Всеволод Мицик

# Європейська хартія регіональних мов або мов меншин та правові засади державної мовної політики України.

**Стаття присвячена аналізу проблеми співвідношення мети і основних міжнародно-правових зобов'язань України, відповідно до ратифікованої 19 вересня 2005 р. Європейської хартії регіональних мов або мов меншин з метою із змістом Закону України «Про засади державної мовної політики» від 7 липня 2012 р. Проаналізовано основні положення зазначених правових актів. Зроблено висновок про межі відповідності мети та статей Закону положенням Хартії та об'єктивної необхідності удосконалення національного законодавства у сфері гарантій та захисту мовних прав осіб, що проживають в Україні.**

**This article analyzes the problem of the relationship between the goals and basic international obligations of Ukraine, in accordance with the European Charter for Regional or Minority Languages, ratified September 19, 2005 to the purpose and content of the Law of Ukraine "On the Principles of State Language Policy" dated July 7, 2012. This paper analyzed the main provisions of these legal acts. It is concluded about partial not compliance of the relevant articles of the Law with the Charter and the objective necessity of improvement of the national legislation to guarantee and protect the language rights of persons living in the Ukraine.**

Обрана тема статті зумовлена багатьма обставинами, і по-перше тим, що сьогодні проблема захисту мов меншин та регіональних мов є актуальною для більшості країн світу, в яких через різні об'єктивні обставини сформувався багатонаціональний склад населення. За підрахунками вчених, сьогодні в світі існує понад 6000 «живих мов», однак експерти вважають, що якщо не вжити заходів, то половина з них зникне уже до кінця цього століття.

За всю історію людства «мертвими» вже стали понад 9000 мов, з яких близько 250 зникли тільки за останні 60 років. Зникли навіть мови у свій час могутніх держав. Такими, наприклад, є давньогрецька, арамейська, латинська, санскрит, ассірійська, давньоруська, давньоперсидська. Серед мов, що зникли останнім часом, за даними ЮНЕСКО, знаходяться: менська (жителів острова Мен), зникла у 1974 р., аса в Танзанії - зникла в 1976 р., убихська (Туреччина) - зникла в 1992 р., еякська (Аляска, США) - зникла в 2008 р. та багато інших.

Фахівці стверджують: для того щоб мова існував і успішно розвивалася, необхідно, щоб на ній розмовляли не менше 1 мільйона осіб. Таких не більше 250 у світі. Так як 90% нинішніх мов світу знають менше 100 тис. осіб кожну, перспектива їх виживання вважається проблематичною. В «Атласі світових мов, що знаходяться під загрозою зникнення» [1], який періодично видається ЮНЕСКО з 2001 року, йдеться про те, що на межі вимирання знаходиться серед інших, зокрема, 50 європейських мов. У залежності від рівня загрози їх життєздатності мови у Атласі поділено на п'ять категорій, відповідно до яких мови можуть знаходитися в стані: нестійкості, небезпеки, серйозної небезпеки, критичної ситуації і повного зникнення.

По-друге, що стосується сучасної України, то проблема мовних прав є одною з найактуальніших, за якою точаться гострі дискусії як серед фахівців, політиків, правників, так і серед всіх верств населення країни. Данні за 2012 р. свідчать, що населення України складає 45,6 млн. осіб, з яких понад 10 млн. представники інших національностей ніж українці. Для порівняння зазначимо, що чисельність таких країн як Угорщина, Чехія або Швеція складає 10 млн. осіб у кожній. Серед найчисельніших етнічних груп України, які налічують понад 100 тис.: росіяни (біля 8 млн.), білоруси, молдавани, кримські татари, болгари, угорці, румуни, поляки, євреї.

**МИЦИК Всеволод Всеволодович,**

доктор юридичних наук, проф., заслужений діяч науки і техніки України,
професор кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
член Комітету експертів Європейської хартії регіональних мов
або мов меншин (від України).

© *В. Мицик, 2013*

За даними останнього Всеукраїнського перепису населення 2001 р. в Україні мешкають представники 120 національностей. Така ситуація історично призвела до багатомовності в країні, яка вимагає чіткого правового врегулювання.

Законодавство України про мови складається з положень Конституції України, Декларації прав національностей України, законів України «Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин», «Про національні меншини», «Про ратифікацію Рамкової конвенції Ради Європи про захист національних меншин", «Про засади державної мовної політики» та інших законів України, а також міжнародних договорів, що регулюють питання використання мов, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Особливу увагу привертають запеклі суперечки та часто некомпетентні або хибні думки, які щоденно з'являються в засобах масової інформації (газети, телебачення, Інтернет тощо) щодо останнього ухваленого в цій царині Закону України Про засади державної мовної політики від 7 липня 2012 р. Фахівців і громадськість турбують зокрема три питання: чи потрібен такий закон, чи відповідає закон міжнародним зобов'язанням України, чи відповідає цей закон національним мовним інтересам.

Відповідь на перше питання позитивна, бо до останнього часу діяв Закон «Про мови в Українській РСР», ухвалений 28 жовтня 1989 року, ще до проголошення незалежності України. Закон позитивний та змістовний, але зміни в країні та міжнародні зобов'язання вимагають нових підходів до проблеми.

Для висвітлення запропонованої теми та відповіді на запитання відповідності чи невідповідності хочу зосередитись саме на стислому аналізі певних основних положень зазначеного Закону та основного міжнародно-правового акту який містить мовні європейські стандарти та принципи спеціального характеру – Європейської хартії регіональних мов або мов меншин 1992 р., ратифікованої Україною 19.09.2005 р., що набула для неї чинності 1.02.2006 р.

Перш за все, важливим є визначення мети в цих документах. У Преамбулі та Пояснювальній записці до Хартії зазначається, що Хартія має на меті захищати регіональні мови або мови меншин та сприяти їх розвитку, але це не стосується мовних меншин, тим паче національних меншин. Головною метою Хартії є культурний розвиток. «Хартія призначена захищати регіональні мови або мови меншин і сприяти їм як частині європейської культурної спадщини, що знаходиться під загрозою. З огляду на це вона містить не лише недискримінаційне положення стосовно використання цих мов, але й передбачає заходи, спрямовані на їхню активну підтримку. Метою Хартії є також, наскільки це є можливим, використання регіональних мов або мов меншин в сфері освіти й у засобах масової інформації, в судах та адміністративних установах, в економічному та соціальному житті, в культурній діяльності. Лише у такий спосіб ці мови можуть отримати компенсацію там, де це є необхідним, за несприятливі умови їхнього існування в минулому, лише так вони можуть бути збереженими та розвиватися як жива грань європейської культурної ідентичності»( пункт 10 Пояснювальної записки) [2, с. 5]. Заслуговують на увагу чіткі формулювання щодо об'єктної сфери дії «**хартія призначена захищати регіональні мови або мови меншин і сприяти їм як частині європейської культурної спадщини, *що знаходиться під загрозою*», «метою Хартії є також, наскільки це є можливим, використання регіональних мов або мов меншин…», «у такий спосіб *ці мови можуть отримати компенсацію там, де це є необхідним, за несприятливі умови їхнього існування в минулому*, лише так вони можуть бути збереженими та розвиватися**» (курсив мій – В.М.).

Більшість держав-учасниці Хартії саме таким чином сприймають ці положення. Наприклад, у Норвегії такими мовами визнані саамська мова (чотири її різновиди) та мова квенів (яка дійсно знаходиться у критичному стані). Визнані мови меншин у Швеції – саамі, фінська, меянкіелі (торнедальська фінська). У Великій Британії: валійська, шотландська-гальська, ірландська.

Проте, враховуючи положення п. 21 Пояснювальної записки, де підкреслює, що «Хартія не конкретизує, які європейські мови відповідають поняттю «регіональні мови або мови меншин», перелік регіональних мов або мов меншин значною мірою залишається правом кожної із Сторін учасниць. Існують країни, які приділяють увагу не тільки на мови, які знаходяться у критичному стані, а визнають також і мови сусідніх країн, яким вочевидь загроза зникнення принаймні найближчим часом не загрожує. Наприклад, Польща визнала як мови меншин: караїмську, лемську, кашубську, идиш, іврит, татарську, вірменську, а також німецьку, білоруську, чеську, румунську, литовську, словацьку та російську. Хорватія: італійську, сербську, угорську, чеську, словацьку, русинську та українську. Цікаво, що Комітет експертів Хартії та Комітет міністрів Ради Європи не заперечують, а навпаки заохочують такий підхід.

Саме таким шляхом питання вирішується і в Україні. У Законі «Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин» Положення Хартії застосовуються до мов таких 13 національних меншин (а не мов меншин, як зазначено у Хартії) України: білоруської, болгарської, гагаузької, грецької, єврейської (мабуть малася на увазі мова – ідиш – В.М.), кримськотатарської, молдавської, німецької, польської, російської, румунської, словацької та угорської. Зауважимо, що у Законі Про засади державної мовної політики у ст. 7 виз-

нається вже 18 регіональних мов або мов меншин. Додаються: вірменська, новогрецька, ромська, русинська, караїмська і кримчацька (а саме: російська, білоруська, болгарська, вірменська, гагаузька, ідиш, кримськотатарська, молдавська, німецька, новогрецька, польська, ромська, румунська, словацька, угорська, русинська, караїмська, кримчацька).

Вочевидь, що серед зазначених 18 в Україні дійсно знаходяться під загрозою для культурної спадщини Європи 3 мови меншин – русинська, караїмська і кримчацька. Цікаво відзначити, що згідно п. с ст. 1 Хартії ромська мова та ідиш відносяться до «нетериторіальних мов», «які, незважаючи на їхнє традиційне використання в межах території держави, не можуть вважатися найбільш поширеними в межах конкретної місцевості цієї держави». Саме так визначають зазначені мови в більшості європейських країн.

Тому можна зробити висновок, що мета Закону не зовсім співпадає з метою проголошеною у Хартії, проте заохочується моніторинговими органами Хартії і Ради Європи.

Інше питання стосується визначення поняття терміну «регіональні мови або мови меншин». Для цілей Хартії ст. 1 визначає термін «регіональні мови або мови меншин» як «мови, які: і) традиційно використовуються в межах певної території держави громадянами цієї держави, які складають групу, що за своєю чисельністю менша, ніж решта населення цієї держави; та іі) відрізняються від офіційної мови (мов) цієї держави; він не включає діалекти офіційної мови (мов) держави або мови мігрантів» [2, с. 42].

Слід зауважити, що у Хартії відсутні окремі визначення понять «територіальна мова» і «мова меншини», що дає привід для постійних дискусій та авторських пропозицій до тлумачення словосполучення «регіональні мови або мови меншин» щодо змісту документа. Автори Хартії передбачали, на нашу думку, таку ситуацію і зафіксували свою позицію у Пояснювальній записці – розділі «термінологія що використовується». «Прикметник «регіональні» позначає мови, якими розмовляють на обмеженій частині території держави, де крім того ними можуть розмовляти більшість громадян. Термін «меншин» відноситься до випадків, коли мовою користуються особи, які не проживають компактно на певній території держави, або коли такою мовою розмовляє група осіб, яка компактно проживає на певній території, проте є чисельно меншою ніж населення такої області, яке користується мовою більшості. Тому обидва прикметники стосуються фактичних обставин, а не юридичних понять і стосуються ситуації у певній країні (наприклад, мова меншини в одній країні може бути мовою більшості в іншій» (п.18) [2, с. 7].

Зрозуміло, що Хартія перш за все спрямована на захист регіональних мов. На практиці держави-учасниці у своїх деклараціях та періодичних національних доповідях визнають мови меншин і тільки інколи визнають регіональні мови.

У ст.1 Закону термін «регіональна мова або мова меншин» визначається аналогічним чином, але без будь-яких пояснень на кшталт тих, що містяться у Записці до Хартії. Стаття 1 передбачає: «регіональна мова або мова меншини – мова, яка традиційно використовується в межах певної території держави громадянами цієї держави, які складають групу, що за своєю чисельністю менша, ніж решта населення цієї держави, та/або відрізняється від офіційної мови (мов) цієї держави» [3] . Стаття визначає також терміни, які не визначаються у Хартії, тобто поза Хартією: мовна меншина, мови національних меншин, рідна мова.

Таким чином, мови, що містяться у переліку ст. 7 Закону України Про засади державної мовної політики за Хартією можна умовно класифікувати наступним чином. До регіональних мов можна віднести: російську, білоруську, угорську, румунську, кримськотатарську; мов меншин: болгарську, вірменську, гагаузьку, молдавську, німецьку, новогрецьку, польську, словацьку, русинську; нетериторіальних мов: ідиш, ромську, караїмську, кримчацьку.

Висновок полягає у тому, що не зовсім чітко, навідь термінологічно, співпадає об'єкт захисту Хартії і Закону.

Ще одне важливе з практичної точки зору питання, яке турбує як національних, так і міжнародних фахівців, які цікавляться чи працюють над проблемою захисту мов, це питання про кількість осіб, яка може претендувати на статус регіональної мови або мови меншин. У Хартії це питання визначається наступним чином «термін "територія, на якій використовується регіональна мова або мова меншини" означає географічну місцевість, де така мова є засобом спілкування певної кількості осіб, яка виправдовує здійснення різних охоронних і заохочувальних заходів, передбачених у цій Хартії» (п.b ст.1).

Закон містить наступне визначення: «територія, на якій поширена регіональна мова, – територія однієї або кількох адміністративно-територіальних одиниць України (Автономної Республіки Крим, області, району, міста, селища, села), де регіональна мова є засобом комунікації певної кількості осіб, що виправдовує здійснення різних охоронних і заохочувальних заходів, передбачених у цьому Законі» (абз.7 ст.1). Визначення Хартії та Закону термінологічно співпадають, проте мало що пояснюють у практичній площині. Залишається відкритим спірне питання про розмір території (наприклад – села) та чисельність осіб, які мають право на статус таких мов. Держави, які встановлюють такі обмеження частіш за все застосовують 15% - 25% бар'єр. Комітет експертів Хартії у своїх висновках та Комітет міністрів Ради Європи у рекомендаціях звертався до цього

питання. Наприклад, у Рекомендації КМ РЄ від 21.07.2007 р. Словенії щодо виконання зобов'язань за Хартією було запропоновано переглянути 20% обмеження щодо виконання ст. 10 Хартії (Адміністративні органи та публічні послуги), таке застереження щодо 20% обмеження міститься у Рекомендації КМ РЄ від 07.12. 2011 р. Польщі.

Закон у п. 3 ст.7 встановлює: «До кожної мови, визначеної у частині другій цієї статті, застосовуються заходи, спрямовані на використання регіональних мов або мов меншин, що передбачені у цьому Законі, за умови, якщо кількість осіб - носіїв регіональної мови, що проживають на території, на якій поширена ця мова, становить 10 відсотків і більше чисельності її населення. За рішенням місцевої ради в окремих випадках, з урахуванням конкретної ситуації, такі заходи можуть застосовуватися до мови, регіональна мовна група якої становить менше 10 відсотків населення відповідної території».

Як висновок маємо констатувати, що умови передбачені в Законі для визначення «певної кількості осіб, яка виправдовує здійснення різних охоронних і заохочувальних заходів передбачених у Хартії» відповідає європейським стандартам.

І останнє питання що турбує всіх зацікавлених в цій проблемі осіб, органів, організацій – чи відповідає цей Закон загальним національним мовним інтересам держави вцілому, а не окремим мовним групам. Автори Хартії також стикнулися з проблемою, яка пов'язана з основними відмінностями, що характеризують становище регіональних мов або мов меншин в Європі. Як зазначається у п.19 Пояснювальної записки, деякі мови охоплюють відносно велику територіальну зону, на них спілкується значна кількість населення і вони мають певну можливість розвиватися та досягти рівня культурної стабільності. Іншими ж розмовляють лише дуже мала частина населення, яка мешкає на обмеженій території та має значно несприятливі умови для свого виживання і розвитку. У випадку з мовними меншинами України спостерігаємо разючу відмінність, наприклад, між 8 млн. російської мовної меншини та 2 - 3 тис. представників караїмської мови чи 500-600 осіб кримчаків-євреїв, які докладають останніх зусиль, щоб їхня мова не зникла назавжди.

Проте з тексту Закону випливає, що значна кількість статей присвячена саме російській мові. Про захист російської та інших регіональних мов або мов меншин (без їх назви) йдеться у статтях 10 (Мова актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування), 11 (Мова роботи, діловодства і документації органів державної влади та органів місцевого самоврядування), 18 (Мова економічної і соціальної діяльності), 28 (Мова імен громадян України).

За даними, оприлюдненими у 2012 р. одним з авторів Закону Вадимом Колесніченко на території Східної України російською мовою користуються 86,8% населення, Південної – 82,3%, Східно-Центральної – 46,4%, Центральної – 24,2%, Західної – 3,1%. Однак, як відомо, на Західній Україні також мешкають чисельні мовні меншини, наприклад, у Закарпатській обл. угорці складають 12,1% населення, у Чернівецькій румуни – 12,5%. У Автономній республіці Крим мешкає 12,0% кримських татар. За обмеження у 10% і менше на території України майже не залишається регіонів для використання української мови, яка за Конституцією України (ст.10) та Законом (ст.6) є державною мовою, обов'язковою для застосування на всій території України.

Існують додаткові суттєві складові щодо реалізації Закону Про засади державної мовної політики: юридична, економічна і політична. Юридично норми Закону формально відповідають положенням Хартії. З точки зору сучасного стану економіки виконати заявлені національні і міжнародні зобов'язання у цій сфері неможливо. Йдеться про організацію для 18 мовних меншин освіти всіх рівнів (від дитячих садків до вищої освіти), забезпечення на таких мовах діяльності судової влади, адміністративних органів та публічних послуг, створення засобів масової інформації, забезпечення культурної діяльності, забезпечення економічного та соціального життя і т.д. Навіть буйна фантазія не може уявити здійснення таких грандіозних планів у осяйному майбутньому. З політичної точки зору по-перше, Україна надала Раді Європи дві періодичні державні доповіді про виконання зобов'язань за Хартією. Із 26 національних доповідей держав-членів, м'яко кажучи, найслабшою стала друга доповідь України від 6.01.12 р. Щодо виконання положень Хартії стосовно визнаних Україною мов меншин 292 зобов'зання отримали у Доповіді Комітету експертів Хартії оцінку «not fulfilled» (не виконано). Таких результатів не досягала ще жодна з країн-учасниць Хартії. По-друге, представники робочої групи від Комітету експертів, яка працювала в Україні перед написанням своїх висновків, дійшла висновку, що Закон та практика в Україні перш за все спрямований на посилення стану російської мови, але не мов які дійсно знаходяться під загрозою існування чи в стані занепаду. Рекомендація Комітету міністрів, якою є політична оцінка діяльності країни у цій сфері без сумніву буде вельми критичною.

На завершення зазначимо, що використання державної мови та мов національних меншин в Україні знову може і повинно стати предметом розгляду Верховної Ради України. Парламентський комітет з питань культури і духовності вже має сім проектів законів, запропонованих представниками різних політичних сил. Привертає увагу проект Закону Про функціонування української мови як державної та порядок застосування інших мов в Україні, зареєстрований 10.01.2013 р. народними депутатами України Володимиром Яворівським (фракція «Батьківщина»), Марією Матіос (УДАР) та Іриною Фаріон («Свобода») та ін. Про це пові-

домляє сайт парламенту [4]. Згідно з законопроектом, «будь-яка інша мова, яку застосовують в Україні, крім української мови як мови титульної нації та мов інших корінних народів України, для цілей цього закону є іноземною мовою». У законопроекті передбачено, що мовою національної меншини України є іноземна мова, яку громадяни України, що за своїм етнічним походженням не є українцями, історично й упродовж багатьох поколінь застосовували в Україні як свою материнську мову. Крім того, регіональною (міноритарною) мовою в Україні є мова, відмінна від української та яку традиційно застосовували в межах території України громадяни України, що становлять кількісно меншу групу, ніж решта населення України. Діалекти та говірки української мови, а також мови мігрантів не є регіональними (міноритарними) мовами. В тих регіонах, де не менш ніж 50% членів громади села, селища чи міста становлять представники нацменшини, законопроект дозволяє в місцевому самоврядуванні використовувати регіональну мову разом із українською.

Такий підхід до вирішення проблеми не тільки не відповідає міжнародно-правовим зобов'язанням України за Європейською хартією регіональних мов або мов меншин та Рамкової конвенції про захист національних меншин, а повністю їх ігнорує і порушує. У випадку ухвалення цього або подібного закону зобов'язання України перед Радою Європи будуть порушені.

Справа законотворчості в цій царині актуальна і необхідна і цивілізоване суспільство має її вирішити належним чином з урахуванням міжнародних стандартів, державних інтересів та мовних потреб і прав населення України. Саме ці чинники мають бути враховані при розробці та ухваленні не тільки реалістичного закону про державну мовну політику, а й закону про мови в Україні. Бажано щоб законотворці частіш залучали обізнаних з світовими та європейськими міжнародними стандартами у цій галузі правовідносин фахівців для досягнення бажаних результатів та підтримки іміджу України як демократичної, цивілізованої з правової точки зору держави, яка дотримується основного принципу міжнародного права *pacta sunt servanda* – сумлінного виконання міжнародних зобов'язань та давнього, але завжди актуального принципу *sálus pópuli supréma lex esto* (благо народу є вищій закон).

1. Мозли Кристофер. Атлас языков мира под угрозой исчезновения. Париж: Издательство ЮНЕСКО, 2010. Электронная версия: http://www.unesco.org/culture/ languages-atlas/en/atlasmap.html (дата обращения: 12.02.2013).
2. European Charter for Regional or Mibority Languages and explanatory report. – Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000. - 64 p.
3. Закон України Про засади державної мовної політики. Верховна Рада України; Закон від 03.07.2012. - № 5029-VI. Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5029-17 (дата звернення 07.03.2013)
4. Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45410 (дата звернення 07.03.2013)

**Катерина Бусол**

# Культурна спадщина корінних народів за міжнародним правом.

**Стаття присвячена проблемі захисту культурної спадщини корінних народів. Відсутність універсального загальнообов'язкового міжнародно-правового регулювання питань, пов'язаних із корінними народами, ускладнює збереження їх культурних цінностей, особливо в еру глобалізації з її лібералізацією економіки та ростом ресурсоспоживання. Стаття демонструє, що саме у розрізі корінних народів формується нова договірна та судова практика захисту об'єктів культури, а саме через інші права – право на землю, розвиток, безпечне навколишнє середовище.**

**The present article addresses the issues of the protection of cultural heritage of indigenous peoples. Given the lack of binding universal rules of international law on indigenous peoples, the preservation of their artefacts is particularly fragile nowadays, in the era of globalization with its liberal economy and increased consumption of the resources. The article demonstrates that it is the field of indigenous people that gives rise to the new treaty and judicial practice of the cultural property protection – namely by means of other rights, such rights to land, development and safe environment.**

**Постанова проблеми**. Питання захисту культурних цінностей за міжнародним правом часто розглядається однобоко – з двох вихідних точок: 1) прив'язки до воєнного конфлікту, тобто ситуації, в *якій* треба захищати; 2) прив'язки до ретроградного розуміння артефакту, *який* потребує захисту – картини, пам'ятника, музею. Потреба в *особливому* регулюванні культурної спадщини корінних народів виникає перш за все з того факту, що їх ситуація рідко коли відповідає двом зазначеним усталеним компонентам.

**Аналіз досліджень і публікацій.** Основними об'єктивними джерелами для дослідження рівня захисту культурної спадщини корінних народів була, по-перше, національна практика Австралії та держав Південної Америки та, по-друге, її оцінка регіональними судами із захисту прав людини. Щодо академічних джерел, то вивчалися праці В. Венланд, Л. Віерсма та Б. Менсах з даного питання.

**Мета статті** – з'ясувати, чи є на сьогодні особливі міжнародно-правові механізми захисту культурної спадщини корінних народів – суб'єкта, щодо якого взагалі в сучасному загальному міжнародному праві дуже мало обов'язкових універсальних зобов'язань – і, якщо є, дати оцінку таким механізмам.

**Виклад основного матеріалу.** Щорічна конференція, що проводиться Бібліотекою Конгресу США у День прав людини, 10 грудня, у 2010 р. була присвячена проблемі прав культурної власності корінних народів [1]. Для МП це питання особливо делікатне, адже ніде як у сфері прав корінних народів межа між категоріями «культурна власність» і «культурна спадщина» не є такою тонкою чи навіть неіснуючою. Аби окреслити серйозність і вагомість теми дискусії, перша доповідач, американський юрист Роберта І. Шаффер навела наступні факти:

- близько 50 млн. людей по всьому світу належать до корінних народів;
- вони пов'язані з 80% світового культурного та біорізноманіття;
- корінні народи займають 20% території Землі;
- вони є в більшості держав, на кожному континенті;
- основним питанням порядку денного корінних народів як на національному, так і на міжнародному рівнях є збереження історичних земель, мови та традиційного укладу життя, а також сприяння розвитку культури. Задля цього точиться постійна боротьба за справедливе представлення корінних народів у державних органах влади, особливо місцевих, що знаходить своє відображення в національній судовій практиці [2].

Визначення змісту особливих прав корінних народів та їх захист є одними з найбільш проблемних моментів сучасного МП [3, с. 298]. Універсального документу загальнообов'язкового характеру не прийнято і дотепер. Окрім Декларації про права корінних народів, основне регулювання даного питання виводиться з між-

УДК 341.215.43

© *К. Бусол, 2013*

**БУСОЛ Катерина Ігорівна,**

аспірант 1 курсу кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

народно-правових положень про права меншин, а найбільш ефективно вони розроблені у національних законодавствах окремих держав.

Загальна декларація прав людини, яка набула звичаєвої сили [3, с. 278], не містить окремих положень ані про корінні народи, ані просто про національні чи етнічні меншини. Тим не менш, першооснова, дух таких положень може бути виведений з інших норм цього документу.

Так, ст. 2 проголошує рівність декларованих прав незалежно від раси, кольору шкіри, мови, релігії, національного чи соціального походження [4, ст. 2]. Не менш важливо, що ця ж стаття забороняє розрізнення на основі політичного, правового або міжнародного статусу країни або території, до якої людина належить [*ibid*]. Як буде продемонстровано далі, саме територіальні права є одним із найголовніших і найпроблемніших аспектів питання культурної спадщини корінних народів.

Згідно зі ст. 27 Декларації, «кожна людина має право вільно брати участь у культурному житті суспільства, втішатися мистецтвом» [4, ст. 27].

І хоча зазначені положення стосуються кожного індивіда взагалі, не враховуючи особливі права, які можуть мати меншини, зокрема – корінні народи, закріплення більш широких / деталізованих норм не було можливим у 1948 році, одразу після Другої світової війни. Це був лише початок абсолютно нового періоду – періоду сучасного міжнародного права, і його абсолютно нової галузі – Міжнародного права прав людини, якій судилося привнести багато новацій у майбутні роки. Однією з найбільш вражаючих таких новацій стала ідея універсального регулювання прав меншин (а через неї, згодом, і корінних народів), яка вперше знайшла своє вираження у пактах 1966 р. Ідея необхідна – виходячи з досвіду двох світових воєн, і чи не найбільш проблемна – як показав майбутній досвід Югославії, Руанди та інших численних африканських конфліктів.

Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права фактично повторює положення Декларації 1948 р. [5, ст. 15(1)(a)]. А от ст. 27 Пакту про громадянські і політичні права дає нове, більш розширене формулювання. Вона визначає, що у тих країнах, де існують етнічні, релігійні та мовні меншини, особам, які до них належать, не може бути відмовлено у праві разом з іншими членами тієї ж групи користуватися своєю культурою, сповідувати свою релігію і виконувати її обряди, а також користуватися рідною мовою [6, ст. 27]. Саме на основі цієї статті Комітет ООН з прав людини попросив одну з держав-членів «надати інформацію щодо вжитих заходів зі збереження релігійних, культурних та історичних пам'яток корінних народів» [7, с. 310].

Австралія, яка і була згаданою вище державою, наряду з Канадою та США найбільш активно розробляє національні положення щодо особливого статусу та прав корінних народів. Серед наріжних для таких народів аспектів, що потребують регулювання – різноманіття, місцезнаходження, засоби праці та технології, священні місця та оповіді, музика, танці, пісні, обряди та візуальне мистецтво – Австралія назвала ще один, найбільш проблемний – територія [8]. Зв'язок із землею – перший і фундаментальний фактор добробуту і процвітання для всіх корінних народів. З цього Уряд Австралії цитує слова представника австралійських аборигенів:

«Ми розробляємо нашу землю та ставимося до неї по-іншому, аніж білі люди. Ми розуміємо, що треба жити із землею, а не за рахунок неї. Нас вчили зберігати її, а не виснажувати» [*ibid*] (курсив мій – К.Б.)

Очевидно, що така роль територіального аспекту не могла знайти швидке компромісне вирішення на національному і, тим паче, на міжнародному рівнях [9, с. 582-601]. Саме питання землі, тобто її ресурсів і права на їх розробку і використання, утруднює погодження універсального загальнообов'язкового документу в інтересах корінних народів, а відповідна Декларація була прийнята лише у 2007 р. Згідно з останньою, «корінні народи мають право дотримуватися та зміцнювати свій особливий духовний зв'язок із землями, територіями, водами і морськими прибережними водами, а також іншими ресурсами, які їм традиційно належать чи тим чи іншим чином ними займаються і використовуються, а також нести свою відповідальність перед майбутніми поколіннями у цьому відношенні» [10, ст. 25]. Тим не менш, навіть визнаючи і закріплюючи схожі положення на національному рівні, Австралія, Канада, Нова Зеландія і США проголосували проти Декларації, і не в останню чергу – через питання прав а землю.

Новітня судова практика, особливо регіональних судів з прав людини, все частіше підтверджує норму про зв'язок культурної ідентичності корінних народів з їх невід'ємним правом на історичні землі. Так, у переломному рішенні по справі *Mayagna (Sumo) Community of Awas Tingni v. Nicaragua* Міжамериканський суд з прав людини уперше визнав, що колективне право корінних народів на землю захищається ст. 21 про право власності Американської конвенції про права людини [2, пп. 141-142; 11, с. 300-313].

Африканська комісія з прав людини і народів у справі *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council v Kenya* у 2009 р. також уперше в історії Африки визнала право корінних народів на історичні землі [12]. Комісія встановила порушення Кенією Африканської хартії прав людини і народів (ст. 8, 14, 17, 21, 22), її національної конституції та міжнародного права по відношенню до народу ендоруа. Так, налагодження туристичного бізнесу в країні не могло виправ-

дати примусового переселення ендоруа з їх історичних земель, а порушувало право на землю та природні ресурси, свободу релігії та культурних практик, права корінних народів, зокрема, право на розвиток [13, пп. 251, 268]. Рішення Комісії було підтримано Африканським союзом у 2010 р.

Ще однією новацією сучасної міжнародної юриспруденції є пов'язування прав на культурну спадщину та захисту останньої не тільки через право на історичні землі, а й через право на безпечне навколишнє середовище [14]. У справі народу яномамі проти Бразилії *Comunidad Yanomami* Caso Nº 7615 Міжамериканська комісія з прав людини зазначила, що можуть бути ситуації, коли захист культурної спадщини і культурних цінностей здійснюється через захист права на безпечне навколишнє середовище (в оригіналі в даному провадженні вживалось формулювання 'environmental rights') [15]. У цьому прецеденті 1985 року було вперше визнано право корінних народів на спеціальний захист, який зберігав би їх культурну ідентичність і культурну спадщину. У ситуації яномамі такий спеціальний захист включав обов'язок Бразилії не допускати розвідувальних і будівельних робіт біля історичних земель даного народу, забезпечувати відновлення ландшафту, збитки якому були завдані такими роботами, а також гарантувати належні стандарти перевірки стану здоров'я та умов життєдіяльності членів общини після таких робіт [16].

Важливо зазначити, що в своїй аргументації по справі Комісія вказала, що таке трактування відповідає духу і вимогам міжнародних пактів 1966 р. [*ibid*]. Зрозуміло, що Комісія не уповноважена давати офіційні обов'язкові тлумачення пактів, і її думка жодним чином не створює зобов'язань для будь-кого, окрім сторін спору, відповідно до принципу *res judicata* [17, ст. 68.1; 18, с. 662]. Та незважаючи на формальну необов'язковість для інших держав чи організацій, такий широкий підхід, який включав, *inter alia*, аналіз одних з найголовніших універсальних документів з прав людини, є яскравою демонстрацією *de lege ferenda* [19].

**Висновки**. Усі три наведені справи вирішують на практиці ті питання, які нормативно поки що проблематично погодити на міжнародному рівні [20, с. 1069-1070]. Такий підхід особливо сприятливий для збереження культурної власності, адже, як було продемонстровано, у розрізі корінних народів вона ефективно захищається опосередковано: через право на землю, на безпечне навколишнє середовище, а також через право на спеціальний захист.

І таке оформлення, і те, що воно здійснюється, в першу чергу, саме через судову практику, а не через міжнародні нормативні акти, є абсолютно логічним і відповідає реаліям сучасних міжнародних відносин. Як уже було зазначено, питання корінних народів є одним із найбільш спірних та мало врегульованих у МП саме через його безпосередню причетність до прав на приватну власність, а особливо – прав на землю. І якщо у міжнародному нормотворенні є тривала проблема з прийняттям універсального обов'язкового документу щодо корінних народів, то судова практика, зокрема, Африканського та Міжамериканського судів з прав людини, адресує її по-своєму. Юриспруденція зазначених органів дає нове тлумачення правам і поняттям, що вже закріплені в існуючих актах з прав людини, відповідно до сучасних потреб і реалій. І хоча такий підхід не є безризикованим і не може не викликати настороженість, особливо у юристів континентальної правової сім'ї, на даний момент, виходячи з практики, він є одним із найбільш вдалих варіантів адресного захисту культурної власності корінних народів та культурної власності через корінні народи.

1. The 2010 Library of Congress Discussion of the Cultural Property Rights of Indigenous People [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://blogs.loc.gov/law/2010/ 12/discussion-of-the-cultural-property-rights/.
2. The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Judgment of August 31, 2001, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 79 (2001).
3. Shaw M. N. International Law. – Cambridge, 2008. – 1582 p.
4. Всеобщая декларация прав человека // резолюция 217 A (III) Генеральной Ассамблеи ООН (10 декабря 1948).
5. Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах // резолюция 2200 A (XXII) (16 декабря 1966).
6. Международный пакт о гражданских и политических правах // резолюция 2200 A (XXII) (16 декабря 1966).
7. O'Keefe R. The Protection of Cultural Property in Armed Conflict. – Cambridge University Press, 2006. – 426 p.
8. Australian Government. Australian Indigenous cultural heritage [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://australia.gov.au/about-australia/australian-story/austn-indigenous-cultural-heritage.
9. Smith R. K.M. Texts and Materials on International Human Rights. – 2nd ed., Routledge, 2010. – 745 p.
10. Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов // резолюция 61/295 Генеральной Ассамблеи ООН (13 сентября 2007) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/indigenous_rights.shtml.
11. Ashamu, E. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Nehalf of Endorois Welfare Council v Kenya: A Landmark Decision from the African Commission // Journal of African Law. – Vol. 55, Issue 02. – October 2011.
12. Kenya: Landmark Ruling on Indigenous Land Rights // Human Rights Watch. – February 4, 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.hrw.org/news/2010/02/04/kenya-landmark-ruling-indigenous-land-rights.
13. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 276/2003, African Commission on Human and Peoples (4 February 2010).

14. Renteln A. D. Environmental Rights vs. Cultural Rights, Human Rights Dialogue: "Environmental Rights" // Carnegie Council for Ethics in International Affairs. – Spring 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/dialogue/2_11/section_2/4453.html.
15. Comunidad Yanomami. Caso Nº 7615. Resolución Nº 12/85. [ENG] [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.escr-net.org/docs/i/412519.
16. Resolution No 12/85, Case No 7615, Brazil, March 5, 1985, Inter-American Commission on Human Rights [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.cidh.oas.org/ annualrep/84.85eng/brazil7615.htm.
17. Американская конвенция о правах человека // Межамериканская конференция по правам человека (22 ноября 1969).
18. Burgorgue-Larsen L., De Torres A. U. The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary. – OUP (2011) –c. 886.
19. Speech by His Excellency Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations 'The proliferation of international judicial bodies: The outlook for the international legal order' (27 October 2000) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=85&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1
20. Wiersma L. L. Indigenous lands as cultural property: a new approach to indigenous land claims. – Duke Law Journal. – Vol. 54:1061 2005. – c. 1070.

**Cultural Heritage of Indigenous Peoples under International Law**

The present article addresses crucial issues of the protection of cultural heritage of indigenous peoples. Given the lack of binding universal rules of international law on indigenous peoples, the preservation of their artefacts is particularly fragile nowadays, in the era of globalization with its liberal economy and increased consumption of the resources. The article demonstrates that it is the field of indigenous people that gives rise to the new treaty and judicial practice of the cultural property protection – namely by means of other rights, such rights to land, development and safe environment.

Basic human rights instruments such as Universal Declaration of Human Rights or the 1966 Covenants fail to highlight either distinct features of indigenous peoples, or any special treatment they might need. Nevertheless, the 2007 Declaration on the Rights of Indigenous Peoples distinguishes their special bond with their traditional lands. The subsequent judicial practice of the Inter-American Court on Human Rights in the Mayagna (Sumo) Community of Awas Tingni v. Nicaragua case and African Commission on Human and Peoples' Rights in Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council v Kenya demonstrates that tying art issues with the rights to land or development may be one of the most efficient ways for the preservation of indigenous cultural property.

**Gábor Kardos**

# The Identification of a Minority.

**Introduction**

Minority rights are human rights; consequently, beside the responsibility of the international community, the state in which the minority lives is the prime duty-bearer of minority rights. But who are the subjects?

The protection of minority rights basically depends on the constitutional system of the state. But even if the state is a perfect democracy, - which state is that? - it could happen that majority pays no significant attention to minority wishes. To belong to a minority is rarely an advantage. Moreover, as one of the founding fathers of the US Constitution, Madison stated, in all cases, where a majority is united by a common interest or passion, the rights of the minority are in danger[1]. In this danger the concept of nation state satisfies itself with the equality before the Constitution, not paying attention to such particularities as language, or culture. Language and the culture based on it are somehow automatically synonymous with some sort of representation of the minority. Language is one of the most important expressions of a sense of collective identity, which has been imbued with a mythical significance in Eastern and Central Europe. As an eminent Hungarian politician and political thinker Count István Széchenyi once said that a nation lives in its vernacular. Language and culture are a kind of mythical home, supposed to substitute for a collective home not existing in reality. The use of geographic and other names of settlements in the minority language in everyday life may be an outward expression of the authentic existence, authentic living of the community in the given physical space. The authentic existence of minority communities may undermine majority myths of origin.

In post modern Western European societies the identity is a delicate question: there are large immigrant communities and more and more other social groups identify themselves along the lines of a particular identity and in a way or another majority seems to be disappearing. At the same time the visible signs of obvious «otherness» on parade reconstitute the feeling of belonging to the majority and the amorphous majority regains its shape by redefining itself against them, mainly against immigrants. In Central and Eastern Europe after the fall of Communism the rebirth of the different ethnic identities have taken place and the threat perception of the majority still comes from the lack of understanding of political consequences of ethnic pluralism and of open identity manifestations in combination with old intolerances and competition for state resources.

In the last two decades the strengthening of minority protection both at national and European level has been a factor in the stronger manifestation or regaining of minority identities. First the successful vernacular mobilisation of different ethnic groups and the ethnic conflicts led to inclusive legislation and then the legislation itself proved to be an invitation to minority consciousness. Sometimes strange flowers grow on the fertile identity soil but it is still exists that governments are reluctant to give recognition to obviously separate identities.

**Who should identify a minority group?**

The Rwanda Tribunal in the case Kayishema came to the conclusion that Tutsi formed an ethnic group because the perpetrators of genocide committed against them shared that belief thanked to the government issued identity cards describing them as such[2]. By this the subjective approach in identification of a minority group has been recognised even in the form of stigmatisation by both the Rwanda and Yugoslavia Tribunals. Basically preferring the subjective approach the Tribunals have not abandoned completely the reliance on objective criteria[3]. But would it be possible to do that?

The states have a legitimate interest to know who the subjects are of minority rights, because of the protection of additional rights involve significant expenses and it is justified to clarify whether the right holders are really entitled or not to the guaranteed services. Beside the just mentioned utilitarian approach if the legislation secures a special political representation to the minorities it simply comes from the basic understanding of democracy others

should know on behalf of whom the representatives speak. So it can not be a question that mere declaration of the alleged subjects can not be the only ground for departure and objective factors are to be calculated. This might easily lead to the sensitive question of the collection of ethnic data which is not allowed in many European countries because of the long shadow of the past when the open manifestation in ethnic groups was the reason of persecution.

Anyway, it is beyond any reasonable doubts that a delicate balance should be set between the subjective and the objective approaches. The elaboration of that delicate balance can not be done differently than with the help of sometimes awkward sometimes painstaking processes of a dialogue involving those who demand rights for themselves, the authorities and the international supervisory bodies. It also important to observe that the delicate balance is not a static phenomenon, and in case of certain minorities it is closer to objective aspects and in other cases it is closer to subjective approach. As has been

*«Traditionally it has been accepted that the existence of a minority depends on a combination of one or more objective elements with one subjective element, namely the members' awareness of belonging to a minority. However, the subjective aspect is increasingly seen as complex and independent. The existence of a minority is not «static», since it always depends on the will of its members, on their will to continue to form a group distinct from the majority, and on their capacity to recreate their own identity. There are many minorities where the so-called «objective» aspects are insignificant and where subjective aspects, such as the awareness of belonging, are the determining factors.*[4]»

In international law the classic wisdom in this question came from the Permanent Court of International Justice stated in the Case of *Greco-Bulgarian «Communities»*. «The existence of communities is a question of fact; it is not a question of law[5]». Later on the Court added that a minority community is

*«a group of persons living in a given country or locality, having a race, religion, language and traditions of their own, and united by the identity of such race, religion, language and traditions in a sentiment of solidarity, with a view to preserving their traditions, maintaining their form of worship, securing the instruction and upbringing of their children in accordance with the spirit and traditions of their race and mutually assisting one another*[6]».

As far as the first, laconic statement is concerned the correct generally shared interpretation comes from the Venice Commission. The statement means that the state recognition of the existence of a minority community became irrelevant under international law[7]. Here it is important to add that the emphasis is on words «under international law». Because it is quite obvious that to enjoy minority rights under national law there is a need for recognition on behalf of state legislation.

In case of the concept of minority community you can find references to objective criteria to the existence of the specific characteristic features of the group in religion, in language and so on but not only, it is also underlined that the members of the group should exhibit a sentiment of solidarity reflecting their desire to preserve their specificities, their subjective understanding is decisive.

In the *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)* the Permanent Court of Justice accepted that a declaration on behalf of a minority pupil on his origin or mother tongue required by law as a precondition to be admitted to a minority language school is not violating equal treatment[8]. Consequently, members of the group should give evidences of their subjective view on their identity, if they would like to enjoy minority protection. Through this it is also secured that their subjective identification is not arbitrarily made, the subjective choice is intertwined with its objective ground. The question is whether they would like to and they are able to convincingly *admit* their identity or not.

**The UN bodies**

The Article 27 of the Covenant on Civil and Political Rights are full of short statements need interpretation.

*In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.*

No doubts the word «exist» should definitely be interpreted. In its the General Comment 23 of the UN Human Rights Committee came to the following conclusion: «Given the nature and scope of the rights envisaged under that article, it is not relevant to determine the degree of permanence that the term «exist» connotes»[9] Later the Committee added: «The existence of an ethnic, religious or linguistic minority in a given State party does not depend upon a deci-

sion by that State party but requires to be established by objective criteria[10]». Consequently, the existence of a minority community should be judged relying on ethnic, religious and linguistic criteria in an objective way, and the secured rights do not require a certain minimum number, and possibly there is no required minimum level in their manifestation of their desire to preserve their specific characteristics. In *Sergei Malakhovsky and Alexander Pikul v. Belarus*, that stands the behind the individual opinion of Human Rights Committee member Ms. Ruth Wedgwood. She correctly underlines that as precondition for registration of a religious community not only the legal address of the Krishna community as an «administrative seat» is not acceptable, but also certain other conditions which require a of level of their manifestation, namely that «a religious group seeking qualification as an «association» must show that it has been active in Belarus for at least 20 years, and that it has at least 10 «communities» within the country»[11].

Objective approach seems to prevail if the individual's declaration should be judged as in *Kitok*. So, it was not a problem that the law provided certain criteria for participation in the life of an ethnic minority but it lied with that a person who was ethnically belonging to the group could be held not to be a member for the purposes of the legislation. That was equivalent with ignoring of the objective ethnic criteria in determining membership of a minority, and beside that the *subjective* elements were also not taken into consideration: the applicant always retained some links with the community, because he always lived on community lands and sought to return to the traditional community economic activity[12]. In the earlier *Lovelace* similarly to Kitok, beside the objective ground, the subjective element, the wish to maintain ties with the community was decisive:

«*Persons who are born and brought up on a reserve, who have kept ties with their community and wish to maintain these ties must normally be considered as belonging to that minority within the meaning of the Covenant*»[12].

In the Lovelace the Committee clarified that if the domestic legislation confines a minority right attached to the membership in a minority community that should be objectively and reasonably justified[14]. This approach which involves that the burden of proof goes to the legislation is applied if the recognition of the membership is concerned in a different context. The watchdog of the International Covenant on the Elimination of the All Form of Racial Discrimination, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination in its General Recommendation VIII underlines that «such identification shall, if no justification exists to the contrary, be based on the self-identification by the individual concerned»[15]. It means that the individual or the group of the individuals might be subjective; the burden of the proof – the reasonable and objective justification of the negative decision on membership or on the very existence of the distinct community - is on the shoulder of the authorities denying the recognition. As it has been demonstrated the Concluding Observations in relation to state periodic reports clearly confirms that approach[16].

The objective approach should be the base if a state party attaches an interpretative declaration to Article 27 as far as the existence of minority communities is concerned. The well known bête noir is the French interpretative declaration (in reality reservation):

«*In the light of article 2 of the Constitution of the French Republic, the French Government declares that article 27 is not applicable so far as the Republic is concerned*[17]».

The official standpoint of the French government that the lack of official recognition of minorities within the territory of the State party does not prevent the adoption of appropriate policies aimed at preserving and promoting cultural diversity was not very well accepted by the Human Rights Committee. They have emphasised that the Committee

«*remains unable to share the view of the State party that the abstract principle of equality before the law and the prohibition of discrimination represent sufficient guarantees for the equal and effective enjoyment by persons belonging to ethnic, religious or linguistic minorities of the rights set out in the Covenant (articles 26 and 27)*[18]»

The UN Declaration on the Rights of Persons belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities in its Article 1 (1) the obligation is not confined to those states where minorities live, consequently, taking out that, there is no room left to subjectivism and it is clear the Declaration does not leave any doubts that states can not be subjective if they have to decide on the recognition of a distinct minority group.

**The Council of Europe bodies**

The European Court of Human Rights faced to the recognition issue cases related to freedom of associations under Article 11 of the European Convention on Human Rights. In *Sidiropoulos v. Greece* the Court firmly states that:

*«Territorial integrity, national security and public order were not threatened by the activities of an association whose aim was to promote a region's culture, even supposing that it also aimed partly to promote the culture of a minority; the existence of minorities and different cultures in a country was a historical fact that a «democratic society» had to tolerate and even protect and support according to the principles of international law*[19]*».*

In *Gorzelik and others v, Poland* the Grand Chamber of the Court observed that «in all their decisions the authorities consistently recognised the existence of a Silesian ethnic minority and their right to associate with one another to pursue common objectives» but accepted as a proportionate measure the denial of registration in the case. The justification was that the Grand Chamber just like the Chamber had acted in the case could «hardly perceive» any other reason of relying on a specific section of the domestic law «than to prepare the ground for enabling the association and its members to benefit from the electoral privileges[20]». Kristin Henrard correctly underlines that the combination of those two areas in the case in which the State Parties enjoy a considerable margin of appreciation, – minority and electoral issues, – and the above mentioned attitude of the Polish authorities towards the Silesian minority led to the decision[21]. By analysing the later case law she points out that although under very particular situations like in Gorzelik there might be exceptions, the Court generally upheld the doctrine of Sidiropoulos[22].

Although in the European Charter of the Regional or Minority Languages the question is «the recognition of the regional or minority languages as an expression of cultural wealth» (Article 7 1. a.) that means an indirect recognition of the community. Consequently the «Charter does not liberate us completely from the task of identifying groups,» as Robert Dunbar concludes[23].

The recognition under the Charter is rather special because of two reasons. First, as quite obvious, the recognition of a minority group via the recognition of their language protected and promoted under the Charter is relevant if their language is distinct from the official language of the state party, it is not a dialect of that (although lesser used minority languages might also be protected, if the ratifying state wishes so). But how far should be distinct? What is the case between Limburger and Dutch, between Kven and Finnish, or in the most obvious example, between Low German and High German? Second, just the opposite might be true as in the first case. If there is a widely shared recognition of a group as a distinct one, and they even have their own state (and their languages show some differences) it can make natural that their language is protected under the Charter. That might be the case with Serbian in Croatia and Croatian in Serbia. It seems to be hard to escape from the conclusion that the objective linguistic situation is frequently overruled; the decisive is the motivated recognition of the State Party. So, recognition depends on psycho-sociological and political factors which could lead to different outcome in each case[24].

The evaluation reports of the Expert Committee in undisputed cases simply accept what languages are included into the ratification document, also that whether they receive protection only under Part II or under Part II as well, and dive into the problems of practical protection. As far as problematic cases are concerned ask for clarification from the authorities which should take place in close co-operation with the users of the language[25].

Although Article 5 (1) of the Framework Convention for the Protection of National Minorities sheds some light on it, - religion, language, traditions and cultural heritage - there is no definition of a national minority in the Convention, but it contains the right to identity in Article 3 (1). If we take together the lack of definition but the reference to objectively distinctive features of a national minority and the clear recognition of the right to identity, altogether they provide a solid ground for departure. The Explanatory Report states that the Article 3 (1)

«(D)oes not imply a right for an individual to choose arbitrarily to belong to any national minority. The individual's subjective choice is inseparably linked to objective criteria relevant to the person's identity[26]».

So, the group and those individuals who consider themselves as members should give evidences of their subjective view on their identity, it is the classic wisdom. In reality so much depends on the approach of the Advisory Committee, how they balance the subjective and the objective aspects. Is the balance closer to objective aspects or, to subjective approach? The Advisory Committee leaves a margin of appreciation to the State Parties, because it gives only advises to the State Parties how to improve their compliance and no definition on its hand. But having a continuous dialogue with the authorities and urging a constructive dialogue between the authorities and the minority groups, consequently in soft form, gives an advantage to the subjective self–identification. Many examples prove that[27]. Here I would like to quote only one but very convincing example in the Third Opinion on Hungary adopted on 18 March 2010. As usual the Advisory Committee encourages the authorities to continue efforts to include the possibility for persons belonging to other groups to enjoy the protection of the Framework Convention and to be covered by the national legislation on minorities. The concrete cases mentioned earlier include the Jewish, Russian, Hun and

Bunjevci communities[28]. Without going into details whether the Jewish, Russian or Bunjevci communities are national minorities under Hungarian law might be a debatable question, but Huns – the people of Attila - are imagined community, based on an arbitrary self-identification of a group of persons with an ancient people.

**Conclusion**

To set the delicate balance between the subjective and the objective factors in the identification of a minority group in a *dynamic way* is not an easy thing in certain cases. The quoted cases might prove that the elaboration of such delicate balance can not be done differently than with the help of sometimes awkward sometimes painstaking processes of a dialogue involving those who demand rights for themselves, the authorities and the international supervisory bodies. Even if the dialogue does not come to end in a foreseeable future and it seems to take place between deaf persons. In some delicate cases certain terms of international instruments might provide less sensitive solution. So, for example, one day Silesian may be accepted as regional language by the domestic legislation putting aside the question whether it exists as a minority group or not, and this would secure protection for it under the European Charter for Regional or Minority Languages[29].

*Minority identity, identification of a minority, minority rights, international law, UN, Council of Europe.*

1. José Bengoa: Existence and Recognition of Minorities. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/WP.2 3 April 2000
2. Robert Dunbar: The Council of Europe's European Charter for Regional or Minority Languages. In: Kristin Henrard and Robert Dunbar: Synergies in Minority Protection. European and International Law Perspectives. Cambridge, University Press, 2008
3. (Second) Eveluation Report on Denmark, Expert Committe, European Charter for Regional or Minority Languages/2 (2007) 6,
4. Explanatory Report, Framework Convention for the Protection of the National Minorities, H(1997)010
5. Gorzelik and others v, Poland, European Court of Human Rights, Judgment of 17 February, 2004
6. Greco-Bulgarian «Communities» Permanent Court of International Justice, Advisory Opinion, Ser. B. No.17,
7. Kristin Henrard: Equal Rights versus Special Rights? Minority Protection and the Prohibition of Discrimination. European Commission, 2007,
8. Kristin Henrard: A Patchwork of «Successful» and «Missed» Synergies. In: Kristin Henrard and Robert Dunbar: Synergies in Minority Protection. European and International Law Perspectives. Cambridge, University Press, 2008,
9. Identification with a particular racial or ethnic group (Art.1, par.1 & 4) UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 08 1990. 08.22.
10. Kitok v. Sweden, UN Human Rights Committee, Communication No. 197/1985,
11. Lovelace v. Canada, Human Rights Committee, Communication No. R/6/24/
12. Sergei Malakhovsky and Alexander Pikul v. Belarus, UN Human Rights Committee, Communication No. 1207/2003 Appendix
13. Jon Olster: On Majoritarism and Rights. East European Constitutional Law Review Vol. 1. (1993) No. 3.
14. (Third) Opinion on Hungary Advisory Committe Framework Convention for the Protection of National Minorities /OP/III(2010)001
15. Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Rwanda Tribunal, Judgment, 21 May 1999,
16. Report on Non-citizens and Minority Rights. Venice Commission, CDL-AD (2007)001
17. Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools) Permanent Court of International Justice, Judgment, Ser. A. No. 15
18. William A. Schabas: Minorities in the Law of Genocide. In: Kristin Henrard and Robert Dunbar: Synergies in Minority Protection. European and International Law Perspectives. Cambridge, University Press, 2008
19. Sidiropoulos v. Greece, European Court of Human Rights, Judgment of 10 July, 1998.
20. The Rights of Minorities (Art. 27), UN Human Rights Committee, 08/04/94. General Comment 23
21. UN Covenant on Civil and Political Rights, CPR/C/FRA/CO/4 (HRC, 2008)
22. UN Treaties, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#EndDec

**Олена Гріненко**

**Поліна Григанська**

# The recognition of rights of indigenous peoples in international law.

**В даній статті автори аналізують процес визнання прав корінних народів в рамках міжнародно-правової думки та міжнародного права. Особлива увага приділяється впливу робіт Б. де Лас Касаса, Ф. Віторіа, Г. Гроція, Е. де Ваттеля на формування загального підходу до статусу корінних населень в західному світі. Автори окреслюють сучасну систему міжнародних правових актів, які на сьогодні визначають права корінних народів.**

**Ключові слова: корінні народи, самовизначення, доктрина відкриття, виключне право захисту.**

**В данной статье авторы анализируют процесс признания прав коренных народов в рамках международного права и его науки. Особое внимание уделяется влиянию работ Б. де Лас Касаса, Ф. Витория, Г. Гроция и Э. де Ваттеля на формирование общего подхода к статусу коренных народов в западном мире. Авторы очерчивают современную систему международно-правовых актов, которые на сегодняшний день определяют права коренных народов.**

**Ключевые слова: коренные народы, самоопределение, доктрина открытия, исключительное право защиты.**

It is a remarkable hallmark of the international human rights law nowadays, that the indigenous peoples are recognized as special subjects of concern. An institute of international human rights law comprising collective rights of indigenous peoples has appeared and is developing fast.

According to Professor S.J. Anaya, a well-known American expert in the area of indigenous peoples' rights, the term indigenous means living descendants of preinvasion inhabitants of lands now dominated by others. This category of peoples is a culturally distinctive group that finds itself engulfed by settler societies born of the forces of empire and conquest. [1, p. 3]

What makes them different from other groups or communities is this close relationship to their ancestral land. Their cultural, social and ethnic identity is based, first and foremost, on the ties to their land. [2, p. 121] One can regard the following peoples as falling under the aforesaid notion of indigenous: the Inuit of Canada, the Maori of New Zealand, the Zulu of South Africa and Zambia, Pygmy peoples of Central Africa, the Circassians of the North Caucasus, the Maya of Mexico etc. Nowadays there are more than 370 million indigenous people in more than 90 countries worldwide. Moreover, indigenous peoples provide around 80 % of cultural and biological diversity in the world. [3]

The UN Permanent Forum on Indigenous Issues, established on 28 July 2000, [4] developed a complex of main characteristics of «indigenous peoples» designed to determine the scope of the term. It holds, that considering the diversity thereof, an official notion of «indigenous» has not been adopted by any UN agency. Therefore a modern understanding of this term based on the following was developed:

- «self-identification as indigenous peoples at the individual level and accepted by the community as their member;
- historical continuity with pre-colonial and/or pre-settler societies;
- strong link to territories and surrounding natural resources;
- distinct social, economic or political systems;
- distinct language, culture and beliefs;
- form non-dominant groups of society;

**ГРІНЕНКО Олена Олексіївна,**

доктор юридичних наук, старший науковий співробітник кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченко, професор кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського міжнародного університету.

**ГРИГАНСЬКА Поліна,**

магістрант університету Констанц.

© *О. Гріненко, 2013*

© *П. Григанська, 2013*

- resolve to maintain and reproduce their ancestral environments and systems as distinctive peoples and communities.» [5]

Thus, we could come to the conclusion that «indigenous peoples» can be generally defined as a group of people, that has historically belonged to a certain pre-colonial region and is distinguished by different cultural, linguistic, traditional, social and other features in contrast to those of a dominant nation of this region.

Within a historical context it is common practice to regard the issue of indigenous peoples' rights, beginning with the European colonial expansion era. Renowned theorists of the time, such as Francisco de Vitoria and Bartolome de las Casas, were caught between the traditional European imperialist approach and the challenges of the developing international law, while regarding this issue. [1, p. 10]

Vitoria developed a remarkable concept concerning the relations between the Indians and the Spaniards. On the one hand he affirmed the status of indigenous peoples as human beings with the result of them having undeniable rights to land with «dominion in both public and private matters». [6, pp. 127-128] On the other hand, in his opinion, indigenous peoples of America, in light of them being incapable to administer their own state up to a decent level accepted in the European countries they could use some guidance on the part of the Spaniards. [1, p. 11] This kind of ambivalence in views as to the status of indigenous peoples unsurprisingly led to justification of war against the dissident tribes of Indians.

A century has passed but the concepts laid down by Vitoria continued to influence European scholars. Even the «one the most prominent fathers of international law», [1, p. 16] Hugo Grotius, shared some of Vitoria's views. He stood on the position that there could be no title by discovery to lands where other human beings were living. The first settlers might be «dull of wit» and they might have different religion or culture. Nevertheless they were the first to settle down on these lands. [7, p. 550] He continued to analyze the concept of just war by reducing the constituting ground for it to the following three one: defense, recovering of property and punishment. [7, p. 171] Thus, we can see an altered attitude to the right of Christians to conquest Non-Christians.

Vitoria's approach can be traced in the works of other European theorists of that time: Alberico Gentilis, Francisco Suarez, Balthasar Ayala and others. [8, pp. 48-54] Moreover, it could be assumed, that the later trusteeship doctrine adopted by Western states (Great Britain and eventually the USA) in the XIX century has certain relation to Vitoria's views. [9, pp. 136-153]

De las Casas, grounding his attitude to the problem on his own experience as a missionary in the New World, adopted a firm position in defense of indigenous peoples' rights against their mistreatment by the colonialists. Because of his «different» views he even entered in 1550 into the famous Valladolid debate with his adversary Juan Gines de Sepulveda who argued that the Spanish Crown was entitled to wage war on the Indians in the interests of the latter. [9, pp. 279–309] The results of the debate were unclear. However, de las Casas developed a reputation of an ignorant troublemaker in relation to the Indians. [10]

The subsequent important benchmark in the process of acknowledging indigenous peoples' rights was the post-Westphalian concept of international law. Emerich de Vattel, a noticeable representative of that time, framed the foundation for the state sovereignty theory, in which he tried to connect the terms «state» and «nation» and hence underpin non-interference in private matters, equality and freedom of nations, exclusive jurisdiction of states etc. [11, p. 116] His doctrine was euro-centric in its nature, i.e. based on European traditions of political and social organization. Indigenous peoples could not be regarded as nations or even nations-states within this doctrine because of the lack of a centralized authority. Thus, the ambiguity in the matters of indigenous peoples' status was not eliminated in the post-Westphalian period. [1, pp. 13-16]

Unfortunately, over time the course of thought in Western countries changed towards non-acknowledgement of indigenous peoples as having rights of political bodies within international law. This was inevitable in view of the growing economic relevance of the colonies for the European states. The right of the latter to execute power over the New World's lands and resources was believed to be pursuant to law. [12, p. 10] The scope of international law was limited to the relations between states. It excluded indigenous peoples from the actors of international law, as the latter has been created by states. This was the reason, why non-European aboriginal peoples could not participate in forming the system of international law, as not being recognized by the 19th-century European states.

On this point, it is of importance to mention the European doctrine of discovery. Its origins can be traced back to the feudal system of the medieval Europe. In general, the doctrine presumed that a European discoverer may eventually claim his feudal's primary «rights of conquest over the infidel-held lands, either by wars of expulsion or by treaties of cession contracting the limits of the tribes.» [12, p. 315-317]

The most elaborate example of applying this doctrine in practice is the opinion of Chief Justice John Marshall in the 1823 case Johnson v. M'Intosh before the US Supreme Court. [13] This case is mentioned in the works of many researchers. [1, p. 18; 14, p. 672; 15, p. 329] In Johnson's opinion, the discovery of the New World by European colonialists gave them «an exclusive right to extinguish the Indian title of occupancy, either by purchase or conquest.» [13, p. 587] The common view was that main concern of the «civilized» Western family was to act as guardians

towards aboriginal peoples, which is why there could not possibly exist such a phenomenon as «self-determination» of indigenous peoples. [16, p. 55] Reliance on this dubious concept as basis for claims of Western states on the territories and resources of indigenous peoples continued to influence the international policy until the middle of the 20th century.

Another exemplary illustration of defining indigenous peoples' status was the Cayuga Indians case in 1926, in which Great Britain brought a claim against the United States, defending the rights of the Cayuga Indians in Canada. [17] The latter's claim was to continue to share in annuities provided for in a Treaty of 1795. However, the Tribunal held that the Cayuga as individuals and as the Cayuga Nation had no status neither under American law (State or Federal) nor under international law. [18, p. 258] Only Great Britain could maintain its claim for the Cayuga Indians, as individuals on the basis of their British nationality. [1, p. 30] The argumentation was very simple and comprehensible, based on rules of law and previous practice, but the prime postulates thereof were obviously wrong, from today's point of view.

It seems necessary to cite the wordings of the Tribunal in this regard: «From the time of the discovery of America the Indian tribes have been treated as under the exclusive protection of the power which by discovery or conquest or cession held the land which they occupied. … The power which had sovereignty over the land has always been held the sole judge of its relations with the tribes within its domain. The rights in this respect acquired by discovery have been held exclusive.» [17, p. 176] As we see, even more than a century after the Marshall's case, the doctrine of discovery and the deriving right of exclusive protection on the part of dominating nations did not lose their applicability.

Not until after the Second World War the movements for the indigenous peoples' rights were at last noticed, even began to gain importance. The claim of the Western world, that the latter could continue preserving peace and security throughout the world, was put for the first time under question as such. Weakening colonial empires could no longer withstand the pressure of the nationalist movements, as well as the reality of their changed position in the international relations. Professor W. Michael Reisman made an excellent remark of indigenous peoples being «consigned to a kind of international legal shadow land.» [19, p. 350] Within the above-mentioned process claims of indigenous peoples for being equally part of world society, having dignified languages, law and religion, finally came to light.

Before proceeding to international documents designed to protect indigenous peoples' rights first-hand we should briefly examine the nature of the United Nations Charter in this regard. This «Constitution of the International Community» [20, p. 1] was a manifesto of the world's new postwar order, based on accepted principles of international law. Indeed, the Charter «promotes a kind of constitutivism in international legal framework», [1, p. 41] by allowing prima facie the member states to benefit from the principle of sovereignty, territorial integrity and non-interference in national matter. In the same time the Charter fostered the concept of «equal rights and self-determination of peoples», «respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion». [21] If to examine provisions of this document even more closely, one could determine that by adopting the Charter member states tried to observe a necessary balance between the states' interests and the challenges of the postwar time, including protection of human rights.

In this regard special attention should be paid to the United Nations General Assembly Resolutions: 1514 on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples [22] and 1541 Principles which should guide members in determining whether or nor an obligation exists to transmit the information called for under Article 73 of the UN Charter [23], both adopted on 15 December 1960. Even by adopting these two documents, addressed to ensure the decolonization to be completed in accordance with the self-determination principle, the interests of certain elite groups in states with significant indigenous peoples' population played main role in defining the so-called «rules of the game». [19, p. 352] Professor W. Michael Reisman drew attention to Principle IV of the second Resolution, which states: «Prima facie there is an obligation to transmit information in respect of a territory which is geographically separate and is distinct ethnically and/or culturally from the country administering it.» [23] Putting an «and» between these two requirements combines them into an integrated single one, which makes it almost impossible to include indigenous peoples into the scope of these Resolutions. [19, p. 353] We can one more time observe the ambiguity of the world's attitude towards indigenous peoples, which unfortunately did not alter considerably over time.

Nonetheless, the sudden explosion of indigenous peoples' claims for human rights in international law was documented in international legal instruments: the most notable ones, the Convention 107 concerning the Protection and Integration of Indigenous and other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries [24] and the Convention 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples [25] by the International Labor Organization, a specialized agency of the United Nations. One of the first international legally binding document, which recognized expressly indigenous peoples' rights was the Convention 107, adopted on 26 June 1957. However, it still reflected the dominant colonialists' attitude as to the indigenous peoples' status, encouraging them to integrate and considering them as temporary societies. It was actively criticized by indigenous advocacy groups in the 70s and 80s years with the result of its revision in June 1989. [26] Hence the adoption of the Convention 169, founded on the recognition of indigenous peoples as permanent societies, acceptance of and respect for their cultural and social diversity.

Two other key treaties in the UN legal system are the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) [27] and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), adopted on 16 December 1966. [28] The main provision of the first treaty within the protection of indigenous peoples' rights is Art. 27 of the ICCPR: «In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language.» [27, Art. 27] The ICESCR comprises a similar provision: «the States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to take part in cultural life.» [28, Art. 15]

While analyzing the process of international recognition of indigenous peoples' rights the role of the world's financial institutions is also not to be overlooked. [29, p. 251] Special attention shall be drawn to the activity of the World Bank in this sphere. It is one of the principal sources of development assistance, as the main goal of the institution is «to reduce poverty and improve the living standards» in the developing countries. The World Bank was indeed one of the first financial institutions that launched a special project for treatment of indigenous peoples in their development. [30] However, in spite of a number of programs and directives, the World Bank excluded from the scope of its activity certain groups of indigenous peoples who did not fall under the categories, prescribed in its Operational Directive 4.20. [31] Nevertheless, the World Bank continued to revise its policy, [32] the result of which presents nowadays a huge step forward in protecting indigenous peoples' rights. [29, p. 257]

Going back to the review of activities of the General Assembly, it should be noted that the General Assembly brought into action the International Decade of the World's Indigenous Peoples (1995-2004) with a definite aim to increase the world's commitment to the promotion and protection of the rights of indigenous peoples on an international level. Projects on education, health, housing, employment, development and environment, as part of the Decade, were launched by several UN agencies. [33]

However, the General Assembly came to the conclusion that a Second Decade of the World's Indigenous Peoples was necessary in order to further the strengthening of international cooperation for solving problems of indigenous people in such aspects as culture, education, health, human rights, the environment and social and economic development, by means of launching similar projects, as in the First Decade. The Second International Decade was commenced in 2005 and shall finish its work in 2015. The theme of the Decade is: "Partnership for Action and Dignity". [34]

During the Second Decade a final step in the process of recognizing indigenous peoples' rights on international level was undertaken. It was the adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples by the General Assembly on 13 September 2007. The Preamble of the Declaration states that the world community recognizes «the urgent need to respect and promote the inherent rights of indigenous peoples which derive from their political, economic and social structures, and from their cultures, spiritual traditions, histories and philosophies, especially their rights to their lands, territories and resources.» [35]

It is designed to help indigenous people to realize «their right to maintain and strengthen their distinct political, legal, economic, social and cultural institutions» [35, Art. 5], their cultures (they are «not to be subjected to forced assimilation or destruction of their culture»), [35, Art. 8(1)] their right to their lands or territories [35, Art. 10], their «right to practise and revitalize their cultural traditions and customs», including «the right to maintain, protect, and develop past, present, and future manifestations of such cultures» [35, Art. 11], «the right to manifest, practise, develop, and teach their spiritual and religious traditions, customs, and ceremonies, as well as the restitution and repatriation of ceremonial objects and human remains» [35, Art. 12]. The Declaration provides indigenous peoples with the right to «revitalize, use, develop and transmit to future generations their histories, languages, oral traditions, philosophies» and obliges states to «take effective measures to ensure that this right is protected.» [35, Art. 13] Even without being legally binding the Declaration creates certain pressure on the governments concerning the adjustment of their policy in the above-mentioned aspects.

It is necessary to mention some peculiarities of adopting the Declaration by certain states, such as New Zealand, Australia and United States, who logically have a significant share of indigenous population within their countries. Even during the sessions of the Working Group on Indigenous Population, which in 1985 began developing the draft of the Declaration, the aforesaid states were often referred to as «violators of indigenous peoples' human rights». [14, p. 671] When adopting this document, their most concern was about the articles 3 and 26 of the Declaration, which provided indigenous peoples with the right to self-determination and, especially, to own and control «resources that they possess by reason of traditional ownership.» [35, Art. 26(2)] The combined position of the aforesaid states consisted in claiming the requirement of recognition of indigenous peoples' rights on lands as unlawful in view of fact that those lands are owned by other citizens. Surprising was the opposition of Canada to the use of the expression «self-determination» in the Declaration, though in the past it used to support the claims of indigenous peoples.

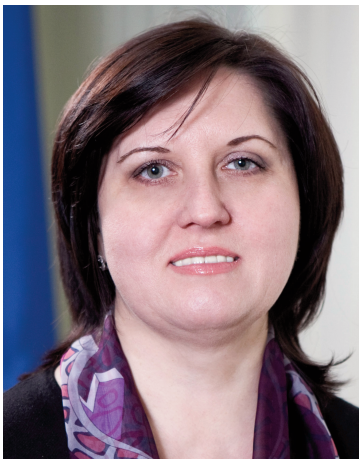
To demonstrate the compatibility of the provisions of the Declaration and Convention No. 169, we should refer to Articles 41 and 42 of the Declaration. [35, Art. 41, 42] They envisage a particular role of UN agencies to provide for a mechanism to implement its provisions. Of course, the ILO could take the leading role in this process, being the

only UN agency responsible for the single binding internationally recognized document on indigenous peoples' rights. The Declaration, this standard-setting instrument, deserves well to be called the "declarative of the international community's minimum legal standards for the protection of indigenous peoples' human rights to survival." [14, p. 683] It is a turning point in the more than fifty years' work on turning the world's attention to the undeniable issues of indigenous peoples' rights.

In conclusion it is necessary to emphasize the significance of the UN Declaration as the coping-stone in forming the international legal system on recognition of indigenous peoples' rights. The international law has at last changed from being means to preserving status quo to the tool of serving human being. Indeed, for the first time in the history of their struggle for being seen, they stopped being invisible to the rest of the world, they came out of shadows of stereotypes embedded upon them by dominant nations. It is a wonder, how against all odds of the world's history the indigenous peoples still exist in the nowadays' world. Indeed, there is still much to be done on the way for them to become equal part of the world society, equal actors in the decision-making process. However, for the first time in their history they can be assured that the world will not forget its promises to them tomorrow.

1. S. James Anaya, Indigenous Peoples in International Law. - Oxford University Press, 1996. - 408 p.
2. Siegfried Wiessner, The Cultural Rights of Indigenous Peoples: Achievements and Continuing Challenges, European Journal of International Law (January 2011), 22 (1), pg. 121-140.
3. United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues, History of Indigenous Peoples and the International System [available at: http://social.un.org/index/IndigenousPeoples/AboutUsMembers/History.aspx]
4. ECOSOC Resolution 2000/22 – Establishment of a Permanent Forum on Indigenous Issues [available at: http://www.un-documents.net/e2000r22.htm]
5. State of the World's indigenous peoples, Permanent Forum on Indigenous Issues, UN, 2007 [available at: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/5session_factsheet1.pdf]
6. Francisco de Vitoria, De indis et de ivre belli relectiones (Classics of International Law Series, 1917), Carnegie Institution of Washington. - 475 p. [available at: http://www.constitution.org/victoria/victoria_.htm]
7. Olive P. Dickason, L.C. Green, The Law of Nations and the New World, University of Alberta Press. - 1989. - 320 p.
8. Grotius, The Law of War and Peace, 40 (Classics of International Law, ed. 1925) (Francis W. Kelsey transl. of 1646 ed.) -
9. Juan Friede, Benjamin Keen, Bartolomé de las Casas in History: Toward an Understanding of the Man and his Work. Collection spéciale: CER. DeKalb: Northern Illinois University Press. - 632 p.
10. Henry Raup Wagner, Helen Rand Parish, The Life and Writings of Bartolomé de Las Casas. University of New Mexico Press. - 1967. - 310 p.
11. Emer de Vattel, The Law of Nations, T. & J.W. Johnson. - 1883. - 656 p. [available at: http://www.constitution.org/ vattel/vattel_01.htm]
12. Robert A. Williams, Jr., The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest, Oxford University Press. - 1990. - 368 p. [available at: http://books.google.com.ua/books?id=KmIqnHquHhIC&printsec=frontcover&hl=de#v=onepage&q&f=false]
13. Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh, 21 U.S., 8 Wheat. 543 (1823)
14. Robert A. Williams, Jr., Encounters on the Frontiers of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous Peoples' Survival in the World, Duke L.J. - 1990. - pg. 660-704.
15. Robert N. Clinton, The Proclamation of 1763: Colonial Prelude to Two Centuries of Federal-State Conflict
Over the Management of Indian Affairs, 69 Boston University Law Review. - 1989. - p. 329-385. [available at: http://robert-clinton.com/wordpress/wp-content/uploads/ scholarship/69%20Boston%20U.%20L.%20Rev%20329.pdf]
16. Alpheus H. Snow, The question of aborigines in the law and practice of nations: including a collection of authorities and documents, Govt. print. off. - 1919. - 218 p.
17. Cayuga Indians (Gr. Brit.) v. United States, 6 R.I.A.A. 173 (U.S.-Brit. Arb. Trib. 1926).
18. Fred K. Nielsen, American and British Claims Arbitration: Cayuga Indians: Oral Argument, U.S. Government Printing Office, 1926. - 284 p.
19. W. Michael Reisman, Protecting Indigenous Rights in International Adjudication, 89 Am. J. Int'l. L. 350 (1995). - pg. 350-362.
20. Bardo Fassbender, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, BRILL, 2009. - 215 p.
21. The Charter of the United Nations, San Francisco, 1945 [available at: http://www.un.org/en/documents/charter/]
22. UN General Assembly Resolution 1514 (XV), Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, 15th GA session, 1960 [available at: http://wpik.org/Src/unga1514.html]
23. UN General Assembly Resolution 1541 (XV), Principles which should guide members in determining whether or nor an obligation exists to transmit the information called for under Article 73 of the Charter, 15th GA session, 1960 [available at: http://wpik.org/Src/unga1541.html]
24. Convention concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries, Geneva, 40th ILC session, 1957 [available at: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107]
25. Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, Geneva, 76th ILC session, 1989 [available at: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p= NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C169]
26. H.R. Berman, The International Labour Organization and Indigenous Peoples: Revision of ILO Convention No. 107 at the 75th Session of the International Labour Conference, 1988. - 41 INT'L COMM'N JURISTS Rev. 48.
27. UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171 [available at: http://www1.umn.edu/humanrts/instree/b3ccpr.htm]
28. UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993 (1966) [available at: http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36c0.html]
29. J. Firestone J. Lily, Isabel T. de Noronha, Cultural Diversity, Human Rights, and the Emergence of Indigenous Peoples in International and Comparative Environmental Law, American University International Law Review, V. 20, 2005. – pg. 219–292.
30. World Bank Group, What is the World Bank? [available at: http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/COUNTRIES/EASTASIAPACIFICEXT/EXTEAPREGTOPSOCDEV/0,,contentMDK:20254898~pagePK:34004173~piPK:34003707~theSitePK:502940,00.html]

31. World Bank Operational Directive 4.20, The World Bank Operational Manual, Indigenous Peoples, 1991 [available at: http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/835cc50048855270ab94fb6a6515bb18/OD420_IndigenousPeoples.pdf?MOD=AJPERES]
32. World Bank Operational Policy 4.12, Involuntary Settlement, 2001 [available at: http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,contentMDK:20064610~menuPK:64701637~pagePK:64709096~piPK:64709108~theSitePK:502184,00.html]
33. United Nations General Assembly Resolution 48/163, International Decade of the World's Indigenous People, 86th GA plenary meeting, 1993 [available at: http://www.iwgia.org/images/stories/int-processes-eng/2nd-un-decade-ind-peop/docs/FirstDecadeRes163.htm]
34.United Nations General Assembly Resolution 59/174, Second International Decade of the World's Indigenous People, 74th GA plenary meeting, 2004 [available at: http://www.iwgia.org/images/stories/int-processes-eng/2nd-un-decade-ind-peop/docs/SecondDecadeRes174.pdf]
35. United Nations Declaration On Rights of Indigenous Peoples, adopted on 13.09.2007 [available at: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf]



Лілія Невара

# Універсальне міжнародне право щодо права національних меншин на рідну мову.

**В статті розглядається сучасне універсальне міжнародне право у сфері захисту мовних прав національних меншин, яке обмежується проаналізованими звичаєвими та договірними нормами. Відсутність універсального спеціального міжнародного юридичного кодифікаційного акту з питань прав меншин визначає недостатність їх чіткого юридичного формулювання. В статті зазначається, що мова дійсно є одним з найважливіших засобів побудови та становлення національної єдності.**

**In the article the modern universal international law for the protection of the linguistic rights of national minorities, which restricted analyzed customary and treaty provisions. No special universal international legal codification act on minority rights defines their lack of a clear legal definition. The article states that it is indeed one of the most important tools for building and establishment of national unity.**

Єдиною в сучасному універсальному міжнародному праві юридично обов'язковою нормою, присвяченою спеціальним, «позитивним» правам меншин і спрямованою на їх захист є стаття 27 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р.(МПГПП). Стаття проголошує: «У тих країнах, де існують етнічні, релігійні та мовні меншини, особам, які належать до таких меншин, не може бути відмовлено в праві разом з іншими членами тієї ж групи користуватися своєю культурою, сповідувати свою релігію і виконувати її обряди, а також користуватися рідною мовою»[1].

Держави, які беруть участь у цьому Пакті, погодилися надати меншинам три категорії прав. Право користуватися своєю культурою адресується передусім особам, що належать до етнічних меншин, право використовувати свою релігію — особам, що належать до релігійних меншин, і право користуватися рідною мовою — членам мовних меншин.

Положення ст. 27 МПГПП про право використовувати рідну мову є надзвичайно важливим для існування і збереження самобутності всіх перелічених у ній меншин. Проте, як зазначає вітчизняний науковець О. Нельга в праці «Теорія етносу», душа етносу «проживає» в мові, тобто мова є одним з основних складників індивідуальної (та й колективної. – В.М.) духовно-душевної цінності [2, с. 51– 52], найважливішою й найстійкішою ознакою етнічної належності [2, с. 222].

Проте, компромісний характер вказаної статті – «у тих країнах, де існують… мовні меншини, особам, які належать до таких меншин, не може бути відмовлено в праві разом з іншими членами тієї ж групи… користуватися рідною мовою» – зумовив нечітке, рамкове формулювання такого прав меншин і тому необхідне уважне тлумачення його юридичного змісту.

Необхідно зазначити, що спеціальні міжнародні документи ООН з цього питання відсутні. Однак мовні питання нерозривно поєднані з рівнем освітніх прав, що надаються особі. Саме право на освіту виокремлює визнаний авторитет в цій сфері міжнародного права П. Торнберрі серед найважливіших умов збереження меншинами культури і мови [3].

Про це свідчить також те, що ООН і ЮНЕСКО багато уваги приділяють розвиткові найважливішого складового елемента права осіб, які належать до національних меншин користуватися рідною мовою – права на освіту, включаючи ліквідацію неписьменності, освіту молоді та ліквідацію дискримінації в галузі освіти.

Так, ст. 13 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права містить положення про те, що держави, які беруть участь у цьому пакті, визнають право кожної людини на освіту [4]. Вони погоджуються

УДК 341.1/8

**НЕВАРА Лілія Михайлівна ,**

здобувач кафедри міжнародного права, старший лаборант кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченко.

© *Л. Невара, 2013*

в тому, що освіта повинна дати можливість усім бути корисними учасниками вільного суспільства, сприяти встановленню взаєморозуміння, терпимості й дружби між усіма націями і всіма расовими, етнічними та релігійними групами і допомагати ООН у її зусиллях з підтримання миру (п. 1). Держави згодні також, що для повноцінного здійснення цього права: a) початкова освіта має бути обов'язковою і безплатною для всіх; b) середня освіта повинна бути відкритою і доступною для всіх; c) вища освіта має бути доступною для всіх, з урахуванням здібностей кожного (п. 2). У п. 4 йдеться про свободу вибирати для своїх дітей не тільки державні, а й інші школи (йдеться про приватні заклади. – В.М.)[5].

Іншим важливим міжнародно-правовим джерелом права на освіту й мовних прав є положення Конвенції ЮНЕСКО про дискримінацію в галузі освіти 1960 р. У ст. 1 конвенції встановлюється, що термін «дискримінація» охоплює будь-які розрізнення, винятки, обмеження чи переваги, зокрема за ознакою раси, мови, релігії, національного походження, що має на меті або як наслідок знищення чи порушення рівності в галузі освіти. Право використовувати рідну мову закріплює ст. 5, яка передбачає, що за особами, які належать до національних меншин, слід визнавати право проводити власну освітню роботу, включаючи керівництво школами і відповідно до політики в галузі освіти кожної держави використовувати чи викладати свою рідну мову за тієї, однак, умови, що: i) здійснення цього права не заважає особам, які належать до меншин, розуміти культуру й мову всього колективу і брати участь у його діяльності та не підриває суверенітету країни; ii) рівень освіти в таких школах не нижчий за загальний рівень, установлений чи затверджений компетентними органами; iii) відвідування таких шкіл є факультативним.

Таким чином, конвенція рекомендує державам-членам ввести у свої освітні програми початкової та середньої школи вивчення мов меншин, які проживають на їхніх територіях, проте питання вищої освіти таких осіб документ не торкається.

Однак, вивчення рідних мов меншин є лише умовою їх збереження. Фактичне існування таких мов має забезпечити їх використання як у повсякденному житті (неофіціальних відносинах), так і у відносинах з органами влади (у законодавчих, виконавчих, адміністративних, судових та ін. установах).

Для здійснення закріпленого в Пакті й Конвенції права на освіту та використання рідної мови необхідне чітке визначення цього соціального явища. У міжнародному праві такого визначення немає. Проте у документі ЮНЕСКО («Використання загальновживаних мов в освіті») міститься наступна термінологія з цього питання [6]:

«Рідна мова» – це мова, яку особа опановує в дитинстві і яка природним шляхом стає природним інструментом її мислення і спілкування .

«Державна мова» є мовою політичного, соціального і культурного спілкування.

«Офіційна мова» – це мова, яка використовується в державній законодавчій, виконавчій і судової сферах.

«Регіональна мова» – мова, що використовується як засіб спілкування людьми, які проживають в одному регіоні, але рідні мови яких є різними.

«Корінна мова» – мова людей, які вважаються первинними жителями певної території.

«Lingua franca» – мова, яка зазвичай використовується людьми з різними рідними мовами для полегшення спілкування між собою. До таких мов частіше за все відносять англійську, французьку і німецьку.

Європейська комісія вирізняє також «недержавні мови» (stateless languages) – автохтонні мови, які на відміну від так званих «національних/державних мов» не є рідними для епонімної (eponymous) етнічної спільноти будь-якої країни та й узагалі не є офіційними мовами або є офіційними мовами лише на регіональній основі [7]. До останніх відносять, наприклад, баскську, каталонську, чеченську, ромську, татарську мови, ідиш та багато ін.

Саме така термінологія, запропонована міжнародною організацією, застосовується більшістю країн у їх національному законодавстві та міжнародних документах з цього питання.

Ефективне забезпечення і здійснення права осіб, які належать до мовних меншин користуватися рідною мовою на державному рівні цілковито залежить від національної політики, що проводиться в країні, та прийнятого на її основі національного законодавства в цій галузі. З огляду на це п. 2 ст. 2 МПГПП регламентує: «Якщо це вже не передбачено наявними законодавчими чи іншими заходами, кожна держава-учасниця цього Пакту зобов'язується докласти необхідних зусиль відповідно до своїх конституційних процедур і положень цього Пакту для вжиття таких законодавчих або інших заходів, які можуть виявитися необхідними для здійснення прав, визнаних у цьому Пакті». А в підп. a п. 3 ст. 2 встановлюється, що в разі порушення окреслених у пакті прав і свобод держави зобов'язуються забезпечити ефективні засоби їх правового захисту, навіть якщо це порушення було вчинене особами, що діяли як офіційні особи.

У зв'язку з цим важливим є те, який статус надається мові національної меншини (її рідній мові) у державі проживання. Усталена практика з цього питання відсутня, вона різниться від країни до країни. Як слушно зазначав відомий коментатор статті 27 МПГПП, Спеціальний доповідач Підкомісії з попередження дискримінації й захисту меншин Ф. Капоторті, у багатомовних суспільствах визначення статусу мов, якими

користуються різні мовні групи має багато вимірів та залежить від рівня економічного, політичного та соціального розвитку певної країни. На думку фахівця виникають ситуації, коли визначення мови однієї групи як офіційної може стати джерелом постійного протиріччя, бо стосується політичного балансу проміж різних груп населення, особливо у випадку, коли кожна з них складає значний відсоток населення, або коли вони компактно проживають у певній місцевості. З іншого боку, було б недоцільним, на його думку, у багатомовних країнах визначати всі мови, які використовує населення як офіційні. До того ж у багатьох країнах консолідація та єдність людей, духовна цілісність народу та необхідність створення відчуття національної ідентичності вимагали б визнання лише однієї офіційної мови. Відтак, для охорони фундаментальних прав осіб, які належать до різних мовних груп, так само як і нації в цілому, між цими суперечностями повинна бути знайдена рівновага [8].

Декларація ООН про права осіб, які належать до національних або етнічних, релігійних та мовних меншин 1992 р. зазначає: «…особи, що належать до меншин, мають право користуватися … своєю мовою без втручання чи дискримінації у будь-якій формі, а держави вживають відповідних заходів на те, щоб там, де це здійснимо, особи, що належать до меншин, мали належні можливості для вивчення своєї рідної мови або навчання своїй рідній мові» [9].

Мова дійсно є одним з найважливіших засобів побудови та становлення національної єдності. Проте, як зазначалося, багатомовні держави мають різноманітну практику з цієї проблеми.

Керуючись Ст.27 МПГПП більшість держав не забороняє або навіть гарантує використання рідної мови меншини у неофіційному спілкуванні, проте, тільки деякі з них визнають за такими мовами статус офіційної чи державної.

Отже, сучасне універсальне міжнародне право у сфері захисту мовних прав національних меншин обмежується проаналізованими вище звичаєвими та договірними нормами. Їх визнання свідчить про актуальність проблеми захисту і забезпечення прав національних меншин не тільки для окремих держав чи регіонів, а й для всього світового співтовариства. Але відсутність універсального спеціального міжнародного юридичного кодифікаційного акта з питань прав меншин, розпорошеність норм по різних документах, їх занадто компромісний характер і, як наслідок, недостатність їх чіткого юридичного формулювання, більш «негативний» характер прав («особам не може бути відмовлено»), заснований на принципах рівності й недискримінації, за браку «позитивного» підходу (такого, що передбачав би конкретні спеціальні заходи для захисту і розвитку ідентичності й самобутності національних меншин) не дають підстав констатувати належний рівень міжнародно-правового регулювання цієї проблеми. З огляду на викладене вище найнагальнішими завданнями в цій сфері залишаються вдосконалення і систематизація норм загального міжнародного права шляхом чіткого формулювання змісту чинних норм, розробки з урахуванням потреб сучасних міжнародних відносин нових норм, узгоджених у єдиному міжнародно-правовому акті. Основою для таких кроків має слугувати Декларація ООН про права осіб, які належать до національних або етнічних, релігійних та мовних меншин 1992 р.

Більш суттєвих результатів у цій царині досягли сьогодні європейські держави на регіональному рівні.

1. Minority rights. Fact Sheet № 18.– Geneva: Centre for Human Rights United Nations Office at Geneva, 1993. – P. 1.
2. Нельга О.В. Теорія етносу. Курс лекцій: Навчальний посібник. – К.: Тандем, 1997. – 368 с.
3. Thornberry P. Education and Minority Rights: A Short Survey of International Standards // International Journal on Minority and Group Rights. – 1997. – Vol. 4. – № 1. – P. 115–152.
4. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_042
5. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права // Права людини. Міжнародні договори України. Декларації, документи. 2-е вид. / Упор. Ю.К. Кучеренко. – К.: Юрінформ, 1992. – С. 47–48.
6. The Use of Vernacular Language in Education. – Paris: UNESCO, 1953. – P . 46.
7. Pan Ch., Pfeil B.S. Ethnos 63. National Minorities in Europe. – Wien: Braumůller, 2003. – P. 37.
8. Capotorti F. Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities // E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1. – New York: United Nations Publication, 1979. – 114 p. 8. Reservations and declarations to the Framework Convention // Framework Convention for the Protection of National Minorities. Collected Texts. 2nd ed. Treaties and Reports. – Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2001. – 88 p.
9. Декларація про права осіб, що належать до національних або етнічних, релігійних та мовних меншин. Прийнято резолюцією 47/135 Генеральної Асамблеї ООН від 18 грудня 1992 року. / «Права людини і професійні стандарти для юристів», 1996 р. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_318

Регіональні системи захисту і реалізації прав людини

# Право особи, яку позбавлено волі, на належну медичну допомогу як вияв поваги до її гідності.

**Олена Святун**

**У статті досліджуються особливості становлення та розвитку політики Європейського Союзу у сфері боротьби із дискримінацією за ознакою расового та етнічного походження. Тут подано аналіз положень чинних установчих договорів та нормативно-правових актів ЄС, що стосуються саме протидії цьому типу дискримінації. Окрема увага приділяється характеристиці наявної практики Суду ЄС в цій сфері.**

**This article analyzes the evolution and development of the European Union policy in the sphere of combating discrimination on grounds of racial or ethnic origin. It focuses on the provisions of the founding treaties and legal acts of the EU, specifically related to combating this type of discrimination. Special attention is paid to the characteristics of the existing case-law of the European Court of Justice in this area.**

Принцип рівності в Європейському Союзі із самого початку розглядався як один із визначальних принципів діяльності цього інтеграційного об'єднання. У наш час згідно з Договором про Європейський Союз та Договором про функціонування Європейського Союзу, Євросоюз заснований на цінності поваги рівності та недискримінації, а тому повинен боротися проти дискримінації за різними ознаками, включаючи за ознакою расової або етнічної приналежності [1].

Амстердамський договір, що набув чинності 1 травня 1999 р., став наріжним каменем в діяльності Євросоюзу щодо викорінення різних видів дискримінації. Так, ст. 13 тодішнього Договору про заснування Європейського Співтовариства вперше надала повноваження Раді ЄС «вживати відповідні заходи щодо боротьби із дискримінацією за ознаками», зокрема, «расового або етнічного походження». Це положення позначило початок прийняття юридично обов'язкових норм щодо заборони расової дискримінації.

Восени 1999 р. Європейська Комісія на виконання ст. 13 тодішнього Договору про заснування Європейського Співтовариства підготувала пакет пропозицій, включаючи прийняту 29 червня 2000 р. Радою Директиву 2000/43/ЕС, що імплементує принцип рівного ставлення до людей незалежно від їх расового або етнічного походження (далі – Расова директива). Необхідно звернути увагу на той факт, що Расова директива була розроблена і прийнята Радою лише протягом 7 місяців з моменту внесення проекту. Це стало своєрідним рекордом прийняття акту ЄС, що вимагав внесення змін до національного законодавства держав-членів. Головним фактором демонстрації з боку представників держав-членів ЄС такої об'єднаної політичної волі став прихід до складу уряду Австрії крайньої правої Партії свободи Йорга Хайдера, яка мала націоналістичні погляди.

Протягом трьох років після прийняття Директиви 2000/43/ЕС, тобто до літа 2003 р., всі держави-члени ЄС повинні були прийняти закони, підзаконні акти та адміністративні правила, необхідні для імплементації цього принципу. До того ж, Директива є частиною acquis communautaire, а тому повинна бути відповідним чином трансформована до внутрішнього права країн-кандидатів на вступ до Євросоюзу, тому дослідження цієї тематики є досить актуальним для української юридичної науки.

Втім привертає увагу те, що саме в Україні проблематика цього дослідження досі майже не вивчалася. Наявні сьогодні наукові розробки належать закордонним дослідникам, серед них можна назвати Е. Ховард, К. Брауна, Дж. Голдстуона та ін.

УДК 341.231.141

© О. Святун, 2013

**СВЯТУН Олена Володимирівна,**

кандидат юридичних наук, асистент кафедри порівняльного і європейського права, Інститут міжнародних відносин, Київський національний університет імені Тараса Шевченка.

Згідно із статтями 1 та 2 Директиви 2000/43/ЕС, що імплементує принцип рівного ставлення до людей незалежно від їх расового або етнічного походження, «пряма» та «непряма» дискримінація заборонені. Визначення «*прямої дискримінації*» передбачає, що пряма дискримінація має місце, «коли до однієї особи ставляться або ставилися менш сприятливо, ніж до іншої в подібній ситуації на підставі расового або етнічного походження». В якості прикладу можна навести політику бюро із працевлаштування, яке відмовляє приймати заяви на працевлаштування від представників рома (циган), або організації із розподілу державного житла, яка навмисно надає представникам однієї меншини житло нижчої якості [8].

Що стосується «*непрямої дискримінації*», то відповідно до положень Директиви, вона має місце, коли вочевидь нейтральне положення, критерій або загальнопоширена практика ставлять особу, яка має відмінне расове або етнічне походження, в особливо невигідне становище *порівняно з іншими особами*, за виключенням тих випадків, коли це положення, критерій або загальнопоширена практика визнані такими, *що об'єктивно відповідають законній меті*, та *засоби* досягнення цієї мети є *необхідними та адекватними* [8].

Так, наприклад, універмаг, що забороняє заходити до свого приміщення особам, вдягненим у довгі спідниці, може бути притягнений до відповідальності за расову або статеву дискримінацію на тій підставі, що хоча таке правило є нейтральним на перший погляд щодо раси або статі, на практиці воно має своїм результатом створення перешкод для відвідування універмагу більше для жінок, ніж чоловіків, а також для представників певних етнічних груп, які мають традицію бути вдягненими у довгі спідниці. Позивач, який може довести, що жінки або члени певної расової групи потрапили у невигідне становище через таке правило, має достатньо доказів для подання позову про дискримінацію. Проте якщо випадок прямої дискримінації не можна оскаржити, тобто якщо позивач доводить, що до нього ставилися менш сприятливо, ніж до інших в подібній ситуації на підставі раси, і він виграє, - у випадку непрямої дискримінації позов може бути відхилений. Так, якщо доведено, що заборона довгих спідниць ставить жінок та представників певних етнічних груп у більш несприятливе становище, власник магазину може відхилити припущення непрямої дискримінації, продемонструвавши, що заборона довгих спідниць мала як законну мету, так і була необхідною та адекватною [5].

У цьому випадку власник магазину може доводити, що заборона довгих спідниць є ефективним засобом протидії крадіжкам, оскільки у магазині мали місце випадки, коли люди в довгих спідницях мають схильність брати речі, ховати їх під спідницями, не сплачуючи за ці них. Однак, навіть, якщо суд вирішить, що мета такого заходу була законна, він може спитати, чи був цей захід необхідним та адекватним. Зокрема, суд може спитати, чи не міг власник магазину вжити інші запобіжні заходи щодо крадіжок, які були менш несприятливі для жінок та членів певної етнічної групи – найняти охоронців, розташувати найбільш дорогі товари під склом, встановити відеокамери [5].

В обох випадках прямої та непрямої дискримінації позивач повинен довести, що він постраждав у порівнянні з іншими. У випадку прямої дискримінації, він/вона повинні довести, що «до нього/неї ставилися менш сприятливо, ніж до інших», а у випадку непрямої дискримінації, що його/її поставили «у певне несприятливе становище порівняно із іншими». Часто це означає, що позивач, особливо, коли це стосується непрямої дискримінації, в якості доказів використовує дані або статистику, що свідчить про те, як до цієї особи або інших членів її етнічної групи ставилися у порівнянні з членами більшості.

Цікавим є положення ст. 8 Директиви, відповідно до якої тягар доведення у цивільних справах, що стосуються заяв про расову дискримінацію, перекладається на відповідача. Тобто до обов'язків відповідача входить доведення того факту, що з його боку не мало місце порушення принципу рівного ставлення [8].

Сфера поширення Директиви стосується як державного, так і приватних секторів економіки. Вона розповсюджується на працевлаштування та умови праці (включаючи доступ до працевлаштування, підвищення, звільнення та оплату праці); соціальний захист та охорону здоров'я; освіту; доступ до товарів та послуг, якими може користуватися будь-який член суспільства, включаючи забезпечення житлом.

У п. 13 преамбули Директиви зазначається, що заборона дискримінації на підставі расового або етнічного походження застосовується також до «громадян третіх країн», проте не стосується відмінностей у ставленні на підставі громадянства. Це означає, що угорський громадянин рома за походженням, який на законних підставах перебуває у Франції, може подати позов як жертва дискримінації на підставі расового або етнічного походження, якщо йому забороняється заходити до джазового бару. Проте просто угорський громадянин не може позиватися лише на тій підставі, що він громадянин Угорщини, лише якщо він є рома. На практиці буває дуже важко довести, що дискримінація відбувалася дійсно за ознакою расовою або етнічної приналежності, а не за ознакою громадянства [8].

Пункт 2 статті 3 Директиви проголошує, що вона не застосовується у сфері імміграції щодо положень, які стосуються в'їзду та проживання громадян третіх країн та осіб без громадянства на території держав-членів. Отже, державам-членам дозволяється дискримінувати осіб на підставах расової або етнічного походження від час звернення тих за притулком, а також в рамках імміграційної політики.

У Директиві передбачені винятки для характерних та природних професійних вимог. Так, держави-члени ЄС можуть передбачати власні положення, відповідно до яких відмінності у ставленні, засновані на ознаці, що характеризує расове або етнічне походження, може не визнаватися дискримінацією в тому випадку, якщо в силу природи певної професійної діяльності або в силу обставин, за яких вона здійснюється, така характеристика являє собою характерні та природні професійні вимоги, що забезпечують законність цілей та пропорційність вимог. Наприклад, законною є вимога, що головну роль у виставі У. Шекспіра «Отелло» повинен грати чорношкірий актор.

Директива 2000/43/ЕС не перешкоджає жодній державі-члену ЄС зберігати в силі чинні заходи або вживати нові особливі заходи, спрямовані на запобігання завданню школи або її компенсації, якщо вона була спричинена дискримінацією за ознакою расового або етнічного походження (ст. 5). Застосовуючи перевірку на непряму дискримінацію, яка міститься в Директиві, держави мають можливість вживати заходи, які спрямовані на запровадження більш сприятливого режиму для членів груп меншин, які історично були жертвами дискримінації, якщо такі заходи мають законну мету зменшити de facto нерівність, яка бере своє коріння від попередньої дискримінаційної практики, та якщо природа та обсяг існуючої нерівності робить заходи сприяння пропорційними. Такі заходи в Директиві отримали назву *позитивні дії*. Так, позивною дією є надання спеціальної професійної підготовки для людей, які належать до етнічних груп, що звичайно не мають доступу до такої підготовки, або проведення інформаційної роботи серед певних расових або етнічних груп щодо рекламних оголошень про відкриті вакансії. Зокрема, в Словаччині позитивні дії застосовуються для залучення до суспільного життя представників рома. Подібні програми також наявні в Іспанії щодо рома, а в Фінляндії для представників саамів.

З метою забезпечення дотримання вищезазначених положень до Расової директиви включено Розділ II «Засоби судового захисту та примусове виконання». Зокрема, Директива уповноважує держави-члени запроваджувати «адміністративні або судові процедури» для виконання своїх положень. Обидві процедури є прийнятними, поки вони пропонують дієві засоби правового захисту. «Асоціації, організації або інші юридичні особи» можуть виступати як від свого імені, так і на боці заявника, але за його згоди. Хоча Директива не передбачає колективні заходи, які не визнаються в багатьох державах-членах, вона дозволяє заявникам мати доступ до фінансової, моральної або правової допомоги з боку неурядових організацій.

Стаття 15 Директиви вимагає від держав-членів забезпечити застосування ефективних, співмірних та запобіжних санкцій за порушення норм, що містяться в директиві. Директива передбачає, що санкції можуть включати виплату компенсацій жертві. Проте все частіше в державах-членах Євросоюзу застосовують судові приписи або репарації (відновлення у попередньому стані) – наприклад, накази про відновлення на робочому місці особи, яка була незаконно звільнена. У деяких державах-членах у випадку незаконного звільнення, таке рішення оголошується нікчемним, а працівник розглядається як такий, що ніколи не був звільнений, а отже він має право на відшкодування заборгованості по заробітній платі, а також відсотків.

Стаття 13 Расової директиви закріплює обов'язок держав-членів запровадити орган або органи, відповідальні за сприяння рівному ставленню. До повноважень таких органів належить забезпечення незалежної допомоги жертвам дискримінації під час розгляду скарг про дискримінаційні дії щодо цих осіб, проведення незалежних опитувань стосовно дискримінаційних дій, а також публікація незалежних доповідей, а також підготовка рекомендацій з питань, що стосуються подібних актів дискримінації. Слід зазначити, що всі держави-члени створили один або декілька органів з питань протидії расовій або етнічній дискримінації, крім Польщі, де ці повноваження розподілені серед декількох установ. У цілому ряді держав такі органи вже існували до моменту прийняття Директиви (Бельгія, Ірландія, Нідерланди, Швеція та Великобританія), в інших був заснований новий орган (Франція, Німеччина та Іспанія), або як на Кіпрі та Литві повноваження вже існуючого органу були розширені на питання расової або етнічної дискримінації. У більшості держав-членів створені органи з питань рівності займаються питаннями дискримінації і за іншими ознаками.

Цікавим є той факт, що до сьогодні на розгляді Суду ЄС перебувало лише декілька справ, підставою для яких було порушення Расової директиви.

Так, у справі C-54/07 *Firma Feryn* [2008] після ряду публічних заяв директора компанії Feryn про те, що його підприємство приймає на роботу слюсарів, але що він не може використовувати працю «іммігрантів», тому що його клієнти не бажають впускати їх до своїх приватних помешкань, бельгійський Центр з рівних можливостей та протидії расизму звернувся до бельгійського суду з трудових спорів для встановлення, чи застосовувала компанія Feryn дискримінаційну політику найму працівників. Після первісної відмови у розгляді заяви з боку Президента Палати з трудових спорів м. Брюссель, Центр звернувся до Суду з трудових спорів у м. Брюссель, який передав цю справу до Суду ЄС щодо преюдиційного висновку з приводу визначення понять «дискримінація», «презумпція дискримінації» та «санкції» в контексті Директиви 2000/43/ЕС [9].

Суд ЄС звернув увагу перш за все на той факт, що дискримінація в цілях Директиви не обов'язково вимагає, щоб існував чітко визначений заявник/жертва. Директива дозволяє державам-членам надавати право

асоціаціям із законними повноваженнями щодо забезпечення виконання обов'язків відповідно до Директиви порушувати судові або адміністративні процедури, діючи не від імені конкретного заявника або за відсутності конкретного заявника. Крім того, Суд наголосив, що той факт, що працедавець публічно заявляв про те, що він не буде приймати на роботу працівників певного етнічного або расового походження, становить само по собі пряму дискримінацію у сфері працевлаштування, оскільки такі заяви скоріше за все перешкоджатимуть певним кандидатам від подання своїх заяв, а отже перешкоджатиме їх доступу до ринку праці [9].

Далі Суд заявив, що презумпція дискримінації може мати місце, якщо вона базується на таких фактах як заяви, які дають підстави говорити про презумпцію дискримінаційної політики відбору працівників. У такій ситуації саме працедавець повинен наводити докази того, що він не порушував принцип рівного ставлення, працедавець може доводити, що дійсна практика найму працівників не відповідає таким заявам. Врешті Суд вказав на те, що санкції за порушення принципу дискримінації повинні бути ефективними, пропорційними та запобіжними – можуть набувати форми встановлення дискримінації судом із відповідним рівнем інформування громадськості, або судового припису працедавцеві припинити дискримінаційну практику, або штрафу, або навіть відшкодування збитків органу, який порушив справу [9].

Рішення ще по одній справі, де піднімалося питання про непряму дискримінацію, було винесене у травні 2011 р. – справі C-391/09 [2011] *Malgožata Runevič-Vardyn and Łukasz Paweł Wardyn v. Vilniaus miesto savivaldybės administracija and Others*. Цей преюдиційний запит надійшов від литовського суду із проханням надати роз'яснення, чи становлять непряму дискримінацію на підставі етнічного походження згідно з ст. 2 Расової директиви положення національного законодавства, які передбачають, що особисті імена та прізвища в документах громадянського стану можуть бути написані тільки із застосуванням державної мови, а також чи заборонене таке законодавство на підставі заборони дискримінації на підставі громадянства, відповідно до ст. 18 Договору про функціонування ЄС. У преюдиційному рішенні по цій справі Суд ЄС проголосив, що національні норми права, які передбачають, що прізвища та імена осіб можуть бути внесені до свідоцтв про громадянський стан лише у формі, яка відповідає нормам, що регулюють написання відповідною офіційною мовою, не є порушенням Директиви Ради 2000/43/ЕС [10].

У 2011 р. Агентство з основних прав ЄС підготувало доповідь «Директива про расову рівність: застосування та проблеми» [6], де визначило актуальні проблеми реалізації цілей Директиви 2000/43/ЕС. Так, серед найголовніших перешкод у реалізації Расової директиви наводиться недостатність інформації серед етнічних та расових груп про наявність законодавства про рівність, а також про органи, які зобов'язані протидіяти дискримінації, небажання держав-членів визнавати та доповідати про існування дискримінації. У багатьох державах-членах вартість судового процесу є таким високою, що унеможливлює для багатьох жертв дискримінації ефективний захист своїх прав. Беручи це все до уваги, експерти Агентства з основних прав рекомендували активно залучати послуги медіаторів, оскільки вони є більш дешевшими, а розгляд справи триває менше часу. Крім того, пропонується залучати до посередницької діяльності органи держав-членів, які займаються забезпеченням рівності, та неурядові організації. Крім того, існують певні проблеми щодо збору та обробки даних без чого неможливо розробити та прийняти адекватну політику щодо сприянню рівності для всіх членів суспільства.

Таким чином, можна зробити висновок, що через дванадцять років після свого прийняття, Директива 2000/43/ЕС спричинила запровадження нової або посилення існуючої структури щодо боротьби із дискримінацією за ознакою раси або етнічного походження та заохочення рівності в державах-членах. Багато позитивних прикладів застосування Директиви свідчать про те, що основні положення цього акту відіграють важливу роль в житті ЄС. Проте існуючі проблемні питання продовжують існувати і вимагають від Євросоюзу внесення змін до існуючого нормативно-правового акту, а також активізації зусиль держав-членів з метою більш ефективного забезпечення принципу рівності та недискримінації на теренах Європейського Союзу.

[1] Лісабонські консолідовані договори про Європейський союз і функціонування Європейського союзу. – К., 2010. - 231 с.
[2] Craig P. EU Law: Text, Cases, and Materials. / Craig P., Burca G. de. – New York: Oxford University Press, 2011. – 1155 p.
[3] Howard E. The EU Race Directive. Developing the Protection against Racial Discrimination within the EU. / Howard E. – Cavendish: Routledge, 2009. – 224 p.
[4] Brown C. The Race Directive: Towards Equality for All the Peoples of Europe? / C. Brown. - Yearbook of European Law. - 2001. – 21 (1). – P. 195 – 227.
[5] Goldston J.A. The European Union Race Directive [Електронний ресурс]. - Режим доступу до докум.: http://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&ved=0CGMQFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.xenodocuments.org.ua%2Ffiles%2Flibrary%2Fother%2FEU.rasedirekt.doc&ei=xXc6UMHUOcnbtAaem4GoAg&usg=AFQjCNEmpROgpCUg-47NRV2eMR9JXto0rg&sig2=w1pgzs7bStnTf1ajvegfBQ
[6] European Union Agency for Fundamental Rights. The Racial Directive: application and challenges. / European Union Agency for Fundamental Rights. – Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2012. – 28 p.
[7] Howard E. The EU Race Directive: Time for Change? / E. Howard. – International Journal of Discrimination and the Law. – 2007. – Vol. 8. – P. 237 – 261.

[8] Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. [Електронний ресурс]. - Режим доступу до докум.: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML.
[9] Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2008. Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV. Reference for a preliminary ruling: Arbeidshof te Brussel - Belgium. [Електронний ресурс]. - Режим доступу до докум.: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007J0054:EN:NOT
[10] European anti-discrimination case law. Compilation of recent decisions. (1st January 2011 to 31st May 2011) [Електронний ресурс]. - Режим доступу до докум.: http://www.europapraw.org/files/2011/06/European-anti-discrimination-case-law.-Compilation-of-recent-decisions-January-May-2011.pdf.

## THE EUROPEAN UNION MECHANISM FOR COMBATING DISCRIMINATION ON GROUNDS OF RACIAL AND ETHNIC ORIGIN

The principle of equal treatment is considered to be one of the key principles of the European Union legal system starting with founding of this Organisation in 1950s. Nowadays, according to the provisions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, the European Union is founded on the values of respect for equality and non-discrimination based on different grounds, including racial and ethnic origin.

June 29, 2000 Council of the European Union adopted Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. This Directive lays down the framework for combating discrimination on the grounds of racial or ethnic origin, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment.

The provisions of the Directive 2000/43/EC define the concepts of direct and indirect discrimination; it is to be applied to all persons, as regards both the public and private sectors, in relation to employment, vocational training, membership of and involvement in an organisation of workers or employers, education and social services. The abovementioned Directive introduces obligations for the EU Member States to ensure that judicial and/or administrative procedures, including where they deem it appropriate conciliation procedures, for the enforcement of obligations under this Directive are available to all persons who consider themselves wronged by failure to apply the principle of equal treatment to them, even after the relationship in which the discrimination is alleged to have occurred has ended. The burden of proof falls on the party accused, which must prove that the principle of equal treatment has not been infringed. The complainant must be protected against any adverse treatment or adverse consequence as a reaction to the proceedings.

As of today, the European Court of Justice examined several cases regarding the infringement of the Directive 2000/43/EC provisions. Taking into account the case-law of the Court, one can draw a conclusion that Member States pay much attention to the implementation of the principal of equal treatment though the available legal framework should be revised and updated according to the current situation in the European Union.

# Гендерное равенство и права человека в странах Юга Африки.

**Любовь Прокопенко**

**У статті показані значні успіхи держав південноафриканського регіону у становленні гендерної рівності в політиці, що свідчить про зростання ролі жінок у політичному процесі та в зміцненні їх громадянських і політичних прав. Однак це поки мало впливає на покращення соціально-економічного становища жінок в цих країнах в цілому. У цьому плані спостерігається розбіжність у політико-правових установках, в деклараціях і в реаліях життя, що є загальною тенденцією розвитку не тільки країн Африканського континенту, а й перехідних суспільств в цілому.**

**The article shows considerable success of Southern Africa states as for the development of gender equality in politics which is indicative of the increasing role of women in politics and in the consolidation of their civil and political rights. However, this tendency still has little effect on the improvement of socio-economic status of women and, consequently, on the development of the society. There is a discrepancy between attitudes in politics and in law issues, declarations on the one hand, and the realities of life on the other which is a common trend in the development of the African continent as well as of many societies in transition.**

Основополагающим документом африканской системы защиты прав человека является Африканская хартия прав человека и народов (1981 г., Найроби (Кения)) [1]. Права женщин были дополнительно закреплены в специальном Протоколе к ней, который по инициативе Африканской комиссии ОАЕ (Организации Африканского Единства) по правам человека и народов приняли в 2003 г. в Мапуту (Мозамбик). Значительный вклад в защиту прав женщин вносит специальный докладчик Африканского союза (АС, создан в 2002 г. правопреемник ОАЕ) по правам женщин.

Во многих странах южноафриканского региона продвижение женщин в систему управления всех уровней признано важнейшим направлением государственной политики, равенство полов закреплено в конституции. В Намибии, например, ему посвящены Статьи 10 (Равенство и свобода от дискриминации, п. 2) [8, p. 11] и 17 (Политическая деятельность, п. 1) [8, p. 13]. В ЮАР функции национальной Комиссии по гендерному равенству закреплены в статье 187 конституции [9]. Проявлением политической воли в улучшении положения женщин является создание министерств по вопросам равноправия полов или по делам женщин в ЮАР, Намибии, Замбии, Анголе. Достижение равенства полов было названо одной из целей государственной программы развития Намибии под названием Vision 2030, принятой в июне 2004 г.

Участие женщин в принятии важных государственных решений, разработка мер по недопущению изоляции женщин от политической жизни является важным фактором демократического развития. Как отмечает российский политолог Н.А. Шведова, «партнерство мужчин и женщин в политике является источником более полной и представительной демократии, поскольку создаются реальные возможности учета многополюсных интересов в обществе» [17]. Таким образом, любое общество (в том числе африканское), создавая государство с системой политического управления, основанной на партнерстве мужчин и женщин в политике, может рассчитывать на более высокую степень стабильности и развития.

В странах Юга Африки насчитывается много проблем, решение которых требует участия женщин, например проблемы насилия над женщинами и детьми (связанные в свою очередь с проблемой СПИДа), проблемы образования. В 2000-е годы ЮАР, Мозамбик и Лесото достигли значительных успехов в установлении в политике так называемой «гендерной симметрии» (равных и равновеликих прав мужчин и женщин в органах законодательной и исполнительной власти и управления), что свидетельствует о возрастании роли женщин в политическом процессе и продвижении стран по пути реализации одной из Целей Развития

УДК 342.726

© *Л. Прокопенко, 2013*

**ПРОКОПЕНКО Любовь Ярославовна,**

кандидат исторических наук,
старший научный сотрудник Института Африки РАН (г. Москва).

Тысячелетия ООН (Цели № 3 – Поощрение равенства мужчин и женщин и расширение прав и возможностей женщин), принятых в 2000 г. на Саммите Тысячелетия. Согласно данным Всемирного экономического форума (ВЭФ), публикующего с 2005 г. ежегодный рейтинг стран по равенству мужчин и женщин (в сфере политики, трудоустройства и продвижения по службе, образования и здравоохранения), в 2009 г. Южно-Африканская Республика вошла в первую десятку государств, успешно решающих эту проблему. В этом списке она занимала 2-е место по количеству женщин-депутатов парламента и 5-е место по количеству занимаемых женщинами министерских постов [6]. Политические элиты стран региона не мужской клуб, женщины представлены в них достаточно широко [4]. Женщины занимают пост президента страны (Малави), заместителя президента (ЮАР), вице-президента (Зимбабве), премьер-министра (Мозамбик). Положительная тенденция наблюдается также на уровне представительства женщин в парламенте.

Женщины-политики из ЮАР добились значительных успехов на международном уровне. 24 июля 2008 г. судья Наванетхем Пиллэй была назначена Верховным комиссаром ООН по правам человека. Ее отличает активная общественная позиция: начав в 1967 г. частную юридическую практику, она защищала в судах противников режима апартеида. Именно ей принадлежит заслуга включения в конституцию страны положения, которое запрещает дискриминацию по признаку пола, религии и сексуальной ориентации. Она – один из учредителей международной женской организации «Равноправие сейчас». В июле 2012 г. на саммите Африканского союза, проходившего в Аддис-Абебе (Эфиопия) министр внутренних дел ЮАР Нкосазана Дламини-Зума была избрана председателем Комиссии Африканского союза. Она – первая женщина, возглавившая административно-исполнительный орган Африканского союза, в состав которого входят 54 страны континента. Дламини-Зума была избрана в результате четырех раундов голосования, вылившихся в ожесточенную борьбу между ее сторонниками и сторонниками действующего тогда председателя Комиссии АС Жана Пинга (Габон).

Гендерное равенство в политике в ЮАР, Лесото, Анголе, Намибии на практике реализуется через использование системы квот женского представительства на выборных должностях, которую поддерживает и ООН. Например, в ЮАР в правящей партии АНК (Африканский национальный конгресс) установлена 50% квота представительства женщин во всех его выборных структурах [7]. Сложившаяся ситуация объясняется, прежде всего, особенностями политической культуры, существующей в той или иной стране региона. Поэтому систему квот женского представительства в обозримом будущем вряд ли можно рассматривать как временную. При отсутствии реально действующих законов о продвижении женщин во властные структуры, хорошее образование, владение искусством риторики и полемики, коммуникативными навыками (столь необходимые для успешного политика), харизматичность, а также готовность действовать в интересах общества на практике могут стать помехой для профессиональной карьеры африканки. В плане квотирования женского представительства государства южноафриканского региона развиваются соответственно мировым тенденциям. Как отмечает С.Г. Айвазова «…именно квоты помогли установлению гендерного баланса в структурах власти во многих странах мира, где женщины стали оказывать свое плодотворное влияние на политический процесс» [2, с. 81].

Закреплено квотирование и на региональном уровне: Сообщество развития Юга Африки (САДК) в 1997 г. приняло специальную декларацию, поставившую цель до 2005 г. установить в странах-членах 30% представительство женщин на руководящих должностях [22]. В ноябре 2011 г. в г.Йоханнесбург (ЮАР) на чрезвычайной встрече САДК по проблеме гендерных проблем был принят план действий до 2016 г.

ЮАР стала пионером среди стран региона в области реализации гендерного равенства. Женщины появились уже в первом правительстве национального единства во главе с первым президентом демократической ЮАР Нельсоном Манделой, которое было сформировано в 1994 г. – 4 министра и 8 заместителей министров. Политическую волю правительства красноречиво демонстрирует тот факт, что за годы становления демократии принято более 30 законодательных актов, имеющих целью достижение женского равноправия. Представительство женщин в парламенте страны возросло с 3% до 30%, а в правительстве – до 40%. С 1997 г. в стране работает созданная по решению парламента национальная Комиссия по гендерному равенству. В ее функции входит: мониторинг деятельности всех общественных органов на предмет соблюдения и развития гендерного равенства, оценка законодательства с гендерной точки зрения, изучение и рекомендации парламенту и другим органам власти, образование и информирование общественности, изучение жалоб по вопросам гендерных отношений, мониторинг прогресса ЮАР в области гендерного равенства в соответствии с международными нормами [23]. С 1999 г. действует положение, согласно которому в составе парламента и кабинета министров должно быть не менее 30% женщин. Поддерживает принцип «гендерной симметрии» в политике и теперешний президент страны Джекоб Зума: в начале 2013 г. из 34-х министерских постов в ЮАР 14 занимали женщины, из 9-ти постов премьеров провинций 5 также занимают женщины.

Поступательный рост женского представительства в законодательной власти ЮАР наглядно демонстрируют данные по составу ее парламента. В 1999 г. женщины (в основном черные южноафриканки) занимали

30% депутатских мест. Как отмечает американский исследователь Ханна Эвелин Бриттон, «депутаты-женщины с самого начала своего избрания стали «перестраивать» парламент, создавая возможность для реализации прав женщин» [11, p. 7]. В середине 2000-х годов по уровню представительства женщин в парламенте ЮАР стояла в одном ряду с развитыми европейскими государствами, например со Швецией (42,7%), Данией (37,4%), Норвегией и Голландией (по 36%). В 2006 г. в парламенте было уже 32,8% женщин. А в конце 2000-х годов этот показатель составил более 33%. На протяжении десяти лет (1994–2004 гг.) спикером Национальной ассамблеи (парламент) была член АНК Френе Джинвала. Благодаря ее энергичной работе, в парламенте было принято около 500 новых законов, заложивших основу демократической ЮАР. Она также возглавляла комиссию по вопросам эмансипации женщин и участвовала в деятельности Женской лиги АНК. Джинвала сыграла важную роль в расширении политических прав южноафриканских женщин. Она подчеркивала: «Я не верю в демократию, если это часть процесса принятия решений, в котором не участвуют женщины» [13]. Деятельность Ф. Джинвалы высоко ценил Н. Мандела.

Одним из важных факторов, способствующих продвижению африканок в политику, является довольно высокий уровень грамотности среди женщин, который в большинстве стран региона составляет более 80%: Лесото – 94,5%, Зимбабве – 87,2%, ЮАР – 85,7%, Намибия – 83,5%, Ботсвана – 81,8%, Свазиленд – 80,8%, Замбия – 74,8%, Ангола – 54,2% [16]. Как отмечает М.Д.Бондаренко, «Путь к утверждению прав человека в Африке как концепции и практики лежит, прежде всего, через образование, просвещение… ориентирующее на систему ценностей гражданского общества, в которой правам человека отведена центральная роль» [5, с. 31].

В отстаивании прав женщин эффективность работы женщин-министров и женщин-депутатов парламента возрастает при условии их активного взаимодействия с женскими организациями. Некоторые члены парламента сами обладают опытом работы в женских организациях. Уже упомянутая Ф. Джинвала (ЮАР) с 1992 г. возглавляла Женскую национальную коалицию, главным направлением деятельности которой было создание Хартии, ее текст позже был использован для создания новой конституции страны. В начале 1990-х годов активные выступления женщин Ботсваны под руководством Ассоциации «Эманг Басади» привели к отмене дискриминационного Закона о гражданстве, который лишал женщин права передавать свое ботсванское гражданство детям и мужьям-иностранцам. Это стало возможным, благодаря помощи адвоката Юнити Доу, сумевшей убедить некоторых членов парламента в том, что данный закон нарушает конституцию Ботсваны. Борьба вышеназванной женской ассоциации повлияла на результаты национального референдума, проведенного в 1997 г., после которого в конституцию была внесена поправка, предоставившая право голоса гражданам, проживающим за пределами страны. А лидер оппозиционной партии Демократический альянс (ДА) Хелен Зилле (ЮАР), в прошлом известный журналист и активная участница антирасистского движения, была первой, кто во времена апартеида сообщил в прессе о нашумевшем убийстве полицейскими черного активиста Стива Бико. Находясь в 2000-е годы на посту мэра г.Кейптаун, она поддержала некоторые инициативы женских организации в отношении защиты прав женщин.

В ЮАР в рамках реализации государственной программы гендерного равенства созданы различные центры и школы подготовки для женщин. Директор школы лидерства и управления (провинция Хаутенг) Ануша Наиду, выступая на международной конференции «Женщина третьего тысячелетия: гражданская и политическая ответственность», проходившей 30–31 марта 2004 г. в Москве, отмечала, что «…сегодня уже недостаточно говорить только о количестве женщин, занимающих руководящие должности. Следует заниматься качеством их подготовки» [18].

В странах Юга Африки верхушка новой правящей политической элиты представляет собой определенный симбиоз с традиционной элитой (традиционные вожди), что определяет, в конечном счете, особенности характера власти в регионе. Спецификой современного африканского общества является сосуществование в национальном политическом процессе двух политических культур (западной и местной), во многом отличающихся друг от друга. Поэтому для защиты прав женщин в политической сфере необходима также поддержка со стороны традиционных правителей. В августе 2003 г. в Кумаси (Гана) состоялась первая всеафриканская конференция традиционных лидеров, в ходе которой традиционные вожди из Ганы, Замбии, Нигерии, Того и ЮАР выразили поддержку усилий Африканского союза (АС) и НЕПАД («Новое партнерство для развития Африки», масштабная программа стратегии развития континента) по реализации политики гендерного равенства.

Лидеры стран региона поддерживают продвижение женщин в высший эшелон власти. Президент Замбии в 2001–2008 годы Леви Мванаваса выступал за идею расширения политического участия женщин, в мае 2003 г. в официальном обращении к согражданам, посвященном очередной годовщине независимости, он заявил, что следующим президентом страны должна стать женщина [20]. В Зимбабве с 2004 г. пост вице-президента страны занимает Джойс Муджуру, для ее назначения президенту Роберту Мугабе пришлось уволить из своего ближайшего окружения 7 мужчин-членов правящей партии ЗАНУ–ПФ. Некоторые женщины-политики сами выражают желание занять высший государственный пост. Один из видных членов бывшей правящей

партии ДМД (Движения за многопартийную демократию) и вдова президента Л. Мванаваса Морин Мванаваса заявила о желании баллотироваться на президентских выборах в 2016 г. [14]. В Замбии лидер оппозиционной партии ФДР (Форум за демократию и развитие) Эдит Навакви на президентских выборах в 2011 г. была единственной женщиной в компании из 10 кандидатов-мужчин. Однако на сегодняшний день пока только в Малави пост главы государства занимает женщина – Джойс Банда.

14 февраля 2013 г. Верховный комиссар ООН по правам человека Наванетхем Пиллэй, выступая в Оксфордском университете с лекцией «Права человека в Африке: возможности и трудности», отметила: «Никто не должен быть исключен из процесса принятия решений по причине того, что этот человек – африканец, или женщина, или представитель меньшинства, или последователь какой-либо религии, или потому что он гей, инвалид или имеет особые убеждения. Мы все должны обладать правом голоса, который имеет значение в наших обществах» [21]. Понимание этого демонстрируют политики ЮАР. В 1981 г. президент партии АНК (Африканский национальный конгресс) Оливер Тамбо, сказал: «Борьба за освобождение женщины невозможна отдельно от борьбы против эксплуатации человека человеком» [10, p. 1]. Его слова не потеряли актуальности и сегодня, именно они были упомянуты в преамбуле к документу по дальнейшему гендерному развитию страны, опубликованного в начале 2012 г. В марте того же года в одном из документов Женской лиги АНК подчеркивалось «Мы боремся не за права женщин, а за права человека, не выделяя отдельно права женщин. Мы выступаем за единство в разнообразии рас, религий и полов» [15].

В ЮАР результаты официальной гендерной политики оказались достаточно эффективными, однако все же имеют место отдельные проявления мужского шовинизма. А.Б. Давидсон и И.И. Филатова отмечают: «Любой зулус (один из народов, населяющих ЮАР – прим. автора) объяснит вам, почему многие из его соотечественников считают едва ли не оскорблением тот факт, что заместителем президента страны после снятия с этого поста Джекоба Зумы была назначена зулуска Пумзиле Мламбо Нгкука. Дело не только в том, что она женщина, хотя и этот фактор неблагоприятный: негоже женщине представлять в правительстве нацию великих воинов» [3, с. 430] Подобные факты мужского шовинизма в политике в других странах южноафриканского региона отмечают также английские исследователи Анни-Мари Гётц и Ширин Хассим [12].

Отмечается еще одна положительная тенденция в области реализации политических прав женщин и гендерного равенства в странах региона – «молодеет» возраст женщин-политиков во власти. В правительстве ЮАР самой молодой является 49-летняя министр сельского хозяйства, лесного хозяйства и рыболовства Тина Джоэмат-Петтерссон, а заместителю министра коммуникаций Тембисе Ндебени – всего 30 лет, четырем из пяти женщин-премьеров провинций также около 50-ти лет. В Зимбабве в новом коалиционном правительстве, сформированном в феврале 2009 г., одним из двух заместителей премьер-министра Зимбабве М. Тсвангираи была назначена 49-летняя (на тот момент) Токозани Купе. У этих имеющих достаточный жизненный и партийный опыт политиков, еще есть время для дальнейшей эффективной работы по реализации прав женщин. Растет новое поколение молодых женщин, которые смело заявляют о своих политических амбициях. Например, на молодежном саммите Группы Восьми и Группы Двадцати, который проходил в Вашингтоне с 7 по 8 июня 2012 г., участвовали также молодые лидеры стран-членов БРИКС (группа стран в составе Бразилии, России, Индии, Китая и ЮАР), ЮАР представляла студентка Витватерсрандского университета Замантунгва Кхумало. [19].

В государствах региона женщины занимают в политике все более заметное место. Это реальный факт, имеющий тенденцию к развитию, однако он пока мало влияет на улучшение социально-экономического положения женщин и, следовательно, на развитие общества в целом. По-прежнему актуальным остается конфликт между принципом равенства полов и традиционным правом. Достижения ЮАР в области равноправия полов стали результатом 18 лет усилий правительства АНК, парламента и общественных организаций. В то же время в Ботсване, которую часто называют «витриной африканской демократии», значительные успехи демократии пока не стали гарантией соблюдения прав человека и гендерной симметрии в политике. Наблюдается расхождение между политико-правовыми установками, декларациями и реалиями жизни, которое присуще не только странам региона и Африканского континента, но и многим другим обществам переходного типа.

1. См. подробно: Абашидзе А.Х., Солнцев А.М. Юбилей Африканской Хартии прав человека и народов // Евразийский юридический журнал. 2012. № 2 (45).
2. Айвазова С.Г. Гендерное равенство в контексте прав человека. Пособие. М.: Эслан. 2001.
3. Давидсон А.Б., Филатова И.И. Южная Африка: власть, демонтаж апартхейда, новые политические ориентиры // Современная Африка: метаморфозы политической власти. М.: Вост. лит., 2009.
4. См. подробно: Прокопенко Л.Я. Новые политические элиты в государствах Юга Африки». М.: Институт Африки РАН, 2011.
5. Культурные аспекты и правоприменительная практика в области прав человека в Африке. М.:: Изд. дом Высшей школы экономики, 2012.
6. Пульс планеты. ИТАР-ТАСС. 2009. 2 ноября.
7. African National Congress Constitution. Rule 6 Gender and Affirmative Action (6.1). Polokwane, 2007.
8. Constitution of the Republic of Namibia, 1990. Chapter 3, Article 10 (2) Equality and Freedom from Discrimination. P. 11 – http:www.lac.org.na/laws/pdf/namcon.pdf
9. Constitution of the Republic of South Africa, 1996. Chapter 9, Article 187 – http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons9.htm
10. Gender Paper ANC. Policy Discussion Document. March 2012 – http://www.anc.org.za/docs/discus/2012/gendery.pdf
11. Britton Hannah Evelyn. Women in the South African Parliament: From Resistance to Governance. University of Illinois Press, 2005.
12. Goetz Anne-Marie and Shireen Hassim. No Shortcuts to Power: African Women in Politics and Policy Making. L., 2003.
13. http://advance.uconn.edu/2000/000911/00091115.htm
14. www.allafrica.com/stories/200909100687html
15. http://www.anc.org.za/show.php?id=9478
16. www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ha.html
17. http://www.femin.ru/ig/ig006.php
18. http://www.gorby.ru/rubrs.asp?rubr_id=494&art_id=24421
19.http://modernpolitics.ru/2012/06/sovmestnoe-zayavlenie-molodykh-liderov-gosudarstv-briks
20. http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/2991931.stm
21.http://www.ohchr.org/RU/NewsEvents/Stories/Pages/HRinAfricaprogressandchallenges.aspx
22. http://www.sadc.int/index/browse/page/174
23. http://www.southafrica.info/about/democracy/cge.htm

**Gender Equality and Human Rights (Southern Africa countries)**

The basic document in the human rights protection system in Africa is The African Charter on Human and Peoples' Rights (1981 Nairobi, Kenya). Women's rights are additionally secured in a special Protocol to the Charter adopted in 2003 in Maputo, Mozambique, on the initiative of the Human and Peoples' Rights Commission of the Organization of African Unity (OUA).

In the 2000s countries of the Southern African region, especially South Africa, Mozambique and Lesotho, have made significant progress in establishing a principle of a so-called «gender symmetry» attesting a growing role of women in the political process. Women belong to the upper echelons of power: theirs are positions of President (Malawi), Deputy President (South Africa), Vice-president (Zimbabwe,) and Prime Minister (Mozambique). A positive trend is also observed as for the level of female representation in parliaments.

The modern concept of equality between women and men in politics in South Africa, Lesotho, Angola and Namibia is actualized in practice through the use of the system of quotas for female representation in elected office. Fixed quotas exist also at the regional level: in 1997 The Southern African Development Community (SADC) adopted a special Declaration aiming at 30 percent of women in positions of leadership by 2005 in the member countries. The SADC is committed to having 50 percent female representation in national parliaments by 2016.

Considerable success of Southern Africa states as for the development of gender equality in politics is indicative of the increasing role of women in politics and in the consolidation of their civil and political rights. However, this tendency still has little effect on the improvement of socio-economic status of women and, consequently, on the development of the society. South Africa's achievements in the field of gender equality were the result of more than 18 years of efforts by the ANC government, parliament and public organizations. At the same time significant advances of democracy in Botswana which is sometimes called a showcase of African democracy have not yet ensured human rights and gender symmetry. There is a discrepancy between attitudes in politics and in law issues, declarations on the one hand, and the realities of life on the other which is a common trend in the development of the African continent as well as of many societies in transition.

**Наталія Мушак**

# Правові форми співробітництва України та Організації з безпеки і співробітництва у Європі у сфері захисту прав людини

**Статтю присвячено аналізу правової основи взаємовідносин України та ОБСЄ, її участі в міжнародній організації, комплексному дослідженню правових форм співпраці України та Організації з безпеки і співробітництва у Європі у сфері захисту прав людини. Зазначено, що співпраця України з ОБСЄ є елементом політики європейської інтеграції України, спрямованої на реалізацію пріоритетних для України завдань.**

**The article is devoted to the analysis of the legal basis of the Ukrainian – OSCE relationship, its participation in the mentioned international organization, the complex research of the legal forms of collaboration between Ukraine and the Organization for Security and Cooperation in Europe concerning the protection of human rights. The article stipulates the cooperation between Ukraine and the OSCE is to be considered as the key element of the Ukrainian European integration directed to the implementation of its national significant issues.**

На Європейському континенті поряд із Радою Європи та Європейським Союзом проблематика захисту та забезпечення прав людини належить також і до відання іншої міжнародної організації – Організації з безпеки і співробітництва у Європі (ОБСЄ). На сьогодні її членами є 56 держав, серед яких і Україна, яка приєдналася до ОБСЄ і Парламентської асамблеї у січні 1992 року. Відтоді Україна проводить лінію на посилення ролі та ефективності Гельсінського процесу щодо зміцнення безпеки в регіоні у її політичному, людському, економічному та інших вимірах і, таким чином, на зміцнення безпеки нашої держави. З огляду на головування України в Організації з безпеки і співробітництва у Європі у цьому році, питання участі нашої держави у цій організації та аналіз міжнародно-правових питань їх взаємної співпраці є надзвичайно актуальними.

Окремі правові аспекти діяльності ОБСЄ були досліджені у наукових працях вітчизняними та зарубіжними вченими, такими як М. Гнатовським, В. Волошиним, І. Лукашуком, В. Мициком, В. Муравйовим, Л. Тимченком, М. Хоменком, С. Шевчуком, О. Шпакович. Проте комплексного аналізу правових питань співробітництва України та ОБСЄ не було проведено.

Відповідно метою даної статті є дослідити питання участі України в ОБСЄ, встановити їх міжнародно-правові форми та напрями співпраці у сфері захисту прав людини і проаналізувати актуальні питання щодо головування України в цій міжнародній організації.

Аналізуючи діяльність ОБСЄ, варто наголосити, що від самого початку її було створено як «організацію з безпеки», до компетенції якої входили питання суто військової безпеки, роззброєння тощо. Однак на сьогодні, заснована на широкій концепції безпеки, вона опікується також питаннями прав людини. В ОБСЄ вважають, що безпека – це дещо більше, ніж просто відсутність війни [1, с. 23], а тому права людини мають бути нерозривно пов'язані з політичною та економічною безпекою. Важлива роль ОБСЄ пояснюється також тією обставиною, що: 1) ОБСЄ – це єдина міжнародна інституційна структура, яка об'єднує всі держави у Європі, а також Канаду та США в спільні структури для забезпечення прав та свобод людини, демократії, верховенства права, безпеки та економічної співпраці; 2) ОБСЄ – це єдиний інститут, який створив та розвинув механізми для запобігання конфліктам різного типу та способи управління ними на всьому гігантському європейському просторі [2, с. 113].

Тобто, Організація з безпеки і співробітництва у Європі у своїй діяльності застосовує комплексний підхід, оскільки опікується вирішенням широкого спектра питань безпеки: контролем над озброєнням, превентивною дипломатією, забезпеченням конфіденційності та утворенням системи колективної безпеки, правами людини,

**МУШАК Наталія Богданівна,**

кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського університету права НАН України.

© *М. Мушак, 2013*

питаннями економічної та екологічної безпеки тощо [3, с. 251]. До того ж в рамках ОБСЄ в системі людського виміру діє специфічний механізм моніторингу, загальновідомий як «механізм людського виміру». Цей механізм складається з двох елементів: Віденського механізму (обмін інформацією між членами ОБСЄ, проведення двосторонніх зустрічей) та Московського механізму (дія системи місій незалежних експертів у сфері людського виміру ОБСЄ), що становлять стабільну систему нагляду за дотриманням зобов'язань у сфері людського виміру [4, с. 172].

Відповідно, беручи до уваги ту обставину, що Україна протягом року очолюватиме ОБСЄ, у даній статті стало вельми актуальним проаналізувати питання співробітництва нашої країни та вищезазначеної організації. Так, під час розгляду питання щодо взаємної співпраці нашої країни та ОБСЄ варто зупинитися на аналізі двох нормативних документів, а саме – Постанови Верховної Ради України «Про основні напрями зовнішньої політики України» від 02 липня 1993 р., що на сьогодні втратила чинність, і Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» від 01 липня 2010 р. [5]. Так, згідно зі згаданою постановою, активне та всебічне співробітництво України з ОБСЄ розглядалося як один із найважливіших компонентів процесу європейської та євроатлантичної інтеграції нашої держави поряд із співпрацею з Європейським Союзом, НАТО і Радою Європи. Однак якщо в п. 2 розділу ІІІ постанови пріоритетним регіональним напрямом зовнішньої політики України було визнано її діяльність у рамках Наради з безпеки та співробітництва у Європі, то в зазначеному законі й згадки немає про співробітництво нашої держави з ОБСЄ. Отже, постає питання: чому в нормативно-правовому документі, що визначає і запроваджує стратегічний національний зовнішньополітичний курс України взагалі відсутнє положення про співробітництво нашої держави з ОБСЄ?

По-перше, Україна виконує взяті на себе в рамках ОБСЄ зобов'язання, передбачені Гельсінським Заключним актом 1975 року, Паризькою хартією для нової Європи 1990 року, Копенгагенським документом 1990 року, Московським документом 1991 року, Декларацією Стамбульської зустрічі на вищому рівні 1999 року та іншими документами, прийнятими ОБСЄ. По-друге, Україна бере активну участь у роботі всіх колективних керівних органів Організації (саміти держав – учасниць ОБСЄ, засідання Ради міністрів та Постійної ради ОБСЄ), вироблені та прийняті ними рішень з різних аспектів її діяльності. По-третє, Україна активно співпрацює з інститутами Організації, у першу чергу, з Верховним комісаром ОБСЄ у справах національних меншин, Бюро з демократичних інститутів і прав людини та Представником ОБСЄ з питань свободи ЗМІ. До того ж продовжується активне співробітництво зі Спеціальним представником ОБСЄ з питань боротьби з торгівлею людьми. Важливим напрямом спільної діяльності стала також співпраця з Місією ОБСЄ в Україні, а нині – з Координатором проектів ОБСЄ в нашій державі. І взагалі, Україна фактично розглядає свою участь в ОБСЄ як неодмінну складову процесу своєї майбутньої євроатлантичної інтеграції.

Виходячи з цих міркувань, можна виокремити такі основні напрями співпраці нашої держави з ОБСЄ як:

- співробітництво України з Бюро з демократичних інститутів та прав людини ОБСЄ;
- співробітництво України з Верховним комісаром ОБСЄ у справах національних меншин;
- співробітництво України з Представником ОБСЄ з питань свободи засобів масової інформації;
- співробітництво України з Координатором проектів ОБСЄ в Україні.

За своєю суттю Бюро з демократичних інститутів та прав людини є загальновизнаним лідером у спостереженні за виборчим процесом. Відповідно, досліджуючи місце та роль співпраці України з БДІПЛ у реалізації політики європейської інтеграції України, потрібно виходити з необхідності детального розгляду процесу участі Бюро у спостереженні за виборами в Україні. Так, місії БДІПЛ ОБСЄ брали участь у спостереженні за виборчим процесом під час парламентських (1998, 2002, 2006, 2012 рр.) та президентських (1999, 2004 і 2010 рр.) виборів в Україні.

Перед проведенням виборів в Україні Парламентська асамблея ОБСЄ, як правило, приймає низку документів, у яких наголошується на дотриманні країною своїх зобов'язань в рамках організації. Наприклад, перед проведенням в Україні парламентських виборів 28 жовтня 2012 року, на 21-ій щорічній сесії у Монако, яка відбувалася 5-9 липня 2012 року, Парламентською Асамблеєю ОБСЄ було ухвалено Монакську Декларацію та низку Резолюцій. Важливе значення для України мала Резолюція під назвою «Україна» [6], у якій ПА ОБСЄ, наголошуючи на дотриманні Україною своїх зобов'язань у сфері людського виміру та відповідно підтримці нею демократичних принципів, таких як незалежність, транспарентність, наголосила на тому, що Україна, очоливши Організацію, буде нести особливу відповідальність, оскільки слугуватиме гідним прикладом поваги до таких принципів та зобов'язань [6]. До того ж, як зазначалося у Резолюції, Україні необхідно зміцнити положення омбудсмана та провести парламентські вибори в атмосфері свободи та справедливості.

По суті можна сказати, що перед проведенням у країні виборів, ОБСЄ закликає країну в котрий раз переглянути та привести у відповідність національне законодавство, яке необхідне для того, щоб повністю відповідати зобов'язанням, взятим перед ОБСЄ та іншими міжнародними організаціями.

Як правило, за результатами спостережень за виборами в Україні БДІПЛ ОБСЄ у фінальних звітах подавало висновки та рекомендації, які містили зауваження та пропозиції щодо виправлення недоліків

українською стороною. Зокрема, в Остаточному звіті БДІПЛ ОБСЄ стосовно парламентських виборів в Україні 28 жовтня 2012 року було зроблено висновок, що парламентські вибори характеризувалися браком рівних умов учасників головним чином внаслідок зловживання адміністративним ресурсом, недостатньої прозорості фінансування виборчої кампанії, а також збалансованого висвітлення в засобах масової інформації [7, с. 178]. До того ж у своєму звіті міжнародні спостерігачі (всього 800, а щодо безпосередньо місії ОБСЄ, то у спостереженні за виборами було залучено 20 експертів з основної групи спостереження, 90 довгострокових і 500 короткострокових спостерігачів) відзначили, що деякі аспекти передвиборчого періоду стали кроком назад у порівнянні з попередніми виборами в Україні.

Аналізуючи пропозиції та звіти БДІПЛ, можна сказати, що вони мають рекомендаційний характер, однак за результатами їх втілення БДІПЛ робить відповідні висновки, що оприлюднюються на щорічних нарадах ОБСЄ з огляду на зобов'язання у сфері людського виміру [8, с. 178]. Згадані наради є ключовими річними заходами діяльності Бюро з демократичних інститутів та прав людини ОБСЄ, на яких протягом двох тижнів делегації держав – учасниць ОБСЄ, представники міжнародних та неурядових організацій ведуть відкритий обмін думками з питань виконання державами – учасницями ОБСЄ своїх зобов'язань у сфері людського виміру.

Що стосується другого напряму співпраці, то варто зауважити, що однією з пріоритетних складових діяльності ОБСЕ є безпекова сфера, що як механізми для реалізації відповідних завдань включає також захист прав національних меншин. Відповідний ракурс політики ОБСЄ в напрямі гармонізації міжетнічних відносин задекларовано за часів створення цієї організації (1975 р.); до того ж, його відображено в таких принципах:

- по-перше, права людини не обмежуються недискримінаційним ставленням до осіб, а передбачають також колективне наділення етнічних меншин освітніми, соціальними та політичними правами;

- по-друге, питання, що стосуються національних меншин, не є суто внутрішньою справою відповідних держав, а отже, можуть бути предметом легітимного втручання міжнародних організацій.

Водночас права національних меншин, як зазначалось у Паризькій хартії для нової Європи, ухваленій на Конференції ОБСЄ у листопаді 1990 року, було включено до восьми пріоритетів на майбутнє для континенту у XXI ст. З огляду на це, у рамках плідної співпраці України та ОБСЄ під егідою Верховного комісара з питань національних меншин постійно проводиться моніторинг за дотриманням Україною своїх зобов'язань щодо захисту прав національних меншин на території нашої держави завдяки запровадженню проектів, спрямованих на гармонізацію міжетнічних взаємин. Зокрема, представники офісу ВНКМ у 2008 році брали участь у проведенні моніторингу стану задоволення прав румунської національної меншини в Україні та української національної меншини в Румунії. Відповідна діяльність була позитивно оцінена Верховним комісаром Кнутом Волебеком, який висловив переконання, що Україна і надалі має відігравати в ОБСЄ значну роль, зокрема – з огляду на її геополітичне положення та готовність до поширення практики таких моніторингів на співробітництво з іншими державами [9].

Однак на відміну від держав СНД, де ОБСЄ зберегла свої місії у зв'язку з невирішенням окремих етнічних конфліктів, з України у 1999 році виведено Місію ОБСЄ, завданням якої було запобігання конфліктам та врегулювання кризи в Автономній Республіці Крим, і, відповідно, встановлено нову форму співпраці через Координатора проектів цієї організації.

Розгляд третього напряму співпраці слід розпочати з того факту, що свобода слова і, як наслідок, свобода засобів масової інформації є одним із фундаментальних прав людини. Після падіння Берлінської стіни у 1989 році держави – учасниці Наради з безпеки та співробітництва у Європі погодили декілька загальних цілей, у тому числі щодо розвитку прав людини, демократії та правових норм і свободи засобів масової інформації. Так, співробітництво України з інститутом Представника ОБСЄ з питань свободи засобів масової інформації (ПЗМІ) розпочалося з початку заснування цього інституту у 1997 році Стосовно уваги ПЗМІ до України, то вона зосереджена на питаннях, що викликають загальне занепокоєння. До їх числа належить так звана «структурна цензура», тобто непрямий тиск на засоби масової інформації з боку існуючих політичних та економічних структур, багато з яких є залишками минулого [10, с. 28]. І перший візит ПЗМІ в Україну відбувся у 2000 році, коли з його ініціативи, за сприяння та участі уряду України, у нашій державі було проведено «круглий стіл» з питань забезпечення свободи слова [11].

Загалом вважаю, що доцільно було б активізувати роботу з Представником ОБСЄ з питань свободи засобів масової інформації в питаннях реалізації насамперед спільних проектів. Аналізуючи рекомендації ПЗМІ, пропоную не лише реагувати на висловлювані рекомендації та зауваження, а й працювати на випередження. У результаті вдасться уникати часом безпідставної критики, а у випадках, коли вона має всі підстави, оперативне вжиття превентивних заходів сприятиме зменшенню негативної інформації про Україну, свідчитиме про значну увагу з боку влади до питань дотримання свободи ЗМІ. Оперативне реагування на ті чи інші проблеми в цій сфері означатиме дійсність намірів побудови демократичної системи в нашій країні і позитивно позначиться на іміджі України як демократичної держави. Загалом реалізація зазначених вище

пропозицій сприятиме суттєвому наближенню України до європейських стандартів у сфері забезпечення та дотримання свободи ЗМІ.

Четвертим напрямом є співробітництво України з Координатором проектів ОБСЄ в Україні. Така форма співпраці була започаткована 1 червня 1999 року. Це сталося з огляду на наполягання, головним чином, Європейського Союзу та США, які вважали, що ситуація в Україні все ще далека від стабільності, адже відомо, що наявність будь-якої форми присутності ОБСЄ свідчить про ті чи інші негаразди в державі – учасниці Організації, які вона врешті й покликана вирішувати. Започаткування посади Координатора стало певним компромісом з боку України, кроком назустріч згаданим країнам Заходу, проміжним етапом на шляху до повного закриття «польової» присутності ОБСЄ в нашій країні.

Питання діяльності цієї установи регулюється двостороннім документом між Україною й ОБСЄ, що є мандатом на його діяльність. Мандат Координатора визначено в Меморандумі про взаєморозуміння між урядом України і ОБСЄ, який було підписано 13 липня 1999 р. і ратифіковано Верховною Радою України 10 лютого 2000 р. Згідно з Меморандумом, створювалася нова форма співробітництва, яка базувалася на плануванні, виконанні та моніторингу проектів між відповідними органами влади України та інституціями ОБСЄ. Такі проекти можуть стосуватися всіх аспектів діяльності ОБСЄ, а до їх ухвалення та реалізації можуть залучатися як урядові, так і неурядові організації України. Від уряду України відповідальність за остаточне ухвалення проектів, що плануються та здійснюються в нашій державі, а також загальна координація і моніторинг їх реалізації покладаються на Міністерство закордонних справ України.

В основному завданням Координатора проектів ОБСЄ в Україні є підтримка впровадження принципів і зобов'язань ОБСЄ шляхом виконання проектів, а також сприяння співпраці і взаєморозумінню з українською владою для зміцнення соціальної та політичної інтеграції України на теренах ОБСЄ. До того ж, Координатор проектів уособлює друге представництво ОБСЄ, заснованим в Україні. У сфері верховенства права і захисту прав людини діяльність Координатора спрямована на поліпшення механізмів захисту прав людини і застосування принципів верховенства права в судовій та юридичній практиці.

На сучасному етапі задіяно 12 напрямів, за якими реалізуються різні проекти ОБСЄ, найважливіші з яких – комплексний огляд законодавства з прав людини; практична підтримка діяльності Верховного суду; забезпечення свободи засобів масової інформації; проект, спрямований на повернення й адаптацію кримських татар тощо. На підтримку цих проектів ОБСЄ виділяє кошти, що складаються з добровільних внесків держав-учасниць.

Зі свого боку, українська сторона також послідовно виступає за завершення процесу реформування Організації з безпеки і співробітництва у Європі, спрямованого на підвищення ефективності її роботи. У цьому контексті Україна обстоює, зокрема, збалансування трьох вимірів діяльності ОБСЄ, розширення і подальшу інституалізацію її економічного виміру, удосконалення роботи польових присутностей і миротворчої діяльності ОБСЄ, зміцнення її аналітичного потенціалу, збереження автономності діяльності Бюро з демократичних інститутів і прав людини ОБСЄ зі спостереження за виборами тощо.

Слід зауважити, що у грудні 2010 р. на саміті ОБСЄ міністрами закордонних справ країн-членів організації одноголосно було схвалено і підтверджено готовність України очолити ОБСЄ у 2013 році. Без перебільшення можна сказати, що дана подія для України є історичним викликом, оскільки вперше протягом року наша країна очолює ОБСЄ. Головування країни в ОБСЄ – це не лише великий досвід багатосторонньої дипломатії, але і можливість для країни продемонструвати здатність вести за собою та визначати пріоритети міжнародної європейської організації на її шляху до ЄС. Наприклад, до вступу у ЄС Польща, Румунія та Болгарія очолювали ОБСЄ. Окрім цього наша держава, ще раніше, а саме у 2011 році, протягом шести місяців очолювала Комітет міністрів Ради Європи. Це підтверджує ту обставину, що в Україні є досвід у даній справі.

При цьому не слід забувати, що головування в ОБСЄ зазвичай підвищує міжнародний статус країни, і, безперечно, привертає увагу до неї. Так, у Звіті для Спільного комітету з демократії, прав людини та гуманітарних питань, що був підготовлений доповідачем з Нідерландів Кошкун Корусом під час проведення 21-ої щорічної сесії ПА ОБСЄ у Монако 5-9 липня 2012 року було зазначено, що основна відповідальність за забезпечення виконання зобов'язань ОБСЄ у сфері прав людини та основних свобод покладається на держави-учасниці ОБСЄ не тільки щодо забезпечення політичного керівництва Організацією, але і для того, щоб продемонструвати хороший приклад щодо виконання своїх зобов'язань в рамках ОБСЄ [6].

Тому, вважаю, що наша країна повинна, по-перше, належно продовжувати докладати зусиль попередніх очільників цієї організації (під час головування Казахстану, Литви, Ірландії) для посилення і розвитку ОБСЄ у світлі нових геополітичних реалій, і, по-друге, Україна повинна продемонструвати у всіх питаннях повагу до демократії, дотримання прав людини, незалежності суддів – тобто, довести міжнародній спільноті, що вона поважає європейські правові принципи. В свою чергу, для України, головування в ОБСЄ сприятиме і буде вагомим стимулом для продовження системних реформ.

1. Обязательства ОБСЕ в области человеческого измерения : сб. документов в тематическом порядке : в 2 т. / [под ред. Ю. А. Макаренко]. – М. : Юристь. 2006–2009. – Т. 1. – 2006. – 285 с.
2. Баймуратов М. А. Международно-правовые аспекты становления и развития европейской системы безопасности на пороге XXI века : [монография] / М. А. Баймуратов, А. А. Делинский. – Одесса : Юрид. лит., 2004. – 184 с.
3. Міжнародні організації : навч. посібник / [за ред. О.С. Кучика]. – [2-е вид., перероб. і доп.]. – К. : Знання, 2007. – 749 с.
4. Саидов А. Х. Общепризнанные права человека : [учеб. пособие] / А. Х. Саидов ; [ред. И. И. Лукашук]. – М. : МЗ Пресс, 2002. – 267 с.
5. Закон України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» від 01 липня 2010 р. № 2411-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2411-17.
6. OSCE Parliamentary Assembly Resolution on Ukraine, 5-9 July, 2012. . [Електронний ресурс] // Офіційний сайт ОБСЄ. – URL. – Режим доступу : http://www.osce.org/pa/91315
7. OSCE Final Report on the Parliamentary Elections in Ukraine, 3 January, 2013. [Електронний ресурс] // Офіційний сайт ОБСЄ. – URL. – Режим доступу : http://www.osce.org/odihr/98571
8. Академічний курс : підручник / [за заг. ред. Ю. С. Шемшученка]. – [2-е вид.]. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2008. – 312 с.
9. Висновки та рекомендації БДІПЛ за результатами спостереження Ukraine, Parliamentary Elections 31 March 2002 Final Report. – 38 p. [Електронний ресурс] // Офіційний сайт ОБСЄ. – URL. – Режим доступу : http://www.osce.org/documents/odihr/2002/05/1293_uk.pdf.
10. Волошин В. А. Природа, характер та динаміка співробітництва України з інститутами ОБСЄ : дис. ... канд. політ. наук : 23.00.04 / Волошин В. А. – К., 2006. – 189 с.
11. Тищенко Ю. Сучасні рекомендації та стандарти ОБСЄ щодо формування державної етнополітики (витяг зі статті) [Електронний ресурс] / Ю. Тищенко. – Режим доступу : http://buktolerance.com.ua/?p=39.

**Summary**.

The article is devoted to the analysis of the legal basis of the Ukrainian – OSCE relationship, its participation in the mentioned international organization, the complex research of the legal forms of collaboration between Ukraine and the Organization for Security and Cooperation in Europe concerning the protection of human rights.

The significant directions between Ukraine and OSCE are the cooperation with the Office for Democratic Institutions and Human Rights, the High Commissioner on National Minorities, the High Representative on Freedom of the Media and the OSCE Project Coordinator in Ukraine. This includes a series of projects in the areas of administrating justice and administrative law, legislative process, constitutional justice, prevention of torture and ill-treatment, raising public awareness on human rights, development of effective remedy standards for human rights violations, and improvement of the legal education system.

The article stipulates the cooperation between Ukraine and the OSCE is to be considered as the key element of the Ukrainian European integration directed to the implementation of its national significant issues connected with its further integration to the European structures, involving the European Union's membership.

In 2013 Ukraine will head the Organization for Security and Cooperation in Europe. Firstly, it means that our state need to continue making affords of the previous leaders (such as Kazakhstan, Ireland etc. ) for the OSCE strengthening and development taking into account the new challenges in the world. Secondly, Ukraine has to proof and demonstrate the respect of human rights, maintenance of democracy and other European democratic principles. Moreover, this event will encourage and be the important motive for the continuing of Ukraine its systematic reforms.