1996).

² Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Judgment of 3 February 2006, para. 64-78; Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007. – Para. 185.

³ See, e.g.: Attorney General of Israel v. **Eichmann (1962)**. – International Law Reports, Vol. 36, p. 277, 299, 304; **Demjanjuk v. Petrovsky (1985)**. – Federal Reporter, Second Series, Vol. 776, p. 571; Regina v. Finta (1996). – American Journal of International Law, Vol. 90, p. 460; Al-Adsani v. United Kingdom, ECHR Judgment Nov. 4, 1990. – United Nations Treaty Series, Vol. 213. – P. 222; The Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic and Vladimir Santic (a/k/a «Vlado») – Case No. IT-95-16-T, para. 520; **the Prosecutor v. Anto Furundzija – Case No. IT-95-17/1-T**, ICTY Judgment, **paras 134-157**; Pinochet case (1999). – American Journal of International Law, Vol. 93. – P. 700, 703.

⁴ See: Brownlie I. Principles of Public International Law (5th Edition). – Oxford: Oxford University Press, 2002; Malcolm N. Shaw QC. International Law (5th Edition). – Cambridge: Cambridge University Press, 2003; Hillier T. Principles of Public International Law. London – Sydney, 1999; Cassese A. International Law (2nd Edition). – Oxford: Oxford University Press, 2005.

⁵ See: : Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Reports (1996) ((Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Preliminary Objections, Order of 11 July 1996); **the Prosecutor v. Anto Furundzija – Case No. IT-95-17/1-T**, ICTY Judgment, **paras 134-157**; Pinochet case, 3 WLR 827 (1999), 93 Am. J. Int'l L. 700, 703 (1999).

людини, укладені після Другої світової війни. Серед цих документів особливо місце посідає Загальна Декларація прав людини, яку було прийнято Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р.¹, яка закріплює принципи рівності і недискримінації. Особливо впливову роль у підтвердженні імперативного статусу заборони расової дискримінації відіграла Міжнародна конвенція ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1965 р.² Важливим кроком у закріпленні імперативного характеру міжнародно-правової заборони расової дискримінації стало прийняття Міжнародного пакту ООН про громадянські і політичні права³ та Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права⁴ 1966 р., які разом із Загальною Декларацією створили так званій «Міжнародний Біль про права». Найбільш важким проявом расової дискримінації – злочином за загальним міжнародним правом – є геноцид. Особливого значення у формуванні міжнародно-правової заборони расової дискримінації та кримінальної відповідальності за її прояви набула Конвенція про запобігання злочину геноциду і покарання за нього⁵, яка підтвердила існування міжнародно-правової заборони на акти геноциду. Загально визнано, що в Конвенції сформульована імперативна норма загального права (*jus cogens*).⁶

Імперативний статус заборони расової дискримінації був одним з перших загально визнаних міжнародною спільнотою. Г.Шоу, аналізуючи критерії, за якими певні (поодинокі) норми міжнародного права визнаються міжнародним співтовариством імперативними, висловлює думку, що «концепція *jus cogens* базується на визнанні фундаментальних, найголовніших загальнолюдських принципів». Він також зазначає, що вона відображає концепцію *jus naturales*.⁷ Заборона расової дискримінації як поведінки, що принижує гідність та рівну цінність кожної людини, набула імперативного статусу саме через визнання міжнародною спільнотою дискримінації явищем, що суперечить основним засадам людяності.

Дискримінація з будь-яких мотивів є недопустимою у цивілізованому правовому суспільстві. С.П. Рабінович зазначає: «Фактичне відхилення від

¹ Universal Declaration of Human Rights. – U.N. Doc A/810 at 71 (1948).

² Комитет по ликвидации расовой дискриминации. Общая рекомендация № 32 (2009) Док. ООН A/64/18.- П.9.

³ International Covenant on Civil and Political Rights (1966). – United Nations, Treaty Series, Vol. 999, P. 171 and Vol. 1057, P. 407. – Art. 2, 4, 20-27.

⁴ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966). – United Nations, Treaty Series, Vol. 993. – P. 3. – Art. 2-10.

⁵ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948). – United Nations, Treaty Series, No. 1021, Vol. 78 (1951). – P. 277.

⁶ See, e.g.: Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (2007); Prosecutor v. Krstic. ICTY Judgement of 2 August 2001, Case No. IT-98-33-T (**Trial Chamber I**).

⁷ See.: 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», «It also reflects the influence of Natural Law thinking». – P. 117.

засади рівноправності викликає справедливе обурення й протест, оскільки внутрішньою основою такої рівності є загальнолюдська природа, загальна гідність і свобода, спільність умов людського існування».¹ Обґрунтовано виникає питання: чому не норма, що встановлює загальну рівність людей, а саме норма, що забороняє тільки расову дискримінацію, першою набула імперативного характеру, адже пропозиції про імперативні норми почали наполегливо звучати у період антиколоніальної кампанії, що проводилась країнами, які розвиваються, та основою якої були ідеї про рівність всіх людей та самовизначення народів?² Певним поясненням може бути, по-перше, формально невизначений характер терміну «рівність» (діти, жінки, чоловіки, громадяни та іноземці не є рівними – вони всі мають різний обсяг прав та обов'язків, що, тим не менш, не дискримінує їх). У цьому контексті С. Шевчук пише: «Принцип рівності може розумітися та захищатися по-різному, залежно від того, чи розуміється цей принцип широко або вузько, чи застосовується він для захисту особи чи групи осіб, чи розуміється він як такий, що забороняє певні види дискримінації, чи вимагає рівного розподілу у суспільстві благ та обтяжень та встановлює обов'язок позитивних дій держави для забезпечення такого рівного розподілу».³ По-друге – це надзвичайно впливовий характер норми *jus cogens*, який, власне, і обумовлює необхідність її чіткого формулювання для уникнення зловживання її статусом: імперативна норма може нівелювати універсальну або партикулярну договірну норму (або угоду цілком), звичаєву норму міжнародного права, будь-яку резолюцію міжнародної організації, якщо вони їй суперечать.⁴

Х. Чарльзворс, проаналізувавши міжнародно-правовий механізм боротьби та попередження дискримінації з різних підстав, прийшов до висновку про існування певної ієрархії форм дискримінації залежно від ступеня міжнародно-правових зусиль боротьби з ними. На його думку, расова дискримінація є найбільш серйозною формою дискримінації, що доводить той факт, що її заборона має найвищий статус норми міжнародного права – *jus cogens* (імперативна норма), а зобов'язання цю норму виконувати одержало характер *erga omnes*.⁵ Зобов'язання *erga omnes* означає зобов'язання загального характеру, які держава має не стосовно іншої конкретної держави чи

¹ Рабінович С. П. Природно-правова рівність як основа цивільних відносин: спроба антропосоціального аналізу // Проблеми філософії права. – 2005. – Том III. – № 1 – 2. – С. 321.

² Boleslaw A. V. International Law: a Dictionary. – Scarecrow Press, 2005. – P. 20.

³ Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. – Вид. 2-е, випр., доп. – К.: Реферат, 2007. – С. 660.

⁴ Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, Chaired by Martti Koskenniemi, Report of the International Law Commission on the work of its 58th session, 1 May – 9 June and 3 July – 11 August 2006. The report consists of two parts. The bulk of the report is contained in document. – A/CN.4/L.682, A/CN.4/L.702.

⁵ Charlesworth H. Concept of Equality in International Law / G. Huscroft & P. Rishworth (ed). Litigating Rights. – 2002. – P. 143.

групи держав, а щодо всього міжнародного співтовариства. В юридичному розумінні набуття міжнародним зобов'язанням характеру *erga omnes* означає існування навіть у держави, що не є учасницею відповідної міжнародної угоди, права *locus standi*.

В процесі еволюції міжнародних відносин, змін політичних реалій, відповідного розвитку міжнародного права, створення нових та тлумачення і застосування існуючих норм, фундаментальні цінності не повинні бути жодним чином пограні і саме в забезпеченні їх непорушності і полягає основна функція норм *jus cogens*. Не може існувати «закону», вищого за загальнолюдські цінності, – теза із теорії природного права, яка є основою концепції *jus cogens*. Жодна норма ані міжнародного, ані національного права не може ієрархічно стояти на вищій щаблі, ніж норми *jus cogens*. Навіть стаття 103 Статуту ООН, яка надає зобов'язанням держав за Статутом переважну силу по відношенню до зобов'язань згідно з будь-якими іншими міжнародними угодами, не дає права, у випадку невідповідності зобов'язання за Статутом нормі *jus cogens*, порушувати її.¹ Питання домінанти суверенітету держави від безперечного трансформується у дискусійне, якщо контрфактором постають фундаментальні людські цінності.²

Професор О.О. Мережко цілком слушно зазначає: «Проявом теорії природного права в сучасному міжнародному права ми можемо вважати принцип справедливості, який за своїм змістом є етико-юридичною засадою, тобто своєрідним мостом між системою права і сферою моралі, а також основні права і свободи людини, говорячи про які іноді підкреслюють їх «природний», «абсолютний» чи «невід'ємний» характер».³

Еволюція правової думки та гуманізація міжнародно-правової свідомості привели до того, що заборона расової дискримінації в усіх її формах і проявах стала глобальним етичним і правовим імперативом. Зусилля світової спільноти спрямовані на реалізацію знання, що має аксіоматичний характер: *aequum et bonum, est lex legum* – справедливість та загальне благо є законом законів.

¹ Bosnia case, ICJ Reports, 1993, pp. 325,440; 95 ILR, pp. 43, 158. Окрема думка судді Лаутерпахта: «The relief which article 103 of the Charter may give the Security Council in case of conflict between one of its decisions and an operative treaty obligation cannot – as a matter of simple hierarchy of norms – extend to a conflict between a Security Council resolution and jus cogens»

² Див.: Donnelly J. Universal Human Rights in Theory and Practice (2nd Edition). – Cornell University Press. – 2003. – P. 157.

³ Мережко О.О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права. – Київ: Юстініан, 2010. – С. 44.