

**СТАНДАРТ ДОЛЖНОЙ ОСМОТРИТЕЛЬНОСТИ
(«DUE DILIGENCE STANDARD») В МЕЖДУНАРОДНОМ
АНТИДИСКРИМИНАЦИОННОМ ПРАВЕ**

Обязанность государства защищать лиц, находящихся под его юрисдикцией, от проявлений дискриминации является фундаментальным принципом международного антидискриминационного права. Широко признано, что проявления дискриминации в частной сфере, например во взаимоотношениях между частными лицами/группами и негосударственными субъектами, являются серьезным поводом для беспокойства. Международное антидискриминационное право налагает на государства обязательство вести эффективную борьбу с дискриминацией и защищать людей от ее воздействия в частной сфере (горизонтальный эффект). Вместе с тем негосударственные субъекты обязаны не только воздерживаться от дискриминации, но и обеспечивать соблюдение принципов равенства и недискриминации в рамках своей деятельности. В Дурбанской декларации и Программе действий подтверждается такая двухуровневая ответственность. В ней содержится призыв к субъектам частной сферы осуществлять борьбу с расизмом и ксенофобией и подчеркивается важность искоренения этого явления государствами не только из общественной, но и из частной жизни [1].

В соответствии со «стандартом должной осмотрительности» или «распорядительности» («due diligence standard») государства несут ответственность за невыполнение своих международных обязательств в тех случаях, когда существенные дискриминационные правонарушения совершаются частными лицами, поскольку государства обязаны проявлять «должную осмотрительность» в целях предупреждения дискриминации, защиты от нее и минимизации последствий дискриминации со стороны негосударственных акторов.

Due diligence standard со времен Гуго Гроция и Сэмюэля Пуффендорфа занимает заметное место в международно-правовых исследованиях. Обязательство государств проявлять должную распорядительность рассматривали в своих трудах Д. Анцилотти, П. Дюпюи. В современном международном праве этому вопросу серьезное внимание уделяют многие специалисты, в частности, Г. Амадор, Дж. Анайи, Х. Бломейер-Бартенштейн, Р. П. Барнидж, Ж. Бурк-Мартиньони, Б. Демейер, Дж. Рагги, М. Хьюбер, Я. Эртюрк.

Понятие должной осмотрительности получило широкое распространение в международном праве после гражданской войны в Соединенных Штатах Америки, главным образом, в связи с делом об Алабаме («Alabama Claims», 1871) [2]. Первоначально due diligence standard в международном праве интерпретировался как принцип ответственности суверена за причинение ущерба иностранным подданным. Он предусматривал определенный стандарт бдительности, которая должна быть проявлена государством, чтобы предотвратить причинение ущерба иностранцам и их имуществу в результате частного насилия [3].

Со временем значимость понятия должной осмотрительности существенно возросла и вышла за пределы причинения ущерба иностранным частным лицам на территории государства. Due diligence standard применяется во многих областях международного права к различным фактам и обстоятельствам. В контексте современного терроризма, например, этот принцип может быть применен для признания государств ответственными за свои действия или бездействия, когда террористические акты совершены негосударственными лицами.

Стандарт должной осмотрительности в рамках международного права прав человека во все большей степени становится показателем того, в какой степени государство соблюдает свои обязательства предотвращать нарушения прав человека [4]. Принцип должной осмотрительности был, в частности, закреплен в межамериканской системе прав человека в 1988 году в историческом решении Межамериканского суда по правам человека по делу *Velasquez Rodriguez v. Honduras* [5]. Межамериканская комиссия по правам человека отметила, что обязанность государств принимать превентивные меры предусматривает «все те меры юридического, политического, административного и культурного характера, которые способствуют защите прав человека и обеспечивают возможность для эффективного рассмотрения возможных нарушений прав человека в качестве противоправных деяний, которые как таковые могут повлечь за собой наказание и обязанность возместить жертвам таких деяний причиненный ущерб» [6].

Позднее принцип осмотрительности был четко сформулирован Межамериканским судом по правам человека в решении в по делу *Гонсалес и др. против Мексики (Cotton Field v. Mexico)* в 2009 году. При рассмотрении этого дела, касающегося похищения, убийства двух несовершеннолетних девушек и молодой женщины и сексуального насилия над ними, которые были совершены частными лицами в 2003 году, суд расширительно истолковал обязательство государства проявлять должную распорядительность в отношении предотвращения, расследования насилия в отношении женщин и назначения наказания за него. Суд постановил, что государство «должно предпринять разумные шаги, чтобы предотвратить нарушения прав человека и использовать имеющиеся в его распоряжении средства, чтобы осуществить надлежащее расследование нарушений, совершенных в пределах его юрисдикции, установить совершивших их лиц, наложить соответствующее наказание и гарантировать жертве соответствующую компенсацию» [7]. Суд установил, что мексиканское государство нарушило права на жизнь, свободу, физическую неприкосновенность, на доступ к правосудию и к средствам правовой защиты, а также право не подвергаться дискриминации по признаку пола в соответствии с Межамериканской конвенцией о предотвращении и искоренении насилия в отношении женщин и наказания за него. Суд указал на то, что в условиях структурной дискриминации усилия государства должны быть нацелены на изменение такой ситуации и исправление сложившегося положения [8].

Международное антидискриминационное право обязывает государства проявлять должную осмотрительность в целях предотвращения дискриминации

со стороны частных субъектов. Как подчеркивает в своем докладе «Принцип должной осмотрительности как средство искоренения насилия в отношении женщин» Специальный докладчик по вопросу о насилии в отношении женщин, его причинах и последствиях Я. Эртюрк, «понятие должной осмотрительности служит мерилем для определения того, выполняет или не выполняет государство свои обязательства по борьбе с насилием в отношении женщин. Однако в том, что касается объема и содержания этого понятия, полной ясности не существует. Многочисленность различных форм насилия в отношении женщин, а также то обстоятельство, что такое насилие нередко происходит на стыке различных видов дискриминации, делает необходимым принятие многогранных стратегий по эффективному предупреждению насилия и борьбы с ним [9].

По мнению Г. Амадора, должная осмотрительность включает в себя: должную заботливость при принятии мер, обычно предпринимаемых в конкретных обстоятельствах данного случая, возможность предвидеть причиняющие вред деяния и возможность их предотвращения с помощью имеющихся в государстве ресурсов, необходимое употребление власти при задержании индивидов, которые совершили причинившие вред деяния, и предоставление иностранцам возможности возбудить иск в отношении таких индивидов. Г. Амадор заметил, что «правоведы почти единодушны в том, что норма «должной осмотрительности» не может быть сведена до ясного и точного определения, которое могло бы служить в качестве объективного и автоматического стандарта для определения, независимо от обстоятельств, является ли то или иное государство «осмотрительным» при выполнении своей обязанности, связанной с проявлением бдительности и защитой» [10]. Важнейшей особенностью принципа должной осмотрительности является то, что он не требует присвоения (attributability) государству поведения негосударственного актора [11]. Притом что действия или бездействие негосударственных субъектов, осуществленные вне прямой связи с государством, государству не присваиваются, государство не освобождается от своей обязанности проявлять должную распорядительность.

Комитет по экономическим, социальным и культурным правам в своем «Замечании общего порядка № 20. Недискриминация экономических, социальных и культурных прав (п. 2 ст. 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах)» отметил: «Дискриминация часто имеет место в семьях, на рабочих местах и в других секторах общества. Например, субъекты частного жилищного сектора (например, частные домовладельцы, кредиторы и лица, распределяющие государственное жилье) могут прямо или косвенно отказывать в предоставлении жилья или ипотеки на основании этнического происхождения, семейного положения, инвалидности или сексуальной ориентации, а некоторые семьи могут не разрешать девочкам посещать школу. Поэтому государства-участники должны принять меры, которые следует включить в законодательство с целью обеспечения того, чтобы отдельные лица и образования в частной сфере не прибегали к дискриминации на запрещенных основаниях [12].

Усилия государств по соблюдению своего обязательства проявлять должную распорядительность должны быть сконцентрированы не только на законодательных мерах, доступе к правосудию и оказанию помощи пострадавшим, но также касаться вопросов предотвращения, особенно с точки зрения устранения структурных причин, ведущих к дискриминации. Посредством имплементации существующих стандартов в области прав человека государствам следует обеспечивать, чтобы коренные причины и последствия дискриминации устранялись на всех уровнях общества. Государствам следует рассматривать множественные формы и различные виды дискриминации, с которыми они сталкиваются, с тем чтобы принять многоаспектные стратегии эффективного предотвращения этого дискриминации и борьбы с этим явлением [13].

Важно подчеркнуть, что отраженный в Международном пакте о гражданских и политических правах [14] запрет дискриминации распространяется не только на дискриминационные проявления со стороны государственной власти. В этой связи следует обратить особое внимание на содержащийся в Замечании общего порядка № 31 Комитета по правам человека комментарий относительно характера общего юридического обязательства, налагаемого на участников Пакта, поскольку в нем затрагивается вопрос о применимости положений Пакта к частным лицам как носителям обязанностей. Комитет констатирует, что позитивные обязательства государств-участников по обеспечению соблюдения предусмотренных Пактом прав будут выполнены полностью только в том случае, если люди будут защищены государством не только от нарушения предусмотренных Пактом прав представителями государства, но и от актов, совершаемых частными лицами или негосударственными образованиями, наносящими ущерб осуществлению предусмотренных Пактом прав в той мере, в какой они могут применяться в отношениях между частными лицами или негосударственными образованиями», и конкретизирует, что «могут иметь место такие обстоятельства, при которых необеспечение признаваемых в Пакте прав, как это требуется положениями статьи 2, приведет к нарушениям государствами-участниками этих прав...» [15].

В последние годы *due diligence standard* все чаще применяется к при решении различных вопросов прав человека — от торговли людьми до обязательств транснациональных корпораций [16]. Меры, которые надлежит принять государствам-участникам, включают не только недопущение насилия и других преступных форм дискриминации, но предотвращения проявлений дискриминации в деятельности частных субъектов в области политики и практики в сфере образования, занятости и здравоохранения, с точки зрения условий труда и в других сферах.

Как отмечает Специальный докладчик по вопросу о правах коренных народов Дж. Анайи, международное сообщество достигло определенного уровня консенсуса относительно признания ответственности коммерческих предприятий за обеспечение соблюдения прав человека. Отражением этого консенсуса является установление, как на международном, так и на национальном уровне, многочисленных механизмов регулирования и саморегулирования сферы кор-

поративной ответственности. «Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека» [17], были одобрены Советом по правам человека [18]. Не вдаваясь в вопрос об их правовом статусе, следует заметить, что существуют различные документы и механизмы, касающиеся сферы корпоративной ответственности, в которых четко проявляется общественное осознание и необходимости повышения корпоративной ответственности и ее распространения на сферу прав человека. Центральным элементом этой нормативной базы является закрепление общей обязанности компаний обеспечивать соблюдение международных стандартов в области прав человека в рамках правила проявления должной осмотрительности [19].

Принцип должной осмотрительности в международном антидискриминационном праве рассматривается как «норма поведения», а не норма, определяющая результат [20]. Иными словами, государства должны принимать надлежащие меры по предупреждению нарушений со стороны частных субъектов, в том числе предприятий, ущемляющих права лиц, на своей территории и/или в рамках своей юрисдикции, расследованию таких нарушений, наказанию виновных и возмещению ущерба пострадавшим [21].

Безусловно, как справедливо подчеркивает Специальный представитель Генерального секретаря по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях Дж. Рагги, краеугольным камнем режима защиты прав человека является роль государств. Обязанность обеспечивать защиту от дискриминации должна рассматриваться в качестве первоочередной задачи политики правительств, обусловленной растущей уязвимостью людей и групп людей по отношению к злоупотреблениям со стороны корпораций, а также растущей подверженностью компаний социальным рискам, с которыми они явно не могут надлежащим образом справиться. Однако для решения задач, стоящих в области бизнеса и прав человека, необходимо также активное участие негосударственных субъектов [22]. Существует потребность в более широком понимании обязательства по обеспечению должной осмотрительности, при котором сфера его действия не ограничивается пределами государств [23]. Применительно к корпорациям стандарт должной осмотрительности в контексте международного антидискриминационного права означает определенные меры, которые компания должна предпринять, чтобы предвидеть, предотвратить и устранить негативные последствия своей деятельности применительно к правам человека [24].

Дж. Рагги сформулировал основные концептуальные положения триединой политики: «защищать, соблюдать и восстанавливать в правах». Суть этой политики состоит в обязательстве государств защищать от злоупотреблений в области прав человека, совершаемых третьими сторонами, включая бизнес, обязанности компаний соблюдать права человека и необходимости в доступе к эффективным средствам восстановления в правах и механизма обжалования для устранения предполагаемых нарушений прав человека. Эти три принципа основаны на дифференцированных, но взаимодополняющих обязанностях и образуют единое целое, в котором каждый из них дополняет другие, ведя к устой-

чивому прогрессу. Совет по правам человека в своей принятой консенсусом резолюции 8/7 приветствовал определение этих рамок [25].

Определяя сферу стандарта должной осмотрительности в контексте защиты прав человека, Дж. Рагги указал на то, что компаниям следует учитывать три ряда факторов. Первый из них — это страновой контекст, в котором протекает их хозяйственная деятельность, что позволяет высветить любые конкретные трудности с правами человека, которые могут в этой связи возникать. Вторым рядом — это вопрос о том, какого рода воздействие на права человека может оказывать в этом контексте их собственная деятельность. Третий ряд — это вопрос о том, могут ли они приводить к нарушениям через связанные с этой деятельностью отношения. Компании должно быть известно о проблемах в области прав человека в тех местах, где она занимается хозяйственной деятельностью, с тем чтобы оценить, какие особые трудности могут возникать для нее в этом контексте [26].

Признавая, что этому вопросу уделяется значительное внимание, приходится констатировать, что предпринимаемые меры пока не могут быть признаны достаточными. К. Скотт в этой связи пишет: «Невзирая на то, что способность транснациональных (или многонациональных) корпоративных предприятий (ТНК или БНП) и нарушать права человека которое может интуитивно казаться очевидной, движение в направлении ответственности корпоративных субъектов за нарушения прав человека было и остается гонимой с препятствиями. Важно, что в правовой теории БНП донныне рассматриваются больше как пользователи определенных прав, нежели носители обязательств относительно прав человека» [27].

Деятельность транснациональных корпораций нередко ведет к дискриминации коренных народов, утрате их исконных земель, загрязнению окружающей среды, насильственному переселению, наносит непоправимый ущерб их культуре, духовности и традиционным знаниям. Корпорации все чаще вторгаются на территорию коренных народов, что приводит к серьезным социальным конфликтам и порождает всплески насилия, что в свою очередь приводит к новым нарушениям прав человека. Именно на корпорации ложится обязанность соблюдать права человека, и эта концепция проявления должной осмотрительности нашла отражение в Глобальном договоре Организации Объединенных Наций как важнейшей на сегодняшний день международной инициативе, гарантирующей признание бизнесом своей социальной ответственности [28].

В контексте проявления должной осмотрительности на компаниях лежит ответственность за заблаговременное установление факта существования коренных народов, которые могут быть затронуты их будущей деятельностью, и прогнозирование того, насколько они могут пострадать от подобной деятельности. Вторым элементом, составляющим часть должной осмотрительности, которую надлежит проявлять тем компаниям, деятельность которых сопряжена с потенциальным воздействием на коренные народы, касается выявления их исконных прав собственности или владения и использования земель, территорий и природных ресурсов, и этот вопрос имеет важнейшее значение для эф-

фактивного осуществления коренными народами своих прав человека. Отсутствие официального признания государством прав на землю или ресурсы не дает достаточных оснований для того, чтобы компании не уважали права коренных народов на землю в соответствии с международными стандартами. Поэтому принцип должной осмотрительности предусматривает, что компании должны проводить независимую оценку прав, на которые могут претендовать коренные народы в соответствии с критериями, закрепленными в международных документах. Принцип должной осмотрительности требует также, чтобы компании признавали обязанность государств консультироваться с коренными народами (и, в ряде случаев, получать их согласие) до принятия мер, которые могут непосредственно сказываться на них, особенно при реализации проектов, затрагивающих их традиционные территории. Компании не должны пытаться подменять государство в ситуациях, когда международными нормами предписывается прямая ответственность последних за проведение консультаций; напротив, они должны содействовать тому, чтобы государство полностью брало на себя такую ответственность. Кроме того, компании будут действовать в нарушение правила должной осмотрительности применительно к соблюдению прав человека, если они соглашаются браться за реализацию конкретных проектов в условиях, когда государство не гарантирует проведение надлежащих консультаций с коренными народами [29].

Транснациональные корпорации и другие предприятия должны обеспечивать равные возможности и равное обращение в целях ликвидации дискриминации. Эта деятельность может осуществляться также во исполнение специальных мер, направленных на преодоление дискриминации [30].

Таким образом, следует признать, что в условиях глобализации рисков правозащитный потенциал принципа должной осмотрительности существенно возрастает. Due diligence standard в международном антидискриминационном праве функционирует на двух уровнях. На первом уровне он обязывает государство предпринимать эффективные меры к защите от дискриминации лиц, находящихся под их юрисдикцией, наказанию виновных, возмещению жертвам дискриминации причиненного вреда и предотвращению дискриминационных правонарушений со стороны негосударственных субъектов. На втором уровне стандарт должной осмотрительности обращен к негосударственным субъектам — транснациональным корпорациям и другим предприятиям — и обязывает их предпринимать необходимые меры к тому, чтобы предвидеть, предотвращать и устранять дискриминационные последствия своей деятельности.

Литература

1. UN Doc. A/HRC/4/WG.3/6. — Paras. 131, 132.
2. Blomeyer-Bartenstein H. «Due Diligence» // Encyclopedia of Public International Law. Vol. 1 / ed. by R. Bernhardt. — Amsterdam : North-Holland Publishers, 1987. — P. 138–139.
3. Bourke-Martignoni J. The History and Development of the Due Diligence Standard in International Law and Its Role in the Protection of Women against Violence // Due diligence and its application to protect women from violence / ed. by C. Benninger-Budel. — Leiden ; Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2008. — P. 47–62.

4. UN Doc. E/CN.4/2006/61. Para. 29.
5. Ibid. Paras. 19, 20.
6. UN Doc. E/CN.4/2006/61. — Para. 31.
7. Robert B. Barnidge, Jr. The Due Diligence Principle Under International Law // International Community Law Review. — 2006. — N 81. — P. 81.
8. UN Doc. A/HRC/14/22. — Paras. 72, 77, 78.
9. UN Doc. E/CN.4/2006/61. Paras. 14, 16.
10. UN Doc. A/CN.4/501. — Paras. 21, 27.
11. Nystuen G. Human Rights, Corporate Complicity and Disinvestment / G. Nystuen, A. Føllesdal, O. Mestad. — Cambridge : Cambridge Univ. Press, 2011. — P. 214.
12. UN Doc. E/C.12/GC/20. — Para. 11.
13. UN Doc. E/CN.4/2006/61. Para. 16.
14. International Covenant on Civil and Political Rights (1966). United Nations, Treaty Series, Vol. 999, P. 171 and Vol. 1057, P. 407. — Art. 2, 4, 20–27.
15. CCPR. General Comment N 31. The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant. Adopted on 29 March 2004. — Para. 8.
16. UN Doc. A/HRC/8/5. Para. 28.
17. UN Doc. A/HRC/17/31.
18. UN Doc. A/HRC/RES/17/4.
19. UN Doc. A/66/288. — Paras. 92, 93.
20. UN Doc. A/HRC/8/16. — Para. 23.
21. UN Doc. A/HRC/8/5. Para. 7.
22. Ibid. Paras. 2, 50.
23. UN Doc. E/CN.4/2006/61. — P. 6.
24. UN Doc. A/HRC/8/5. — Para. 56.
25. Ibid. — Paras. 26, 27.
26. UN Doc. A/HRC/8/16. Paras. 19, 20.
27. Скотт К. Багатонаціональні підприємства і виникнення судового досвіду у сфері порушень економічних, соціальних і культурних прав // Економічні, соціальні й культурні права / за ред. А. Бйде, К. Краузе, А. Розаса; пер. з англ. Г. С. Краснокутського; наук. ред. Г. І. Чашішева. — О., 2006. — С. 497.
28. UN Doc. E/C.19/2011/12. Para. 19.
29. UN Doc. A/66/288. Paras. 95–100.
30. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.1. 4 August 2003.

Аннотация

Дрёмлина-Волок Н. В. Стандарт должной осмотрительности («due diligence standard») в международном антидискриминационном праве. — Статья.

Статья посвящена анализу «стандарта должной осмотрительности» в контексте предупреждения и противодействия дискриминации. Автор приходит к выводу, что стандарт должной осмотрительности в международном антидискриминационном праве функционирует на двух уровнях. На первом уровне он обязывает государство предпринимать эффективные меры к защите от дискриминации лиц, находящихся под их юрисдикцией, наказанию виновных, возмещению жертвам дискриминации причиненного вреда и предотвращению дискриминационных правонарушений со стороны негосударственных субъектов. На втором уровне due diligence standard обращен к негосударственным субъектам — транснациональным корпорациям и другим предприятиям — и обязывает их предпринимать необходимые меры к тому, чтобы предвидеть, предотвращать и устранять дискриминационные последствия своей деятельности.

Ключевые слова: стандарт должной осмотрительности (due diligence standard), международное антидискриминационное право, дискриминация, защита прав человека, транснациональные корпорации.

Анотація

Дрёмлина-Волок Н. В. Стандарт належної обачності («due diligence standard») в міжнародному антидискримінаційному праві. — Стаття.

Стаття присвячена аналізу «стандарту належної обачності» в контексті попередження та про-

тидії дискримінації. Автор доходить висновку, що стандарт належної обачності в міжнародному антидискримінаційному праві функціонує на двох рівнях. На першому рівні він зобов'язує державу вживати ефективних заходів щодо захисту від дискримінації осіб, які перебувають під їх юрисдикцією, покарання винних, відшкодування жертвам дискримінації заподіяної шкоди та запобігання дискримінаційним правопорушенням з боку недержавних суб'єктів. На другому рівні *due diligence standard* звернений до недержавних суб'єктів — транснаціональних корпорацій та інших підприємств і зобов'язує їх вживати необхідних заходів для того, щоб передбачити, запобігати та усувати дискримінаційні наслідки своєї діяльності.

Ключові слова: стандарт належної обачності (*due diligence standard*), міжнародне антидискримінаційне право, дискримінація, захист прав людини, транснаціональні корпорації.

Summary

Dryomina-Voloc N. V. The due diligence standard in the international anti-discrimination law. Article.

The article analyzes the «due diligence standard» in the context of discrimination prevention and counteraction. The author concludes that in the international anti-discrimination law the due diligence standard operates at two levels. At the first level, it obliges the state to take effective measures to protect people under their jurisdiction against discrimination, to punish those responsible for it, to provide compensation for damages to victims of discrimination, and to prevent commission of discriminatory offenses by non-state actors. At the second level the due diligence standard is addressing the non-state actors — transnational corporations and other businesses — and requires from them to take the necessary measures to anticipate, prevent and eliminate the discriminatory effects of their activities.

Keywords: due diligence standard, international anti-discrimination law, discrimination, human rights, transnational corporations.

УДК 340.132.001.8:341.01

О. М. Іванченко

УЗГОДЖЕННЯ НОРМ НАЦІОНАЛЬНОГО ТА МІЖНАРОДНОГО ПРАВА: ЮРИДИКО-ТЕХНІЧНИЙ АСПЕКТ

Питання поглиблення реформаційних процесів, подальшого вдосконалення національного законодавства на основі Конституції України і приведення його у відповідність з міжнародно-правовими актами, згідно з якими наша держава має певні зобов'язання перед міжнародними організаціями, є одним з головних напрямів діяльності Верховної Ради. Зазначене є особливо важливим для України, в контексті її участі у сучасних світових процесах та міжнародних відносинах і повинно бути інтегруючим чинником державотворення, здатним об'єднати зусилля всіх політичних сил та інтелектуальний потенціал нашого суспільства.

Сучасне суспільство характеризується поглибленням трансформаційних процесів. При розв'язанні завдань гармонізації суспільства та розбудови правової, демократичної, соціальної держави особливо важлива роль належить правовій системі, яка виступає стабілізуючим і організуючим чинником, впливає на характер змін у суспільстві, удосконалює законодавчий процес, підвищує ефективність юридичного регулювання, формує суспільну та індивідуальну свідомість [1].