

ISSN 2227-7153 (Print)  
ISSN 2707-7039 (Online)

---

---

# ФІЛОСОФІЯ ПРАВА І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА

---

---

PHILOSOPHY OF LAW AND GENERAL THEORY OF LAW

НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ  
ACADEMIC JOURNAL

Журнал внесено до міжнародних наукометричних баз даних  
"Index Copernicus International" (Польща),  
"EBSCO Publishing, Inc." (США),  
"Ulrichsweb" (США)

**1/2021**

**ФІЛОСОФІЯ ПРАВА  
І ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА  
НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ**

**PHILOSOPHY OF LAW  
AND GENERAL THEORY OF LAW  
ACADEMIC JOURNAL**

**Журнал засновано**

як додаток до юридичного журналу  
“Право України” у 2012 р.,  
відновлено як окреме видання у 2019 р.

**Адреса редакції**

вул. Пушкінська, 77,  
м. Харків, 61024, Україна  
тел. +38 (057) 704-92-72  
e-mail: philosophyoflawjournal@gmail.com  
www.phtl.nlu.edu.ua

**Головний редактор**

**Сергій Максимов**,  
доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент НАПрН України

**Видається**

2 рази на рік

**Свідоцтво про державну реєстрацію**

Серія KB № 23923-13763 P від 03.04.2019  
Попереднє свідоцтво про реєстрацію  
Серія KB № 18647-7447 P від 30.01.2012

**Засновник**

Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого

**Founded**

as a supplement to the legal journal  
“Law of Ukraine” in 2012,  
renewed as a separate edition in 2019

**Address of the Editorial Office**

77 Pushkinska str.,  
Kharkiv, 61024, Ukraine  
phone +38 (057) 704-92-72  
e-mail: philosophyoflawjournal@gmail.com  
www.phtl.nlu.edu.ua

**Editor-in-Chief**

**Sergiy Maksymov**,  
Doctor of Legal Sciences, Professor,  
Corresponding Member of the NALS of Ukraine

**Published**

twice a year

**State Registration Certificate**

Series KB № 23923-13763 P from 03.04.2019  
Previous Registration Certificate  
Series KB № 18647-7447 P from 30.01.2012

**Founder**

Yaroslav Mudryi  
National Law University

**ISSN 2227-7153 (Print)**

**ISSN 2707-7039 (Online)**

**DOI: 10.21564/2227-7153**

*Рекомендовано до друку вченою радою  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого  
(протокол № 25 від 12.06.2021)*

**Філософія** права і загальна теорія права : наук.  
журн. / редкол.: С. Максимов та ін. – Харків :  
Право, 2021. – № 1. – 296 с.

**Philosophy** of Law and General Theory of Law :  
Academic Journal / edit. S. Maksymov and others. –  
Kharkiv : Pravo, 2021. – № 1. – 296 p.

**1/2021**

© Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2021  
© Видавництво “Право”, 2021  
© Yaroslav Mudryi National Law University, 2021  
© Publishing House “Pravo”, 2021

## НАУКОВА РАДА

Роберт Алексі	доктор наук, професор (Німеччина)
Євгеній Булігін	професор (Аргентина)
Микола Козюбра	доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
Олександр Петришин	доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
Петро Рабінович	доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
Найджел Сіммондз	професор (Велика Британія)

## РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

Сергій Максимов	доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, <b>головний редактор</b>
Віктор Смородинський	кандидат юридичних наук, доцент, <b>заступник головного редактора</b>
Наталія Сатохіна	кандидатка юридичних наук, <b>відповідальна секретарка</b>
Чаба Варга	доктор наук, професор (Угорщина)
Дмитро Вовк	кандидат юридичних наук, доцент
Марсело Галушпо	професор (Бразилія)
Євген Гетьман	доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
Костянтин Горобець	кандидат юридичних наук (Нідерланди)
Мехман Дамірі	доктор юридичних наук, професор (Туреччина)
Олена Дашковська	докторка юридичних наук, професорка
Стефан Кірсте	доктор наук, професор (Австрія)
Мартін Крігер	професор (Австралія)
Олександр Литвинов	доктор юридичних наук, доцент
Лариса Макаренко	докторка юридичних наук
Б'ярн Мелкевік	доктор наук, професор (Канада)
Сергій Олейников	кандидат юридичних наук, доцент
Станіслав Погребняк	доктор юридичних наук, професор
Андрій Поляков	доктор юридичних наук, професор
Сергій Рабінович	доктор юридичних наук, професор
Мортімер Селлерз	професор (США)
Олександр Сердюк	доктор юридичних наук, професор
Олексій Стовба	доктор юридичних наук
Олександр Тихомиров	доктор юридичних наук, професор
Олена Уварова	кандидатка юридичних наук, доцентка
Лариса Удовика	докторка юридичних наук, доцентка
Едоардо Фіттіпальді	професор (Італія)
Ганна Христова	докторка юридичних наук, доцентка
Станіслав Шевчук	доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
Пьотр Шиманець	доктор наук, професор (Польща)

## НАУЧНЫЙ СОВЕТ

Роберт Алекси	доктор наук, профессор (Германия)
Евгений Булыгин	профессор (Аргентина)
Николай Козюбра	доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины
Александр Петришин	доктор юридических наук, профессор, академик НАПрН Украины
Петр Рабинович	доктор юридических наук, профессор, академик НАПрН Украины
Найджел Симмондз	профессор (Великобритания)

## РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Сергей Максимов	доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины, <i>главный редактор</i>
Виктор Смородинский	кандидат юридических наук, доцент, <i>заместитель главного редактора</i>
Наталья Сатохина	кандидат юридических наук, <i>ответственный секретарь</i>
Чаба Варга	доктор наук, профессор (Венгрия)
Дмитрий Вовк	кандидат юридических наук, доцент
Марсело Галуппо	профессор (Бразилия)
Евгений Гетьман	доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины
Константин Горобец	кандидат юридических наук (Нидерланды)
Мехман Дамирли	доктор юридических наук, профессор (Турция)
Елена Дашковская	доктор юридических наук, профессор
Стефан Кирсте	доктор наук, профессор (Австрия)
Мартин Кригер	профессор (Австралия)
Александр Литвинов	доктор юридических наук, доцент
Лариса Макаренко	доктор юридических наук
Бьярн Мелкевик	доктор наук, профессор (Канада)
Сергей Олейников	кандидат юридических наук, доцент
Станислав Погребняк	доктор юридических наук, профессор
Андрей Поляков	доктор юридических наук, профессор
Сергей Рабинович	доктор юридических наук, профессор
Мортимер Селлерз	профессор (США)
Александр Сердюк	доктор юридических наук, профессор
Алексей Стомба	доктор юридических наук
Александр Тихомиров	доктор юридических наук, профессор
Елена Уварова	кандидат юридических наук, доцент
Лариса Удовика	доктор юридических наук, доцент
Эдоардо Фиттипальди	профессор (Италия)
Анна Христова	доктор юридических наук, доцент
Станислав Шевчук	доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины
Петр Шиманец	доктор наук, профессор (Польша)

## ACADEMIC COUNCIL

Robert Alexy	Dr. hab., Professor (Germany)
Eugenio Bulygin	Professor (Argentina)
Mykola Kozzyubra	Doctor of Legal Sciences, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Oleksandr Petryshyn	Doctor of Legal Sciences, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Petro Rabinovych	Doctor of Legal Sciences, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Nigel Simmonds	Professor (Great Britain)

## EDITORIAL BOARD

Sergiy Maksymov	Doctor of Legal Sciences, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, <i>Editor-in-Chief</i>
Viktor Smorodynskyi	Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, <i>Deputy Editor-in-Chief</i>
Natalia Satokhina	Candidate of Legal Sciences, <i>Executive Secretary</i>
Csaba Varga	Doctor of Sciences, Professor (Hungary)
Dmytro Vovk	Candidate of Legal Sciences, Associate Professor
Marcelo Galuppo	Professor (Brazil)
Yevgen Hetman	Doctor of Legal Sciences, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Kostiantyn Gorobets	Candidate of Legal Sciences (Netherlands)
Mehman Damirli	Doctor of Legal Science, Professor (Turkey)
Olena Dashkovska	Doctor of Legal Sciences, Professor
Stephan Kirste	Dr. hab., Professor (Austria)
Martin Krygier	Professor (Australia)
Oleksandr Lytvynov	Doctor of Legal Sciences, Associate Professor
Larysa Makarenko	Doctor of Legal Sciences
Bjarne Melkevik	Dr. hab., Professor (Canada)
Sergiy Oleynikov	Candidate of Legal Sciences, Associate Professor
Stanislav Pohrebniak	Doctor of Legal Sciences, Professor
Andriy Polyakov	Doctor of Legal Sciences, Professor
Sergiy Rabinovych	Doctor of Legal Sciences, Professor
Mortimer Sellers	Professor (USA)
Oleksandr Serdyuk	Doctor of Legal Sciences, Professor
Oleksiy Stovba	Doctor of Legal Sciences
Oleksandr Tykhomyrov	Doctor of Legal Sciences, Professor
Olena Uvarova	Candidate of Legal Sciences, Associate Professor
Larysa Udovyka	Doctor of Legal Sciences, Associate Professor
Edoardo Fittipaldi	Professor (Italy)
Ganna Khristova	Doctor of Legal Sciences, Associate Professor
Stanislav Shevchuk	Doctor of Legal Sciences, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Piotr Szymaniec	Dr. hab., Professor (Poland)

## ЗМІСТ

---

Від головного редактора та редактора номера.....	12
<b>БІЗНЕС І ПРАВА ЛЮДИНИ: ПЕРСПЕКТИВА НОВОГО СУСПІЛЬНОГО ДОГОВОРУ</b>	
Бізнес і права людини: ключові питання теорії права <b>Олена Уварова</b> ( <i>Харків, Україна</i> ) .....	21
Концепція бізнесу та прав людини в контексті сучасних глобальних трендів <b>Ганна Гулевська і Людмила Адашис</b> ( <i>Запоріжжя, Дніпро, Україна</i> ) .....	48
Корпоративні зобов'язання з прав людини у сфері соціально-економічних прав <b>Йерней Летнар Чернич</b> ( <i>Любляна, Словенія</i> ) .....	64
Економічний аналіз права та захист прав людини <b>Михайло Савчин</b> ( <i>Ужгород, Україна</i> ).....	103
Бізнес, права людини та новий суспільний договір у цифрову епоху <b>Юлія Разметаєва</b> ( <i>Харків, Україна</i> ).....	134
Розробка концепції корпоративної підзвітності в міжнародному праві: моделі для Угоди про бізнес та права людини <b>Надя Берназ</b> ( <i>Вагенінген, Нідерланди</i> ).....	146
Контури національних планів дій щодо бізнесу та прав людини в Центральній та Східній Європі <b>Йерней Летнар Чернич</b> ( <i>Любляна, Словенія</i> ) (англійською) .....	174
<b>БІЗНЕС І ПРАВА ЛЮДИНИ: ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ</b>	
Виклики та можливості розвитку прав людини і бізнес-сфери в Бразилії та Латинській Америці: теорія спільного конституційного проекту для Латинської Америки ( <i>A Ius Constitutionale Commune</i> ) <b>Данієлла Анна Памплоне</b> ( <i>Курітіба, Бразилія</i> ) (англійською) .....	187

Корупція з голови: вплив політичного фаворитизму на права людини в державних закупівлях <b>Ніка Аревадзе</b> ( <i>Осло, Норвегія</i> ) (англійською) .....	205
Права працівників, працівників-мігрантів та профспілок за Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод <b>Пауло Пінто де Альбукерке</b> ( <i>Лісабон, Португалія</i> ) .....	224
Захист свободи корпоративного комерційного висловлювання та реклами <b>Марія Лукань</b> ( <i>Харків, Україна</i> ) (англійською) .....	247
Зобов'язання приватних охоронних та військових компаній у сфері прав людини: огляд сучасної правової рамки та практик <b>Катерина Буряковська</b> ( <i>Харків, Україна</i> ) .....	262

## РЕЦЕНЗІЇ

Права людини і бізнес: динамічний розвиток міждисциплінарної концепції (рецензія на дослідницький посібник з прав людини і бізнесу) <b>Олена Уварова</b> ( <i>Харків, Україна</i> ) .....	279
---	-----

## НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Бізнес і права людини: відновлення довіри як умова нового суспільного договору (Серія заходів у межах IV Харківського міжнародного юридичного форуму) <b>Олена Уварова</b> ( <i>Харків, Україна</i> ) .....	284
---	-----

## СОДЕРЖАНИЕ

---

От главного редактора и редактора номера (на украинском) .....	12
<b>БИЗНЕС И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА: ПЕРСПЕКТИВА НОВОГО ОБЩЕСТВЕННОГО ДОГОВОРА</b>	
Бизнес и права человека: ключевые вопросы теории права <b>Елена Уварова</b> ( <i>Харьков, Украина</i> ) (на украинском) .....	21
Концепция бизнеса и прав человека в контексте современных глобальных трендов <b>Анна Гулевская и Людмила Адашис</b> ( <i>Запорожье, Днепр, Украина</i> ) (на украинском) .....	48
Корпоративные обязательства по правам человека в сфере социально-экономических прав <b>Йерней Летнар Чернич</b> ( <i>Любляна, Словения</i> ) (на украинском) .....	64
Экономический анализ права та защиту экономических и социальных прав <b>Михаил Савчин</b> ( <i>Ужгород, Украина</i> ) (на украинском) .....	103
Бизнес, права человека и новый общественный договор в цифровую эпоху <b>Юлия Разметаева</b> ( <i>Харьков, Украина</i> ) (на украинском) .....	134
Разработка концепции корпоративной подотчетности в международном праве: модели для Соглашения о бизнесе и правах человека <b>Надя Берназ</b> ( <i>Вагенинген, Нидерланды</i> ) (на украинском) .....	146
Контуры национальных планов действий в области бизнеса и прав человека в Центральной и Восточной Европе <b>Ерней Летнар Чернич</b> ( <i>Любляна, Словения</i> ) (на английском) .....	174
<b>БИЗНЕС И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА: ВОПРОСЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКИ</b>	
Вызовы и возможности развития прав человека и бизнес-сферы в Бразилии и Латинской Америке: теория общего конституционного проекта для Латинской Америки ( <i>A Ius Constitutionale Commune</i> ) <b>Даниэлла Анна Памплон</b> ( <i>Куритиба, Бразилия</i> ) (на английском) .....	187



Коррупция с головы: влияние политического фаворитизма на права человека в государственных закупках <b>Ника Аревадзе</b> ( <i>Осло, Норвегия</i> ) (на английском) .....	205
Права работников, работников-мигрантов и профсоюзов согласно Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод <b>Пауло Пинто де Альбукерке</b> ( <i>Лиссабон, Португалия</i> ) (на украинском).....	224
Защита свободы корпоративного коммерческого высказывания и рекламы <b>Мария Лукань</b> ( <i>Харьков, Украина</i> ) (на английском) .....	247
Обязательства частных охранных и военных компаний в сфере прав человека: обзор современной правовой рамки и практик <b>Екатерина Буряковская</b> ( <i>Харьков, Украина</i> ) (на украинском).....	262

## РЕЦЕНЗИИ

Права человека и бизнес: динамическое развитие междисциплинарной концепции (рецензия на исследовательское руководство по правам человека и бизнеса) <b>Елена Уварова</b> ( <i>Харьков, Украина</i> ) (на украинском).....	279
--	-----

## НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

Бизнес и права человека: восстановление доверия как условие нового общественного договора (Серия мероприятий в рамках IV Харьковского международного юридического форума) <b>Елена Уварова</b> ( <i>Харьков, Украина</i> ) (на украинском).....	284
--	-----

# CONTENTS

---

Note of the Editor-in-Chief and the Editor's of the Special Issue (in Ukrainian) .....	12
<b>BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: THE PERSPECTIVE OF A NEW SOCIAL CONTRACT</b>	
Business and Human Rights: Key Issues for Legal Theory <b>Olena Uvarova</b> ( <i>Kharkiv, Ukraine</i> ) (in Ukrainian) .....	21
The Concept of Business and Human Rights in the Context of Current Global Trends <b>Hanna Hulievska and Liudmyla Adashys</b> ( <i>Zaporizhzhya, Dnipro, Ukraine</i> ) (in Ukrainian) .....	48
Corporate Human Rights Obligations under Socio-economic Rights <b>Jernej Letnar Černic</b> ( <i>Ljubljana, Slovenia</i> ) (in Ukrainian) .....	64
Economic Analysis of Law and Protection of Economic and Social Rights <b>Mykhailo Savchyn</b> ( <i>Uzhgorod, Ukraine</i> ) (in Ukrainian) .....	103
Business, Human Rights and a New Social Contract in the Digital Age <b>Yulia Razmetaeva</b> ( <i>Kharkiv, Ukraine</i> ) (in Ukrainian) .....	134
Conceptualizing Corporate Accountability in International Law: Models for a Business and Human Rights Treaty <b>Nadia Bernaz</b> ( <i>Wageningen, The Netherlands</i> ) (in Ukrainian) .....	146
Contours of National Action Plans on Business and Human Rights in Central and Eastern Europe <b>Jernej Letnar Černič</b> ( <i>Ljubljana, Slovenia</i> ) .....	174
<b>BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: ISSUES OF LEGAL PRACTICE</b>	
Challenges and Opportunities for Developing the Human Rights and Business Field in Brazil and Latin America: A Ius Constitutionale Commune <b>Danielle Anne Pamplona</b> ( <i>Curitiba, Brazil</i> ) .....	187

Corrupt from the Head Down:  
Human Rights Impacts of Political Favouritism in Public Procurement  
**Nika Arevadze** (*Oslo, Norway*) ..... 205

The Rights of Workers, Migrant Workers and Trade Unions  
in the Light of the European Convention on Human Rights  
**Paulo Pinto de Albuquerque** (*Lisbon, Portugal*) (in Ukrainian) ..... 224

Protecting the Freedom of Corporate Commercial Expression and Advertising  
**Mariia Lukan** (*Kharkiva, Ukraine*) ..... 247

Human Rights Obligations of Private Security and Military Companies:  
A Review of the Current Legal Framework and Practices  
**Kateryna Buriakovska** (*Kharkiv, Ukraine*) (in Ukrainian) ..... 262

## REVIEWS

Human Rights and Business: the Dynamic Development of an Interdisciplinary  
Concept (Review of a Research Guide on Human Rights and Business)  
**Olena Uvarova** (*Kharkiv, Ukraine*) (in Ukrainian) ..... 279

## SCIENTIFIC LIFE

Business and Human Rights: Restoring Trust as a Condition  
for a New Social Contract (A Series of Events Within the Framework  
of the IV Kharkiv International Legal Forum)  
**Olena Uvarova** (*Kharkiv, Ukraine*) (in Ukrainian) ..... 284

DOI: <https://doi.org/10.21564/2707-7039.1.247433>

Сергій Максимов\*  
Олена Уварова\*\*

### БІЗНЕС І ПРАВА ЛЮДИНИ: ТЕОРЕТИЧНІ РЕФЛЕКСІЇ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ВЗАЄМОДІЇ

Центральна тема номера – питання про можливість (або невідворотність) нового суспільного договору, стороною якого поряд із суспільством і державою має стати бізнес, вплив якого на повсякденне життя людей і навіть на саму державу стає більш суттєвим. Бізнес розглядається як безпосередній носій обов'язків у сфері прав людини, особливо в ситуаціях, коли держава є надто слабкою, щоб забезпечити захист прав людини, або коли йдеться про сферу автономного простору, до якого держава не повинна втручатися. Суспільство потребує вироблення механізмів, які б гарантували відповідність недержавного регулювання, що походить від бізнесу, фундаментальним правовим цінностям – поваги до гідності людини, справедливості, свободи, рівності. Актуалізуються питання щодо застосування вимог верховенства права до сфери такого недержавного регулювання, його ролі в моменти демократичних перетворень у суспільствах, а також щодо механізму “стримувань і противаг” у ситуації, коли бізнес перебуває поза державним контролем. Окремого аналізу потребують зобов'язання бізнесу в ситуаціях глобальних небезпек. Корпоративна відповідальність поважати права людини, забезпечення належної обачності в сфері прав людини (human

---

\* Сергій Іванович Максимов, доктор юридичних наук, професор кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; член-кореспондент Національної академії правових наук України; головний редактор журналу “Філософія права і загальна теорія права.”

Sergiy Maksymov, Doctor of Legal Sciences, Professor, Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University; Correspondence-member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine; Editor-in-chief of “Philosophy of Law and General Theory of Law” journal.

e-mail: [s\\_maximov@ukr.net](mailto:s_maximov@ukr.net)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3165-8142>

\*\* Олена Олександрівна Уварова, кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри теорії і філософії права, голова Міжнародної лабораторії бізнесу і прав людини, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна.

Olena Uvarova, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Head of the International Business and Human Rights Lab, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine.

e-mail: [o.o.uvarova@nlu.edu.ua](mailto:o.o.uvarova@nlu.edu.ua)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3199-7790>

rights due diligence), недержавні механізми правового захисту – ці та інші поняття, які стають невід’ємною частиною юридичної практики сьогодні, потребують свого осмислення з точки зору юридичної науки.

Водночас тематика бізнесу і прав людини є дуже новою з погляду її наукового осмислення і надзвичайно динамічною – з огляду на темпи її розвитку на практиці. Одна із перших тематичних дискусій в Україні відбулася у 2017 р. у межах Харківського міжнародного юридичного форуму. Відтоді в країні відбулися помітні позитивні зрушення у реалізації стандартів прав людини під час здійснення господарської діяльності. Так, до Національної стратегії прав людини увійшов розділ 16 “Забезпечення прав людини під час здійснення господарської діяльності” (затверджено Указом Президента України від 24 березня 2021 р.). До іншого документа – плану заходів із виконання Концепції реалізації державної політики у сфері сприяння розвитку соціально відповідального бізнесу в Україні на період до 2030 року (затверджено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 липня 2020 р. № 853-р) включено популяризацію принципів і стандартів соціально відповідального бізнесу в Україні відповідно до положень Керівних принципів Організації економічного співробітництва та розвитку, Керівних принципів ООН з питань бізнесу та прав людини, Глобального договору ООН, а також позитивного досвіду та практики суб’єктів господарської діяльності щодо соціально відповідального бізнесу. Імплементация Керівних принципів ООН з питань бізнесу та прав людини з 2019 р. є одним зі стратегічних напрямів діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини.

Це далеко не повний перелік свідчень того, що на практиці тематика бізнесу і прав людини привертає до себе увагу як із боку держави, так і недержавних суб’єктів. Водночас вказаний розвиток відбувається без належного наукового забезпечення; академічні дослідження з проблематики бізнесу і прав людини практично відсутні; українські автори залишаються мало інтегрованими до наукового дискурсу з питань бізнесу і прав людини на глобальному і регіональному рівнях.

Цей спеціальний випуск покликаний привернути увагу наукової спільноти України до тих напрацювань, які вже наявні і представлені різними юридичними школами в Україні, а також окреслити напрями подальших досліджень і наукових обговорень. Крім того, авторами спеціального випуску стали наші колеги з п’яти інших країн світу, що є першим кроком до залучення українських науковців до глобального порядку денного в тематиці бізнесу і прав людини й, одночасно, привернення уваги світової спільноти до розвитку наукових напрацювань за цим тематичним напрямом в Україні.

Нагальність цих питань зростає у зв’язку зі значною активізацією зусиль із посилення стандартів відповідальної бізнес-поведінки й інструментів забезпечення їх ефективної реалізації в Європейському Союзі зокрема та в світі загалом. 10 березня 2021 р. Європейський Парламент підтримав пропозицію з ухвалення “EU Directive on Mandatory Human Rights, Environmental and Good Governance Due Diligence” (“Директива ЄС щодо обов’язкової процедури належної обачності з прав людини,

навколишнього середовища і належного управління”); активно розвивається застосування ESG-індикаторів (екологія, соціальні питання, управління) та інтерес до них із боку бізнес-спільноти, особливо в інвестиційних проєктах; вже 28 країн світу мають Національні плани дій із бізнесу і прав людини; шосте коло обговорень пройшов проєкт Міжнародного юридично обов’язкового договору з бізнесу і прав людини. Країни – члени ЄС демонструють прогрес у питаннях бізнесу і прав людини, хоча й недостатньо швидкий. Насамперед ідеться про зміни на рівні правового регулювання. Суттєвим поштовхом для цього є законодавчі кроки, зокрема на рівні ЄС (особливо Green Deal і Sustainable Finance, які приділили значну увагу соціальним елементам) і на національному рівні окремих країн (Німеччина ухвалила закон про належну обачність у сфері прав людини у ланцюгах поставок, Норвегія також запровадила відповідні законодавчі зміни; у Франції та Нідерландах відповідне законодавство вже діє).

Ці зміни будуть значною мірою впливати і на ситуацію поза ЄС, адже компанії, наприклад Східної Європи і Центральної Азії, входять до ланцюгів поставок компаній, зареєстрованих в ЄС. У регіонах, які не мають зобов’язуючого правового регулювання, частково компенсують це активним розвитком судової практики у справах щодо негативного впливу бізнесу на права людини. Національні суди все активніше звертаються до стандартів відповідальної бізнес-поведінки, оцінюючи дії тих чи інших суб’єктів господарювання, зокрема й коли йдеться про ланцюги поставок, а також про порушення прав людини, допущені на території інших держав.

Тематичний номер починається зі статті **Олени Уварової** “Бізнес і права людини: ключові питання теорії права,” у якій вона звертає увагу на необхідність визнання бізнесу прямим адресатом вимог у сфері прав людини, поширення на приватних суб’єктів вимог верховенства права, забезпечення змістовної та процедурної легітимачії бізнесу, що є передумовою нового суспільного договору. Окрема увага приділяється ситуаціям, коли держава не здійснює ефективний контроль над діяльністю суб’єктів господарювання, які мають владний вплив на життя суспільства. Концепція бізнесу і прав людини, будучи відповіддю на сучасні виклики “несправедливого соціального досвіду,” змушує переглянути класичні погляди на адресатів вимог у сфері прав людини, механізм дії принципу верховенства права, вимоги якого мають поширюватися на приватних суб’єктів також, і, зрештою, переглянути сам суспільний договір з огляду на значний вплив, який здійснює бізнес на організацію життя у сучасному суспільстві.

**Ганна Гулевська і Людмила Адашис** свою статтю “Концепція бізнесу та прав людини в контексті сучасних глобальних трендів” присвятили питанням бізнесу та прав людини в епоху метамодерну (постпостмодерну), коли суперечливі процеси глобалізації (та глокалізації) економічних і правових відносин одночасно створюють нові можливості й кидають виклик дієвості та ефективності юридичних механізмів забезпечення прав людини у сфері бізнесу. Авторки наголошують, що попри певні успіхи у промоції концепції бізнесу та прав людини, актуальними залишаються питання спроможності міжнародного та національного права зобов’язати бізнес

дотримуватися прав людини. Визначено, що концепція бізнесу та прав людини базується на категоріях суспільного інтересу, який усвідомлюється і враховується через добровільне взяття і реалізацію відповідних зобов'язань суб'єктами підприємницької діяльності та позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини.

Також загальнотеоретичну характеристику концепції бізнесу і прав людини доповнює переклад з англійської тексту **Йернея Летнара Чернича** “Корпоративні зобов'язання з прав людини у сфері соціально-економічних прав” (вперше опубліковано як главу книги “Corporate Accountability under Socio-economic Rights” (Routledge, 2019)). Автор виходить із розуміння важливості соціально-економічних прав для забезпечення засобів існування людей і створення людських можливостей, а також фундаментального їх характеру з точки зору здійснення цивільних і політичних прав. Автор певен, що не лише держави, а й корпорації мають певні зобов'язання у сфері соціально-економічних прав. Через те, що соціально-економічні права пов'язані з фінансовими ресурсами, корпорації можуть значно сприяти їх забезпеченню в умовах неспроможності з боку держави. Аналізуючи особливості корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав, автор бере за основу негативну та позитивну дихотомію прав людини, а також підхід, утілений у міжнародному праві прав людини про три типи зобов'язань у сфері прав людини – поважати, захищати, забезпечувати. Автор робить висновок, що у межах кожного із типів зобов'язань щодо соціально-економічних прав корпорації несуть як превентивні (негативні і позитивні), так і деякі коригувальні (негативні та позитивні) зобов'язання, особливо там, де вони здійснюють контроль та/або вплив у безпосередній близькості від своїх операцій.

У статті **Михайла Савчина** “Експолітичний аналіз права та захист прав людини” розкривається механізм забезпечення прав людини крізь призму економічного аналізу права та зважування конституційних цінностей. Співвідношення між економічним аналізом права та принципом пропорційності як критеріїв здійснення захисту економічних і соціальних прав полягає у забезпеченні балансу приватного і публічного інтересів. Автор виходить із того, що принцип пропорційності є важливим при визначенні засад запобігання дискримінації та гарантування рівного доступу до соціальної допомоги.

Статтю **Юлії Разметаєвої** “Бізнес, права людини та новий суспільний договір у цифрову епоху” присвячено проблемі укладання нового суспільного договору у цифрову епоху, з урахуванням особливостей останньої та складних викликів у сфері бізнесу й прав людини. Розглядаються питання потреби у переукладанні такого договору, складу сторін і його основних умовах. Наголошується на тому, що майже неконтрольована діяльність і зростаюча могутність компаній є не єдиною, однак однією з найвагоміших причин для перегляду контракту. Авторка стверджує, що тими особливостями цифрової ери, які позначаються на причинах укладання та змісті нового суспільного договору, є такі: значна частина всіх видів діяльності суб'єктів відбувається в кіберпросторі або має онлайн-компонент; цифрові інструменти надзвичайно поширені як у публічному,

так і в приватному житті; дані стають ключовими для будь-якої економічної, соціальної, політичної діяльності; обсяг даних величезний, а швидкість їх поширення неймовірно висока; розвиток суспільств нерівномірний, і він підсилюється цифровим розривом; могутність бізнес-структур зростає, зокрема й зростає їхня здатність модифікувати поведінку користувачів цифрових інструментів.

Огляд підходів, закладених у проєкті міжнародної угоди з бізнесу і прав людини з точки зору концепції корпоративної підзвітності, наводить у своїй статті “Розробка концепції корпоративної підзвітності в міжнародному праві: моделі для Угоди про бізнес та права людини” **Надя Берназ**. У ній представлена аналітична рамка, яка перекладає корпоративну підзвітність на сім основних елементів. Використовуючи цю аналітичну рамку, авторка систематично оцінює чотири моделі, які можуть бути використані в майбутній Угоді про бізнес та права людини: модель Керівних принципів ООН з питань бізнесу та прав людини, модель Загальної декларації прав людини, прогресивна модель і трансформаційна модель. Стаття має на меті зробити свій внесок у переговорний процес щодо Угоди про бізнес та права людини через роз’яснення різних варіантів і можливих компромісів між ними, беручи до уваги політичні реалії. Урешті-решт, у статті на користь поширення Угоди про бізнес та права людини доводиться прогресивна модель корпоративної підзвітності, яка поєднує амбітний розвиток міжнародного права з реалістичними перспективами державної підтримки.

Ще одна стаття **Йернея Летнара Чернича** “Конттури національних планів дій щодо бізнесу та прав людини в Центральній та Східній Європі” підготовлена спеціально для цього тематичного номера. Автор стверджує, що Центральна і Східна Європа часто стають об’єктом обговорення під час дебатів про бізнес і права людини. Країни в цих регіонах мають спільну історію, досвід і культуру. Права людини й основні свободи в минулому систематично порушувалися. Після процесів демократизації країни постраждали від низки порушень прав людини, пов’язаних із ними. Корпорації у регіонах часто прямо або опосередковано втручаються у права людини і суспільства загалом. Бізнес і права людини в минулому відставали від глобальних подій також через відсутність потенціалу та загальної незадовільної ситуації з правами людини. У статті описані й обговорені конттури Національних планів дій із бізнесу та прав людини Чехії, Польщі, Литви, Грузії, України та Словенії крізь призму їх сильних і слабких сторін. Стверджується, що сфера бізнесу і прав людини в Центральній та Східній Європі зробила крок вперед за останнє десятиліття з моменту ухвалення Керівних принципів ООН з питань бізнесу та прав людини. Проте права людини слід і далі втілювати в життя, щоб ефективно захищати людську гідність носіїв цих прав.

Друга частина тематичного номера присвячена питанням юридичної практики. Її відкриває стаття **Данієлли Анни Памплони** “Виклики та можливості розвитку прав людини і бізнес-сфери в Бразилії та Латинській Америці: теорія спільного конституційного проєкту для Латинської Америки (A Ius Constitutionale Commune).” У своїй статті бразильська професорка описує роль спільного конституційного



проекту для Латинської Америки (ISSCAL) у зміцненні інвестиційного потенціалу країн Латинської Америки, спроможності латиноамериканських держав і бізнесів поважати та захищати права людини. ISSCAL – це новітня теорія, розроблена Арміном фон Богданді, Марієлою Моралес Антоніаці та Флавією Піовесан в Інституті порівняльного публічного права і міжнародного права імені Макса Планка, яка прагне сприяти трансформації суспільних і політичних реалій у Латинській Америці задля створення необхідних умов для зміцнення демократії, верховенства права та прав людини. Нинішня ситуація у регіоні характеризується низкою викликів, що мають різноплановий характер: високі показники бідності, глибокі соціальні розриви, які обмежують доступ до можливостей, особливо для найбільш уразливих верств населення; етнічним групам і корінним народам не забезпечено захист та повагу при реалізації макропроектів, наприклад, у сфері видобувної промисловості, відсутність норм і практик про обов'язок компаній щодо проведення широких консультацій із корінними та племінними народами й гарантування їхньої участі в усіх рішеннях щодо будь-якого втручання, що впливає на їхні території.

**Ніка Авердзе** звертається до тематики державних закупівель. У своїй статті “Корупція з голови: вплив політичного фаворитизму на права людини в державних закупівлях” автор досліджує питання щодо управління у сфері державних закупівель, зокрема корупційні схеми політиків та їхню роль у парадоксальній відсутності прогресу у приведенні систем державних закупівель у відповідність до вимог прав людини. Аналізуючи первинні та вторинні джерела, він демонструє зв'язки між корупційною практикою та поширеними проблемами прав людини у державних закупівлях. Автор стверджує, що підриваючи системи державних закупівель, політична фаворитизація ставить під загрозу первинні економічні та вторинні соціальні цілі закупівель і спричиняє несприятливі наслідки для прав людини. Ці наслідки завдають шкоди громадянським і політичним, а також економічним, соціальним і культурним правам людини у національному контексті зокрема та перешкоджають розвитку загалом. Крім того, ця корупційна домовленість є перешкодою для сприяння інтеграції прав людини у сферу державних закупівель, а отже, гальмує прогрес у новому підході Керівних принципів ООН з питань бізнесу і прав людини, а також положень, що стосуються зв'язку між державою та бізнесом.

До номера також увійшов переклад статті “Права працівників, працівників-мігрантів та профспілок за Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод,” автором якої є професор **Пауло Пінто де Альбукерке**, суддя Європейського суду з прав людини, професор факультету права, Католицький університет (м. Лісабон). Європейський суд з прав людини зробив значний внесок у захист соціальних прав загалом і трудових прав зокрема. У статті акцентується увага на чотирьох особливих напрямках, які демонструють багатство прецедентної практики в цій сфері. По-перше, автор зупиняється на індивідуальних проблемах, пов'язаних із загальними правами працівників, звертаючи увагу на питання несправедливого звільнення, право на повагу

до приватного й сімейного життя, свободу релігії та свободу вираження поглядів. По-друге, автор зупиняється на захисті прав працівників-мігрантів за Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. По-третє, в статті розглядаються права профспілок у світлі свободи об'єднань. І, врешті-решт, віддзеркалюючи економічний ландшафт минулого десятиліття, наводиться прецедентна практика задля демонстрації як заходи жорсткої економії можуть вплинути на права людини, та як Суд відповів на це проблемне питання.

Захист свободи корпоративного комерційного висловлювання та реклами у контексті стандартів бізнесу і прав людини став предметом уваги в статті **Марії Лукань** "Захист корпоративного комерційного висловлювання та реклами." Авторка, зокрема, підкреслює, що основними принципами захисту свободи корпоративного вираження поглядів та реклами є: 1) корпорація має право не лише на захист свободи вираження поглядів і реклами, що застосовується не лише до "інформації" чи "ідеї," які сприятливо (позитивно) сприймаються суспільством, а й на ті, що розцінюються як образливі чи шокуючі. Такими є вимоги плюралізму, толерантності та широкого мислення, без яких не існує "демократичного суспільства;" 2) захист свободи вираження корпорацій підлягає виняткам, які, однак, повинні тлумачитися суворо, а необхідність будь-яких обмежень повинна бути достатньо переконливою; 3) винятки із захисту свободи вираження поглядів передбачають існування "нагальної соціальної потреби," яка визначає, чи сумісне "обмеження" зі свободою вираження поглядів, яка захищена ст. 10 Конвенції; 4) завданням Європейського суду з прав людини під час здійснення правосуддя є визначення того, чи були обмеження "пропорційні законній меті, яка ставиться," і чи підстави, наведені національними органами влади для їх обґрунтування, є "актуальними та достатніми." Роблячи це, Суд повинен переконатися у тому, що національні органи влади застосовували стандарти, які відповідали принципам, закріпленим у ст. 10 Конвенції, і, крім того, що вони спиралися на прийнятну оцінку відповідних фактів. Поряд із цим корпорації також повинні поважати і дотримуватися прав людини. На думку авторки, створення насправді ефективного механізму контролю за дотриманням корпораціями прав людини може збалансувати ваги "опонентів" та "прихильників" визнання права корпорацій на захист, посилаючись на принципи Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Важливий практичний аспект концепції бізнесу і прав людини розглядає у своїй статті "Зобов'язання приватних охоронних та військових компаній у сфері прав людини: огляд сучасної правової рамки та корпоративних практик" **Катерина Буряковська**. Авторка пояснює актуальність теми статті резонансними справами про ймовірну участь приватних військових компаній у подіях окупації Криму та збройного конфлікту на Донбасі, ініціацією в Україні нового законодавства про військово-консалтингову діяльність й одночасно скромною увагою української юридичної науки до проблем зобов'язань щодо прав людини приватних компаній, які надають послуги безпекового напрямку. У статті розкрито еволюцію деяких підходів міжнародно-правового регулювання

приватної військової та охоронної діяльності, а також їхню відповідність сучасним підходам щодо прав людини. У статті аналізуються особливості корпоративної відповідальності у сфері прав людини приватних військових та охоронних компаній, зміст якої втілено у Міжнародному кодексі поведінки постачальників приватної охорони (ICoC). Зіставлено підходи Міжнародного кодексу поведінки постачальників приватної охорони та Керівних принципів ООН щодо бізнесу і прав людини.

До тематичного номеру також увійшла рецензія Олени Уварової на дослідницький посібник з бізнесу і прав людини за редакцією Сурії Дева і Девіда Бірчала (*Research Handbook on Human Rights and Business*, edited by Surya Deva and David Birchall. Edward Elgar, 2020). Ця книга з'явилася наприкінці 2020 р., і сьогодні вона є тим виданням, яке можна сміливо рекомендувати як тим, хто тільки хоче ознайомитися з проблематикою бізнесу і прав людини й не знає, з чого краще почати, так і тим, хто вже давно і глибоко в темі. Більш ніж на 500 сторінках авторський колектив із 24 учених із різних континентів і з різним професійним досвідом виклав, напевно, найповніший на сьогодні загальний огляд проблематики з бізнесу і прав людини – від історії самої концепції, її протистояння з концепцією корпоративної соціальної відповідальності та філософського підґрунтя до таких спеціальних питань, як відповідальність материнської компанії за порушення у сфері прав людини з боку дочірньої, доступу до засобів правового захисту для жертв порушень суб'єктами господарювання прав людини в межах процедури кримінального судочинства та ін.

Завершує номер огляд серії заходів у межах IV Харківського міжнародного юридичного форуму, які відбулися у вересні 2020 р. і були об'єднані спільною назвою “Бізнес і права людини: відновлення довіри як умова нового суспільного договору.” Центральне питання дискусій, які тривали упродовж Форуму, як раз і стало темою цього номеру журналу.

Основний фокус уваги Форуму було зосереджено на країнах Східної Європи, де рівень імплементації Керівних принципів ООН з бізнесу і прав людини залишається вкрай низьким. У регіоні є лише декілька позитивних прикладів розроблення і прийняття Національних планів дій з бізнесу і прав людини (Литва, Чехія, Польща, Словенія, Грузія). Але їхня реалізація на практиці є бідною на історії успіху.

Частково така ситуація пояснюється тим, що багато країн регіону довгий час входили до складу, перебували під владою або зазнавали з боку СРСР значного політичного й економічного впливу. Відповідно, незважаючи на доволі різний історичний бекграунд, ситуація щодо забезпечення корпоративної відповідальності поважати права людини в країнах регіону є схожою.

За результатами обговорень, які відбулися у межах Харківського форуму, було визначено ті фактори, які є спільними для регіону й які пояснюють низький рівень корпоративної поваги прав людини і відповідальної бізнес-поведінки:

Упродовж тривалого періоду часу була відсутня свобода підприємницької діяльності. Господарська діяльність концентрувалася у державному секторі. Існував значний

державний контроль за всіма економічними процесами, держава мала переважаючу частку своєї участі в економічних процесах, у результаті чого були відсутні умови для формування у суб'єктів господарської діяльності відчуття відповідальності за вплив на суспільні відносини. Це й зумовило вкрай низький рівень очікувань суспільства щодо відповідальної бізнес-поведінки.

Довгий період розвитку в умовах недемократичних політичних режимів у регіоні або перебування під значним впливом таких режимів призвели до низького рівня розуміння цінностей людської гідності та персональної автономії, які є базовими для формування відповідальної бізнес-поведінки; ідея прав людини була підпорядкована державній політиці; колективний інтерес превалював над індивідуальним/приватним, правове регулювання базувалося на принципі верховенства державної волі, а не на принципі верховенства права.

Падіння недемократичних режимів стало передумовою розвитку та посилення громадянського суспільства, але головним фокусом уваги організацій громадянського суспільства залишається державна діяльність, оскільки саме держава продовжує розглядатись як головна (і часто єдина) загроза для прав людини. Це зумовлює те, що в регіоні можна знайти дуже небагато прикладів, коли правозахисні організації спрямовують свою роботу на випадки порушення прав людини з боку бізнесу. Політизація питань, пов'язаних із правами людини, залишається вкрай поширеною в регіоні.

Керівні принципи ООН з бізнесу і прав людини є загальним інструментом, який може використовуватися по-різному, щоб забезпечити врахування локального контексту.

Участь у заходах взяли науковці, представники державних органів і бізнесу, громадських організацій із 30 країн світу.

У наступному номері планується продовження обговорення фундаментальної проблеми природи права, а саме – виявлення можливостей та меж права в онтологічному, ціннісному та регулятивному вимірах, а також інших цікавих і дискусійних тем.

Редакційна колегія часопису запрошує до співпраці вітчизняних і зарубіжних філософів, теоретиків права, дослідників галузевих юридичних дисциплін, юристів-практиків, чий науковий розвідки служитимуть подальшому розвитку та популяризації досліджень теоретичних і прикладних проблем юриспруденції, української науки загалом.

# БІЗНЕС І ПРАВА ЛЮДИНИ: ПЕРСПЕКТИВА НОВОГО СУСПІЛЬНОГО ДОГОВОРУ

---

DOI: 10.21564/2707-7039.1.247438

УДК: 340+340.14+349:004

Олена Уварова\*

## БІЗНЕС І ПРАВА ЛЮДИНИ: КЛЮЧОВІ ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ПРАВА

### Вступ

**Н**а першій лекції з теорії держави і права професор Марко Веніамінович Цвік, який у подальшому став моїм учителем, науковим керівником кандидатської дисертації та назавжди залишиться одним із головних життєвих орієнтирів, сказав нам, першокурсникам: “Теорія права – це наука про належне. Про те, як має бути.” Цього року, готуючись до лекції з теорії права для першого курсу, я натрапила на цю ж, можливо, досить просту, але важливу думку в книзі “Jurisprudence: Themes and Concepts.”<sup>1</sup> Автори цієї книги говорять про те, що у праві існує постійна динаміка й напруження, зумовлені тим, що наші очікування, засновані на принципах рівності, свободи, справедливості (належне), не збігаються із наявним досвідом:

Невідповідність між тим, як ідуть справи зараз, і тим, якими вони могли б бути, якби вони стали краще у майбутньому, можна описати як невідповідність між “соціальним досвідом і соціальними очікуваннями.”<sup>2</sup> Бажання зробити кращим соціальний досвід, виправдовуючи ці очікування, є джерелом енергії, що змушує рухатися до покращення соціального життя.

Це прагнення до вдосконалення породжує постійну напругу, яка лежить в основі сучасності (modernity) <...>. Очікування зазвичай породжують вимогу звільнення від проблем, з якими на цей момент стикаються: наприклад, від голоду, від пригнічення, від дискримінації. Там, де очікування людей залишаються нереалізованими, невідповідність вимагає вирішення за допомогою досягнень у сфері знань або у більш досконалих способах організації речей і людей. Однак, якщо такі прагнення мають бути усвідомлено реалізовані, їх має бути

---

\* Олена Олександрівна Уварова, кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна.

Olena Uvarova, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine.

e-mail: o.o.uvarova@nlu.edu.ua

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3199-7790>

<sup>1</sup> Scott Veitch, Emiliios Christodoulidis, and Marco Goldoni, ed., *Jurisprudence: Themes and Concepts* (Routledge, 2018).

<sup>2</sup> Santos de Sousa, *Toward a New Legal Common Sense* (London: Butterworths, 2002), 2.

забезпечено розумно впорядкованим чином. Тут вступає в дію регулювання: регулювання забезпечує стійку відповідність очікуванням всього суспільства.<sup>3</sup>

Рамка бізнесу і прав людини стала лише черговим проявом закономірного розвитку права, якщо розуміти його як забезпечення стійкої відповідності очікуванням суспільства, що формується на основі уявлень про рівність, свободу і справедливість. Як свого часу боротьба проти дискримінації чи іншої несправедливості, сфера бізнесу і прав людини проходить ті ж етапи: накопичується досвід несправедливості, усвідомлення уразливості – формується вимога звільнення від проблеми, вимога більш досконалої реальності – виникає запит на нове регулювання.

Водночас формування цього запиту на нове правове регулювання у випадку розвитку концепції бізнесу і прав людини суттєво відрізняється від попереднього досвіду, оскільки має своїм адресатом не тільки державу, а й недержавних суб'єктів.

У цій статті я хочу розглянути ті ключові для теорії права питання, які ставить формування цієї нової реальності. Відправною точкою мого розгляду є питання про бізнес як прямого адресата вимог у сфері прав людини. Тобто про дію прав людини без опосередкування з боку держави, оскільки, як видається, однією з визначальних причин появи суспільного очікування, яке втілюється в концепції бізнесу і прав людини, була неспроможність або, в низці випадків, свідоме небажання держави забезпечити повагу прав людини з боку бізнесу. Це, зі свого боку, ставить питання про відносини владного впливу бізнесу на права людини, й необхідність перегляду концепції, відповідно до якої приватні суб'єкти у своїх відносинах є рівними їх учасниками. Владний характер впливу бізнесу також означає, що відбувається перегляд суспільного договору, сторонами якого до цього розглядалися суспільство і держава, а отже, необхідність легітимації такої влади бізнесу, змістовної і процедурної.

## **I. Бізнес як прямий адресат вимог у сфері прав людини**

Адресатом вимог у сфері прав людини в юриспруденції традиційно розглядається держава. Передумовою для цього стало те, що з XVII ст. держави відігравали “домінуючу роль у більшості глобальних процесів прийняття юридичних рішень,”<sup>4</sup> виступаючи “основною спільноті.”<sup>5</sup>

Так сформувалася загальновізнана сьогодні теза про те, що

---

<sup>3</sup> Veitch, Christodoulidis, and Goldoni, ed., *Jurisprudence*, 12.

<sup>4</sup> Lung-chu Chen, *An Introduction to Contemporary International Law. A Policy-Oriented Perspective* (Oxford/New York: Oxford University Press, 2015), 25; Jan Klabbers, “(I Can’t Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors,” in *Nordic Cosmopolitanism. Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, eds. Jarna Petman and Jan Klabbers (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2003), 354–57; Ioana Cismas, *Religious Actors and International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 72.

<sup>5</sup> Antonio Cassese, *Realizing Utopia. The Future of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 71. Див. також: Ezequiel Heffes, Marcos D. Kotlik, and Manuel J. Ventura, *International Humanitarian Law and Non-State Actors Debates, Law and Practice* (Springer, 2020).

правам людини кореспондують зобов'язання держави щодо невтручання у сферу індивідуальної свободи, поваги до прав людини, їх забезпечення, захисту та сприяння реалізації. Утвердження прав людини виступає основним завданням сучасних держав, які проголосили людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю та взяли на себе юридичні зобов'язання запровадити ефективні засоби її убезпечення від свавілля публічної влади та, певною мірою, посягань з боку інших осіб.<sup>6</sup>

Ця конструкція не є суто теоретичною – вона лежить в основі міжнародного механізму захисту прав людини. Питання про те, “чи було гарною ідеєю покласти зобов'язання у сфері прав людини на державу,” є, напевно, одним із найбільш складних у сучасній юриспруденції. До нього вкрай рідко звертаються – і через складність самого питання, і через відчуття відсутності альтернативи. Серед тих, хто все ж таки шукає відповідь на нього, виділяють дві основні позиції. Перша полягає в тому, що такий підхід є виправданим, принаймні на час формування сучасного міжнародного механізму захисту прав людини, оскільки тоді тільки держави мали достатні повноваження для забезпечення поваги і реалізації прав людини. Позиція опонентів полягає в тому, що самі держави часто виступають найбільшими порушниками прав людини: “Це як доручити лисиці охороняти курник.”<sup>7</sup>

Є третій підхід, який представляє інтерес у контексті тематики цієї статті. Відповідно до нього державоцентричний підхід до побудови механізму захисту прав людини й, у більш загальному контексті, до розуміння самої природи прав людини, був цілком виправданим у середині ХХ ст. За висловом Онори О'Нейл, це була найвища точка державної влади. Проте з того моменту глобалізація трансформувала й змінила конфігурацію влади у такий спосіб, який часто ускладнював забезпечення поваги й реалізації прав людини з боку держави. Йдеться про вплив відразу декількох факторів.

### *1.1. Неспроможність держав ефективно захищати права людини від порушень із боку бізнесу*

Треба визнати існування держав, які не здатні захищати права людини. Навіть якщо в них є воля, у них немає можливості виконувати зобов'язання у сфері прав людини, тому вони не можуть ефективно покласти зобов'язання на вторинних адресатів у сфері прав людини і забезпечувати їх виконання. Така нездатність забезпечити права людини може мати різні прояви: держава може бути нездатною забезпечити дотримання суб'єктами господарювання вимог чинного права, зокрема і визнаних стандартів у сфері прав людини; держава не має можливості забезпечити елементарну інфраструктуру, послуги охорони здоров'я або освіти, зокрема й тоді, коли йдеться

<sup>6</sup> Ганна Христова, “Доктрина позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини” (Дис... д-ра юрид. наук, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2019), 54.

<sup>7</sup> Onora O'Neill, “Justice without Ethics: A Twentieth-Century Innovation?” In *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law*, ed. John Tasioulas (Cambridge: Cambridge University Press, 2020), 135–51.

про їх надання приватними суб'єктами без дотримання базових вимог щодо недискримінації, доступності, належної якості тощо; держава може не реагувати на очевидні факти несправедливої, недобросовісної або злочинної діяльності, як, наприклад, коли суб'єкти господарювання завдають істотної й очевидної шкоди навколишньому середовищу або не забезпечують базові гарантії безпеки праці та ін. Саме такі ситуації зумовили активний розвиток концепції бізнесу і прав людини.

Яскравим свідченням цієї тези стали знакові для розвитку концепції бізнесу і прав людини справи *Окрпabi v. Shell*<sup>8</sup> і справа проти Ашану за шкоду, яка була завдана внаслідок падіння будівлі Рана Плаза в Бангладеш.<sup>9</sup>

Щодо першої справи, то говорячи про неї, відзначають, що багаторічний конфлікт між Shell petroleum і народом огоні в дельті річки Нігер є одним із найбільш ретельно задокументованих і давніх випадків корпоративних зловживань у світі.

Землі огоні історично характеризувалися значним біологічним різноманіттям, багатим ґрунтом, щедрим рибальством. Унікальна рослинність дельти Нігера сформувала ідеальне середовище існування для декількох видів риб у безпосередній близькості до місцевих рибалок і фермерів. У 1950-х роках Нігерія отримала незалежність від Великої Британії, практично одночасно із тим, як Royal Dutch Shell та уряд Нігерії створили спільне підприємство, щоб розпочати розвідку нафти у дельті Нігеру.

Розливи нафти почалися ще в 1960-х роках. До 1970-х років загорання газу, неодноразові розливи та кислотні дощі почали або знищувати рибу, або витісняти її до більш чистих вод, а також підірвати здатність ґрунту підтримувати сільське господарство. Оскільки їжі стало мало, а вода – непридатною для вживання, огоні організували Рух за виживання народу огоні (MOSOP), щоб ненасильницьким чином протистояти Shell. У середині 1990-х років нігерійські солдати, нібито за вказівкою Shell, почали вбивати активістів огоні під час протестів і витягувати їх вночі з будинків, спалюючи житла та гвалтуючи жінок. Дев'ять відомих активістів огоні, включаючи Кен Саро-Віву, лідера MOSOP, були безпідставно звинувачені у вбивстві, заарештовані та публічно повішені у 1995 р. Понад 3 000 огоні втекли до Беніну, де проживали, іноді роками, у таборах для біженців.

---

<sup>8</sup> "Shell in Court, Again: A Short Comparison of the Okpabi and Milieudéfensie Judgments," Corporate Justice Coalition, accessed March 30, 2021, <https://corporatejusticecoalition.org/news/shell-in-court-again-a-short-comparison-of-the-okpabi-and-milieudéfensie-judgments/>; "Nigerian communities' oil pollution claims against Shell to go to trial as Shell abandons its jurisdiction arguments," Business and human rights Resource Center, last modified July 12, 2021, <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/nigerian-communities-oil-pollution-claims-against-shell-to-go-to-trial-as-shell-abandons-its-jurisdiction-arguments/> та ін.

<sup>9</sup> "Sixth anniversary of Rana Plaza factory collapse in Bangladesh," Business and human rights Resource Center, last modified April 24, 2019, <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/sixth-anniversary-of-rana-plaza-factory-collapse-in-bangladesh/>; "Auchan lawsuit (re garment factories in Bangladesh)," Business and human rights Resource Center, last modified April 24, 2014, [https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/auchan-lawsuit-re-garment-factories-in-bangladesh.](https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/auchan-lawsuit-re-garment-factories-in-bangladesh/)



Сьогодні криза триває. Хоча огоні досягли успіху у своїх зусиллях щодо припинення буріння на своїй території, нафтопроводи, що йдуть над землею, а також неналежно виведена з експлуатації нафтова інфраструктура, продовжують розливати нафту в ґрунт. У 2011 р. Програма Організації Об'єднаних Націй (ООН) з охорони навколишнього середовища провела дослідження та визначила, що "розливи нафти продовжують відбуватися з тривожною регулярністю," незважаючи на відсутність компанії Shell на території. Було також виявлено, що вода була забруднена канцерогенним бензолом (включаючи показники, які у 900-кратному рівні перевищують допустимі норми, затвержені Всесвітньою організацією охорони здоров'я), повітря і ґрунт також забруднені. Вплив на здоров'я цього забруднення вивчений недостатньо, але огоні повідомляють про надзвичайно високі показники передчасної смерті та викиднів.

Огоні проявили безпрецедентну активність у пошуках правових засобів захисту – від Африканської комісії з прав людини та народів, до судів, Великої Британії, США та Нідерландів, навіть до використання механізму розгляду скарг Організації економічної співпраці і розвитку. І причиною цього стала неможливість отримати захист із боку національної правової системи Нігерії.

У Нігерії було подано сотні справ проти компанії Shell до судів і судові розгляди тягнуться останні 25 років, без будь-якого значущого результату для огоні. Як зазначив один із королів огоні, Емере Окпабі: "Ви ніколи, ніколи не зможете виграти у Shell в нігерійському суді. Справа буде тягнутися багато років. ... Shell – це Нігерія, а Нігерія – це Shell."<sup>10</sup>

У результаті найбільш стійку надію дає апеляційний суд у Нідерландах, який ухвалив рішення, що нігерійська гілка нафтового гіганта Shell є відповідальною за шкоду, завдану дельті Нігеру. Суд зобов'язав Shell Nigeria сплатити компенсацію нігерійським фермерам, тоді як дочірньому підприємству та його англо-нідерландській материнській компанії було наказано встановити обладнання для запобігання майбутнім пошкодженням.

Справа Shell є ілюстрацією того, що невиконання державою її обов'язку із забезпечення захисту прав людини від порушень із боку бізнесу не звільняє сам бізнес від обов'язку поважати права людини. І виклик, який стоїть сьогодні перед системою захисту прав людини, полягає в тому, щоб запропонувати інструменти, які б спрацьовували у випадку відсутності реакції з боку держави на порушення прав людини з боку бізнесу, який діє під її юрисдикцією.

Розвиток бізнесу в державах, які є слабкими з точки зору забезпечення захисту прав людини, часто є визначальним компонентом бізнес-моделі відповідної компанії. Адже така модель зазвичай дає змогу суттєво мінімізувати витрати на ведення бізнесу через нижчі стандарти щодо забезпечення умов праці.

<sup>10</sup> "Shell in Nigeria: The Case for New Legal Strategies for Corporate Accountability," Corporate Accountability Lab, July 5, 2018, <https://corpaccountabilitylab.org/calblog/2018/7/5/shell-in-nigeria-the-case-for-new-legal-strategies-for-corporate-accountability>.

Трагічною ілюстрацією цього твердження є події, пов'язані з обвалом Рана Плаза в Бангладеш і кримінальним обвинуваченням на адресу французької компанії Auchan, яке було після цього.

24 квітня 2013 р. будівля Rana Plaza поблизу Дакки (Бангладеш) обвалилася, при цьому загинуло 1 135 робітників, понад 2 000 постраждали. У цій будівлі розміщувалися заводи, які виробляли одяг для світових брендів, при цьому будівля не була призначена для промислового використання. Виробники Auchan також перебували у будівлі, й Auchan навіть замовляв у спеціалізованої фірми аудит своїх виробників на предмет дотримання прав людини, зокрема безпеки праці. Як з'ясувалося вже після трагедії Rana Plaza, звіт за результатами аудиту був простою формальністю, реальна перевірка умов роботи не здійснювалася. Відповідно, Auchan звинуватили у недобросовісній поведінці, яка полягала в тому, що він свідомо використовував модель здійснення підприємницької діяльності, коли постачальники допускають високий ризик порушення прав людини і при цьому не докладають зусиль для реальної оцінки ситуації та мінімізації ризиків.

Результатом цієї ситуації, серед іншого, стало ухвалення у Франції у 2017 р. "Vigilance Law." Закон поширюється лише на великі французькі компанії (в яких працює не менше 5 000 осіб на території Франції або, як мінімум, 10 000 в усьому світі). Для них встановлено обов'язок оцінювати й усувати ризик несприятливого впливу їх діяльності на людей та планету, публікувати щорічні плани належної обачності, які охоплюють вплив, пов'язаний із власною діяльністю такої компанії, вплив компаній, що перебувають під її контролем, і вплив постачальників та субпідрядників, з якими вона має налагоджені комерційні відносини.<sup>11</sup> У випадку, якщо компанії не виконують ці зобов'язання, закон дає право потерпілим та іншим зацікавленим сторонам передати це питання до суду. Суд може накласти штраф у розмірі до 10 млн євро, якщо компанії не публікують плани. Штрафи можуть становити до 30 млн євро, якщо це порушення призведе до шкоди, якій можна було б запобігти.<sup>12</sup>

По суті, концепція належної обачності бізнесу у сфері прав людини зумовлена, по-перше, тим, що держава часто виявляється нездатною забезпечити повагу до прав людини з боку бізнесу, і по-друге, сам бізнес (особливо великі компанії) може бути потужним інструментом забезпечення поваги до прав людини тим бізнесом, який входить до його ланцюгів постачання. Інакше кажучи, з'являється недержавний механізм забезпечення поваги до прав людини (один суб'єкт несе зобов'язання щодо того, чи проявив він належну обачність стосовно поведінки іншого суб'єкта). Все більше європейських країн ухвалюють внутрішнє законодавство, спрямоване на

---

<sup>11</sup> "French Corporate Duty of Vigilance Law (English Translation)," European Coalition of Corporate Justice, last modified 2016, <https://respect.international/french-corporate-duty-of-vigilance-law-english-translation/>.

<sup>12</sup> Javed Siddiqui and Shahzad Nasir Uddin, "Human Rights Disasters, Corporate Accountability and the State: Lessons Learned from Rana Plaza?" *Accounting Auditing & Accountability Journal* (March 2016): 1-41.

забезпечення виконання великими компаніями свого обов'язку (Франція, Велика Британія, Нідерланди, Норвегія, Німеччина). 10 березня 2021 р. Європейський Парламент підтримав пропозицію з ухвалення “EU Directive on Mandatory Human Rights, Environmental and Good Governance Due Diligence” (“Директива ЄС щодо обов'язкової процедури належної обачності з прав людини, навколишнього середовища і належного управління”).<sup>13</sup>

### 1.2. *Порушення прав людини з боку держав та участь бізнесу в таких порушеннях*

Є ті держави, які не тільки не проявляють належну добросовісність у захисті прав людини, а й самі виступають серйозним їх порушником. Існує багато несправедливих держав: хоча такі держави можуть мати компетенцію і здатність бути “головними агентами справедливості” (й адресатами вимог у сфері прав людини), вони зловживають цією роллю й інституціоналізують форми несправедливості. Навіть коли ООН і “міжнародна спільнота” прагнуть закликати такі держави поважати права людини, санкції, які можуть бути застосовані, завжди є обмеженими. Залученість бізнесу до таких порушень посилює негативний вплив на права людини. Бруно Теш був визнаний винним і страчений за виробництво та продаж його компанією газу Циклон В, який використовувався у таборах знищення нацистської Німеччини. Теш був не один. Понад 300 суб'єктів економічної діяльності були піддані кримінальному переслідуванню за злочини проти людяності під час Голокосту. У 2020 р. була опублікована книга “Transitional Justice and Corporate Accountability from below” (“Перехідне правосуддя та корпоративна відповідальність з низів”<sup>14</sup>). У цій книзі розглядаються судові процеси та подальші судові й несудові зусилля (комісія з питань правди), які мали за мету притягнути економічних суб'єктів до відповідальності за співучасть у грубих порушеннях прав людини під час збройних конфліктів та в умовах авторитарних режимів.

Предметом уваги стають і випадки менш явної непрямой участі бізнесу у порушеннях прав людини, які вчиняє держава. Так, у відкритому листі 52 неурядових організацій із 18 країн до керівництва Nestlé у червні 2021 р. компанія була звинувачена у фінансуванні диктаторського режиму в Білорусі шляхом розміщення реклами своєї продукції на державних телеканалах.<sup>15</sup> Nestlé після проведення зустрічі з правозахисними організаціями заявила про суттєве скорочення своєї реклами в Білорусі.

<sup>13</sup> “EU Mandatory Human Rights Due Diligence Directive: Recommendations to the European Commission,” United Nations Human Rights, last modified July 2, 2021, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ohchr-recommendations-to-ec-on-mhrdd.pdf>.

<sup>14</sup> Leigh A. Payne, Gabriel Pereira, and Laura Bernal-Bermúdez, *Transitional Justice and Corporate Accountability from Below. Deploying Archimedes' Lever* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020).

<sup>15</sup> “Open letter: Nestlé must immediately stop funding state media in Belarus,” Libereco, last modified June 24, 2021, <https://www.lphr.org/en/nestle-finanzierung-staatliches-fernsehen-belarus/>; Правозащитники: Западные корпорации финансируют пропаганду Лукашенко,” DW, last modified August 4, 2021, <https://www.dw.com/ru/pravozashhitniki-zapadnye-korporacii-finansirujut-propagandu-lukashenko/a-58751449>.

Ще одна справа, яка була ініційована у 2013 р., у липні 2021 р. отримала новий виток розвитку, коли французькій компанії Amesys та її керівнику було висунуто кримінальне обвинувачення у співучасті у тортурах, які застосовувалися режимом Муаммара Каддафі. У 2007 р. Amesys, компанія з виробництва оснащення для спостереження в інтернеті, підписала із владою Лівії контракт на поставку “технологій перехвату.” Зокрема, компанія продала програму, “призначену для допомоги правоохоронним органам і службам із розвідки для зниження рівня злочинності, захисту від терористичних загроз і виявлення нових загроз безпеці.” За цим контрактом керівники компанії контактували з Адбаллой Сенуссі, зятем Каддафі і главою лівійських спецслужб. На момент укладення контракту він вже був визнаний кримінальним судом Парижа винним у скоєнні терористичних актів і був під міжнародним ордером на арешт Міжнародного кримінального суду за злочини проти людяності.

У 2011 р. під час “арабської весни” інтернет і соціальні мережі мали особливе значення, оскільки “всі демонстрації широко поширювались через соціальні мережі, як і інформація, яка дозволяла ЗМІ висвітлювати повстання і жорстокі репресії.” Влада Лівії використовувала програму компанії Amesys для стеження і переслідування опозиції.

Запит про порушення кримінальної справи проти Amesys було відкрито у 2013 р. після скарги двох французьких неурядових організацій, Міжнародної федерації прав людини (FIDH) та Ліги прав людини (LDH).

Розслідування у Франції також націлене на іншу фірму, Nexa Technologies, яку звинувачують у продажі оновленої версії програмного забезпечення Amesys уряду президента Єгипту Абдель Фаттах аль-Сісі. Програмне забезпечення під назвою “Cerebro” здатне передавати повідомлення в реальному часі або відстежувати дзвінки, які, за словами правозахисних організацій, допомогли ув’язнити тисячі єгипетських політв’язнів. Олів’є Бобо, керівника компанії Nexa, та двох інших керівників звинуватили у “співучасті у катуваннях та примусових зникненнях.”<sup>16</sup> Схоже розслідування ведеться проти ще однієї французької компанії з приводу її контрактів у Сирії.<sup>17</sup>

### *1.3. Розширення сфер суспільного життя, які перебувають поза державним впливом*

Здатність держав забезпечити адекватну реалізацію прав людини обмежена могутнім владним впливом недержавних суб’єктів.<sup>18</sup> Перш за все, йдеться про транснаціональні корпорації. У 1998 р. вийшла книга Раймонда Вернона, якого іноді називають піонером у вивченні транснаціональних корпорацій (його перші праці за цією тематикою були опубліковані ще у 1970-х роках), під назвою “В ураганному оці: проблемні

<sup>16</sup> “French technology firm charged over Libya cyber-spying,” last modified July 1, 2021, <https://www.rfi.fr/en/business-and-tech/20210701-french-tech-firm-charged-over-libya-cyber-spying>.

<sup>17</sup> “The Human Rights and Business: Toolkit for Syria. The Syrian Legal Development Programme,” SLDP, accessed July 1, 2021, <https://sldp.ngo/wp-content/uploads/2021/02/Toolkit-EN.pdf> 18.

<sup>18</sup> Simon Caney, *Justice beyond Borders: Global Political Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2005); Onora O’Neill, *Justice across Boundaries: Whose Obligations?* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016).

перспективи транснаціональних корпорацій.” Його рішення написати книгу, як він заявляє у передмові,

виросло із відчуття того, що світ скочується у період, коли неминучі зіткнення між багатонаціональними підприємствами та національними державами можуть ставати все більш частими й інтенсивними, знаходячи відгук у громадськості, як у публічному, так і в приватному секторах, що може істотно погіршити їх функціонування.<sup>19</sup>

Сьогодні глобальний характер бізнесу є таким, що незалежно від розміру чи моделі – будь-то транснаціональні корпорації або малі чи середні підприємства – компанії впливають як на людей у країнах їх перебування, так і по всьому світу. Один із прикладів цього впливу можна побачити в розповсюдженні складних ланцюгів поставок у багатьох секторах бізнесу. Ланцюги поставок однієї компанії можуть охоплювати кілька країн із дуже різними правовими рамками регулювання суспільних відносин.<sup>20</sup> За даними Міжнародної організації праці, як мінімум, кожне п'яте робоче місце пов'язане з глобальними ланцюгами поставок.<sup>21</sup> Включеність до такого глобального суспільства має значні переваги для бізнесу,<sup>22</sup> надає доступ до нових ринків робочої сили, нових технологій, а також дає змогу знижувати собівартість продукції. При цьому будучи потужним економічним, соціальним і політичним суб'єктом, бізнес також може бути силою добра в суспільстві. Компанії постачають товари та послуги, створюють робочі місця та можуть сприяти подоланню бідності,<sup>23</sup> вони можуть створювати, поширювати або спиратись на “кращі практики” та міжнародні стандарти.<sup>24</sup> Але ризик негативного впливу бізнесу також є значним.

До цього переліку, як видається, слід включити ще один фактор: розширення сфери суспільних відносин, які є предметом недержавного правового регулювання,<sup>25</sup> що значною мірою зумовлено названим вище третім фактором, але не вичерпується

<sup>19</sup> Raymond Vernon, *In the Hurricane's Eye: The Troubled Prospects of Multinational Enterprises* (Harvard, 1998), vii – viii.

<sup>20</sup> “Human Rights Watch, Human Rights in Supply Chains: A Call for A Binding Global Standard on Due Diligence,” last modified May, 2016, [https://www.hrw.org/sites/default/files/report\\_pdf/human\\_rights\\_in\\_supply\\_chains\\_brochure\\_lowres\\_final.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/human_rights_in_supply_chains_brochure_lowres_final.pdf).

<sup>21</sup> International Labor Organization, *World Employment and Social Outlook 2015: The Changing Nature of Jobs* (2015) 131, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_368626.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_368626.pdf).

<sup>22</sup> European Centre for International Political Economy, *The Economic Benefits of Globalization for Business and Consumers: 2018*, <http://ecipe.org/app/uploads/2018/01/Globalization-paper-final.pdf>.

<sup>23</sup> “A Measured Approach to Ending Poverty and Boosting Shared Prosperity: Concepts, Data, and the Twin Goals,” World Bank Group, last modified 2015, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/20384>. Див. також: Leaders, “Towards the End of Poverty,” *The Economist*, last modified June 1, 2013, <https://www.economist.com/leaders/2013/06/01/towards-the-end-of-poverty>.

<sup>24</sup> “Bank for International Settlements, Understanding Globalisation,” last modified June 18, 2017, <https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2017e6.pdf>.

<sup>25</sup> Див. детальніше: Олена Уварова, “Недержавне право: запрошення до дискусії,” *Право і громадянське суспільство* 1 (2015): 14–32, <http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/1-10-2015/item/198-nederzhavne-pravo-zaproshennya-do-dyskusi-yi-uvarova-o-o>.

ним. Один із найбільш яскравих проявів – соціальні мережі. Девід Кей, Спеціальний доповідач ООН із захисту права на свободу думки і вираження, називає соціальні мережі “приватними правотворцями,” які виробляють “платформне право” (“platform law”). Шляхом поєднання стандартів спільноти, контрактів, технологічного дизайну соціальномедійні компанії розробляють “фейсбучне право” або “твіттерне право,” замінюючи собою право національних юрисдикцій.<sup>26</sup> Компанії тільки з адресатів правових норм перетворилися на тих, хто встановлює правові норми (“Rule taker to rule maker”).<sup>27</sup>

Влада окремих компаній є настільки могутньою, що вони беруть на себе функцію захисту демократії та суспільного порядку в момент, коли держава проявляє, за їхніми оцінками, слабкість. Дискусії навколо впливу компаній на розвиток демократичних цінностей у суспільстві особливо активно поновилися після рішення Facebook і Twitter 6 січня 2021 р. заблокувати доступ Президента США Дональда Трампа до цих соціальних мереж назавжди. Основне, на що посилалися у своїх рішеннях соціальномедійні гіганти: Трамп використовував брехню, щоб підірвати демократію в США. Наслідком його дій став напад на Капітолій із боку розлюченого натовпу людей.

Ці дії соціальних мереж змусили багатьох поставити питання про те, чи означає це перегляд ставлення американського суспільства до цінності свободи слова, адже традиційно тут поріг заборони на висловлювання був надзвичайно високим. Цілі покоління американських політиків і юристів виходили з того, що демократії повинні спиратися на суспільні стримування та противаги – одним словом, “хороша мова заглушить погану.” Вважалося, що політична промова має бути особливо захищеною – щоб виборці знали, хто їхні лідери, і могли притягнути їх до відповідальності за те, що вони говорять і обіцяють.

Знаковість цього рішення зумовлена також тим, що американські платформи соціальних мереж позиціонували себе як майданчики безперешкодного вільного самовираження. 10 років тому працівники Twitter називали цей стартап “крилом свободи слова.”<sup>28</sup> Наприкінці 2019 р. Марк Цукерберг виступив зі зверненням, в якому захищав відданість Facebook принципам Першої поправки. Звідси – його відоме висловлювання про те, що соціальні платформи не повинні бути “арбітрами істини.”

У контексті цієї статті ситуація щодо рішення соціальних мереж про заборону Дональда Трампа бути їх користувачем являє собою значний інтерес у двох аспектах. Перший, який я назвала вище, полягає у тому, що це рішення демонструє надзвичайно високий вплив бізнесу на суспільні процеси. Другий аспект полягає у тому, що це

---

<sup>26</sup> Molly Land, “The Problem of Platform Law: Pluralistic Legal Ordering on Social Media,” SSRN, last modified September 15, 2019, <https://ssrn.com/abstract=3454222>.

<sup>27</sup> Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford: Oxford University Press, 2006).

<sup>28</sup> Webinar “Freedom of speech, populism and social media: Trump’s case and lessons for Ukraine,” accessed July 1, 2021, <https://m.youtube.com/watch?v=dmkkRfZYpHQ&feature=youtu.be>.

рішення є ілюстрацією недержавного правового регулювання і необхідності поширення на нього вимог верховенства права. По суті, ми маємо справу з випадком обмеження права людини (аж до повного заперечення) недержавним суб'єктом. Підстави для такого обмеження мають бути наперед передбачені на відповідному рівні регулювання (у цьому разі – недержавному), вони мають виноситися у встановленому порядку, обмеження повинні мати легітимну мету і бути пропорційними їй,<sup>29</sup> особи має бути гарантований доступ до правових засобів захисту. До слова, Наглядова рада Facebook, розглядаючи скаргу на винесене рішення, дійшла висновку, що видалення дописів Трампа та його блокування не є порушенням, але заборона доступу до цих соціальних мереж, встановлена назавжди, є порушенням, зокрема й тому, що суперечить правилам самого Facebook. Як вказується, Наглядова рада прагнула застосувати міжнародну призму прав людини, намагаючись врівноважити свободу вираження поглядів із можливою шкодою. Наглядова рада навіть звернулася в обґрунтуванні свого рішення до Керівних принципів ООН з бізнесу і прав людини, вказуючи на відповідальність приватного бізнесу в сфері прав людини.<sup>30</sup>

Відповідно, у другій половині ХХ ст. теорія прав людини, заснована на моделі, коли держава розглядається первісним адресатом вимог у сфері прав людини (вертикальна дія права людини), і покликана захистити їх від порушень із боку третіх осіб, які виступають вторинними адресатами таких вимог (горизонтальна дія прав людини), все частіше виявляла свою недієвість на практиці. З сутнісної точки зору такий підхід викликає заперечення, оскільки робить розуміння прав людини державоцентричним.

Первісне припущення щодо того, що держави є головними агентами справедливості, розглядає держави і тільки держави як такі, що мають волю і здатність реалізовувати, делегувати або розподіляти всі зобов'язання щодо забезпечення справедливості. Проблема етатистських підходів полягає не в тому, що вони прагнуть розподілити зобов'язання, які відповідають правам людини, а в тому, що вони розподіляють їх способами, які можуть не працювати. Незважаючи на очікуваний реалізм тих, хто покладає зобов'язання на державу, їхній підхід часто буває абсолютно нереалістичним.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Ретельний аналіз вимог до модерування, яке здійснюють соціальні платформи, провів Баррі Сандер у своїй статті: Barrie Sander, "Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: the Promise and Pitfalls of a Human Rights Based Approach to Content Moderation," *Fordham International Law Journal* 43:4 (2020): 934–1006. Він говорить про такі змістовні вимоги до модерації, як легальність, легітимність, необхідність, яка передбачає врахування місцевого контексту, характеристик платформи, вибір найменш інтрузивного обмежувального заходу, виконання захисної функції обмежувального заходу; і також про процедурні вимоги на рівні встановлення правил модерування з боку соціальної платформи, вимоги до порядку прийняття рішень та можливості їх оскарження.

<sup>30</sup> "Trump, Facebook, democracy and rights: 'how to handle free speech in an age of information chaos,'" Blog by Marc Limon, Executive Director of the Universal Rights Group, last modified May 17, 2021, <https://www.universal-rights.org/uncategorized/trump-facebook-democracy-and-rights-how-to-handle-free-speech-in-an-age-of-information-chaos/>.

<sup>31</sup> Onora O'Neill, "Agents of Justice," *Metaphilosophy* 32 (Special Issue: Global Justice) (2001): 180–95.

У всіх перерахованих вище випадках, коли немає належних (ефективних) первісних адресатів вимог у сфері прав людини (або, за висловом Онори О'Нейл, “первісних агентів справедливості”), хто має забезпечити відповідальну поведінку вторинних адресатів? Ключова теза концепції бізнесу і прав людини відповідає на це запитання: повага до людської гідності має забезпечуватися незалежно від ефективності й належності дій держави; права людини є обов'язковими до реалізації недержавними суб'єктами, зокрема в ситуації, коли сама держава їх не виконує. А отже, такі недержавні суб'єкти у низці випадків можуть бути прямими адресатами вимог у сфері прав людини, без опосередкування з боку держави. Це правило є універсальним, незалежно від статусу недержавного суб'єкта. Але чим більшим є вплив такого суб'єкта на суспільство, тим вищими є очікування щодо його поведінки в сфері прав людини.

Визнання за недержавними суб'єктами статусу первинних адресатів вимог у сфері прав людини не означає, що ми допускаємо повне витіснення такими суб'єктами держави. Головну їх відмінність від держави становить те, що вони не можуть встановлювати правовий порядок у межах усього суспільства. Їхні можливості щодо впливу на поведінку інших учасників суспільних відносин із метою забезпечення її відповідності правам людини є обмеженими.

## II. Зобов'язання бізнесу в сфері прав людини: вертикальний вимір

Як уже було вказано у попередньому розділі, основною метою “юридичних” прав людини традиційно вважається встановлення правил взаємовідносин між особою і державою (“вертикальний ефект (дія)” прав людини, англ. vertical effect); однак права людини можуть бути звернені й до інших осіб та вимагати певної поведінки від недержавних суб'єктів, тобто мати так званий прямий “горизонтальний ефект (дію)” (англ. horizontal effect).<sup>32</sup>

Утім, такий підхід, по суті, не виходить за межі державоцентричного підходу – говорячи і про вертикальний, і про горизонтальний ефект прав людини, ми говоримо про зобов'язання держави – у першому випадку щодо її власних дій, у другому – щодо дій третіх осіб, які зачіпають права людини. Тобто горизонтальний ефект прав людини має місце, коли первісним адресатом у сфері прав людини лишається держава – до неї звернута вимога забезпечити дієвість прав людини у відносинах між двома приватними суб'єктами, щодо яких вона має владні повноваження. Тобто “горизонтальний ефект” тут вказує не стільки на відносини між самими двома суб'єктами (які, насправді, можуть перебувати у відносинах підпорядкування, як наприклад, роботодавець і працівник), скільки на те, що їх рівність перед правом забезпечує держава, і вони рівною мірою можуть розраховувати на її втручання у разі порушення прав людини

---

<sup>32</sup> Ганна Христова, “Зобов'язання держави у сфері прав людини,” у *Велика українська юридична енциклопедія, т. 3, Загальна теорія права* / редкол.: О. В. Петришин (голова) та ін. Харків: Право, 2017), 163–69.



однією зі сторін цих відносин. Те, що в основі горизонтального виміру прав людини лежить той самий державоцентричний підхід, підтверджує Джон Кнокс.<sup>33</sup>

Але чи можемо ми говорити про горизонтальну дію прав людини у перерахованих у попередньому розділі ситуаціях, коли держава не виконує роль адресата вимог у сфері прав людини (через неспроможність або недемократичний характер, або через те, що відносини об'єктивно перебувають поза сферою владного впливу держави)?

Так, наприклад, коли почалася пандемія COVID-19, підприємства намагалися мінімізувати збитки. Серед іншого, великі бренди вдалися до скасування замовлень або призупинення їх на період, допоки ситуація не покращиться і попит зросте. Такі дії вели до масштабних звільнень працівників, масової невиплати заробітної плати, припинення діяльності окремих фірм-постачальниць.<sup>34</sup> Часто йшлося про договори між компаніями з Північної Америки та ЄС і постачальниками з країн, де стандарти у сфері праці є низькими.<sup>35</sup> При цьому компанії-замовниці діяли в межах укладених договорів – вони використовували включені до них пункти, які надають їм право відмовитися від договору у будь-який момент, чим ставили контрагентів та їхніх працівників у вкрай уразливе становище.<sup>36</sup>

Відповідно до Керівних принципів ООН з бізнесу і прав людини компанії мають зобов'язання "не нашкодити" (do no harm), вони несуть корпоративну відповідальність поважати права людини. Це вимагає від будь-якої компанії проведення процедур належної обачності (due diligence) і, в такий спосіб, виявлення, запобігання та реагування на негативний вплив, здійснюваний на права людини у процесі функціонування такої компанії та в її ланцюгах поставок. У наведеному вище прикладі повага до прав людини означає, що компанії, які скасовують або змінюють свої замовлення, мають оцінювати вплив своїх рішень на робітників і постачальників та намагатися мінімізувати такий негативний вплив наскільки це можливо.<sup>37</sup> Запит на таку належну обачність особливо підвищується, коли йдеться про ситуації очевидної фактичної нерівності формально рівних сторін договору, оскільки постачальники вимушено погоджуються на умову договору, яка надає право замовнику відмовитися від зробленого замовлення

<sup>33</sup> John Knox, "Horizontal Human Rights Law," *The American Journal of International Law* 102 (1) (2008): 1–47.

<sup>34</sup> Radu Mares, "COVID-19: Labour Rights in Global Supply Chains – Impacts and Responsibilities," Raoul Wallenberg Institute, last modified April 15, 2020, <https://rwi.lu.se/blog/covid-19-labour-rights-in-global-supply-chains-impacts-and-responsibilities/>.

<sup>35</sup> "Big brands and cheap clothes in the West are bad news for Ukrainian workers," Open Democracy, last modified July 7, 2020, <https://www.opendemocracy.net/en/odr/ukraine-global-brands-cheap-clothing/>.

<sup>36</sup> "CSOs call on gov'ts, brands & suppliers to urgently mitigate health & economic impacts on 60 million garment workers bearing brunt of COVID-19 crisis," Business and human rights Resource Center, last modified Mar 24, 2020, <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/csos-call-on-govts-brands-suppliers-to-urgently-mitigate-health-economic-impacts-on-60-million-garment-workers-bearing-brunt-of-covid-19-crisis/>.

<sup>37</sup> "COVID-19 Tracker: Which Brands Are Acting Responsibly toward Suppliers and Workers?" WRC, accessed 2021, <https://www.workersrights.org/issues/covid-19/tracker/>.

у будь-який момент до моменту поставки, і повністю залежать від добросовісної поведінки контрагента, не маючи жодних важелів впливу на неї.

Ще одним прикладом може бути модель відносин, які виникають на основі цифрових платформ. Технології сприяли появі гіг-економіки (економіки цифрових платформ), створюючи більш широкі, як видається, і більш гнучкі можливості для зайнятості, наприклад, за допомогою таких служб замовлення послуг перевезення як Uber або Lyft, або платформ для підбору робочої сили, або служб доставки, як Glovo, тощо. На основі цих нових бізнес-моделей виникли унікальні ділові відносини, які часто не відповідають традиційним моделям трудових відносин.<sup>38</sup> Наприклад, працівники, які мають завдання, що нагадують завдання звичайних працівників, можуть при цьому мати статус “самозайнятої особи,” “фрілансера” або “підприємця,” не маючи доступу до тих прав і пільг, які закон гарантує для працівників за трудовим договором. Особливу уразливість свого становища такі гіг-працівники відчували у часи COVID-19.<sup>39</sup> Компанії-наймачі таких працівників часто не забезпечують їх засобами індивідуального захисту, дезінфекційними засобами, не інструктують щодо того, як поводитись, щоб убезпечити себе і клієнтів; також такі гіг-працівники не захищені від односторонніх змін в оплаті праці й способах організації роботи, а також від одностороннього припинення відносин, що для працівників означає припинення їх зайнятості. Фактично гіг-працівники опинилися в ситуації, коли негативні наслідки непередбачуваної ситуації, такої як пандемія, можуть повністю бути покладені на них.

Майкл Сендел у своїй класичній праці “Справедливість: які вчинки є правильними”<sup>40</sup> наводить приклади договірних відносин, в яких, через нерівність становища їх сторін, дія прав людини не є горизонтальною. Йдеться про ситуацію, коли внаслідок урагану Чарлі люди були вимушені купувати товари і користуватися послугами, ціни на які іноді в десятки разів перевищували звичайні ціни й пояснювалися тільки уразливим становищем людей, в яких вибір укласти договір чи ні, і на яких умовах, існував лише формально.

Перераховані вище ситуації є прикладами того, коли бізнес-суб’єкт і людина (або група людей), на права яких здійснює вплив діяльність такого суб’єкта, не є рівними. І саме ця нерівність у можливості впливу на іншу сторону зумовлює вимогу до сторони, яка наділена таким владним впливом, щодо поваги до прав людини й максимально можливої належної обачності для того, щоб не допустити негативний вплив на них.

<sup>38</sup> “Gig Economy, Human rights implications and legal and policy rights protection frameworks for gig economy workers,” Business and human rights Resource Center, accessed 2021, <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/technology-human-rights/gig-economy/>.

<sup>39</sup> “National measures to protect non-standard workers including workers in the platform economy,” COVID-19 Watch Etuc Briefing Note Non-Standard/Platform Workers, last modified March 27, 2020, <https://www.etic.org/sites/default/files/publication/file/2020-04/National%20measures%20to%20protect.pdf>.

<sup>40</sup> Michael Sandel, *Justice: What's The Right Thing To Do?* (Farrar, Straus and Giroux, 2010).

Інакше кажучи, недержавні суб'єкти, які в іншому контексті дійсно виступають вторинними адресатами вимог у сфері прав людини, можуть опинитися в ситуації, коли вони стають *первинними* носіями зобов'язань у сфері прав людини. “Їх сприяння справедливості може і має використовувати можливості, що перед ними відкриваються. Вони можуть вибрати підтримку і просування справедливості, можуть утриматися від будь-якої позиції або скористатися ситуацією, діючи несправедливо.” У термінах Керівних принципів ООН з бізнесу і прав людини ця ж думка звучить більш предметно: “бізнес може безпосередньо порушувати права людини або сприяти порушенням, які вчиняють інші особи, у тому числі держава, або ж користуватися наслідками негативного впливу на права людини, який вчиняє інша особа, отримувати вигоду від нього” (Принцип 19<sup>41</sup>).

Будь-яке чітке розмежування між первинними і вторинними агентами має місце тільки там, де є сильні й відносно справедливі держави, які успішно врегульовують поведінку інших суб'єктів в межах своїх кордонів. Але як тільки ми дивимося на реалії життя, в якому держави можуть бути слабкими, будь-який простий розподіл на первинних і вторинних агентів нівелюється.<sup>42</sup>

### III. Вимога легітимності до бізнесу

Багато вчених і бізнес-лідерів давно дотримуються думки, що повага прав людини або виконання соціальних обов'язків не є справою бізнесу. Сурія Дева, член Робочої групи ООН з бізнесу і прав людини, називає цю епоху “бізнес *або* права людини.”<sup>43</sup> Відомі дебати Берла-Додда на початку 1930-х років були чудовою ілюстрацією цієї епохи,<sup>44</sup> в яких Берл стверджував, що корпорації мають використовувати свою владу тільки в інтересах своїх акціонерів. Погляди Берла були рішуче підтримані Мілтоном Фрідманом,<sup>45</sup> на думку якого, в умовах вільної ринкової економіки єдина соціальна відповідальність бізнесу – це максимізація прибутку для акціонерів. Для Фрідмана, одного з найбільш ярих прибічників необмеженості ринків у ХХ ст., ідея про те, що корпорації мають відігравати певну роль у вирішенні більш значущих соціальних проблем, являє собою крок на шляху до соціалізму. Він стверджував,

<sup>41</sup> Guiding Principles on Business and Human Rights, Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, HR/PUB/11/04, [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf).

<sup>42</sup> O'Neill, *Agents of Justice*, 177.

<sup>43</sup> Surya Deva, “From ‘business or human rights’ to ‘business and human rights’: what next?” *Research Handbook on Human Rights and Business*, ed. Surya Deva and David Birchall (Edward Elgar, 2020), 3.

<sup>44</sup> Adolph A. Berle, “Corporate Powers as Powers in Trust,” *Harvard Law Review* 44 (1931): 1049; E. Merrick Dodd, “For Whom Are Corporate Managers Trustees?” *Harvard Law Review* 45 (1931): 1145; Adolph A. Berle, “For Whom Are Corporate Managers Trustees: A Note,” *Harvard Law Review* 45 (1932): 1365.

<sup>45</sup> Milton Friedman, *Capitalism and Freedom* (Chicago University Press, 1962); Milton Friedman, “The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits,” *New York Times Magazine* (1970): 33.

що корпоративні керівники є агентами, покликаними служити інтересам своїх власників – акціонерів.<sup>46</sup>

У цієї точки зору є прибічники і сьогодні. На переконання Елейн Стернберг,<sup>47</sup> “визначальною метою бізнесу є максимальне збільшення вартості власності у довготривалій перспективі шляхом продажу товарів або послуг”<sup>48</sup> і використання “бізнес-ресурсів у некомерційних цілях [соціальна відповідальність] є рівносильною крадіжці.”<sup>49</sup>

Сьогодні ситуація змінилась, як мінімум, на рівні глобальних трендів. Корпорації вже не заявляють, принаймні публічно, що їхня єдина мета – максимізувати прибуток незалежно від будь-якого негативного впливу на суспільство. За останні два роки провідні світові бізнес-асоціації і пов’язані з ними експертні групи стали дистанціюватися від ключової особливості “класичної” форми корпоративного управління: пріоритет акціонерів.<sup>50</sup> У серпні 2019 р. Круглий стіл ділових кіл США, до складу якого увійшли керівники 200 найбільших корпорацій США, опублікував нову заяву про “цілі корпорації,” підписану 181 її членом. У прес-релізі відзначалося, що кожне попереднє оновлення керівництва з корпоративного управління схвалювало принцип максимізації акціонерної вартості. Навпаки, нова заява зобов’язує генеральних директорів, які її підписали, “керувати своїми компаніями на благо всіх зацікавлених сторін – клієнтів, співробітників, постачальників, спільнот і акціонерів.”<sup>51</sup>

Зі свого боку Британська академія почала обговорення теми “Реформування бізнесу для XXI століття” у 2017 р. Фінальний звіт оприлюднено у 2021 р.:

Бізнес – це вирішення проблем людей і планети за допомогою інновацій, уяви й творчості. Прибуток має надходити від цього. Але надто часто компанії також отримують вигоду від створення проблем для навколишнього середовища й нерівності.

< ... > В основі бізнесу має бути мета вирішення проблем людей і планети з вигодою, а не отримання вигоди від створення проблем.

< ... > Покладання відповідальності за цю зміну на директорів забезпечує чітку підзвітність людям, на яких впливає бізнес, і дає можливість тим, хто працює з бізнесом, притягувати його до відповідальності. Нововведення в сфері володіння, управління, регулювання, вимірювання, фінансування і спільного інвестування підтримують реалізацію цих корпоративних цілей.<sup>52</sup>

<sup>46</sup> William T. Allen, “Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation,” *Cardozo Law Review* 14 (1992): 261, 281.

<sup>47</sup> Elaine Sternberg, *Just Business: Business Ethics in Action*, 2nd ed (Oxford: Oxford University Press, 2000).

<sup>48</sup> *Ibid*, 32.

<sup>49</sup> *Ibid*, 41.

<sup>50</sup> Anne Case and Angus Deaton, *Deaths of Despair and the Future of Capitalism* (Princeton: Princeton University Press, 2020).

<sup>51</sup> “Business Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation,” Business Roundtable, last modified August 19, 2019, <https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>.

<sup>52</sup> “Policy & Practice for Purposeful Business, The final report of the Future of the Corporation programme, The British Academy,” last modified 2021, <https://www.thebritishacademy.ac.uk/documents/3462/Policy-and-Practice-for-Purposeful-Business-The-British-Academy.pdf> 55.

Давоський форум 2020 р. заявив про зміну “капіталізму акціонерів” (“shareholder capitalism”) на “капіталізм зацікавлених осіб” (“stakeholder capitalism”).<sup>53</sup>

Утім, небезпечні прояви концепції “бізнес або права людини” все ще присутні в сучасному дискурсі, а в суспільствах, які відносять до постсоціалістичних, вони значною мірою переважають у ньому. Одним із таких проявів є надзвичайний акцент на економічне обґрунтування корпоративної відповідальності поважати права людини, тобто наведення аргументів, чому бізнесу *економічно* вигідно поважати права людини.<sup>54</sup> “Але якщо права людини – це просто інструменти для отримання більшого прибутку або уникнення фінансових та інших ризиків для компаній, то навіщо робити вигляд, що компанії є більш соціально відповідальні?”<sup>55</sup> Неможливо змінити існуючий спосіб ведення бізнесу, пропонуючи повністю засноване на ньому ж обґрунтування зобов’язань бізнесу в сфері прав людини. Підтримувати і захищати права людини набагато легше, якщо це слугує інтересам бізнесу. Справжня перевірка відданості бізнесу корпоративній повазі прав людини відбувається в ситуаціях, коли компанії стають на бік прав людини, навіть якщо не має економічного сенсу або це знижує шанси на отримання прибутку (наприклад, відмова від дискримінаційної реклами, впровадження розумного прилаштування для людей з дітьми та ін.).

Поняття “відповідальний бізнес” можна порівняти з поняттям “демократичної держави”. Адаже в основі держави – прагнення до абсолютизації влади, в основі бізнесу – до максимізації прибутку. Але як перші йдуть на обмеження державної влади правами людини, так і для других це є актуальним завданням. Визначальним тут є ціннісний аргумент, а не аргумент утилітаристський. В основі обмеженості держави правами людини у здійсненні своєї влади і необхідності виконання нею зобов’язань у сфері прав людини лежить вимога легітимності державної влади. До компаній, які так само як і держави, мають сьогодні владний вплив на життя людини, більший або менший, також звернуто вимогу щодо легітимізації їхньої влади. Там, де господарська діяльність перебуває під ефективним контролем демократичної держави, легітимізація відбувається шляхом її легалізації з боку держави. Але там, де держава не може здійснювати ефективний контроль, бізнес потребує безпосередньої легітимації з боку суспільства.

Легітимність бізнесу є попередньою умовою ліцензії компанії на діяльність у суспільстві і відносин із різними внутрішніми й зовнішніми зацікавленими

<sup>53</sup> “Here’s how to make stakeholder capitalism a reality, World Economic Forum,” last modified January 19, 2020, <https://www.weforum.org/agenda/2020/01/the-path-to-stakeholder-capitalism-requires-something-basic-decency>. Див. також: “World Economic Forum, ‘Davos Manifesto 2020: The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution,’” <https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution/>.

<sup>54</sup> Archie B. Carroll and Kareem M. Shabana, “The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice,” *International Journal of Management Reviews* 12, no. 1 (2010); Bağlayan Başak, Ingrid Landau, Marisa McVey, and Wodajo Kebene, “Good Business: The Economic Case for Protecting Human Rights,” SSRN, last modified December 20, 2018, <https://ssrn.com/abstract=3304959>.

<sup>55</sup> Deva, “From ‘business or human rights,’” 3.

сторонами, включаючи інвесторів, акціонерів, працівників, клієнтів, споживачів, постачальників, місцеві громади, державу і міжнародну спільноту. “Всього декілька десятиліть назад легітимність компанії більшою або меншою мірою визначалась загальними нормами, контролем і централізованим регулюванням із боку держави. Сьогодні легітимність забезпечується у принципово нових формах політичного управління.”<sup>56</sup>

І в цьому важлива особливість концепції бізнесу і прав людини, яка виводить її за межі “західного неоліберального капіталізму.” Останній визнає необхідність соціальної відповідальності бізнесу, але розглядає її як приватну відповідальність. За ліберальною теорією тільки держави розглядаються як публічні актори. Компанії належать виключно до приватної сфери, а отже, вони не потребують легітимації з боку суспільства. Як зазначає Флоріан Ветштейн, такий підхід “концептуалізує корпорації як аполітичні, а корпоративну відповідальність – як суто приватну.”<sup>57</sup> Але такий підхід ігнорує реальний стан речей: діяльність компаній може суттєвим чином впливати на суспільні інтереси, компанії далеко не завжди діють суто у приватному просторі, “який їм надається державою” (найбільш яскравим прикладом є соціальні мережі, але це також може бути справедливо для всіх сфер, які врегульовуються корпоративними нормами, в їх широкому значенні, – релігійними, спортивними, професійними тощо), і держави далеко не завжди спроможні здійснювати ефективний контроль за такою діяльністю. Те ж “фейсбучне право” або “твіттерне право” мають значний вплив на те, як інтернет виглядає для кожного з нас. Компанії, які працюють у соціальних мережах, є майданчиками для спілкування: вони вирішують, якою інформацією користувачі можуть ділитися і з ким, і які наслідки можуть наставати за порушення встановлених правил і за якою процедурою. Вони стають “кураторами інформаційного світу, в якому живе значна кількість людей.”<sup>58</sup>

Це вказує на необхідність визнати компанії суб’єктами публічної відповідальності, влада яких підлягає легітимізації з боку суспільства.

Розвиток суспільних відносин і роль бізнесу в цьому процесі призвели до того, що сьогодні все більше лунає теза про новий суспільний договір, який буде розглядати бізнес як одну зі сторін, поряд із державою і суспільством. Бізнес, як носій публічної влади в певній частині, виступає також і адресатом вимог легітимності. Слід зазначити, що поняття “нового суспільного договору” супроводжує Керівні принципи ООН з бізнесу і прав людини з того моменту, як їх було задумано – Джон Ратті

<sup>56</sup> Jacob Dahl Rendtorff, *Handbook of Business Legitimacy. Responsibility, Ethics and Society* (Springer Nature Switzerland AG, 2020).

<sup>57</sup> Florian Wettstein, “The History of ‘Business and Human Rights’ and its Relationship with Corporate Social Responsibility,” in *Research Handbook on Human Rights and Business*, ed. Surya Deva and David Birchall (Edward Elgar, 2020), 38.

<sup>58</sup> Molly Land, “The Problem of Platform Law: Pluralistic Legal Ordering on Social Media,” SSRN, last modified October 2, 2019, <https://ssrn.com/abstract=3454222>.

прямо вказував очікування, спрямовані до корпорацій як до частини колективного суспільного договору.<sup>59</sup>

Водночас питання легітимності влади виходить далеко за межі права. Право забезпечує, скоріше, процедурні інструменти легітимації, сприяючи таким чином більшій визначеності й попереджуючи потенційні спори. Концепція бізнесу і прав людини також пропонує процедури, спрямовані, по суті, на легітимацію діяльності компаній у суспільстві. Насамперед ідеться про процедуру *human rights due diligence* (процедура забезпечення належної обачності щодо прав людини), а також звітування за нефінансовими показниками.

Керівні принципи ООН з бізнесу і прав людини включає процедуру забезпечення належної обачності щодо прав людини як основний інструмент управління, який дає змогу підприємствам дізнатися і показати, що вони поважають права людини. Ця процедура передбачає оцінку фактичного і потенційного впливу на права людини, інтеграцію результатів і життя заходів відповідно до них, відслідковування ефективності цих заходів у відповідь й інформування про те, як усуваються ризики негативного впливу. Такі впливи можуть виникати внаслідок власної діяльності підприємства або можуть бути пов'язані з його операціями, продуктами чи послугами діловими відносинами вгору та вниз по ланцюжку створення вартості. Ця процедура включає як необхідний елемент ефективний доступ усіх зацікавлених осіб до визначення відповідних ризиків. Забезпечення належної обачності є способом забезпечення легітимності бізнес-процесів.

Необхідність легітимності бізнесу також зумовлює необхідність дотримуватися вимог верховенства права в принципі верховенства права – принципу, який є застосовним як до державного правового регулювання, так і до недержавного. Йдеться, зокрема, про те, що встановлені недержавним суб'єктом правила поведінки не повинні призводити до порушення прав людини. Тому, наприклад, недержавне правове регулювання не повинно бути дискримінаційним; той факт, що таке регулювання здійснюється приватним суб'єктом, не може слугувати виправданням для обмеження прав людини на тій чи іншій підставі – статі, кольору шкіри, походження, віку, національної належності тощо – за винятком випадків, коли для такого обмеження існує легітимна мета (наприклад, обмеження доступу до певного контенту за віком), воно є чітко передбаченим у встановлених правилах, які є доступними до ознайомлення, і воно є пропорційним.<sup>60</sup> До гарантій верховенства права входить можливість скористатися “ефективними засобами правового захисту на операційному рівні.”

<sup>59</sup> UN, *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*, A/HRC/8/5 (2008), para 69.

<sup>60</sup> Barrie Sander, “Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: the Promise and Pitfalls of a Human Rights Based Approach to Content Moderation,” *Fordham International Law Journal* 43:4 (2020): 934–1006.

## Висновки

Носієм зобов'язань у сфері прав людини виступають всі актори, які мають владний вплив на індивіда, групу або спільноту. Бізнес є одним із таких акторів. Це зумовлює звернення до бізнесу вимоги легітимації його діяльності – змістовної – через відповідність його діяльності цінностям поваги людської гідності та прав людини, і процедурної – у вигляді процедури забезпечення належної обачності щодо прав людини. Чим більш суттєвим є вплив бізнесу на права людини, тим більшими є очікування щодо легітимації його діяльності.

Навіть у ситуації, коли держава здійснює ефективний контроль за діяльністю бізнесу на своїй території з точки зору дотримання ним прав людини, вимога легітимації є актуальною, оскільки є простір, вільний від державного правового регулювання. Об'єктивно держава не може (і не повинна) врегулювати всі аспекти функціонування суб'єктів господарювання, простір для саморегулювання завжди лишається. Бізнес, розуміючи свої внутрішні процеси, здатен краще виявляти ризики для прав людини й мінімізувати їх. Держава ж може реагувати лише на порушення прав людини, яке вже сталося.

Запит на виконання бізнесом його зобов'язань у сфері прав людини особливо посилюється в ситуації, коли державний контроль за його діяльністю є відсутнім або неефективним. Такі ситуації можливі у разі слабкого характеру державної влади або її непослідовної політики у сфері прав людини (зокрема, інвестиційні проекти можуть не оцінюватися державою з точки зору їх впливу на права людини) або в ситуації недемократичного політичного режиму, коли сама держава порушує права людини, а бізнес прямо або непрямо бере участь у таких порушеннях. Також можливою є ситуація, коли держава не володіє достатніми важелями впливу на бізнес. Класичним прикладом такої ситуації є транснаціональні корпорації. Але відсутність ефективного контролю держави може пояснюватися також олігархічною структурою економіки.

Відповідно, концепція бізнесу і прав людини, будучи відповіддю на сучасні виклики “несправедливого соціального досвіду,” змушує переглянути класичні погляди на адресатів вимог у сфері прав людини, механізм дії принципу верховенства права, вимоги якого мають поширюватися на приватних суб'єктів також, та, зрештою, переглянути сам суспільний договір з огляду на значний вплив, який здійснює бізнес на організацію життя в сучасному суспільстві.

© О. Уварова, 2021

## Bibliography

- Allen, William T. “Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation.” *Cardozo Law Review* 14 (1992): 261–81.
- “A Measured Approach to Ending Poverty and Boosting Shared Prosperity: Concepts, Data, and the Twin Goals,” World Bank Group. Last modified 2015. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/20384>.



- “Auchan lawsuit (re garment factories in Bangladesh).” Business and human rights Resource Center. Last modified April 24, 2014. <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/auchan-lawsuit-re-garment-factories-in-bangladesh>.
- “Bank for International Settlements, Understanding Globalisation.” Last modified June 18, 2017. <https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2017e6.pdf>.
- Başak, Bağlayan, Ingrid Landau, Marisa McVey, and Wodajo Kebene. “Good Business: The Economic Case for Protecting Human Rights.” SSRN. Last modified December 20, 2018. <https://ssrn.com/abstract=3304959>.
- Barrie Sander. “Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: the Promise and Pitfalls of a Human Rights Based Approach to Content Moderation.” *Fordham International Law Journal* 43:4 (2020) 934–1006.
- Berle, Adolph A. “Corporate Powers as Powers in Trust.” *Harvard Law Review* 44 (1931).
- Berle, Adolph A. “For Whom Are Corporate Managers Trustees: A Note.” *Harvard Law Review* 45 (1932).
- “Big brands and cheap clothes in the West are bad news for Ukrainian workers.” Open Democracy. Last modified July 7, 2020. <https://www.opendemocracy.net/en/odr/ukraine-global-brands-cheap-clothing/>.
- “Business Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation.” Business Roundtable. Last modified August 19, 2019. <https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>.
- Caney, Simon. *Justice beyond Borders: Global Political Theory*. Oxford University Press, 2005.
- Carroll, Archie B., and Kareem M. Shabana. “The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice.” *International Journal of Management Reviews* 12, no. 1 (2010).
- Case, Anne, and Angus Deaton. *Deaths of Despair and the Future of Capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2020.
- Cassese, Antonio. *Realizing Utopia. The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Chen, Lung-chu. *An Introduction to Contemporary International Law. A Policy-Oriented Perspective*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2015.
- Cismas, Ioana. *Religious Actors and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Clapham, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- “Covid-19 Tracker: Which Brands Are Acting Responsibly toward Suppliers and Workers?” WRC. Accessed 2021. <https://www.workersrights.org/issues/covid-19/tracker/>.
- “CSOs call on gov’t, brands & suppliers to urgently mitigate health & economic impacts on 60 million garment workers bearing brunt of COVID-19 crisis.” Business and human rights Resource Center. Last modified March 24, 2020. <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/csos-call-on-govts-brands-suppliers-to-urgently-mitigate-health-economic-impacts-on-60-million-garment-workers-bearing-brunt-of-covid-19-crisis/>.
- Deva, Surya. “From ‘business or human rights’ to ‘business and human rights’: What Next?” *Research Handbook on Human Rights and Business*, edited by Surya Deva and David Birchall. Edward Elgar, 2020.

- “EU Mandatory Human Rights Due Diligence Directive: Recommendations to the European Commission.” United Nations Human Rights. Last modified July 2, 2021. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ohchr-recommendations-to-ec-on-mhrdd.pdf>.
- European Centre for International Political Economy, *The Economic Benefits of Globalization for Business and Consumers*: 2018. <http://ecipe.org/app/uploads/2018/01/Globalization-paper-final.pdf>.
- “French Corporate Duty of Vigilance Law (English Translation).” European Coalition of Corporate Justice. Last modified 2016. <https://respect.international/french-corporate-duty-of-vigilance-law-english-translation/>.
- “French technology firm charged over Libya cyber-spying.” Last modified July 1, 2021. <https://www.rfi.fr/en/business-and-tech/20210701-french-tech-firm-charged-over-libya-cyber-spying>.
- Friedman, Milton. “The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits.” *New York Times Magazine* (1970).
- Friedman, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago University Press, 1962.
- “Gig Economy, Human rights implications and legal and policy rights protection frameworks for gig economy workers.” Business and human rights Resource Center. Accessed 2021. <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/technology-human-rights/gig-economy/>.
- Guiding Principles on Business and Human Rights, Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, HR/PUB/11/04. [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf).
- Heffes, Ezequiel, Marcos D. Kotlik, and Manuel J. Ventura. *International Humanitarian Law and Non-State Actors Debates, Law and Practice*. Springer, 2020.
- “Here’s how to make stakeholder capitalism a reality, World Economic Forum.” Last modified January 19, 2020. <https://www.weforum.org/agenda/2020/01/the-path-to-stakeholder-capitalism-requires-something-basic-decency>.
- Hristova, Anna. “The doctrine of positive obligations of the state in the field of human rights.” [In Ukrainian.] Dis ... Dr. Jurid. Sciences, Yaroslav the Wise National University of Law, 2019.
- Hristova, Anna. “State Obligations in the Sphere of Human Rights.” [In Ukrainian.] In *Great Ukrainian Legal Encyclopedia*, vol. 3: General Theory of Law / editor: O. V Petryshyn (chairman) and others, 163–69. Kharkiv: Pravo, 2017).
- “Human Rights Defenders: Western Corporations Fund Lukashenko’s Propaganda.” [In Russian.] DW. Last modified August 4, 2021. <https://www.dw.com/ru/pravozashhitniki-zapadnye-korporacii-finansirujut-propagandu-lukashenko/a-58751449>.
- “Human Rights Watch, Human Rights in Supply Chains: A Call for A Binding Global Standard on Due Diligence.” Last modified May, 2016. [https://www.hrw.org/sites/default/files/report\\_pdf/human\\_rights\\_in\\_supply\\_chains\\_brochure\\_lowres\\_final.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/human_rights_in_supply_chains_brochure_lowres_final.pdf).
- International Labor Organization, *World Employment and Social Outlook 2015: The Changing Nature of Jobs* (2015) 131. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_368626.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_368626.pdf).
- Jurisprudence: Themes and Concepts*, edited by Scott Veitch, Emiliios Christodoulidis, and Marco Goldoni. Routledge, 2018.

- Klabbers, Jan. "I Can't Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors." In *Nordic Cosmopolitanism. Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, edited by Jarna Petman and Jan Klabbers. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2003.
- Knox, John. "Horizontal Human Rights Law." *The American Journal of International Law* 102 (1) (2008) 1–47.
- Land, Molly. "The Problem of Platform Law: Pluralistic Legal Ordering on Social Media." SSRN. Last modified September 15, 2019. <https://ssrn.com/abstract=3454222>.
- Leaders. "Towards the End of Poverty." *The Economist*. Last modified June 1, 2013. <https://www.economist.com/leaders/2013/06/01/towards-the-end-ofpoverty>.
- Mares, Radu. "COVID-19: Labour Rights in Global Supply Chains – Impacts and Responsibilities." Raoul Wallenberg Institute. Last modified April 15, 2020. <https://rwi.lu.se/blog/covid-19-labour-rights-in-global-supply-chains-impacts-and-responsibilities/>.
- Merrick, Dodd E. "For Whom Are Corporate Managers Trustees?" *Harvard Law Review* 45 (1931). "National measures to protect non-standard workers including workers in the platform economy." COVID-19 Watch Etuc Briefing Note Non-Standard/Platform Workers. Last modified March 27, 2020. <https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2020-04/National%20measures%20to%20protect.pdf>.
- "Nigerian communities' oil pollution claims against Shell to go to trial as Shell abandons its jurisdiction arguments," Business and human rights Resource Center. Last modified, July 12, 2021. <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/nigerian-communities-oil-pollution-claims-against-shell-to-go-to-trial-as-shell-abandons-its-jurisdiction-arguments/>
- O'Neill, Onora. "Justice without Ethics: A Twentieth-Century Innovation?" *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law*, edited by John Tasioulas. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- O'Neill, Onora. *Justice across Boundaries: Whose Obligations?* Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- O'Neill, Onora. "Agents of Justice." *Metaphilosophy* 32 (Special Issue: Global Justice) (2001): 180–95.
- "Open letter: Nestlé must immediately stop funding state media in Belarus." Libereco. Last modified June 24, 2021. <https://www.lphr.org/en/nestle-finanzierung-staatliches-fernsehen-belarus/>.
- Payne, Leigh A., Gabriel Pereira, and Laura Bernal-Bermúdez. *Transitional Justice and Corporate Accountability from Below. Deploying Archimedes' Lever*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- "Policy & Practice for Purposeful Business, The final report of the Future of the Corporation programme, The British Academy." Last modified 2021. <https://www.thebritishacademy.ac.uk/documents/3462/Policy-and-Practice-for-Purposeful-Business-The-British-Academy.pdf>.
- Rendtorff, Jacob Dahl. *Handbook of Business Legitimacy. Responsibility, Ethics and Society*. Springer Nature Switzerland AG, 2020.
- Sandel, Michael. *Justice: What's The Right Thing To Do?* Farrar, Straus and Giroux, 2010.
- Santos, de Sousa. *Toward a New Legal Common Sense*. London: Butterworths, 2002.
- "Shell in Court, Again: A Short Comparison of the Okpabi and Milieudéfensie Judgments." Corporate Justice Coalition. Accessed March, 30, 2021. <https://corporatejusticecoalition.org/news/shell-in-court-again-a-short-comparison-of-the-okpabi-and-milieudéfensie-judgments/>.

- “Shell in Nigeria: The Case for New Legal Strategies for Corporate Accountability.” Corporate Accountability Lab. Last modified July 5, 2018. <https://corpaccountabilitylab.org/calblog/2018/7/5/shell-in-nigeria-the-case-for-new-legal-strategies-for-corporate-accountability>.
- Siddiqui, Javed, and Uddin Shahzad Nasir. “Human Rights Disasters, Corporate Accountability and the State: Lessons Learned from Rana Plaza?” *Accounting Auditing & Accountability Journal* (March 2016): 1–41.
- “Sixth anniversary of Rana Plaza factory collapse in Bangladesh.” Business and human rights Resource Center. Last modified April 24, 2019. <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/sixth-anniversary-of-rana-plaza-factory-collapse-in-bangladesh/>.
- Sternberg, Elaine. *Just Business: Business Ethics in Action*. 2nd ed. Oxford University Press, 2000.
- “The Human Rights and Business: Toolkit for Syria. The Syrian Legal Development Programme.” SLDP. Accessed July 1, 2021. <https://sldp.ngo/wp-content/uploads/2021/02/Toolkit-EN.pdf>.
- “Trump, Facebook, democracy and rights: ‘how to handle free speech in an age of information chaos.’” Blog by Marc Limon, Executive Director of the Universal Rights Group. Last modified May 17, 2021. <https://www.universal-rights.org/uncategorized/trump-facebook-democracy-and-rights-how-to-handle-free-speech-in-an-age-of-information-chaos/>.
- Uvarova, Olena. “Non-State Law: Invitation to Discussion.” [In Ukrainian.] *Law and Civil Society* 1 (2015): 14–32. <http://lclaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/1-10-2015/item/198-nederzhavne-pravo-zaposhennya-do-dyskusiyi-uvarova-oo>.
- Vernon, Raymond. *In the Hurricane’s Eye: The Troubled Prospects of Multinational Enterprises*. Harvard, 1998.
- Webinar “Freedom of speech, populism and social media: Trump’s case and lessons for Ukraine.” [In Ukrainian.] Accessed July 1, 2021. <https://m.youtube.com/watch?v=dmkkRfZYpHQ&feature=youtu.be>.
- Wettstein, Florian. “The History of ‘Business and Human Rights’ and its Relationship with Corporate Social Responsibility.” In *Research Handbook on Human Rights and Business*, edited by Surya Deva and David Birchall. Edward Elgar, 2020.
- “World Economic Forum, ‘Davos Manifesto 2020: The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution.’” <https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution/>.

### **Олена Уварова. Бізнес і права людини: ключові питання теорії права**

**Анотація.** Як свого часу боротьба проти дискримінації чи іншої несправедливості, сфера бізнесу і прав людини проходить ті ж етапи: накопичується досвід несправедливості, усвідомлення уразливості – формується вимога звільнення від проблеми, вимога більш досконалої реальності – виникає запит на нове регулювання.

У статті розглянуто ключові для теорії права питання, які ставить формування цієї нової реальності. Відправною точкою розгляду є питання про бізнес як прямого адресата вимог у сфері прав людини, тобто про дію прав людини без опосередкування з боку держави, оскільки однією з визначальних причин появи суспільного очікування, яке втілюється в концепції бізнесу і прав людини, була неспроможність або, в низці випадків, свідоме небажання держави забезпечити

повагу прав людини з боку бізнесу. Це, зі свого боку, ставить питання про відносини владного впливу бізнесу на права людини й необхідність перегляду концепції, відповідної до якої приватні суб'єкти у своїх відносинах є рівними їх учасниками. Владний характер впливу бізнесу також означає, що відбувається перегляд суспільного договору, сторонами якого до цього розглядалися суспільство і держава, а отже, необхідність легітимації такої влади бізнесу, змістовної і процедурної.

Навіть у ситуації, коли держава здійснює ефективний контроль за діяльністю бізнесу на своїй території з точки зору дотримання ним прав людини, вимога легітимації є актуальною, оскільки є простір, вільний від державного правового регулювання. Об'єктивно держава не може (і не повинна) врегулювати всі аспекти функціонування суб'єктів господарювання, простір для саморегулювання завжди лишається. Бізнес, розуміючи свої внутрішні процеси, здатен краще виявляти ризики для прав людини й мінімізувати їх. Держава ж може реагувати лише на порушення прав людини, яке вже сталося.

Запит на виконання бізнесом його зобов'язань у сфері прав людини особливо посилюється в ситуації, коли державний контроль за його діяльністю є відсутнім або неефективним. Такі ситуації можливі у разі слабого характеру державної влади або її непослідовної політики у сфері прав людини (зокрема, інвестиційні проекти можуть не оцінюватися державою з точки зору їх впливу на права людини) або в ситуації недемократичного політичного режиму, коли сама держава порушує права людини, а бізнес прямо або непрямо бере участь у таких порушеннях. Також можливою є ситуація, коли держава не володіє достатніми важелями впливу на бізнес. Класичним прикладом такої ситуації є транснаціональні корпорації. Але відсутність ефективного контролю держави може пояснюватися також олігархічною структурою економіки.

Відповідно, концепція бізнесу і прав людини, будучи відповіддю на сучасні виклики “несправедливого соціального досвіду”, змушує переглянути класичні погляди на адресатів вимог у сфері прав людини, механізм дії принципу верховенства права, вимоги якого мають поширюватися на приватних суб'єктів також, та, зрештою, переглянути сам суспільний договір з огляду на значний вплив, який здійснює бізнес на організацію життя в сучасному суспільстві.

**Ключові слова:** бізнес і права людини; адресат вимог у сфері прав людини; легітимація; забезпечення належної обачності в сфері прав людини; суспільний договір.

### **Елена Уварова. Бізнес и права человека: ключевые вопросы теории права**

**Аннотация.** Как в свое время борьба против дискриминации или другой несправедливости, сфера бизнеса и прав человека проходит те же этапы: накапливается опыт несправедливости, осознание уязвимости – формируется требование освобождения от проблемы, требование более совершенной реальности – возникает запрос на новое регулирование.

В статье рассмотрены ключевые для теории права вопросы, обусловленные формированием этой новой реальности. Отправной точкой рассмотрения является вопрос о бизнесе как прямом адресате требований в сфере прав человека, то есть о действии прав человека без опосредования со стороны государства, поскольку одной из определяющих причин появления общественного ожидания, воплотившегося в концепции бизнеса и прав человека, была неспособность или, в ряде случаев, сознательное нежелание государства обеспечить уважение прав человека со стороны бизнеса. Это, в свою очередь, ставит вопрос о властном влиянии бизнеса на права человека и необходимости пересмотра концепции, в соответствии с которой частные субъекты в своих отношениях являются равными их участниками. Властный характер влияния бизнеса также означает, что происходит пересмотр общественного договора, сторонами которого ранее

рассматривались общество и государство, а следовательно, необходимость легитимации такой власти бизнеса, содержательной и процедурной.

Даже в ситуации, когда государство осуществляет эффективный контроль за деятельностью бизнеса на своей территории с точки зрения соблюдения им прав человека, требование легитимации актуально, поскольку есть пространство, свободное от государственного правового регулирования. Объективно государство не может (и не должно) регулировать все аспекты функционирования хозяйствующих субъектов, пространство для саморегулирования всегда остается. Бизнес, понимая свои внутренние процессы, способен лучше выявлять риски для прав человека и минимизировать их. Государство же может реагировать только на произошедшее нарушение прав человека.

Запрос на выполнение бизнесом его обязательств в сфере прав человека особенно усиливается в ситуации, когда государственный контроль за его деятельностью отсутствует или неэффективен. Такие ситуации возможны в случае слабого характера государственной власти или ее непоследовательной политики в области прав человека (в частности, инвестиционные проекты могут не оцениваться государством с точки зрения их влияния на права человека) или в ситуации недемократического политического режима, когда само государство нарушает права человека, а бизнес прямо или косвенно участвует в таких нарушениях. Также возможна ситуация, когда государство не обладает достаточными рычагами влияния на бизнес. Классическим примером такой ситуации являются транснациональные корпорации. Отсутствие эффективного контроля государства может также объясняться олигархической структурой экономики.

Соответственно, концепция бизнеса и прав человека, являясь ответом на современные вызовы “несправедливого социального опыта,” заставляет пересмотреть классические взгляды на адресатов требований в сфере прав человека, механизм действия принципа верховенства права, требования которого должны распространяться на частных субъектов, и в целом пересмотреть сам общественный договор с учетом значительного влияния, которое оказывает бизнес на организацию жизни в современном обществе.

**Ключевые слова:** бизнес и права человека; адресат требований в области прав человека; легитимация; обеспечение должной осмотрительности в сфере прав человека; общественный договор.

### **Olena Uvarova. Business and Human Rights: Key Issues for Legal Theory**

**Abstract.** Just like the fight against discrimination or other injustice in its time, the sphere of business and human rights goes through the same stages: the experience of injustice is accumulated – a demand for release from the problem is formed, a demand for a more perfect reality – a request for new regulation arises.

The article discusses the key issues for the theory of law, conditioned by the formation of this new reality. The starting point for consideration is the question of business as a direct addressee of human rights requirements, that is, the operation of human rights without mediation by the state, since one of the defining reasons for the emergence of public expectations, embodied in the concept of business and human rights, was the inability or in some cases of deliberate unwillingness of the state to ensure corporate respect for human rights. This, in turn, raises the question of the power influence of business on human rights and the need to revise the concept according to which private actors in their relations are equal. The imperious nature of the influence of business also means that there is a revision of the social contract, the parties to which were previously considered society and the state, and therefore the need to legitimize such power of business, substantive and procedural.

Even in a situation where the state exercises effective control over the business operations, the requirement of legitimation is relevant, since there is a space free from state legal regulation. Objectively, the state cannot (and should not) regulate all aspects of the functioning of economic entities; the space for self-regulation always remains. Business, by understanding its internal processes, is better able to identify risks to human rights and minimize them. The state can only react to the violation of human rights that has occurred.

The demand for business to fulfill its human rights obligations is particularly heightened in a situation where government control over its activities is absent or ineffective. Such situations are possible in the case of a weak nature of state power or its inconsistent policy in the field of human rights (in particular, investment projects may not be assessed by the state in terms of their impact on human rights) or in a situation of an undemocratic political regime, when the state itself violates human rights, and business is directly or indirectly involved in such violations. It is also possible that the state does not have sufficient leverage over business. Transnational corporations are a classic example of this situation. The lack of effective state control can also be explained by the oligarchic structure of the economy.

Accordingly, the concept of business and human rights, being a response to modern challenges of “unfair social experience”, forces us to reconsider the classical views on the addressees of human rights demands, the mechanism of operation of the rule of law, the requirements of which should apply to private actors and, in general, to reconsider the social contract taking into account the significant impact that business has on the organization of life in modern society.

**Keywords:** business and human rights; addressee of human rights claims; legitimation; human rights due diligence; social contract.

Одержано/Received 20.04.2021

## КОНЦЕПЦІЯ БІЗНЕСУ ТА ПРАВ ЛЮДИНИ В КОНТЕКСТІ СУЧАСНИХ ГЛОБАЛЬНИХ ТРЕНДІВ

### Вступ

**К**онцепція бізнесу та прав людини порівняно нещодавно увійшла до юридичного дискурсу та, за визначенням Олени Уварової, “перебуває на активній фазі формування, часто досить хаотичного і непослідовного – як відповідь, іноді запізнена, на найбільш гострі виклики сьогодення.”<sup>1</sup> Епоха метамодерну (пост-постмодерну) у суспільній свідомості та суперечливі процеси глобалізації (а більш точно – глокалізації) економічних і правових відносин одночасно створюють нові можливості й кидають виклик дієвості та ефективності юридичних механізмів забезпечення прав людини у сфері бізнесу.

Зростає кількість справ, які пов’язані з порушенням прав людини зі сторони бізнесу в міжнародних і національних судах. Жюстин Нолан доходить висновку, що загалом за останні роки спостерігається все більше розуміння нерозривного взаємозв’язку між правами людини та бізнесу, і для деяких компаній формулювання запитання змінилося із “Чи несемо ми відповідальність за вирішення проблеми прав людини?” на “Як ми це робимо, якою ціною, і з ким ми співпрацюємо у вирішенні існуючих проблем?”<sup>2</sup> Водночас залишаються актуальними і висловлені раніше питання про

---

\* Ганна Юрїївна Гулевська, кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри права та соціально-гуманітарних дисциплін, Запорізький інститут економіки та інформаційних технологій, Україна.

Hanna Hulievska, PhD in Law, Associate Professor at the Department of Law and Social Humanities, Zaporizhzhia Institute of Economics and Information Technology, Ukraine.

e-mail: gulevanna@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7643-8162>

\*\* Людмила Іванівна Адашис, кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри міжнародного права, Навчально-науковий інститут права та міжнародно-правових відносин Університету митної справи та фінансів, Україна.

Liudmyla Adashys, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of International Law, Institute of Law and International Law Relations, University of Customs and Finance, Ukraine.

e-mail: adashis2014@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2264-7457>

<sup>1</sup> Олена Уварова, “Бізнес і права людини в умовах конфлікту: міждисциплінарні пошуки нової концепції”, *Філософія і загальна теорія права* 1 (2019): 114, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186454>.

<sup>2</sup> Justine Nolan, “Business and Human Rights: The Challenge of Putting Principles into Practice and Regulating Global Supply Chains,” *Alternative Law Journal* 42, no. 1 (2017): 42–46, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2981494](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2981494).



те, “чи в змозі сучасне міжнародне право зобов’язати транснаціональні корпорації дотримуватися прав людини, і як це може бути досягнуто на практиці”<sup>3</sup> та пропозиції щодо “необхідності створення нової філософії міжнародного економічного права, з опорою на зобов’язання всіх членів ООН захищати права людини.”<sup>4</sup>

Власне, концепція бізнесу та прав людини базується на категоріях суспільного інтересу (навіть коли він суперечить приватним інтересам бізнесу), який усвідомлюється і враховується добровільним взяттям і реалізацією відповідних зобов’язань суб’єктами підприємницької діяльності та позитивних зобов’язаннях держави у сфері прав людини. Зі свого боку методологічно ця проблематика пов’язана з тенденціями антропологізації, екологізації та соціалізації міжнародного і національного права, що стали логічною відповіддю на виклики глобалізації та підвищили актуальність проблематики бізнесу та прав людини у їх правовому контексті. Метою цієї статті є аналіз сучасних глобальних трендів і викликів в економічному та правовому вимірі й оцінка їхнього впливу на розвиток концепції бізнесу та прав людини.

## **I. Бізнес, права людини та виклики сьогодення: політико-економічні рефлексії**

Проблематика бізнесу та прав людини перебуває у тісному та взаємному зв’язку зі світовими економічними процесами й розвитком політико-економічної думки. У науковій літературі концепцію сталого розвитку та принципи відповідального ведення бізнесу визначають як явища, які впливають на характер економічної діяльності, зокрема міжнародний бізнес. Ці принципи є не лише частиною управління репутацією, а й важливою складовою довгострокової стратегії компанії, допомагаючи отримати реальні конкурентні переваги на ринку. Серед інших явищ називають: асиметрична проблема нерівності збільшення розриву; поява криптовалют і радикальна зміна міжнародної валютно-кредитної системи; процеси інтеграції та дезінтеграції; зростання масштабів тіньового та нелегального бізнесу; розширення нелегальної міжнародної міграції; феномен “чорних лебедів;” криза глобальних і регіональних регуляторних інститутів; поширення неопротекціонізму; реструктуризація та зміна структури промисловості; демографічна криза.<sup>5</sup> Зі свого боку стан сучасних міжнародних економічних відносин впливає на рівень забезпечення стандартів прав людини та зумовлює пошук кращих моделей соціально-економічного розвитку.

Так, у своєму дослідженні “Посткапіталізм. Путівник у майбутнє” Пол Мейсон розмірковує над питанням існування певної економічної системи до капіталізму,

<sup>3</sup> Katarina Weilert, “Transnationale Unternehmen im rechtsfreien Raum? Geltung und Reichweite völkerrechtlicher Standards,” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 69 (2009): 883, [http://www.zaoerv.de/69\\_2009/69\\_2009\\_4\\_a\\_883\\_918.pdf](http://www.zaoerv.de/69_2009/69_2009_4_a_883_918.pdf).

<sup>4</sup> Ernst-Ulrich Petersmann, “Need for a New Philosophy of International Economic Law and Adjudication,” *Journal of International Economic Law* 17, no. 3 (2014): 639–69.

<sup>5</sup> Вікторія Карп, “Виклики і загрози у сучасному міжнародному бізнесі,” *Міжнародні відносини. Серія “Економічні науки”* 12 (2018), [http://journals.iir.kiev.ua/index.php/ec\\_n/article/view/3674](http://journals.iir.kiev.ua/index.php/ec_n/article/view/3674).

та можливості існування нової системи після нього. “Розуміння того, що капіталізм існував не завжди, може шокувати < ... >, коли ви усвідомите, що колись капіталізму не було – ні у формі економічної системи, ні у формі системи цінностей, – наступна думка може шокувати вас ще більше: можливо, він не триватиме вічно.” Досліджуючи посткапіталізм як процес, який виникає спонтанно, учений прагне перетворити ці здогади на високоякісний проєкт “Зеро.”

Майже все, що веде до змін, замислюється у формі проєкту (Вікіпедія, відкритий код, відкриті інформаційні стандарти, енергетичні установки з низьким рівнем викиду вуглецю), проте лише невелика кількість людей стурбована питанням, який має бути високоякісний проєкт, якщо ми хочемо, щоб світова економіка відійшла від капіталізму.<sup>6</sup>

Резюмуючи, Пол Мейсон зазначає, що нині ми перебуваємо в моменті можливостей – можливості контролюваного відходу від вільного ринку, вуглецевого палива та примусової праці. І за цих обставин, можливо, поступово держава втратить свою могутність, а її функції перейме суспільство.<sup>7</sup>

Том Пікетті у праці “Капітал у XXI столітті” вказує на важливість регіональної політичної інтеграції. Саме вона може призвести до ефективного регулювання глобалізованого патримоніального капіталізму XXI ст. Він показує низку основних суперечностей сучасного капіталізму, де підприємець неминуче перетворюється на ратнє, який дедалі більше домінує над тим, хто не має нічого, крім власної праці. Учений впевнений, що контроль над капіталом залежить від розвиненості демократії. Проте сама собою прозорість марна за відсутності реального права втручатися в ухвалення корпоративних рішень. Відновлення контролю демократії над капіталізмом має початися з визнання, що конкретні інституції, які втілюють демократію та капіталізм, постійно оновлюються, а розроблення аргументів неможливе без тісної взаємодії економічного, соціального, політичного та культурного підходів.<sup>8</sup>

Джозеф Стігліц у праці “Ціна нерівності” хоча і зосереджує свою увагу переважно на Америці, неминуче торкається важливих питань глобалізації усього світу. Сумний досвід асиметричної глобалізації призвів до того, що робоча сила опинилася у невигідній переговорній позиції щодо капіталу. І хоча глобалізація дає вигоду суспільству загалом, вона багато лишає позаду. Учений називає наслідки глобалізації “гонитвою до дна,” коли корпорації намагаються зробити життя працівників ще тяжчим, не лише скорочуючи заробітний план працівників, а й знижуючи їхнє соціальне забезпечення. У своїй праці Джозеф Стігліц обстоює важливість нового суспільного договору, висуваючи при цьому низку обов’язкових умов, а саме: підтримка колективних дій робітників і громадян (необов’язково у вигляді профспілок, бо вони занадто спаплюжили свою

---

<sup>6</sup> Пол Мейсон, *Посткапіталізм. Путівник у майбутнє*, пер. з англ. Наталія Мочалова (Київ: Наш формат, 2019), 257, 314.

<sup>7</sup> Там само, 314.

<sup>8</sup> Том Пікетті, *Капітал у XXI столітті*, пер. з англ. Наталії Палій (Київ: Наш формат, 2016), 579–81.

репутацію, необхідна якась протидія корпораціям); позитивна дискримінація задля ліквідації спадщини дискримінації (м'які квоти, запроваджені з добрими намірами).<sup>9</sup>

Визнання зі сторони впливових представників бізнесу негативних тенденцій та постановка питання про новий суспільний договір знайшла своє відображення у заяві про необхідність кращого узгодження ділових інтересів з інтересами зацікавлених сторін і широкого кола суспільства, що пролунала на останньому Всесвітньому економічному форумі у Давосі. У цьому контексті згадують книгу Клауса Шваба "COVID-19: велике перезавантаження" (2020 р.). На думку експертів, ідеться про будівництво нової, екологічно стійкої версії капіталізму. В умовах "Четвертої промислової революції", екологічних, демографічних та інших викликів (автором цього терміна і головної книги на цю тему також є Клаус Шваб), світ повинен перейти до *stakeholder capitalism* ("капіталізму зацікавлених сторін"). Компанія в такому розумінні – це більше не бізнес-одиниця, яка виробляє багатство. Її мета відтепер – не максимізація прибутку й обслуговування інтересів акціонерів, а "стійкість" через узгодження суперечливих інтересів. Вона досягається прихильністю бізнесу загальним цілям і цінностям усіх "зацікавлених сторін" – клієнтів, постачальників, співробітників, місцевих громад і представників громадянського суспільства. Деякі експерти поспішили оголосити цю ревізію капіталістичних відносин "кінем капіталізму" і переходом до економіки "глобального соціалізму" на основі неринкової регуляції, концепції сталого розвитку, обмеження споживання, гарантій базового доходу, раціонального розподілу ресурсів і цифрового контролю.<sup>10</sup>

Однією із ключових тем Давосу-2021 також стало подолання наслідків і відновлення світової економіки після COVID-19. У межах Всесвітнього економічного форуму було озвучено, що цьогогоріч унаслідок пандемії світова економіка втратила 225 млн робочих місць, а Генсек ООН Антоніо Гутерреш назвав це найгіршою економічною кризою за останні 100 років.<sup>11</sup> За результатами дослідження, які були представлені у межах панельної дискусії "Бізнес і права людини в Центральній і Східній Європі" під час Харківського міжнародного юридичного форуму 24 вересня 2020 р., коронавірусна хвороба спричинила додаткові ризики для прав людини, які полягають у загрозах для життя і здоров'я, хвилі дезінформації, втраті роботи або заробітку, посиленні нагляду з боку урядів (зокрема з використанням розроблених бізнесом мобільних додатків), збільшенні навантаження по догляду за дітьми та членами родини, зупиненні роботи

<sup>9</sup> Джозеф Стігліц, *Ціна нерівності* (Київ: Темпора, 2017), 408.

<sup>10</sup> "Давос и конец капитализма: невероятное становится очевидным?" *Нухлеу – альманах о философии, бизнесе, искусстве и науке*, доступ Февраль 8, 2021, [https://huxley.media/davos-i-konec-kapitalizma-neveroijatnoe-stanovitsja-ochevidnym/?fbclid=IwAR3uSLkvKbbw5RiXSpUj48ctc1m3OG693EkXqtx4oETDAsFbH-4km\\_Ahc](https://huxley.media/davos-i-konec-kapitalizma-neveroijatnoe-stanovitsja-ochevidnym/?fbclid=IwAR3uSLkvKbbw5RiXSpUj48ctc1m3OG693EkXqtx4oETDAsFbH-4km_Ahc).

<sup>11</sup> Павло Лодин, "Світ опісля: політичні і економічні тренди Давосу-2021," Institute of Democratization and Development, доступ Лютий 4, 2021, <https://www.institutedd.org/blog/posts/svit-opislya-politichni-i-ekonomichni-trendi-davosu-2021?fbclid=IwAR3HFCe78FYreXMqlPveVpvpqY3MwMceY-4Lcv8t776upnQi2L7KwNyN0PMVc>.

підприємств, перебоях у ланцюгах поставок, неможливості вільного пересування, корупційних скандалах і проявах недоброчесної конкуренції, завиСОких цінах на ключові товари й послуги, фактах дискримінації, утисків і переслідувань тощо.<sup>12</sup> Без сумніву, пандемія актуалізувала та суттєво загострила проблему забезпечення стандартів прав людини в сфері бізнесу.

Слід також звернути увагу на те, що глобальні та регіональні бізнес-моделі стрімко змінюються, і дедалі більше інвесторів, виробників і споживачів у всьому світі вимагають більш стійкої та соціально відповідальної політики, більш етичного ведення бізнесу, більш екологічних і гідних робочих місць, гендерної рівності та рівних можливостей. Приватний сектор і відповідальні за прийняття рішень політичні структури починають усвідомлювати, що Керівні принципи ООН варто застосовувати не лише з моральних та етичних принципів: вони також сприяють успішному бізнесу та зміцненню економіки. Нещодавні дослідження, засновані на фактичних даних, демонструють, що ті компанії, які дотримуються Керівних принципів ООН, навіть успішніше долають проблеми пандемії COVID-19, аніж ті, які цього не роблять. Ще одна перевага полягає в залученні прямих іноземних інвестицій. Глобальні інвестори більш схильні інвестувати у ті підприємства, які роблять все можливе для збереження робочих місць і захисту трудових прав, а ті, які цього не роблять, можуть опинитися під загрозою громадського осуду або судових позовів про дискримінацію.<sup>13</sup>

Отже, спостерігаємо чітку глобальну тенденцію – в умовах загострення кризових явищ і нових викликів формується запит на більш справедливу соціально-економічну модель світоустрою, яка базується на солідарності та співпраці у напрямі людиноорієнтованого та еколого-спрямованого розвитку, у формі нового суспільного договору, в якому і держава, і бізнес мають свої зобов'язання та діють у соціальному партнерстві. При цьому особливу роль у просуванні концепції бізнесу та прав людини й ідеї нового суспільного договору відіграють відповідні міжнародні організації (як урядові, так і неурядові) та громадянське суспільство загалом. Зазначені тренди актуалізують питання щодо ролі, значення та змісту права у забезпеченні цього глобального суспільного запиту та вимагають переосмислення багатьох традиційних засад праворозуміння і правозастосування.

## II. Права людини, бізнес та сучасні тенденції розвитку права

Властиве сучасному світові зростання невизначеності в усіх сферах суспільного буття, трансформації, нестабільність, багатоманітність, фрагментарність і конвергенція відбиваються у таких аспектах впливу глобалізації на право, як його деформалізація

---

<sup>12</sup> Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Бізнес і права людини в часи COVID-19, доступ Січень 14, 2021, [http://www.ombudsman.gov.ua/.../2020/UN/BHR\\_covid19\\_ukr.pdf](http://www.ombudsman.gov.ua/.../2020/UN/BHR_covid19_ukr.pdf).

<sup>13</sup> Дафіна Герчева і Ніколай Сондербай, "Відповідальне ведення бізнесу прискорює соціально-економічний розвиток," UNDP Україна, доступ Лютий 5, 2021, [https://www.ua.undp.org/content/ukraine/uk/home/blog/2021/responsible-business.html?fbclid=IwAR2H-ftkzouNVnOu-TdVRSSy1Lq5gqCo7VxG1kaS\\_DPR8ZiLqBnXu0mhlq8#.YCP2nHkSptY.facebook](https://www.ua.undp.org/content/ukraine/uk/home/blog/2021/responsible-business.html?fbclid=IwAR2H-ftkzouNVnOu-TdVRSSy1Lq5gqCo7VxG1kaS_DPR8ZiLqBnXu0mhlq8#.YCP2nHkSptY.facebook).

та децентралізація, що супроводжується “роздержавленням правових режимів,” зростаючою мультиплікативністю суб’єктів правотворчості, плюралізмом джерел і розширенням так званих “зон невизначеності” у правовій регламентації суспільних відносин, що стрімко змінюються. Змінюється та розширюється сфера, яка регулюється правом і змінюється співвідношення міжнародного та національного правового регулювання. Розширюється коло глобальних питань, для регулювання яких зусиль окремих держав недостатньо – до таких питань належать і права людини в діяльності бізнесу з огляду на зростаючу вагу транснаціональних корпорацій та активізацію міжнародних економічних зв’язків. Правове забезпечення прав людини у сфері бізнесу та його розвиток перебуває під впливом зазначених процесів, відображає їх, поступово соціалізується та антропологізується за своїм змістом.

У цьому контексті особливий інтерес являє собою постановка питання про розвиток недержавного права<sup>14</sup> та формування глобального права, яке вважають заснованим на правах людини. Як зазначає Михайло Савчин, виклики глобалізації пов’язані з дискурсом наднаціональності та зародженням глобального права. Обґрунтовано вказуючи на небезпеку “скачування” у різноманітні конспірологічні теорії, в основі яких фобії перед наднаціональністю, учений підкреслює, що насправді в її основі лежать певні матеріальні та процедурні аспекти, спрямовані на забезпечення прав людини та глобальних проблем на кшталт охорони довкілля, вирівнювання ринків і гарантій доступу до ресурсів.<sup>15</sup>

Розглядаючи появу нових форм права, які спричинені глобалізацією і породженими нею соціальними та інституційними змінами, Франк Д. Гарсія зауважує, що взаємовплив права і глобалізації відбувається у такій послідовності: право відповідає на зміни в типах поведінки людей і їхній самоорганізації, ці зміни визначають взаємодію та інших акторів, а все це разом створює новий глобальний простір. Право потім оформлює, організовує і визначає цей простір і його еволюцію. Збільшується чисельність органів, що створюють “м’які” норми, часто за допомогою транснаціональних процесів, які направляють поведінку держави або приватного актора, полегшують координацію управління державами. Таку транснаціональну нормотворчість можна спостерігати в сфері глобальної соціальної політики. На думку Франка Д. Гарсія, трансформація, яку ми називаємо глобалізацією, відбувається всередині національного і змінює його набагато більше, ніж нам здається. Глобальна трансформація орієнтує ці зміни на глобальний порядок всередині національного. Таким чином, глобалізація є “де-націоналізацією національного,” але поки неясно, яким шляхом. Щоб це зрозуміти,

<sup>14</sup> Олена Уварова, “Недержавне право: запрошення до дискусії,” *Право і громадянське суспільство* 1 (2015), <http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/1-10-2015/item/198-nederzhavne-pravo-zaproshehnyya-do-dyskusiyy-uvanova-o-o>; Олена Дашковська, “Недержавне правове регулювання: окремі загальнотеоретичні аспекти,” *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2020): 38–52, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2020.1.219038>.

<sup>15</sup> Михайло Савчин, *Сучасні тенденції конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму* (Ужгород: Гельветика, 2020), 563–64.

слід звільнити аналіз від бінарної опозиції: глобальне versus національне. За допомогою таких системних принципів, як “універсальність, солідарність, субсидіарність і горизонтальність,” глобальне право упорядковує суспільні відносини (включаючи і системи національного права), які існують у глобальному просторі.<sup>16</sup>

Глобалізація зробила парадоксальний вплив на права людини як галузь міжнародного права. З одного боку, цей процес сприяє розширенню правозахисної діяльності та перспектив реалізації відповідних нормативних правових актів, а з другого – створює спірні питання щодо спроможності тієї чи іншої моделі суспільства з її конкретним виразом та обсягом цих прав слугувати у ролі критерія “громадянського суспільства.” Влучною є теза про те, що будучи твірним елементом глобалізації, міжнародне право могло б одночасно бути силою, яка його регулює.<sup>17</sup>

Зі свого боку Даніель Бетльхем визначає такі сфери міжнародного права та міжнародної правової системи, які потребують творчого осмислення: 1) міжнародна організаційна реформа; 2) перегляд поняття юрисдикції; 3) правотворчість і правова реформа; 4) суб'єкти міжнародного права; 5) джерела міжнародного права. Тепер, коли головними провідниками змін стають індивіди та корпорації, як підкреслює учений, міжнародне право потребує вдосконалення поняття суб'єктності й більш інклюзивних, сприйнятливих та ефективних механізмів відстоювання інтересів і голосів цих суб'єктів.<sup>18</sup>

На думку Олени Уварової, сучасний етап розвитку міжнародного права прав людини актуалізує необхідність доктринального осмислення таких його положень: держави не є єдиними носіями обов'язків згідно з міжнародним правом, зокрема й у сфері прав людини. Поступово утвердилося і визнання корпорацій суб'єктами міжнародного права, що стало наслідком виходу за межі класичних концепцій прав людини. Це означає, що бізнес-актори стають, серед іншого, носіями зобов'язань у сфері прав людини; принцип обов'язку бізнесу поважати права людини, який проявляється не тільки в тому, що бізнес не повинен порушувати права людини в обсязі, передбаченому чинним правом країни ведення підприємницької діяльності, а й у вимозі поважати права людини в обсязі визнаних міжнародних стандартів, а також проявляти належну обачність у сфері прав людини, що передбачає необхідність оцінювати ризики можливого негативного впливу своєї діяльності на права людини (human rights due diligence), запроваджувати механізми мінімізації таких ризиків та правові засоби захисту порушених прав на рівні самого бізнесу; відповідальність бізнесу не тільки за свої власні дії, а й за “весь ланцюг поставок,” тобто суб'єкт підприємницької діяльності

<sup>16</sup> Frank J. Garcia, “Globalization’s Law: Transnational, Global or Both?” *The Global Community: Yearbook of International Law & Jurisprudence* 2015 1, no. 1 (2016), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2010&context=lsfp>.

<sup>17</sup> Frederic Megret, “Globalization and International Law,” in *Max Planck Encyclopedia of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 1–16, [http://papers.ssrn.com/so13/papers.ctmabstract\\_id=1200782](http://papers.ssrn.com/so13/papers.ctmabstract_id=1200782).

<sup>18</sup> Daniel Bethlehem, “The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law,” *The European Journal of International Law* 25, no. 1 (2014): 23.

має докласти всі можливі зусилля, щоб добросовісно пересвідчитися в тому, що його контрагенти не порушують права людини, наприклад, при виробленні продукції, яку такий суб'єкт надалі використовує у своїй діяльності; поширення юрисдикції держав на випадки порушення бізнесом прав людини, які відбувалися на території інших держав. Пошук відповідей на ці запитання має ґрунтуватися на міждисциплінарному підході, який окрім досліджень у сфері права повинен ураховувати такі сучасні теорії, як “ідея створення спільної цінності” (“creating shared value”), розвиток, орієнтований на людину (“human centred development”), та ін.<sup>19</sup>

Слід враховувати, що поставлені завдання є складними та потребують кардинальних змін у свідомості, законодавстві та практиці його застосування. Одним із прикладів може бути нещодавня ініціатива – ухвалення Закону “Про корпоративну відповідальність бізнесу” у Швейцарії, яка не була підтримана більшістю на референдумі. Тож актуальним постає вибір оптимальних та ефективних форм правового забезпечення прав людини у сфері бізнесу.

### III. Soft law або hard law – що більш ефективне для забезпечення прав людини у сфері бізнесу?

Загалом міжнародні акти в сфері бізнесу та прав людини належать до норм soft law, не мають юридично обов'язкового характеру, а отже, з одного боку, оцінюються як “ефективна дорожня карта із дотримання корпораціями прав людини,” а з другого – викликають незадоволення та сумніви щодо їх практичної реалізації. Найбільшій критиці піддається саме “м'який” характер ухвалених актів та, як наслідок, “асиметрія в правовому регулюванні інтересів звичайних громадян і представників бізнесу.” Остання полягає в тому, що

рекомендаційні акти, ігнорування яких не тягне відповідальності, по суті, означають вездозволеність і безкарність для ТНК (транснаціональні корпорації). Можливість стримувати світовий вплив великих компаній такими слабкими засобами, як добровільні акти, є малоімовірною. Рекомендаційний характер зобов'язань, безсумнівно, поступається масиву імперативних норм, що захищають інтереси великих ТНК.<sup>20</sup>

Зазначимо, що питання забезпечення із допомогою юридичних механізмів відповідальності ТНК та інших комерційних компаній і правового захисту жертв порушень прав людини стало детермінуючим для останньої ініціативи міжнародної спільноти – підготовки проекту глобального міжнародного договору у сфері бізнесу та права, наділеного обов'язковою юридичною силою. Резолюцією 26/9 Ради ООН з прав людини, ухвалена 26 червня 2014 р., було вирішено створити міжурядову робочу групу відкритого складу з питань транснаціональних корпорацій та інших підприємств стосовно захисту прав людини, завдання якої полягає у розробці міжнародного

<sup>19</sup> Уварова, “Бізнес і права людини в умовах конфлікту,” 123–24.

<sup>20</sup> Juan Hernández Zubizarreta, “The New Global Corporate Law,” in *State of Power: An Annual Anthology on Global Power and Resistance* (Amsterdam, 2015), 1–11.

документа, обов'язкового для виконання, який регулюватиме, в аспекті міжнародного права прав людини, діяльність транснаціональних корпорацій та інших підприємств, до складу якої входять представники урядів, а також неурядових організацій і громадянського суспільства.

Експерти вказують на гострий дискусійний характер зазначеної пропозиції. Серед її прибічників – представники менш розвинених країн, для яких проблема захисту прав людини є більш гострою. У зв'язку з цим виникають сумніви, чи зможуть ці країни неухильно дотримуватися умов договору щодо дотримання прав людини. Держави, які виступають проти подібного договору, як правило, схильні підтримувати Керівні принципи ООН, заявляючи, що новий договір залишиться обов'язковим тільки на папері і навряд чи змінить ситуацію на краще.<sup>21</sup>

Під час роботи робочої групи з підготовки проекту зазначеного міжнародного договору обговорювалася низка дискусійних і проблемних питань, серед яких: можливість надання корпораціям та іншим представникам приватного сектору статусу суб'єктів міжнародного права; доцільність поширення норм договору не лише на транснаціональні корпорації, а й на національні – у зв'язку з цим висловлювалися побоювання, що в країнах із неефективним правовим регулюванням можуть бути створені нерівні умови між багатонаціональними корпораціями, які дотримуватимуться міжнародних стандартів щодо прав людини, і національними, які в певних ситуаціях зможуть ухилятися від відповідальності (до речі, за оцінкою експертів, більшість компаній, які приділяють цій проблемі увагу, є транснаціональними, тоді як вкрай важливо залучати малий і середній бізнес); пропозиції поширити його дію на міжнародні фінансові установи, такі як МВФ та Світовий Банк; закріпити посилення на пріоритет прав людини над міжнародними інвестиційними договорами та торговими правилами й багато інших пропозицій. Більшість учасників наполягали на необхідності зміцнення "м'якого" законодавства "жорстким" законодавством. Водночас висловлювалася думка про те, що більш пріоритетним є реалізація Керівних принципів, а не розробка нового міжнародного договору.<sup>22</sup>

Зазначимо, що 16 липня 2018 р. підсумки роботи Робочої групи було відображено у "Нульовому проекті юридично обов'язкового інструменту регулювання як складової міжнародного права прав людини, який регулюватиме діяльність транснаціональних корпорацій та інших підприємств" ("Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights").

Щодо європейського досвіду з цього питання, показовим є оприлюднене у лютому 2020 р. Європейською комісією дослідження щодо варіантів регулювання

---

<sup>21</sup> Donald Robertson, "An International Treaty on Business and Human Rights?" *Conventus Law*, last modified October 30, 2015, <http://www.conventuslaw.com/report/an-international-treaty-on-business-and-human/>.

<sup>22</sup> "Доповідь про роботу першої сесії Міжурядової робочої групи відкритого складу з ТНК та інших підприємств в аспекті прав людини, якій доручено розробка міжнародного юридично зобов'язуючого договору," [https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/31/50](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/31/50).



належної перевірки,<sup>23</sup> в якому, серед іншого, було підкреслено, що нині діючі “м’які” засоби регулювання не змогли змінити спосіб регулювання бізнесу та забезпечити адекватні засоби захисту для жертв. Лише 1/3 респондентів заявили, що нині вони здійснюють певну форму належної перевірки, яка враховує всі права людини та вплив на навколишнє середовище. У своїй відповіді громадянське суспільство єдине у своєму заклик до обов’язкових і придатних до виконання правил належної перевірки Європейського Союзу, тоді як більшість підприємств визнають цінність примусових норм ЄС. Отже, більшість зацікавлених сторін підтримують міжгалузевий підхід до законодавства ЄС, який забезпечить ефективну гармонізацію, правову визначеність і рівні умови.

Крім того, визнаючи, що добровільні дії не призводять до необхідних змін у бізнес-середовищі, Європейська комісія взяла на себе обов’язок у 2021 р. ухвалити відповідний закон, який покликаний забезпечити обов’язкову та гідну турботу про права людини для всіх компаній ЄС. Ще у квітні 2020 р. про такі наміри повідомив Комісар ЄС з питань юстиції Дідьє Рейндерс під час онлайн-заходу високого рівня, організованого Робочою групою з питань відповідального ведення бізнесу.<sup>24</sup>

Отже, однією з тенденцій розвитку міжнародного регулювання відповідальності бізнесу в сфері прав людини є вимога більш “жорсткого” правового регулювання, однак питання полягає у реалістичності та дієвості “зміцнення” юридичної сили міжнародних актів щодо відповідальності бізнесу в сфері прав людини. Нині саме м’яко-правовий метод дав змогу актуалізувати питання про права людини у міжнародному економічному праві, сформулювати з боку міжнародного співтовариства чіткі вимоги мінімізації можливих негативних наслідків діяльності транснаціональних компаній та інших компаній, і, найголовніше, залучити представників бізнесу до вирішення зазначених питань. У цьому сенсі норми *soft law* демонструють власну регулятивну цінність, а сама сфера може стати прикладом можливо більшої дієвості м’яко-правового способу регулювання, зважаючи на те, що його ефективність забезпечується власною зацікавленістю бізнесу у реалізації концепції соціальної відповідальності.

## Висновки

Бізнес, торгівля та інвестиційна діяльність є основними опорами процвітання і миру. На жаль, досить часто підприємницька діяльність пов’язана з серйозними негативними явищами, такими як практика експлуатації, корупція, нерівність доходів, а також

<sup>23</sup> “EU Commission releases study on options for regulating due diligence,” Business & Human Rights Resource Centre, last modified February 24, 2020, <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/eu-commission-releases-study-on-options-for-regulating-due-diligence/>.

<sup>24</sup> “Speech by commissioner reynders in RBC webinar on due diligence,” RBC. European Parliament Working Group on Responsible Business Conduct, last modified April 30, 2020, <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/speech-by-commissioner-reynders-in-rbc-webinar-on-due-diligence/>.

бар'єри, які заважають новаторству та підприємництву. Зі свого боку відповідальна ділова практика веде до зростання довіри та сприяє широкомасштабному розвитку і стійкості ринків. Попри певні успіхи у промоції концепції бізнесу та прав людини, актуальними залишаються питання спроможності міжнародного та національного права зобов'язати бізнес дотримуватися прав людини.

Аналіз політико-економічних умов і викликів, які впливають на концепцію бізнесу та прав людини, свідчить, що проблеми збільшення асиметрії та нерівності, зміни в системі міжнародних економічних інституцій, особливо фінансових, розвиток цифрових технологій, суперечливі процеси інтеграції та дезінтеграції, розширення нелегального бізнесу та міграції, феномен "чорних лебедів," глобальні кризи в економіці та пандемія COVID-19 актуалізують необхідність забезпечення сталого розвитку та загострюють проблематику соціальної відповідальності бізнесу. Головним глобальним трендом стає пошук більш справедливого, свідомого значущості спільних цінностей, посткапіталістичного нового світового устрою (що виражається у концептах "stakeholder capitalism," "глобальний соціалізм," "кінець капіталізму," "велике переозавантаження," "створення спільної цінності" ("creating shared value"), "розвиток, орієнтований на людину" ("human centred development") тощо) і запит на формування нового суспільного договору, здатного узгодити інтереси держави, суспільства та бізнесу, забезпечити права людини й повагу до гідності, протистояти кризам і конфліктам сьогодення. Відбувається підвищення рівня усвідомленості самим бізнесом необхідності та доцільності дотримання стандартів прав людини не лише з етичних міркувань, а й як засобу підвищення власної успішності та конкурентоздатності.

Під впливом глобалізації та пошуків можливостей формування нового суспільного договору відбувається соціалізація, антропологізація та екологізація права, підвищення впливу криз, конфліктів, пандемій на зміст права, розширення сфери та кола питань, які регулюються правом, зміна співвідношення міжнародного та національного правового регулювання, зміни у суб'єктній сфері, постановка питання про недержавне та глобальне право, конвергенція публічного і приватного, зміни у системі джерел міжнародного права, "змішування" правових і неправових форм регулювання, "розвиток колективних гарантій."

Однією з тенденцій розвитку міжнародного регулювання соціальної відповідальності бізнесу в сфері прав людини є, з одного боку, зростання ролі та обсягу норм soft law у цій сфері, що мають власну регулятивну цінність та є засобом забезпечення прав людини у сфері бізнесу, а з другого – запит на більш "жорстке" правове регулювання, при цьому потребує своєї оцінки реалістичність і дієвість "зміцнення" юридичної сили міжнародних актів щодо відповідальності бізнесу в сфері прав людини.

Розвиток міжнародно-правового регулювання, імплементація міжнародних стандартів у сфері бізнесу та прав людини у національне законодавство все більшої кількості країн, а також низка судових процесів щодо корпорацій, які порушують права

людини, активізація наукових досліджень щодо окреслених питань свідчать – велика робота у цьому напрямі є не даремною та змінює світові підходи до діяльності бізнесу у напрямі посилення захисту прав людини.

© Г. Гулевська, 2021

© Л. Адашис, 2021

## Bibliography

- Bethlehem, Daniel. "The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law." *The European Journal of International Law* 25, no. 1 (2014): 9–24.
- Dashkovska, Olena. "Non-State Legal Regulation: Some General Theoretical Aspects." [In Ukrainian.] *Filosofiiia prava i zahalna teoriia prava* 1 (2020): 39–52. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2020.1.219038>.
- "Davos and the End of Capitalism: The Incredible Becomes Evident?" [In Russian.] *Huxley – al'manakh o filosofii, biznese, iskusstve i nauke*. Accessed February 8, 2021. [https://huxley.media/davos-i-konec-kapitalizma-neverojatnoe-stanovitsja-ochevidnym/?fbclid=IwAR3u-SLkvKbbw5Ri-X5puJ48ctc1m3OG693EkXqtx4olETDAsFbH-4km\\_Ahc](https://huxley.media/davos-i-konec-kapitalizma-neverojatnoe-stanovitsja-ochevidnym/?fbclid=IwAR3u-SLkvKbbw5Ri-X5puJ48ctc1m3OG693EkXqtx4olETDAsFbH-4km_Ahc).
- "EU Commission Releases Study on Options for Regulating Due Diligence." Business & Human Rights Resource Centre. Last modified February 24, 2020. <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/eu-commission-releases-study-on-options-for-regulating-due-diligence/>.
- Garcia, Frank J. "Globalization's Law: Transnational, Global or Both?" *The Global Community: Yearbook of International Law & Jurisprudence* 2015 1, no. 1 (2016). <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2010&context=lsfp>.
- Hercheva, Dafina, and Nikolai Sonderbai. "Responsible Business Accelerates Socio-economic Development." [In Ukrainian.] UNDP Ukraina. Accessed February 5, 2021. [https://www.ua.undp.org/content/ukraine/uk/home/blog/2021/responsible-business.html?fbclid=IwAR2H-ftkzouNVnOu-TdVRSSy1Lq5gqCo7VxG1kaS\\_DPR8ZiLqBnXu0mhlG8#.YCP2nHkSptY.facebook](https://www.ua.undp.org/content/ukraine/uk/home/blog/2021/responsible-business.html?fbclid=IwAR2H-ftkzouNVnOu-TdVRSSy1Lq5gqCo7VxG1kaS_DPR8ZiLqBnXu0mhlG8#.YCP2nHkSptY.facebook).
- Karp, Victoria. "Challenges and Threats in Modern International Business." [In Ukrainian.] *Mizhnarodni vidnosyny. Seriiia "Ekonomichni nauky"* 12 (2018). [http://journals.iir.kiev.ua/index.php/ec\\_n/article/view/3674](http://journals.iir.kiev.ua/index.php/ec_n/article/view/3674).
- Lodyn, Pavlo. "The World After: Political and Economic Trends of Davos-2021." [In Ukrainian.] Institute of Democratization and Development. Accessed February 4, 2021. <https://www.institutedd.org/blog/posts/svit-opislya-politichni-i-ekonomichni-trendi-davosu-2021?fbclid=IwAR3HFCe78FYre-XMqlPveVpvqY3MwMceY4Lcv8t776upnQi2L7KwNyN0PMVc>.
- Mason, Paul. *Postcapitalism. A Guide to the Future*. [In Ukrainian.] Translated by Nataliia Mochalova. Kyiv: Nash format, 2019.
- Megret, Frederic. "Globalization and International Law." In *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 1–16. Oxford: Oxford University Press, 2009. [http://papers.ssrn.com/so13/papers.ctmabstract\\_id=1200782](http://papers.ssrn.com/so13/papers.ctmabstract_id=1200782).

- Nolan, Justine. "Business and Human Rights: The Challenge of Putting Principles into Practice and Regulating Global Supply Chains." *Alternative Law Journal* 42, no. 1 (2017): 42–46. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2981494](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2981494).
- Petersmann, Ernst-Ulrich. "Need for a New Philosophy of International Economic Law and Adjudication." *Journal of International Economic Law* 175, no. 3 (2014): 639–69.
- Picketti, Tom. *Capital in the 21st Century*. [In Ukrainian.] Translated by Natalii Palii. Kyiv: Nash format, 2016.
- "Report on the Work of the First Session of the Open-ended Intergovernmental Working Group on TNCs and other Enterprises in the Field of Human Rights, which was entrusted with the development of an international legally binding treaty." [In Ukrainian.] <https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/24/PDF/G1601824.pdf?OpenElement>.
- Robertson, Donald. "An International Treaty on Business and Human Rights?" *Conventus Law*. Last modified October 30, 2015. <http://www.conventuslaw.com/report/an-international-treaty-on-business-and-human/>.
- Savchyn, Mykola. *Modern Tendencies of Constitutionalism in the Context of Globalization and Legal Pluralism*. [In Ukrainian.] Uzhhorod: Helvytyka, 2020.
- "Speech by Commissioner Reynders in RBC Webinar on Due Diligence." RBC. European Parliament Working Group on Responsible Business Conduct. Last modified April 30, 2020. <https://responsiblebusiness-conduct.eu/wp/2020/04/30/speech-by-commissioner-reynders-in-rbc-webinar-on-due-diligence/>.
- Stiglitz, Joseph. *The Price of Inequality*. [In Ukrainian.] Kyiv: Tempora, 2017.
- Upovnovazhenyi Verkhovnoi Rady Ukrainy z prav liudyny, *Business and Human Rights in the Days of COVID-19*. [In Ukrainian.]. Accessed January 14, 2021. [http://www.ombudsman.gov.ua/.../2020/UN/BHR\\_covid19\\_ukr.pdf](http://www.ombudsman.gov.ua/.../2020/UN/BHR_covid19_ukr.pdf).
- Uvarova, Olena. "Business and Human Rights in Conflict: An Interdisciplinary Search for a New Concept." [In Ukrainian.] *Filosofia i zahalna teoriia prava* 1 (2019): 112–29. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186454>.
- Uvarova, Olena. "Non-State Law: Invitation to a Discussion." [In Ukrainian.] *Pravo i hromadianske suspilstvo* 1 (2015). <http://lclaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/1-10-2015/item/198-nederzhavne-pravo-zaproshehnyya-do-dyskusiyyi-uvarova-o-o>.
- Weilert, Katarina. "Transnationale Unternehmenimrechtsfreien Raum? Geltung und Reichweitevölkerrechtlicher Standards." In *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 69 (2009): 883–917. [http://www.zaoerv.de/69\\_2009/69\\_2009\\_4\\_a\\_883\\_918.pdf](http://www.zaoerv.de/69_2009/69_2009_4_a_883_918.pdf).
- Zubizarreta, Juan Hernández. "The New Global Corporate Law." In *State of Power: An Annual Anthology on Global Power and Resistance*, 1–11. Amsterdam, 2015.

**Ганна Гулевська і Людмила Адашис. Концепція бізнесу та прав людини в контексті сучасних глобальних трендів**

**Анотація.** Статтю присвячено концепції бізнесу та прав людини в епоху метамодерну (постпостмодерну), коли суперечливі процеси глобалізації (та глокалізації) економічних і правових відносин одночасно створюють нові можливості й кидають виклик дієвості та ефективності

юридичних механізмів забезпечення прав людини у сфері бізнесу. Наголошується, що попри певні успіхи у промоції концепції бізнесу та прав людини, актуальними залишаються питання спроможності міжнародного та національного права зобов'язати бізнес дотримуватися прав людини. Визначено, що концепція бізнесу та прав людини базується на категоріях суспільного інтересу, який усвідомлюється і враховується через добровільне взяття і реалізацію відповідних зобов'язань суб'єктами підприємницької діяльності та позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини.

Аналізуються політико-економічні глобальні тренди та виклики, що впливають на концепцію бізнесу та прав людини. Проблеми збільшення асиметрії та нерівності, зміни в системі міжнародних економічних інституцій, особливо фінансових, розвиток цифрових технологій, суперечливі процеси інтеграції та дезінтеграції, розширення нелегального бізнесу та міграції, феномен “чорних лебедів,” глобальні кризи в економіці та пандемія COVID-19 актуалізують необхідність забезпечення сталого розвитку та соціальної відповідальності бізнесу. Визначено, що головним глобальним трендом стає пошук більш справедливого, усвідомленого значущості спільних цінностей, посткапіталістичного нового світового устрою (що виражається у концептах “stakeholder capitalism,” “глобальний соціалізм,” “кінець капіталізму,” “велике перезавантаження” тощо) і запит на формування нового суспільного договору, здатного узгодити інтереси держави, суспільства та бізнесу, забезпечити права людини та повагу до гідності, протистояти кризам і конфліктам сьогодення. Підкреслюється підвищення рівня усвідомленості самим бізнесом необхідності та доцільності дотримання стандартів прав людини не лише з етичних міркувань, а й як засобу підвищення власної успішності та конкурентоздатності.

У статті розглядаються також основні тенденції розвитку права, що відбуваються під впливом глобалізації та запиту на новий суспільний договір: соціалізація, антропологізація та екологізація права, підвищення впливу наслідків криз, конфліктів, пандемій на зміст права, розширення сфери та кола питань, які регулюються правом, зміна співвідношення міжнародного та національного правового регулювання, зміни у суб'єктній сфері, постановка питання про недержавне та глобальне право, конвергенція публічного та приватного, зміни у системі джерел міжнародного права, “змішування” правових і неправових форм регулювання.

Наголошується, що однією з тенденцій розвитку міжнародного регулювання відповідальності бізнесу в сфері прав людини є запит на більш “жорстке” правове регулювання, однак питання полягає у реалістичності та дієвості “зміцнення” юридичної сили міжнародних актів щодо відповідальності бізнесу в сфері прав людини. Висловлено думку про власну регулятивну цінність норм soft law у цій сфері.

**Ключові слова:** бізнес; права людини; глобальний; тренд; виклик; новий суспільний договір; міжнародне право.

### **Анна Гулевская и Людмила Адашис. Концепция бизнеса и прав человека в контексте современных глобальных трендов**

**Аннотация.** Статья посвящена концепции бизнеса и прав человека в эпоху метамодерна (постпостмодерна), когда противоречивые процессы глобализации (и глокализации) экономических и правовых отношений одновременно создают новые возможности и бросают вызов действенности и эффективности юридических механизмов обеспечения прав человека в сфере бизнеса. Отмечается, что несмотря на определенные успехи в продвижении концепции бизнеса и прав человека, актуальными остаются вопросы способности международного и национального права обязать бизнес соблюдать права человека. Определено, что концепция бизнеса и прав человека базируется на категориях общественного интереса, который осознается и учитывается путем

добровольного взятия и реализации соответствующих обязательств субъектами предпринимательской деятельности и положительных обязательствах государства в области прав человека.

Анализируются политико-экономические глобальные тренды и вызовы, влияющие на концепцию бизнеса и прав человека. Проблемы увеличения асимметрии и неравенства, изменения в системе международных экономических институтов, особенно финансовых, развитие цифровых технологий, противоречивые процессы интеграции и дезинтеграции, расширение нелегального бизнеса и миграции, феномен “черных лебедей,” глобальные кризисы в экономике и пандемия COVID-19 актуализируют необходимость обеспечения устойчивого развития и социальной ответственности бизнеса. Определено, что главным глобальным трендом становится поиск более справедливого, базирующегося на значимости общин ценностей, посткапиталистического нового мирового порядка (что находит свое выражение в концептах “stakeholder capitalism,” “глобальный социализм,” “конец капитализма,” “великая перезагрузка” и т. п.) и запрос на формирование нового общественного договора, способного согласовать интересы государства, общества и бизнеса, обеспечить права человека и уважение достоинства, противостоять кризисам и конфликтам современности. Подчеркивается повышение уровня осознанности самым бизнесом необходимости и целесообразности соблюдения стандартов прав человека не только по этическим соображениям, но и как средства повышения собственной успешности и конкурентоспособности.

В статье рассматриваются также основные тенденции развития права, происходящие под влиянием глобализации и запроса на новый общественный договор: социализация, антропологизация и экологизация права, повышение влияния последствий кризисов, конфликтов, пандемий на содержание права, расширение сферы и круга вопросов, которые регулируются правом, изменение соотношения международного и национального правового регулирования, изменения в субъектной сфере, постановка вопроса о негосударственном и глобальном праве, конвергенция публичного и частного, изменения в системе источников международного права, смешение правовых и неправовых форм регулирования.

Отмечается, что одной из тенденций развития международного регулирования ответственности бизнеса в сфере прав человека является запрос на более “жесткое” правовое регулирование, однако вопрос заключается в реалистичности и действенности “укрепление” юридической силы международных актов об ответственности бизнеса в сфере прав человека. Высказано мнение о собственной регулятивной ценности норм soft law в данной сфере.

**Ключевые слова:** бизнес; права человека; глобальный; тренд; вызов; новый общественный договор; международное право.

### **Hanna Hulievska and Liudmyla Adashys. The Concept of Business and Human Rights in the Context of Current Global Trends**

**Abstract.** The article is devoted to the concepts of business and human rights in metamodernism era (postpostmodern), when the contradictory processes of globalization and glocalization of economical and legal relations simultaneously create new opportunities and challenge the actuality and effectiveness of legal mechanisms of promotion of human rights in business field.

It is emphasized that despite some progress in promoting the concept of business and human rights, the question whether international and national law is able to oblige businesses to sustain human rights remains relevant. It is determined that the concept of business and human rights is based on the categories of public interest, which is realized and taken into account by voluntary commitment and implementation of relevant obligations of business entities and positive obligations of the state in the field of human rights.

The article analyzes political and economic global trends and challenges which influence the concept of business and human rights. Increasing asymmetry and inequality, changes in the system of international economic institutions, especially financial, development of digital technologies, contradictory processes of integration and disintegration, expansion of illegal business and migration, the phenomenon of “Black Swans,” global economic crises and the COVID-19 pandemic are prompting the necessity to provide sustainable development and social responsibility to business. Emphasis is placed on raising the level of awareness of business about the necessity and expediency of observing human rights standards not only for ethical reasons, but also as a means of improving their own success and competitiveness.

The article also examines the main trends in the development of law which occur under the influence of globalization and the demand for a new social contract, such as socialization, anthropologization and ecologization of law, increasing the impact of crises, conflicts, pandemics on the content of law, expanding the scope and range of legal issues. changing the ratio of international and national legal regulation, changes in the subject area, raising the topics of non-state and global law, convergence of public and private, changes in the system of sources of international law, blending of legal and non-legal forms of regulation.

It is emphasized that one of the trends in the development of international regulation of business responsibility in the field of human rights is the demand for more “strict” legal regulation, but the question is the realism and effectiveness of “strengthening” the legal force of international acts about business responsibility in the field of human rights.

The opinion on its own regulatory value of norms of soft law in the given sphere is expressed.

**Keywords:** business; human rights; global; trend; challenge; newsocialcontract; international law.

Одержано/Received 16.03.2021

## КОРПОРАТИВНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З ПРАВ ЛЮДИНИ У СФЕРІ СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНИХ ПРАВ<sup>1</sup>

### Вступ

У цій статті вивчаються корпоративні зобов'язання з прав людини відносно соціально-економічних прав. Соціально-економічні права – це, як зазначалося раніше, права людини, які є найважливішими для забезпечення засобів існування людей та створення людських можливостей. Вони є фундаментальними для здійснення цивільних і політичних прав. Без їжі, води, належного житла, охорони здоров'я та освіти важко уявити, що люди могли б повноцінно та вільно реалізовувати, наприклад, свою свободу вираження поглядів або право на справедливий суд. Оскільки соціально-економічні права значною мірою пов'язані з наданням основних послуг, то вони пов'язані з бюджетними фінансовими ресурсами. Отже, переважно залежать від державних ресурсів, але також вимагають фінансових ресурсів від приватних суб'єктів, особливо коли відсутні уряди. Міжнародні документи, такі як Міжнародний пакт про економічні соціальні і культурні права, передбачають, що соціально-економічні права, як правило, створюють лише зобов'язання держав щодо поведінки, а не результату.<sup>2</sup> Таким чином, ці документи означають, що держави повинні виконувати ці зобов'язання протягом певного періоду часу, який підпадає під розсуд відповідних держав. Філіп Олстон стверджує, що “вільні ринки та приватне підприємництво є ключем до економічних та соціальних прав після очевидних невдач уряду в цій галузі.”<sup>3</sup> Аойф Нолан зазначає, що “навіть якщо хтось визнає, що соціально-економічні права насправді не

\* Йерней Летнар Чернич, професор конституційного права і права прав людини Факультету управління та європейських студій і факультету права, Новий Університет, Любляна, Словенія; старший дослідник Нового університету, Лісабон, Португалія.

Jernej Letnar Čerňič, Professor of Constitutional and Human Rights Law at the Faculty of Government and European Studies and at the European Faculty of Law, New University, Ljubljana, Slovenia; Senior Research Fellow at Nova University, Lisbon, Portugal.

e-mail: jernej.letnar.cernic@epf.nova-uni.si

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6850-676X>

<sup>1</sup> Переклад з англійської глави книги: Jernej Letnar Čerňič, “Corporate Accountability under Socio-economic Rights” (Routledge, 2019). Переклад Тетяни Гулаткан.

<sup>2</sup> Див. також: Godefridus J. H. van Hoof, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views,” in *The Right to Food, From Soft to Hard Law*, eds. Philip Alston and Katarina Tomaševski (Utrecht: SIM, 1984), 97–111.

<sup>3</sup> UN, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights*, A/HRC/32/31 (28 April 2016), para 18.



реалізуються в конкретному суспільстві на цей момент це не означає, що вони є лише амбіційними цілями.”<sup>4</sup>

Соціально-економічні права, як правило, підлягають виконанню не настільки, як громадянські та політичні. Їх правозастосування відрізняється від однієї до іншої національної системи.<sup>5</sup> Однак за останні десятиліття, як стверджує Малькольм Ленгфорд, “економічні, соціальні та культурні права набули все більшого визнання у міжнародному праві та порівняльному правознавстві. Це видно з низки нових договорів і резолюцій та прийняття міжнародних механізмів подання скарг, які охоплюють економічні, соціальні та культурні права.”<sup>6</sup> Проте соціально-економічні права все ще, незважаючи на визнання, розглядаються як такі, що поступаються, зокрема, громадянським і політичним.<sup>7</sup> Філіп Олстон стверджує, що “незважаючи на риторику неподільності, як національні, так і міжнародні спроби сприяти та захищати економічні та соціальні права затьмарюються припущенням, що хоча економічні та соціальні права є бажаними довгостроковими соціальними цілями, їх не слід розглядати як повноцінні права людини.”<sup>8</sup>

Принаймні у деяких правових системах соціально-економічні права були прийняті як належні права людини, що захищаються національними судами. Ейб Рідель, Жиль Джакка та Крістоф Голей стверджували, що “широка нормативна база економічних, соціальних та культурних прав досягла високого ступеня конкретності з точки зору змісту, а також ефективності механізмів реалізації, найголовніше на національному рівні.”<sup>9</sup>

Часто виникає запитання: хто є носіями зобов'язань у сфері соціально-економічних прав? Попередні розділи ілюстрували, що корпорації можуть негативно чи позитивно впливати на соціально-економічні права. Якщо корпорації можуть впливати на реалізацію соціально-економічних прав, чи зобов'язані вони їх також дотримуватися? Чи мають корпорації соціально-економічні зобов'язання?<sup>10</sup> У цьому розділі йдеться про те, що не лише держави, а й корпорації, мають певні зобов'язання у сфері со-

<sup>4</sup> Aoife Nolan, *Children's Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts* (Oxford: Hart Publishing, 2011), 29.

<sup>5</sup> Paul O'Connell, *Vindicating Socio-Economic Rights: International Standards and Comparative Experiences* (Abingdon: Routledge, 2012).

<sup>6</sup> Malcolm Langford, Wouter Vandenhoe, Martin Scheinin, and Willem Van Genugten, “Introduction: An Emerging Field,” in *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, eds. Malcolm Langford, Wouter Vandenhoe, Martin Scheinin, and Willem Van Genugten (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 3–31, 7.

<sup>7</sup> O'Connell, *Vindicating Socio-Economic Rights*.

<sup>8</sup> UN, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty*, para 65.

<sup>9</sup> Eibe Riedel, Gilles Giacca, and Christophe Golay, “Introduction: The Development of Economic, Social and Cultural Rights in International Law,” in *Economic, Social and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*, eds. Eibe Riedel, Gilles Giacca, and Christophe Golay (Oxford: Oxford University Press, 2014), 4.

<sup>10</sup> Jernej Letnar Čerņič, “Corporate Responsibility for Human Rights: Towards a Pluralist Approach,” in *Challenging Territoriality in Human Rights Law: Building Blocks for a Plural and Diverse Duty-Bearer Regime*, ed. Wouter Vandenhoe (Abingdon: Routledge, 2015), 69–89.

ціально-економічних прав. Зобов'язання у сфері прав людини найчастіше пов'язані з поняттям правової системи.<sup>11</sup> Зрозуміло, що корпорації не володіють суверенною територією, а тому їхні зобов'язання не мають того самого характеру та обсягу, що й зобов'язання держав. Однак можна стверджувати, про що і йдеться в цьому розділі, що корпорації мають як превентивні, так і деякі коригувальні зобов'язання щодо соціально-економічних прав, особливо там, де вони здійснюють контроль і вплив або в безпосередній близькості від своїх операцій.<sup>12</sup>

Ця стаття має просту структуру. Другий розділ стосується джерел права корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав через вивчення національного, міжнародного та корпоративного внутрішніх рівнів. У третьому розділі йдеться про характер корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав. Він вивчає їхні потенційні корпоративні негативні та позитивні зобов'язання і зобов'язання поважати, захищати та виконувати. Часто стверджується, що, незважаючи на очевидні перешкоди, корпорації зобов'язані поважати, захищати та виконувати соціально-економічні права. Якщо обов'язок поважати є негативним, то зобов'язання захищати та виконувати – це позитивні зобов'язання. Можна стверджувати, що корпорації мають безпосередні зобов'язання, принаймні щодо негативного зобов'язання поважати соціально-економічні права.<sup>13</sup> Такі негативні зобов'язання гарантують, що корпорації активно не порушують соціально-економічні права і не є співучасниками їхніх порушень.

## **I. Витоки корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав**

Багато про корпорації, бізнес і права людини пов'язано з запитанням: хто є носіями обов'язків у контексті бізнесу та соціально-економічних прав? Держави, приватні особи та/або корпорації? Держави традиційно є не лише основними, а й єдиними носіями зобов'язань у контексті бізнесу та соціально-економічних прав. Однак за останні десятиліття було визначено кілька інших суб'єктів, які також можуть брати на себе зобов'язання у сфері прав людини та доповнювати зобов'язання держави. Право прав людини все ще занадто часто ґрунтується на вертикальних відносинах між державними органами та приватними особами, тоді як національні та міжнародні форуми повільно визнають, що зобов'язання у сфері прав людини існують і в горизонтальних відносинах між приватними суб'єктами.<sup>14</sup> Події за останні роки

<sup>11</sup> Wouter Vandenhole, "Obligations and Responsibility in a Plural and Diverse Duty – Bearer Human Rights Regime," in *Challenging Territoriality in Human Rights Law: Building Blocks for a Plural and Diverse Duty-Bearer Regime*, ed. Wouter Vandenhole (Abingdon: Routledge, 2015), 119–21.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Jernej Letnar Černič, "Sovereign Financing and Corporate Responsibility for Economic and Social Rights," in *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, eds. Juan Pablo Bohoslavsky and Jernej Letnar Černič (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014), 139–60.

<sup>14</sup> Jennifer Corrin, "From Horizontal and Vertical to Lateral: Extending the Effect of Human Rights in Post Colonial Legal Systems of the South Pacific," *International and Comparative Law Quarterly* 58(1), no. 31 (2009): 33–34, 67–70.

продемонстрували, що ця парадигма повільно зникає, і множинні суб'єкти можуть сприяти дотриманню прав людини. Отже, інші учасники можуть доповнювати державу лише як носії обов'язків.<sup>15</sup> Ян Зайдерман і Ашфак Халфан стверджували, що “бізнес зобов'язаний насамперед поважати права людини, а держави через наявність обов'язку захищати права людини мають це контролювати і притягувати бізнес до відповідальності за будь-які порушення прав людини.”<sup>16</sup> Воутер Ванденхол та інші раніше, можливо, дещо надмірно оптимістично, стверджували, що “право прав людини < ... > стає застосовним до всіх суб'єктів, які володіють владою або здійснюють владу, незалежно від носія влади.”<sup>17</sup>

Однак не лише влада, а й юридичні зобов'язання прямо та побічно змушують корпорації дотримуватися соціально-економічних прав. Робоча група Організації Об'єднаних Націй (ООН) з питань бізнесу та прав людини також зазначає, що,

хоча комерційні підприємства, як правило, не мають юридичних зобов'язань, що випливають з міжнародних документів, безпосередньо пов'язаних з правами людини, вони часто матимуть юридичні зобов'язання, що випливають із законодавства держав, які включають у себе міжнародні стандарти, або контрактні зобов'язання щодо дотримання міжнародних стандартів.<sup>18</sup>

Як буде описано пізніше, міжнародне право може опосередковано забезпечувати джерела корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав. З цього приводу Ларрі Ката Бакер зазначає, що “у контексті нових складних недержавних урядових розпоряджень, визнання анархії в управлінні може звільнити створення норм від державного контролю та дозволити більш активну участь безпосередньо з боку елементів громадянського суспільства.”<sup>19</sup> Проте корпорації є також окремими носіями обов'язків у сфері прав людини. Це означає, що не лише держави, а й корпорації мають прями та непрямі зобов'язання у сфері соціально-економічних прав. Насправді

<sup>15</sup> Surya Deva and David Bilchitz, “The Human Rights Obligations of Business: A Critical Framework for the Future,” in *Human Rights Obligations of Business*, eds. Surya Deva and David Bilchitz (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 1–26. Також див.: Jernej Letnar Černič, *Human Rights Law and Business: Corporate Responsibility for Fundamental Human Rights* (Groningen: Europa Law Publishing, 2010).

<sup>16</sup> Ashfaq Khalfan and Ian Seiderman, “Extraterritorial Human Rights Obligations: Wider Implications of the Maastricht Principles and the Continuing Accountability Challenge,” in *Challenging Territoriality in Human Rights Law: Building Blocks for a Plural and Diverse Duty-Bearer Regime*, ed. Wouter Vandenhole (Abingdon: Routledge, 2015), 26.

<sup>17</sup> Wouter Vandenhole, Gamze Erdem Türkelli, and Rachel Hammonds, “Reconceptualizing Human Rights Duty-Bearers,” in *The Sage Handbook of Human Rights*, eds. Anja Mihr and Mark Gibney (London: Sage, 2014), 1036.

<sup>18</sup> UN, General Assembly, *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, A68/279 (7 August 2013), para 19.

<sup>19</sup> Larry Catá Backer, “At the Second UN Forum on Business and Human Rights: Reflections,” in *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Eds. Bilchitz and Deva (Law at the End of the Day (Blog), 1 December 2013).

корпоративні зобов'язання залежать від багатьох умов носіїв обов'язків, де існує безліч власників, які доповнюють один одного. Корпоративні зобов'язання у сфері соціально-економічних прав у цьому випадку стосуються основних і процесуальних зобов'язань корпорацій у сфері прав людини, що впливають із національних, міжнародних та односторонніх зобов'язань самих корпорацій. Отже, у наступних розділах розглядаються існуючі та потенційні джерела корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав, що впливають із національних правових систем, міжнародного права та корпоративних добровільних зобов'язань.

### *Національні правові системи*

Зобов'язання корпорацій у сфері соціально-економічних прав можуть бути первинно відображені безпосередньо у національних системах захисту прав людини. Вони містяться у конституціях, статутах та інших актах. Більшість вітчизняних конституцій зараз безпосередньо зобов'язують юридичних осіб, включаючи корпорації, дотримуватися конституційних зобов'язань у сфері прав людини, включаючи соціально-економічні права.<sup>20</sup> У цьому контексті Патрік Маклем стверджує, що

хоча міжнародні документи у сфері прав людини, можливо, дали загальний лексикон для їх внутрішнього закріплення, наявність соціальних і економічних прав у будь-якому національному конституційному порядку швидше за все є функцією їхнього унікального конституційного минулого та прогнозованого майбутнього, ніж високим розвитком міжнародного права прав людини.<sup>21</sup>

Деякі конституції у всьому світі посилаються на обов'язкові зобов'язання корпорацій у соціально-економічній сфері. Більш конкретно їх можна знайти на кожному континенті.

### *Міжнародна комісія юристів*

виявила, що у низці країн внутрішні конституційні положення або положення про права людини фактично передбачають прямою причиною позову проти недержавного суб'єкта, включаючи компанії або посадових осіб компаній, твердження, що їх поведінка порушує захищене право.<sup>22</sup>

На основі дослідження Філіп Олстон зазначає, що

понад 90 відсотків конституцій визнавали принаймні одне економічне та соціальне право. Приблизно в 70 відсотках конституцій принаймні одне економічне та соціальне право

---

<sup>20</sup> Більш детально див.: Jernej Letnar Černič, "Corporate Responsibility for Human Rights: Towards a Pluralist Approach," in *Challenging Territoriality in Human Rights Law: Building Blocks for a Plural and Diverse Duty-Bearer Regime*, ed. Wouter Vandenhoe (Abingdon: Routledge, 2015), 79–82.

<sup>21</sup> Patrick Macklem, *The Sovereignty of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 68.

<sup>22</sup> *Corporate Complicity and Legal Accountability*, vol. 3, *Civil Remedies*. Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes (Geneva, 2008), 7.

підлягало судовому захисту, і близько 25 відсотків з них визнавали 10 або більше економічних та соціальних прав, що підлягали судовому захисту.<sup>23</sup>

Конституційний захист традиційно стосується фізичних та юридичних осіб. Загалом він забезпечує, мабуть, найсильнішу основу для корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав.<sup>24</sup>

Корпоративні зобов'язання отримують свою легітимність та основу внаслідок горизонтального застосування національного та міжнародного права прав людини. Традиційно лише держави були зобов'язані дотримуватися їх у відносинах із приватними суб'єктами. Держави мають позитивні зобов'язання контролювати поведінку приватних суб'єктів.<sup>25</sup> Однак зараз прийнято, що права людини застосовуються не лише у вертикальних, а й у горизонтальних відносинах між різними недержавними суб'єктами.<sup>26</sup> Крім того, тут можна погодитися з Аойфом Ноланом, який стверджує, що "горизонтальність не обов'язково несумісна з презумпціями, що лежать в основі ліберальної конституційної теорії."<sup>27</sup> Ліберальні демократії отримують свою легітимність із верховенства права, що, *серед іншого*, вимагає поваги прав людини, не лише від державних органів влади або суб'єктів, що мають зв'язок із державою, а й від приватних суб'єктів. Отже, горизонтальне застосування права прав людини ґрунтується на компонентах верховенства права, легітимність якого походить від людей. Проте навіть якщо право прав людини має горизонтальний характер, воно забезпечується державними апаратами (див. Рисунок 5.1).



Рисунок 5.1. Горизонтальне застосування прав людини між приватними суб'єктами  
(Джерело: власна праця автора)

<sup>23</sup> UN, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty*, para 33.

<sup>24</sup> Černič, *Human Rights Law and Business*. Див. також: Sandra Liebenberg, "The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems," in *Economic, Social and Cultural Rights*, eds. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas (Dordrecht, Boston and London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), 55–84.

<sup>25</sup> Angus Campbell, "Positive Obligations Under the ECHR: Deprivation of Liberty by Private Actors," *Edinburgh Law Review* 10, no. 3 (2006): 399.

<sup>26</sup> András Sajó and Renáta Uitz, *Constitutional Topography: Values and Constitutions* (Utrecht: Eleven International Publishing, 2005), 33–53.

<sup>27</sup> Aoife Nolan, "Holding Non-State Actors to Account for Constitutional Economic and Social Rights Violations: Experiences and Lessons from South Africa and Ireland," *International Journal of Constitutional Law* 12, no. 1 (2014): 61–65.

Декілька національних конституцій передбачають горизонтальне застосування прав людини. Наприклад, Конституція Словенії, яка застосовується як до фізичних, так і до юридичних осіб, передбачає у ст. 70а, що “кожен має право на питну воду.”<sup>28</sup> Конституція Південно-Африканської Республіки передбачає, що “положення Білля про права пов’язує фізичну або юридичну особу тією мірою, якою він застосовується, беручи до уваги характер права та характер будь-якого обов’язку, покладеного правом.”<sup>29</sup> Крім того, розділ 9 (4) покладає обов’язок на приватних суб’єктів не дискримінувати інших.<sup>30</sup> Це положення було предметом судового тлумачення, яке визнало низку (не)прямих зобов’язань для корпорацій. Таким чином, Конституційний суд Південно-Африканської Республіки надав тлумачення, які накладають на корпорації кілька соціально-економічних зобов’язань, включаючи зобов’язання відносно права на доступ до води,<sup>31</sup> права на здоров’я<sup>32</sup> та соціальне забезпечення.<sup>33</sup> У цих випадках суд опосередковано підтвердив таке горизонтальне застосування прав людини у відносинах між приватними суб’єктами. Подібним чином Конституція Кенії 2010 р. підтверджує, що “Білля про права поширюється на всіх і зобов’язує всі державні органи та всіх осіб,”<sup>34</sup> що включає юридичних осіб. Навіть такі правові системи, як, наприклад, Сполученого Королівства, які прямо не визнають юридичні обов’язки корпорацій у сфері прав людини, покладають на керівників довірчій обов’язок враховувати вплив своїх рішень на громаду та навколишнє середовище<sup>35</sup> й готувати звіти, що включають питання прав людини, які можна охарактеризувати як обов’язкову поведінку.<sup>36</sup>

Зокрема, Конституційний суд Німеччини постановив, що основні права застосовуються також і у приватних відносинах. Він зазначив, що конституційна

система цінностей, зосереджена на свободі розвитку людини в суспільстві, повинна застосовуватися як конституційна аксіома у всій правовій системі: вона повинна направляти

<sup>28</sup> Constitution of the Republic of Slovenia, *Official Gazette RS* Nos. 33/91-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, and 47/13.

<sup>29</sup> Constitution of South Africa 1996, section 8(2).

<sup>30</sup> *Ibid*, chapter 2, section 9(4).

<sup>31</sup> *Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others* CCT 39/09 (Constitutional Court of South Africa) (8 October 2009); Peter Danchin, “A Human Right to Water? The South African Constitutional Court’s Decision in the Mazibuko Case,” *EJIL: Talk!* (13 January 2010).

<sup>32</sup> *Soobramoney v Minister of Health* CCT 32/97 (Constitutional Court of South Africa) (27 November 1997); *Minister of Health v Treatment Action Campaign* CCT 8/02 (Constitutional Court of South Africa) (5 July 2002).

<sup>33</sup> *Fose v Minister of Safety and Security* CCT14/96 (Constitutional Court of South Africa) (5 June 1997).

<sup>34</sup> The Constitution of Kenya 27 August 2010, section 20(1), accessed 28 May 2018, <http://www.refworld.org/docid/4c8508822.html>.

<sup>35</sup> United Kingdom Companies Act 2006, section 172.

<sup>36</sup> Там само, див. розділ 414С щодо обов’язкових стратегічних звітів, що стосуються екологічних, соціальних, громадських прав і прав людини.

та інформувати законодавство, адміністрацію та судові рішення. Це, звичайно, впливає і на приватне право; жодна норма приватного права не може суперечити цьому.<sup>37</sup>

Крім того, міжнародні правозахисні органи чітко висловили думку, що соціально-економічні права застосовуються і в горизонтальних відносинах між приватними суб'єктами.<sup>38</sup> Подібним чином Олів'є де Шуттер зазначає, що “національні установи, включаючи національні суди, регулярно застосовують міжнародні норми прав людини безпосередньо до актів приватних суб'єктів: не повинно бути жодних перешкод, щоб дозволити цьому розвиватися на міжнародному рівні.”<sup>39</sup> Усі суб'єкти, що діють у цьому суспільстві, зобов'язані поважати права людини, включаючи соціально-економічні права людини. Приватні відносини регулюються приватним правом, але вони обмежуються нормами конституційного та адміністративного (публічного) права.<sup>40</sup> Однак, як справедливо зазначає Аарон Барак, колишній суддя Верховного Суду Ізраїлю, “там, де конституційні положення не містять пунктів щодо обмеження права однієї особи, що впливає з права іншої, очевидним результатом є те, що судді повинні будуть створити судові положення про обмеження.”<sup>41</sup> Проте навряд чи можна заперечити проти корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав, оскільки вони є частиною “об'єктивної системи цінностей,” закріпленої у національному законодавстві. Тому корпорації мають і негативні, і позитивні зобов'язання щодо дотримання соціально-економічних прав.

Конституційні зобов'язання, як правило, покладаються на спеціальні закони, які в деяких випадках та в деяких державах зобов'язують корпорації дотримуватися соціально-економічних прав. Наприклад, деякі національні законодавчі системи надають докази існування зобов'язань у сфері соціальних та економічних прав, які опосередковано походять від адміністративного, кримінального та цивільного

<sup>37</sup> *Lüth case*, BVerfGE 7, 198 (1 BvR 400/51) (15 January 1958), in *German Case: Foreign Law Translations*, accessed January 19, 2018, <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>; Matej Avbelj, “Is There Drittwirkung in EU Law?” in *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, eds. András Sajó and Renáta Uitz (Utrecht: Eleven International Publishing, 2005), 145–63.

<sup>38</sup> UN, Human Rights Committee, *The Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant: General Comment 31*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 May 2004), para 8.

<sup>39</sup> Olivier De Schutter, *International Human Rights Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 395. Див. також: UN, OHCHR, *Business and Human Rights: A Survey of NHRI Practices* (23 May 2008), last accessed 19 January 2018, [www.reports-and-materials.org/OHCHR-National-Human-Rights-Institutions-practices-Apr-2008.doc](http://www.reports-and-materials.org/OHCHR-National-Human-Rights-Institutions-practices-Apr-2008.doc), а також “Remedy Remains Rare,” OECD Watch, 2015, accessed January 19, 2018, [www.oecdwatch.org/publications-en/Publication\\_4201](http://www.oecdwatch.org/publications-en/Publication_4201), де висвітлюються недоліки системи національних контактних центрів ОЕСР.

<sup>40</sup> Brice Dickson, “The Horizontal Application of Human Rights Law,” in *Human Rights: An Agenda for the 21st Century*, eds. Angela Hegarty and Siobhan Leonard (London and Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1999), 59–78.

<sup>41</sup> Aharon Barak, “Constitutional Human Rights and Private Law,” in *Human Rights in Private Law*, eds. Dan Friedmann and Daphne Barak-Erez (Oxford: Hart Publishing, 2002), 17.

права. Комітет з економічних, соціальних і культурних прав зазначив у Загальному коментарі № 24, що

є <...> велика кількість національних законів, призначених для захисту конкретних економічних, соціальних та культурних прав, що стосуються безпосередньо суб'єктів підприємницької діяльності, наприклад, у сферах недискримінації, забезпечення охорони здоров'я, освіти, довкілля, трудових відносин та безпеки споживачів.<sup>42</sup>

У Франції закон про обов'язок догляду батьківських і субпідрядних компаній набув чинності 24 березня 2017 р.<sup>43</sup> Він зобов'язує корпорації звітувати та забезпечувати розумні заходи обережності для проведення належної перевірки в усіх ланцюгах поставок. Інші приклади зобов'язань корпорацій, які стосуються соціально-економічних прав, також можна знайти в Законі про корупцію за кордоном (США)<sup>44</sup> та в Законі Великої Британії про хабарництво,<sup>45</sup> які мають на меті усунути корупційні та такі, що можуть призвести до порушення соціально-економічних прав практики під час ведення бізнесу за кордоном. Крім того, Закон про реформування Уолл-стріт і захист споживачів Додда-Френка (2010 р.) стверджує, що корпорації США згідно з розділом 1502 зобов'язані щорічно подавати інформацію до Комісії США з цінних паперів та бірж щодо того, чи походять якісь корисні копалини з Демократичної Республіки Конго або сусідньої країни. Крім того, розділ 1504 вимагає від видобувних компаній щорічно оприлюднювати "будь-які платежі, здійснені емітентом, дочірньою компанією або підконтрольною йому організацією іноземному уряду або федеральному уряду з метою комерційного розвитку нафти, природного газу, або корисних копалин."<sup>46</sup> Крім того, Закон про прозорість ланцюгів поставок (2015 р.) у Каліфорнії вимагає від середніх і великих компаній розкрити свої ініціативи щодо викорінення рабства та торгівлі людьми зі своїх ланцюгів поставок.<sup>47</sup> Велика Британія також ухвалила Закон про сучасне рабство (2015 р.), який, серед іншого, вимагає від корпорацій надавати заяву про рабство та торгівлю людьми у своєму щорічному звіті.<sup>48</sup> Усі ці статuti встановлюють вимоги щодо звітності та опосередковано надають докази соціально-економічних зобов'язань, що виникають, незважаючи на обґрунтовану критику щодо ефективності механізмів звітності. Непрямі соціально-економічні зобов'язання також

<sup>42</sup> UN, CESCR, *General Comment no. 24 (2017) on State Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities*, E/C.12/GC/24 (10 August 2017), para 4.

<sup>43</sup> Law no. 2017-399, National Assembly (France), *Relating to the Duty of Vigilance of the Parent Companies and the Companies Giving Orders*, 27 March 2017.

<sup>44</sup> Foreign Corrupt Practices Act 1977, amended 15 U.S. Code § 78dd-1.

<sup>45</sup> Bribery Act 2010 (UK), section 23.

<sup>46</sup> Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act 2010, H. R. 4173.

<sup>47</sup> Більш детально див.: Kamala D. Harris, *The California Transparency in Supply Chains Act: A Resource Guide*, 2015.

<sup>48</sup> Modern Slavery Act 2015 (UK), accessed January 19, 2018, [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/pdfs/ukpga\\_20150030\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/pdfs/ukpga_20150030_en.pdf).



можна знайти у національному цивільному законодавстві.<sup>49</sup> Кілька національних правових систем включають корпоративну кримінальну відповідальність за злочини проти людства та військові злочини.<sup>50</sup> Наприклад, у Кримінальному кодексі Франції зазначено, що “юридичні особи можуть нести кримінальну відповідальність за злочини проти людства відповідно до умов, викладених у статті 121–2.”<sup>51</sup> Загалом національні правові системи прямо та опосередковано забезпечують джерела корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав.

### *Міжнародна площина*

Джерела міжнародного права надають другорядний рівень для непрямих корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав. Міжнародне право вже накладає в різних сферах непрямі зобов'язання з прав людини на корпорації, хоча, безумовно, воно страждає через відсутність форумів щодо примусового виконання.<sup>52</sup> Корпорації вже зараз зобов'язані дотримуватися міжнародного захисту соціально-економічних прав, включаючи Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права.<sup>53</sup> Крім того, безумовно, не слід недооцінювати міжнародну обстановку у сфері бізнесу та прав людини, наприклад, значення ініціатив обов'язкового Договору ООН з питань бізнесу та прав людини для розвитку на національному рівні.<sup>54</sup> Ніколас Каррільо-Сантареллі справедливо стверджує, що “оскільки корпорації здатні фактично порушувати права людини, міжнародне право, орієнтоване на особистість та жертв (як це і повинно бути), має дозволяти і вимагати повного захисту всіх жертв.”<sup>55</sup> Суб'єкту на міжнародній арені не потрібно ставати державою-учасницею договорів про права людини, щоб дотримуватися їх.<sup>56</sup> Кілька недержавних суб'єктів можуть опосередковано через держави мати зобов'язання. Щодо цього Ендрю Клепхем зазначає, що “є сенс говорити про сторони договору про права людини, а не використовувати вираз

<sup>49</sup> Див., наприклад, *Association France-Palestine Solidarité v. Société Alstom Transport SA* (Judgment, Court of Appeal Versailles, 22 March 2013).

<sup>50</sup> “The Corporate Crimes Principles: Advancing Investigations and Prosecutions in Human Rights Cases,” Roundtable (Amnesty International & International Corporate Accountability, 6 Oct 2016).

<sup>51</sup> Criminal Code of the French Republic, Act no. 2000–647, 10 July, Art. 8, *Official Journal*, 11 July 2000, Article 213 (3).

<sup>52</sup> Див. для детальної дискусії Jernej Letnar Čer nič, “An Elephant in a Room of Porcelain: Establishing Corporate Responsibility for Human Rights,” in *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, eds. Jernej Letnar Čer nič and Tara van Ho (Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2015), 131–58, 144–49; Čer nič, “Corporate Responsibility for Human Rights,” 75–79.

<sup>53</sup> UN, CESCR, *General comment no. 24*, para 5.

<sup>54</sup> Olivier De Schutter, “Towards a New Treaty on Business and Human Rights,” *Business and Human Rights Journal* 1 (1) (2016): 41; David Bilchitz, “The Necessity for a Business and Human Rights Treaty,” *Business and Human Rights Journal* 1 (2) (2016): 203.

<sup>55</sup> Nicolás Carrillo-Santarelli, “Corporate Human Rights Obligations: Controversial but Necessary” (November 2016), Business and Human Rights Resource Center, accessed January 19, 2018, <https://businesshumanrights.org/en/corporate-human-rights-obligations-controversial-but-necessary>.

<sup>56</sup> Див.: Čer nič, “Corporate Responsibility for Human Rights,” 76–77.

‘держави-учасниці’, який вказує на те, що держави є виключними членами кожного режиму прав людини.”<sup>57</sup> Ба більше, кілька міжнародних договорів вже накладають зобов’язання на корпорації.<sup>58</sup> Робоча група ООН з бізнесу та прав людини у своєму звіті за 2013 р. зазначила, що корпорації мають “обов’язки та відповідальність.”<sup>59</sup> Також вказано, “що компанії несуть відповідальність за дотримання прав людини.”<sup>60</sup>

Рада ООН з прав людини ухвалила Керівні принципи ООН з бізнесу та прав людини в червні 2011 р. шляхом “консенсусу.”<sup>61</sup> Вони структуровані у три частини: відповідальність держави за захист, корпоративна відповідальність за права людини та доступ до засобів правового захисту.<sup>62</sup> Документ можна охарактеризувати як міжнародний документ “м’якого” права, який, утім, забезпечує докази міжнародно-правових зобов’язань корпорацій щодо всіх прав людини. Незважаючи на такий консенсус, зараз лише 19 держав прийняли Національні плани дій щодо імплементації Керівних принципів ООН.<sup>63</sup> Ще кілька квазілегальних міжнародних документів, таких як Керівні принципи Організації економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) для транснаціональних підприємств,<sup>64</sup> Глобальний договір ООН<sup>65</sup> і Тристороння декларація Міжнародної організації праці (МОП)<sup>66</sup> ілюструють, що корпорації можуть мати права людини, включаючи соціально-економічні зобов’язання на міжнародному

<sup>57</sup> Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford: Oxford University Press, 2006), 91.

<sup>58</sup> Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, Treaty no. 150, Council of Europe, 21 June 1993, art. 6(1); International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 973 UNTS 3, 29 November 1969, art. 3(1); Convention on the Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy, 956 UNTS 251, Paris 29 July 1960; Convention Relating to Civil Liability in the field of Maritime Carriage of Nuclear Material, 974 UNTS 255, Brussels 17 December 1971; OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, S. Treaty Doc. 105–43, 37 ILM 1, 18 December 1997.

<sup>59</sup> UN, Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises*, A/HRC/23/32 (14 March 2013), para 69.

<sup>60</sup> *Ibid*, para 14.

<sup>61</sup> Surya Deva, “Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles,” in *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Eds. Surya Deva and David Bilchitz (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 78–104.

<sup>62</sup> UN, Human Rights Council, John Ruggie, *Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, A/HRC/17/31 (21 March 2011), principles 1–2.

<sup>63</sup> National Action Plans, Business and Human Rights Resource Centre, accessed January 19, 2018, [www.business-humanrights.org/en/un-guiding-principles/implementation-tools-examples/implementation-by-governments/by-type-of-initiative/national-action-plans](http://www.business-humanrights.org/en/un-guiding-principles/implementation-tools-examples/implementation-by-governments/by-type-of-initiative/national-action-plans).

<sup>64</sup> OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011 Edition).

<sup>65</sup> UN Global Compact, accessed January 19, 2018, [www.unglobalcompact.org/](http://www.unglobalcompact.org/).

<sup>66</sup> Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy (ILO), *ILO Official Bulletin* 83 (2000); UN, Commission on Human Rights, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights* E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (26 August 2003).

рівні. Керівні принципи ОЕСР для транснаціональних підприємств рекомендують транснаціональним підприємствам “поважати права тих людей, які постраждали від їх діяльності, відповідно до міжнародних зобов’язань щодо прав людини тих країн, в яких вони працюють,”<sup>67</sup> тому що “повага прав людини є глобальним стандартом очікуваної поведінки підприємств.”<sup>68</sup>

Крім того, протягом декількох років триває обговорення запропонованого Договору ООН про бізнес та права людини, який може передбачати прямі зобов’язання для корпорацій<sup>69</sup> та уточнити вже існуючі. Досі Робоча група ООН провела три сесії, а нещодавно опублікувала елементи договору; однак ще необхідно з’ясувати, чи буде у найближчі роки консенсус щодо прийняття договору.<sup>70</sup> Розвиток європейської та міжамериканської регіональних систем прав людини свідчить про те, що корпорації мають деякі (не)прямі зобов’язання.<sup>71</sup>

За останні роки декілька міжнародних правозахисних органів визнали горизонтальне застосування прав людини в приватних відносинах і відповідні зобов’язання держав захищати права людини у таких відносинах.

Наприклад, Комітет з економічних соціальних і культурних прав зазначив у “Заключних зауваженнях щодо Канади” (2016 р.):

<... > він рекомендує державі-учасниці посилити своє законодавство, що регулює діяльність корпорацій, зареєстрованих або доміцильованих у державі-учасниці при веденні їх діяльності за кордоном <... > Він також рекомендує державі-учасниці запровадити ефективні механізми розслідування скарг, поданих проти цих корпорацій, та прийняти необхідні законодавчі заходи, щоб полегшити доступ до правосуддя у національних судах особам, потерпілим від поведінки цих корпорацій.<sup>72</sup>

Подібним чином Комітет з економічних соціальних і культурних прав рекомендував у “Заключних зауваженнях щодо Нідерландів” (2017 р.), що державам необхідно

(а) Включити офіційний механізм моніторингу до національного плану дій у сфері бізнесу та прав людини; <... > (б) Вжити заходів для забезпечення дотримання зобов’язань у сфері прав людини для компаній, що працюють на території держави-учасниці; <... > (е) Усунути

<sup>67</sup> OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2000), 14.

<sup>68</sup> OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011 Edition), 32.

<sup>69</sup> Див. детальніше: *The Future of Business and Human Rights*, eds. Jernej Letnar Čerňič and Nicolas Carrillo-Santarelli (Cambridge: Intersentia, 2018).

<sup>70</sup> UN, Human Rights Council, *Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights*, A/HRC/26/L.22/Rev.1 (25 June 2014). Наприклад, див.: Humberto Cantú Rivera, “Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: The Early Stages,” *UNSW Law Journal* 1200, no. 40(3) (2017).

<sup>71</sup> Jernej Letnar Čerňič, “Towards a Holistic Approach to Business and Human Rights in the European Union,” *Human Rights and International Legal Discourse* 10(1) (2016): 160; Humberto Cantú Rivera, *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017).

<sup>72</sup> UN, CESCR, *Concluding Observations: Canada*, E/C.12/CAN/CO/6 (23 March 2016), para 16.

юридичні та практичні перешкоди притягнення до відповідальності холдингових компаній, що доміцільовані під юрисдикцією держави-учасниці, відповідальних за порушення економічних, соціальних і культурних прав внаслідок їхньої діяльності на національній території або за кордоном.<sup>73</sup>

У 2016 р. Комітет з економічних соціальних і культурних прав закликав Велику Британію “встановити чітку нормативну базу для компаній, що працюють на території держави-учасниці, щоб гарантувати, що їхня діяльність не впливає негативно на здійснення економічних, соціальних і культурних прав людини.”<sup>74</sup>

Комітет з прав дитини (КПД) зазначив у Загальному коментарі № 16 про те, що “країни-походження мають зобов’язання у сфері прав людини <...> в контексті екстериторіальної діяльності та операцій підприємств, за умови, що існує розумний зв’язок між державою та відповідною поведінкою.”<sup>75</sup> Крім того, Комітет ліквідації расової дискримінації (КАРД) зазначив у 2012 р. у своєму висновку спостереження за Австралією, що

занепокоєний відсутністю законодавчої бази, що регулює зобов’язання австралійських корпорацій вдома та за кордоном, діяльність яких, зокрема у видобувній галузі, здійснюється на традиційних територіях корінних народів, та негативно впливає на права корінних народів на землю, здоров’я, середовище проживання та засоби до існування.<sup>76</sup>

Він закликав “регулювати екстериторіальну діяльність австралійських корпорацій за кордоном.”<sup>77</sup> Загалом міжнародні органи з прав людини погоджуються, що соціально-економічні права застосовуються також у горизонтальних відносинах між приватними суб’єктами. Так, деякі міжнародні джерела передбачають непряме накладення зобов’язань у сфері соціально-економічних прав на корпорації через державні зобов’язання. Корпорації уже також мають зобов’язання поважати соціально-економічні права, що випливають із національного законодавства та опосередковано – із міжнародного права. Крім того, квазіюридичні документи надають додаткові докази зобов’язань корпорацій у сфері соціально-економічних прав.

---

<sup>73</sup> UN, CESCR, *Concluding Observations: Netherlands*, E/C.12/NLD/CO/6 (6 July 2017), para 16; UN, Human Rights Committee, *Concluding Observations: Canada*, CCPR/C/CAN/CO6 (13 August 2015), para 6; UN, Human Rights Committee, *Concluding Observations: Germany*, CCPR/C/DEU/CO/6 (12 November 2012), para 16.

<sup>74</sup> UN CESCR, *Concluding Observations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, E/C.12/GBR/CO/6 (14 July 2016), para 12 (a).

<sup>75</sup> UN, Committee on Rights of the Child, *General Comment no. 16 on State Obligations Regarding the Impact of the Business Sector on Children’s Right*, CRC/C/ GC/16 (17 April 2013), para 43.

<sup>76</sup> UN, Committee on the Elimination of Racial discrimination, *Concluding Observations: Australia*, CERD/C/AUS/CO/15–17 (13 September 2010), para 13; UN, Committee on the Elimination of Racial discrimination, *Concluding Observations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, CERD/C/GBR/CO/18–20 (14 September 2011), para 29.

<sup>77</sup> *Ibid.*

*Добровільні зобов'язання*

Добровільні зобов'язання як окремих корпорацій, так і окремих секторів можуть також сприяти виконанню корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав. Їх можна знайти у внутрішній корпоративній політиці щодо прав людини або в кодексах поведінки. ООН визначає політику в галузі прав людини як

публічну заяву, прийнятту вищим керівним органом компанії, яка зобов'язує компанію дотримуватись міжнародних стандартів прав людини та робити це шляхом встановлення політики та процесів для виявлення, запобігання або пом'якшення ризиків, пов'язаних із правами людини, та усунення будь-якого негативного впливу, який вони спричинили або сприяли спричиненню.<sup>78</sup>

Крім того, МОП описує це як “письмову політику або заяву про принципи, покликану слугувати основою для прихильності до конкретної поведінки підприємств.”<sup>79</sup> Кілька корпорацій у своїй політиці щодо прав людини підтверджують, що вони поважають соціально-економічні права. Наприклад, PepsiCo зазначає:

У 2009 році ми публічно пообіцяли поважати воду як основне право людини. Наше розуміння того, що означає поважати право людини на воду, на практиці продовжує розвиватися, оскільки ми прагнемо покращити використання води, не завдаючи шкоди здатності інших користуватися своїм правом людини на воду.<sup>80</sup>

Unilever заявляє, що “ми базуємо свої зобов'язання щодо політики в галузі прав людини на Міжнародному Біллі про права людини (що складається із Загальної декларації прав людини, Міжнародного пакту про громадянські та політичні права та Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права).”<sup>81</sup> Крім того, корпорація Kellogg зазначає, що

соціальна підзвітність та відповідальний пошук є основною частиною нашої повсякденної діяльності і дозволяють Kellogg забезпечувати стійке та надійне зростання з року в рік. Компанія Kellogg прагне дотримуватись прав людини відповідно до міжнародних стандартів, таких як Міжнародна організація праці, Керівні принципи ООН та Загальна декларація прав людини.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> Lucy Amis, *A Guide for Business: How to Develop a Human Rights Policy* (United Nations Global Compact and Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2011 and 2015), 4. Також див.: Čerňič, *Human Rights Law and Business*, 43–46.

<sup>79</sup> ILO, Working Party on the Social Dimensions of the Liberalization of International Trade, *Overview of Global Developments and Office Activities Concerning Codes of Conduct, Social Labeling and Other Private Sector Initiatives Addressing Labour Issues: Executive Summary*, GB.273/WP/SDL/1 (November 1998), para 26.

<sup>80</sup> Global Human Rights Statement, PepsiCo, June 2017.

<sup>81</sup> Unilever's Human Rights Policy Statement, 2017, accessed January 19, 2018, [https://www.unilever.com/Images/unilever-human-rights-policy-statement\\_tcm244-422954\\_en.pdf](https://www.unilever.com/Images/unilever-human-rights-policy-statement_tcm244-422954_en.pdf).

<sup>82</sup> Human Rights Position Statement, Kellogg Company, 1 December 2016.

Текст таких заяв про політику щодо прав людини є досить багатообіцяючим, але юридична природа сумнівна, і їх найкраще описати як *lex imperfecta*,<sup>83</sup> оскільки вони не передбачають санкцій за порушення. Тому їхня цінність для забезпечення соціально-економічних прав осіб, яким завдано шкоди, є низькою, оскільки вони здебільшого не забезпечують правової бази для позовів. У найкращому випадку особи, яким завдано шкоди, можуть розраховувати на внутрішні механізми корпорацій щодо розгляду скарг.

### *Проміжний висновок*

Загалом можна зробити висновок, що корпоративні зобов'язання у сфері соціально-економічних прав походять від національного, регіонального та міжнародного рівнів. Зобов'язання корпорацій у сфері соціально-економічних прав походять із різних рівнів, переважно опосередковано, але в деяких випадках і безпосередньо. Крім того, добровільні зобов'язання самих корпорацій, мабуть, є ще однією ілюстрацією корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав. Такий аналіз сприяє розумінню того, що державні зобов'язання у сфері соціально-економічних прав не є унікальними, а доповнюються зобов'язаннями кількох недержавних суб'єктів та корпорацій, які відрізняються від них за ступенем і характером. Загалом безліч нормативних структур ілюструє, що корпорації, як один із найвпливовіших суб'єктів місцевого та глобального суспільств, несуть свою частину зобов'язань щодо забезпечення соціально-економічних прав.

## **II. Правова характеристика, сутність та обсяг корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав**

Який характер та обсяг корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав людини? Чи мають вони такий самий характер і сферу дії, як державні зобов'язання? Де вони застосовуються? На території, де функціонують корпорації, чи за її межами? Вони відрізняються, що особливо стосується позитивних зобов'язань, від державних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав за своїм обсягом і характером.<sup>84</sup> Тоді як держави зобов'язані поважати, захищати та дотримуватися соціально-економічних прав, природа корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав не є настільки чіткою, остаточною та повноцінною.

### *Сутність та обсяг корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав*

Корпорації мають негативні та позитивні зобов'язання у сфері соціально-економічних прав. Вони зобов'язані не порушувати безпосередньо соціально-економічні

---

<sup>83</sup> Недосконала правова норма, яка не передбачає санкцій.

<sup>84</sup> Brigit C. A. Toebes and Jernej Letnar Čer nič, "Corporate Human Rights Obligations Under Economic, Social, and Cultural Rights," in *Globalization, International Law and Human Rights*, eds. Jeffrey F. Addicott, Md Jahid Hossain Bhuiyan, and Tareq M. R. Chowdhury (Oxford: Oxford University Press, 2012), 1–33.

права, а також вживати активних заходів для гарантування їх забезпечення. Однак сутність і обсяг корпоративних соціально-економічних зобов'язань відрізняється від державних. Держави насамперед зобов'язані гарантувати принаймні мінімальне ядро соціально-економічних прав, враховуючи їх територіальний суверенітет, а також свою монополію щодо збору податкових надходжень і вирішення способу розподілу бюджетних ресурсів для забезпечення соціально-економічних прав.<sup>85</sup> Безумовно, державні корпорації або ті приватні корпорації, які мають ліцензії та концесії на надання державних послуг, володіють ширшими зобов'язаннями захищати соціально-економічні права, які майже можна порівняти з державними зобов'язаннями.

Тому корпораціям, по-перше, пропонується дотримуватися їх у своїх корпоративних групах і в місцевих громадах, де вони функціонують.<sup>86</sup> Стверджується, що цей основний стандарт близькості або наближеності слід застосовувати при визначенні обсягу корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав (див. Рисунок 5.2). По-друге, корпорації зобов'язані дотримуватися процедурних стандартів при проведенні належної перевірки в усіх своїх ланцюгах поставок. У цьому контексті Олів'є де Шуттер стверджує, що

накладання на корпорації певних зобов'язань у сфері економічних та соціальних прав, таким чином, є теоретично виправданим, коли вони управляють товарами або ресурсами, які є важливими для здійснення цих прав (чи то в результаті позиції, яку вони здобули на ринку, чи то за декретом).<sup>87</sup>

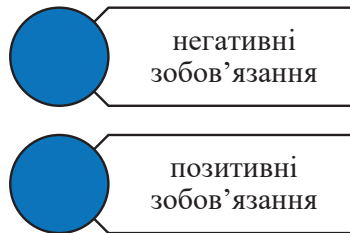


Рисунок 5.2. Позитивні та негативні зобов'язання корпорацій у сфері соціально-економічних прав (Джерело: власна праця автора)

<sup>85</sup> CESCR, General Comment 3 “The Nature of States Parties’ Obligations,” E/1991/23, annex III at 86 (1991).

<sup>86</sup> Allan Rosas and Martin Scheinin, “Categories and Beneficiaries of Human Rights,” in *Introduction to the International Protection of Human Rights*, eds. Raija Hanski and Markku Suksi (Åbo Akademi University, Institute for Human Rights (2nd Revised Edition, 2004), 49–62; Jernej Letnar Čerňič, “State Obligations Concerning Indigenous Peoples Rights to Their Ancestral Lands: Lex Imperfecta?” *American University International Law Review* 28, no. 4 (2013): 1129–71.

<sup>87</sup> Olivier De Schutter, “Corporations and Economic, Social and Cultural Rights,” in *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*, eds. Eibe Riedel, Gilles Giacca, and Christophe Golay (Oxford: Oxford University Press, 2014), 217.

Держави зобов'язані забезпечити, щоб державні корпорації та ті приватні корпорації, що мають концесії, поважали, захищали та виконували соціально-економічні права.

Корпоративні зобов'язання у сфері соціально-економічних прав, по-перше, можуть бути описані в рамках негативної та позитивної дихотомії. Крім цього, їх часто пояснюють через тристоронній підхід до зобов'язань поважати, захищати та виконувати соціально-економічні права (див. Рисунок 5.3).<sup>88</sup> Негативні зобов'язання корпорацій зобов'язують їх поважати соціально-економічні права та уникати прямого втручання в них, тоді як позитивні зобов'язання включають зобов'язання захищати та виконувати розумне мінімальне ядро соціально-економічних прав.<sup>89</sup> Тристоронній підхід є найбільш доцільним для опису та аналізу сутності й обсягу корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав, оскільки він охоплює всі виміри корпоративної поведінки та операцій, починаючи від власних ділових операцій, включаючи відносини співробітників, до їх відносин із постачальниками, підрядниками, дистриб'юторами та ширшим співтовариством. Він охоплює як позитивні, так і негативні зобов'язання, а також зобов'язання щодо результату та поведінки.



Рисунок 5.3 Тристоронні зобов'язання корпорацій щодо соціально-економічних прав  
(Джерело: власна праця автора)

Який найбільш прийнятний спосіб вимірювання соціально-економічних прав? Колишня спеціальна доповідачка з питань права на освіту Катерина Томашевська

<sup>88</sup> Asbjørn Eide, "Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach," *Human Rights Law Journal* 10, no. 35 (1989). Див.: UN, Commission on Human Rights, *The Right to Adequate Food and to Be Free from Hunger – Updated Study on the Right to Food*, E/CN.4/Sub.2/1999/12 (28 June 1999, submitted by Asbjørn Eide). Oliver de Schutter, *International Human Rights*, 241–57; Allan Rosas and Martin Scheinin, "Categories and Beneficiaries of Human Rights," in *Introduction to the International Protection of Human Rights*, 49–62.

<sup>89</sup> Jernej Letnar Černič, *Human Rights Law and Business: Corporate Responsibility for Fundamental Human Rights* (Europa Law Publishing, August 19, 2010).



розробила критерії для вимірювання реалізації соціально-економічних прав за допомогою моделі 4А (спочатку стосовно права на освіту, але пізніше, *mutatis mutandis*, з деякими змінами перекладено на більшість соціально-економічних прав). Модель включає наявність, доступність, прийнятність та адаптивність соціально-економічних прав. Комітет з економічних, соціальних та культурних прав пояснив модель права на освіту таким чином: наявність – “діючі навчальні заклади та програми повинні бути доступними у достатній кількості;” доступність – “навчальні заклади та програми повинні бути доступними кожному без дискримінації;” прийнятність – “форма та зміст освіти, включаючи навчальні програми і методи навчання, повинні бути прийнятними (наприклад, відповідні, культурно доцільні та якісні) для учнів та, у відповідних випадках, батьків;” та адаптованість – “освіта повинна бути гнучкою, щоб вона могла пристосовуватися до потреб суспільства та спільнот, що змінюються, і відповідати потребам студентів у їхніх різноманітних соціальних і культурних умовах.”<sup>90</sup> Це показує, що окремий носій прав має декілька прав у сфері соціально-економічних прав. Наприклад, Олів’є де Шуттер стверджує, що “4А описують характеристики блага, на яке має право окремий носій прав.”<sup>91</sup> Важливо, схоже, що не існує послідовного підходу до показників, оскільки деякі міжнародні органи у сфері прав людини надають перевагу системі “AAAQ,” яка включає наявність, доступність, прийнятність та якість.<sup>92</sup> Утім, 3А моделі AAAQ служать відповідником до зобов’язань поважати, захищати та виконувати соціально-економічні права, оскільки вони вимірюють їх реалізацію. Такі моделі можуть сприяти вимірюванню того, як держави та корпорації виконують свої зобов’язання поважати, захищати та виконувати соціально-економічні права, які описані в наступному розділі.

#### *Корпоративне зобов’язання поважати соціально-економічні права*

Корпоративне зобов’язання поважати є, по суті, негативним зобов’язанням, яке вимагає від корпорацій не втручатися у соціально-економічні права людей своїми прямими або непрямыми діями.<sup>93</sup> Керівні принципи ООН щодо бізнесу та прав людини базуються на трьох стовпах “захищати, поважати та відшкодовувати.”<sup>94</sup> Керівні принципи ООН

<sup>90</sup> UN, CESCR, *General Comment no. 13: “The Right to Education,”* E/C.12/1999/10 (8 December 1999), para 6(d).

<sup>91</sup> De Schutter, *International Human Rights Law*, 256.

<sup>92</sup> “The AAAQ Framework and the Right to Water: International Indicators,” The Danish Institute for Human Rights, 2014.

<sup>93</sup> Jernej Letnar Čerňič, “Sovereign Financing and Corporate Responsibility for Economic and Social Rights,” in *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, eds. Juan Pablo Bohoslavsky and Jernej Letnar Čerňič (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014), 152–54.

<sup>94</sup> The Guiding Principles; Nicola Jägers, “UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Making Headway Towards Real Corporate Accountability?” *Netherlands Quarterly of Human Rights* 29, no. 2 (2011): 159. Див. також: Claire Methven O’Brien, Amol Mehra, Sara Blackwell, and Cathrine Bloch Poulsen-Hansen, “National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool,” *Business and Human Rights Journal* 1, no. 1 (2015): 117; Damiano de

щодо бізнесу та прав людини обережно передбачають у Принципі 11, що корпорації “повинні поважати права людини.” Це “означає, що вони повинні уникати порушень прав людини іншими і повинні врегулювати негативні наслідки для прав людини, з якими вони пов’язані.”<sup>95</sup> Однак у Коментарі зазначається, що таке зобов’язання корпорацій “існує незалежно від можливостей та/або готовності держав виконувати власні зобов’язання щодо прав людини і не зменшує цих зобов’язань. І воно існує понад дотримання національних законів та нормативних актів, що захищають права людини.”<sup>96</sup> Коментар додає, що “оскільки підприємства можуть впливати практично на весь спектр міжнародно визнаних прав людини, їх відповідальність за повагу поширюється на всі такі права.”<sup>97</sup> Воутер Ванденхол критично зазначає, що “Керівні принципи викликають слабку відповідальність корпорацій за дотримання прав людини,”<sup>98</sup> оскільки це не випливає з юридичних джерел, а існує на основі суспільних очікувань,<sup>99</sup> що, таким чином, “не є обов’язком компанії згідно з міжнародним правом прав людини.”<sup>100</sup> Крім того, у низці інших міжнародних документів зазначається, що корпорації вже мають зобов’язання з прав людини.<sup>101</sup>

Обов’язок корпорацій поважати вимагає від них не втручатися у соціально-економічні права людей. Якщо коротко, то корпорації зобов’язані не порушувати соціально-економічні права окремих осіб та не завдавати людям шкоди. Тому корпораціям забороняється втручатися у наявність, доступність, прийнятність, якість і пристосованість права на освіту, харчування, охорону здоров’я, житло, воду й інші соціально-економічні права людини. Це негативне зобов’язання, яке поділяється на превентивну та виправну частини. Перша частина не покладає жодних зобов’язань на корпорації щодо вжиття будь-яких активних заходів. Вона лише вимагає від них не порушувати або не брати участь у порушеннях прав людини у співучасті з державними чи іншими приватними суб’єктами.

Превентивна частина зобов’язання поважати вимагатиме від корпоративних суб’єктів прийняти вичерпну політику в галузі прав людини та провести оцінку

---

Felice and Andreas Graf, “The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights,” *Journal of Human Rights Practice* 7, no. 1 (2015): 40.

<sup>95</sup> *Ibid*, 11.

<sup>96</sup> The Guiding Principles, principle 11, коментар.

<sup>97</sup> The Guiding Principles, principle 12, коментар.

<sup>98</sup> Wouter Vandenhoe, “Emerging Normative Frameworks on Transnational Human Rights Obligations,” *EUI Working Paper RSCAS* 17 (2012): 12.

<sup>99</sup> The Guiding Principles, principle 12; John Gerard Ruggie, “Regulating Multinationals: The UN Guiding Principles, Civil Society, and International Legalization,” *Regulatory Policy Program Working Paper* (RPP-205-04) (2015): 3.

<sup>100</sup> Cindy S. Woods, “‘It Isn’t a State Problem’: The Minas Conga Mine Controversy and the Need For Binding International Obligations on Corporate Actors,” *Georgetown Journal of International Law* 46, no. 2 (2015): 629, 649.

<sup>101</sup> UN, Human Rights Council, Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights Magdalena Sepúlveda Carmona, *The Guiding Principles on Extreme Poverty and Human Rights*, A/HRC/21/39 (18 July 2012), para 100.

впливу на права людини та належну обачність перед початком нових інвестиційних і виробничих проєктів.<sup>102</sup> Вони повинні переконатися, що проєкт не погіршить соціально-економічні засоби існування і можливості людей забезпечити гідне існування для себе та своїх сімей. У цьому контексті це вимагатиме від них реалізувати право на попередню, вільну та поінформовану згоду місцевих громад, корінних народів та інших вразливих громад на отримання їх думок щодо потенційних позитивних, але також несприятливих наслідків запропонованого проєкту. Якщо інвестиційний проєкт буде заважати соціально-економічному існуванню людей, корпораціям доведеться пропонувати їм подібні умови проживання де-небудь ще. Їхня діяльність також повинна була б контролюватися ззовні – або державними органами, або незалежними органами. З цією метою корпорації повинні будуть періодично контролювати свою діяльність. Необхідні заходи залежать від розміру, інвестицій та галузі діяльності корпорації. Виправна частина зобов'язання поважати включатиме зобов'язання корпорацій підтримувати та не перешкоджати справедливим, незалежним і неупередженим судовим процесам; підкорятися періодичному, справедливому, незалежному та неупередженому нагляду; та забезпечити компенсацію потерпілим (див. Таблицю 5.1).

#### *Корпоративне зобов'язання захищати соціально-економічні права*

Корпорації не тільки зобов'язані поважати соціально-економічні права людини, а й зобов'язані їх захищати, тобто прийняти превентивні заходи, щоб їхні корпорації, пов'язані в групи корпорацій, ділові партнери, постачальники та дистриб'ютори не порушували соціально-економічні права або хоча б розумний мінімум ядер у їхніх глобальних ланцюгах поставок.<sup>103</sup>

*Таблиця 5.1. Класифікація корпоративних зобов'язань: зобов'язання поважати*

<i>Превентивне корпоративне зобов'язання поважати</i>	<i>Виправне корпоративне зобов'язання поважати</i>
Не завдавати шкоди володінню людьми соціально-економічними правами.	Провести оцінку прав людини перед початком проєкту.

<sup>102</sup> Proposals for Elements of a Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises (International Commission of Jurists (ICJ), October 2016).

<sup>103</sup> Детальне обговорення мінімального ядра див. Audrey R. Chapman, "A Violations Approach' for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights," *Human Rights Quarterly* 18, no. 1 (1996): 23, 32. Сісай Алеману Ешаню стверджує, що мінімальна основна модель, "більш-менш концентрується на змісті прав на визначення мінімальних зобов'язань", тоді як розумний підхід "фокусується на зобов'язаннях держав або заходах щодо реалізації прав." Див. також: Sisay Alemahu Yeshanew, *The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System* (Cambridge: Intersentia, 2013), 294. Див. також: Katharine Young, "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content," *Yale Journal of International Law* 33, no. 1 (2008).

<i>Превентивне корпоративне зобов'язання поважати</i>	<i>Виправне корпоративне зобов'язання поважати</i>
Не заважати забезпеченню державою соціально-економічних прав.	Піддаватися періодичному чесному, незалежному та неупередженому нагляду.
Прийняти повноцінну політику в галузі прав людини, яка повинна поширюватися як всередині, так і зовні, серед усіх відповідних зацікавлених сторін та ділових партнерів і включатись у всю їх політику.	Піддаватися чесній, незалежній та неупередженій звітності й аудиту.
Розробити та впровадити деталізовані процеси належної обачності, які мають поширюватись як всередині, так і зовні, серед усіх відповідних зацікавлених сторін і ділових партнерів та включатись у всю їхню політику.	Створити прозорі наглядові механізми, що контролюють дотримання соціально-економічних прав.
Створити внутрішній відділ, на який покладено завдання розробляти превентивні та виправні заходи.	Створити внутрішні механізми розгляду скарг, спрямовані на розгляд заяв про порушення корпораціями соціально-економічних прав.
Не втручатися в судові процеси верховенства права, що вивчають їхню передбачувану причетність до порушень соціально-економічних прав.	Підтримувати та не заважати здійсненню правосуддя.
Сприяти забезпеченню верховенства права в тих сферах, де вони функціонують, що сприятиме дотриманню прав.	Підтримувати верховенство права та не втручатися у справедливе, незалежне та неупереджене судочинство, включаючи призначення компенсації.

Це означало б, що вони повинні мати та здійснювати контроль над своїми дочірніми компаніями й діловими партнерами, щоб дотримуватися наявності, доступності, прийнятності, якості та пристосованості прав на освіту, харчування, здоров'я, житло, воду та інші соціально-економічні права. Однак такі обов'язки щодо захисту не є зобов'язаннями результату, а здебільшого поведінки, особливо в складних умовах.<sup>104</sup> Який обсяг корпоративного зобов'язання захищати соціально-економічні права?

<sup>104</sup> Justine Nolan, "The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: Soft Law or Not Law?" in *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Eds. Surya Deva and David Bilchitz (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 138–61; Justine Nolan, "Human Rights and Global Supply Chains: Is Effective Supply Chain Accountability Possible?" In *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, eds. Surya Deva and David Bilchitz (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 238–65.

Міжнародний рівень надає лише обмежені вказівки.<sup>105</sup> Резолюція МОП про гідну працю у світових ланцюгах поставок передбачає, що “бізнес несе відповідальність за дотримання трудових прав у своїх операціях, як це викладено в Керівних принципах ООН щодо бізнесу та прав людини <...>, а уряди зобов'язані впроваджувати та застосовувати національні закони та правила.”<sup>106</sup> Далі державам рекомендується

(і) чітко викласти очікування, що всі підприємства, що мають доміциляцію на їх території та/або юрисдикції, поважають права людини під час своєї діяльності та основні принципи та права на роботі для всіх працівників, включаючи робітників-мігрантів, домашніх робітників, робітників у нестандартних формах зайнятості та робітників в зонах експортної переробки.<sup>107</sup>

Важко надавати аргументи щодо зобов'язань, оскільки Резолюція стосується “очікування,” без пояснення цього терміна. Тому доречніше говорити про рекомендації.

Крім того, ОЕСР розробила деякі галузеві довідники щодо захисту прав людини у глобальних ланцюгах поставок. По-перше, у довіднику “Керівні принципи щодо належної перевірки ланцюгів відповідального постачання корисних копалин із районів, що постраждали від конфлікту та районів з високим ризиком” вона зазначає, що

компанія оцінює ризик, визначаючи фактичні обставини своєї діяльності та взаємовідносин й оцінюючи ці факти на відповідність стандартам, передбаченим національними нормами та міжнародним правом, рекомендаціям щодо відповідального ведення бізнесу міжнародними організаціями, інструментам, що підтримуються урядом, добровільним ініціативам приватного сектору, внутрішній політиці та системі компанії.<sup>108</sup>

Однак його практична значущість ще не доведена. ОЕСР навіть розробила наглядовий механізм для забезпечення виконання настанов.<sup>109</sup> По-друге, у 2017 р. вона опублікувала “Керівні Принципи щодо належної перевірки ланцюгів відповідального постачання у секторі виробництва одягу та взуття.”<sup>110</sup> У них рекомендується корпораціям вживати превентивних заходів для “посилення систем управління з метою проведення належної перевірки щодо ризиків заподіяння шкоди у власній діяльності підприємства та в його ланцюгу поставок”<sup>111</sup> та кроки виправлення “вжити активних заходів для запобігання

<sup>105</sup> The Guiding Principles, principle 17. Див. також: Jernej Letnar Čerňič, “Moving Towards Protecting Human Rights in Global Business Supply Chains,” *Boston University International Law Journal* 36, no. 2 (2018): 101–15.

<sup>106</sup> Resolution Concerning Decent Work in Global Supply Chains (ILO, 10 June 2016), section 10.

<sup>107</sup> Ibid, section 16.

<sup>108</sup> Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas (OECD, 3rd Edition, 2016), 13. Див., наприклад, Holly Cullen, “The Irresistible Rise of Human Rights Due Diligence: Conflict Minerals and Beyond,” *The George Washington International Law Review* 48, no. 4. (2016): 743–80.

<sup>109</sup> Implementing the OECD Due Diligence Guidance, OECD, accessed January 19, 2018, [www.oecd.org/corporate/mne/implementingtheguidance.htm](http://www.oecd.org/corporate/mne/implementingtheguidance.htm).

<sup>110</sup> OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector (OECD, 2017).

<sup>111</sup> Ibid, 1.1.

ризик, нагляд за ланцюгами поставок та забезпечення засобів правового захисту.”<sup>112</sup> Обидва документи щодо належної обачності доповнюють Керівні принципи ОЕСР для транснаціональних підприємств, зміцнюючи їх превентивні аспекти. Однак необов’язкова юридична природа обох документів ставить під сумнів їх додаткову значущість для гарантування соціально-економічних прав у корпоративних ланцюгах поставок.

Можна стверджувати, що в складних і широких корпоративних структурах “материнська” корпорація матиме зобов’язання забезпечити дотримання підпорядкованими компаніями, навіть якщо вони перебувають в інших юрисдикціях, соціально-економічних прав. Гвінн Скіннер, Роберт МакКоркуодейл, Олів’є де Шуттер та Енді Лемб зазначають, що “обов’язок материнської компанії – проявляти належну обачність, контролюючи дочірню компанію, щоб переконатись, що вона не порушує прав людини.”<sup>113</sup> Таким чином, вони мали б зобов’язання щодо поведінки. Тоді як у відкритих ділових відносинах поза одними й тими ж корпоративними структурами, обов’язок захищати буде лише зобов’язанням щодо належної обачності, щоб не порушувати соціально-економічні права. Таке зобов’язання є не лише бажаним мисленням, а й походить із кількох національних джерел права. Закон Каліфорнії про прозорість ланцюгів поставок (2015 р.) і Закон Великої Британії про сучасне рабство (2015 р.) вимагають від корпорацій звітування про свої ланцюги поставок.<sup>114</sup> Крім того, розділ 1502 Закону про реформування Уолл-стріт і захист споживачів Додда-Френка сприяє вимогам про розкриття інформації для зазначеної мети.<sup>115</sup> Французький закон про обов’язок догляду батьківських і субпідрядних компаній накладає аналогічний обов’язок звітувати.<sup>116</sup> Апеляційний суд Англії зазначив у *Чандлері*, що

за відповідних обставин закон може покласти на материнську компанію відповідальність за здоров’я та безпеку працівників її дочірньої компанії. Ці обставини включають ситуацію, коли, як і в цій справі, (1) діяльність материнської та дочірньої компаній у відповідному відношенні однакова; (2) материнська компанія має або повинна мати чудові знання з деяких важливих аспектів охорони праці в конкретній галузі; (3) система роботи дочірньої компанії небезпечна, материнська компанія знала або повинна була знати; та (4) материнська компанія знала або повинна була передбачити, що дочірня компанія або її працівники будуть покладатися на використання цих чудових знань для захисту працівників.<sup>117</sup>

<sup>112</sup> OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector (OECD, 2017).

<sup>113</sup> Gwynne Skinner, Robert McCorquodale, Olivier De Schutter, and Andie Lamb, “The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business,” *ICAR, CORE, ECCJ* 65 (2013).

<sup>114</sup> California Transparency in Supply Chains Act 2010; Modern Slavery Act 2015 (UK), section 54.

<sup>115</sup> Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (2010), H. R. 4173, section 1502(b)(1)(A) and (E), 124 Stat. 2213–18. Див. також: Benjamin Thomas Greer and Jeffrey Purvis, “Corporate Supply Chain Transparency: California’s Seminal Attempt to Discourage Forced Labour,” *The International Journal of Human Rights* 20, no. 1 (2016): 55–77.

<sup>116</sup> Law no. 2017–399, National Assembly (France).

<sup>117</sup> *Chandler v Cape plc*, EWCA Civ 525 (Court of Appeal), 25 April 2012, para 80. Див. також: *Lungowe & Ors v Vedanta Resources Plc & Anor*, EWCA Civ 1528 (Court of Appeal), 13 October 2017; Детальна

Таке формулювання означає, що материнська компанія несе відповідальність за нагляд за поведінкою дочірніх компаній щодо охорони праці. *Mutatis mutandis* може бути переформатовано як зобов'язання бізнесу у сфері соціально-економічних прав. Зобов'язок захищати вимагає від корпорацій проведення прозорих, швидких, справедливих, незалежних, неупереджених та ефективних розслідувань своїх ланцюгів поставок з метою забезпечення соціально-економічних прав у всіх своїх ділових мережах.<sup>118</sup> Таке зобов'язання часто вимагатиме від корпорацій здійснення екстериторіального контролю за межами основної території реєстрації, оскільки через глобальний характер поточних ділових відносин недостатньо того, щоб корпорації здійснювали контроль лише над діловими партнерами, постачальниками та дистриб'юторами на своїй національній території. Вони повинні переконатися, що їхні ділові партнери по всьому ланцюжку поставок не порушують або не позбавляють людей основних соціально-економічних засобів існування.<sup>119</sup> Інакше кажучи, підприємства зобов'язані реалізовувати належну обачність щодо прав людини, що визначається як "постійний управлінський процес, який має забезпечити розумну та розсудливу діяльність підприємства, враховуючи всі обставини (включаючи галузь, операційний контекст, обсяги та подібні фактори), щоб реалізувати відповідальність підприємства за дотримання прав людини."<sup>120</sup>

Отже, мінімальний спільний знаменник таких зобов'язань лежить у корпораціях, які принаймні забезпечують повагу розумного мінімального рівня соціально-економічних прав у всіх своїх ланцюгах поставок. Вони зобов'язані робити все можливе, щоб забезпечити мінімальне ядро прав на освіту, харчування, належне житло, воду й інші соціально-економічні права, та не порушувати права окремих осіб. Це ядро включає дотримання мінімальних рівнів людської гідності, яке спрямоване як на своїх працівників, так і на осіб, які перебувають безпосередньо поруч із місцем діяльності корпорацій. Отже, корпоративне зобов'язання захищати діє як щодо співробітників, так і зовні для громад, де працюють корпорації. Зобов'язок захищати вимагає від підприємств робити все можливе для забезпечення мінімальних рівнів соціально-економічних прав як своїх працівників, так і громад. Однак Керівні принципи передбачають, що

відповідальність підприємств за дотримання прав людини поширюється на всі підприємства незалежно від їхнього розміру, сектору, операційного контексту, форми власності та структури. Утім, масштаби та складність засобів, за допомогою яких підприємства виконують це

---

дискусія у: Gabrielle Holly, "Access to Remedy Under the UNGPs: Vedanta and the Expansion of Parent Company Liability," *EJIL Talk!* 31 October 2017, accessed January 19, 2018, [www.ejiltalk.org/if-the-pleading-represents-the-actuality-vedanta-access-remedy-and-the-prospect-of-a-duty-of-care-owed-by-a-parent-company-to-those-affected-by-acts-of-subsidiaries/](http://www.ejiltalk.org/if-the-pleading-represents-the-actuality-vedanta-access-remedy-and-the-prospect-of-a-duty-of-care-owed-by-a-parent-company-to-those-affected-by-acts-of-subsidiaries/).

<sup>118</sup> Див.: Justice Nolan, "Submission to UN Open Ended Inter-Governmental Working Group on Transnational Corporations & Other Business Enterprises with Respect to Human Rights," 30 August 2016.

<sup>119</sup> Bassina Farbenblum and Justine Nolan, "The Business of Migrant Worker Recruitment: Who has the Responsibility and Leverage to Protect Rights?" *Texas International Law Journal* 52, no. 1 (2017).

<sup>120</sup> UN, OHCHR, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide* (2012), 4.

зобов'язання, можуть різнитися залежно від факторів та тяжкості несприятливого впливу підприємства на права людини.<sup>121</sup>

Обов'язок захищати наполягатиме на тому, щоб корпорації періодично (наприклад, принаймні раз на місяць) перевіряли та контролювали діяльність своїх постачальників та інших ділових партнерів. Такий періодичний нагляд слід вважати важливим для мінімального та сумлінного виконання обов'язку захищати соціально-економічні права.

Наскільки корпорації зобов'язані забезпечувати дотримання прав людини у своїх ланцюгах поставок? Нині не існує зобов'язань контролювати будь-який рівень ланцюгів поставок. На практиці таке завдання є дуже складним, але не неможливим, як це ілюструють спроби регуляторних органів Європейського Союзу в ланцюгу поставок європейської фармацевтичної промисловості.<sup>122</sup> Наприклад, існують практики корпорацій, таких як Daimler Mercedes, здійснювати контроль лише на першому рівні ланцюга поставок, де вони мають прямі відносини зі своїми партнерами. Корпорація Ford здійснює контроль над першим рівнем ланцюга поставок.<sup>123</sup> Проте корпорації повинні прагнути до мінімального рівня дотримання соціально-економічних прав. Крім того, міжнародне співтовариство намагалося створити деякі наглядові механізми після жахливих порушень прав людини, що стосуються бізнесу.<sup>124</sup> Бангладешська угода, погоджена після катастрофи на Рана Плаза, зобов'язує всі зацікавлені сторони забезпечити “безпечну та стійку Бангладешську промисловість готового одягу (‘RMG’), у якій жоден працівник не повинен боятися пожеж, обвалу будівель або інших аварій, яких можна було б запобігти за допомогою розумних заходів охорони праці.”<sup>125</sup> Однак обов'язок захищати соціально-економічні права шляхом належної обачності – це зобов'язання, яке вимагає від корпорацій вживати як превентивні, так і виправні процедурні заходи для контролю своїх ланцюгів поставок (див. Таблицю 5.2). По-перше, це означає, що корпорації також повинні вживати загальних і систематичних заходів для встановлення суворого нагляду; по-друге, повинні посилити систему нагляду у конкретних випадках через проведення швидких, справедливих, прозорих, ефективних, незалежних і неупереджених розслідувань, а також забезпечити постраждалим особам доступ до правосуддя. Коротко кажучи, корпорації повинні продемонструвати узгоджені зусилля з контролем своїх ланцюгів поставок. Наприклад, ІКЕА зазначає, що “ми просимо наших постачальників першого рівня повідомляти IWAY Must вимоги їх постачальникам та реєструвати цих постачальників у нашій системі відстеження субпостачальників.”

---

<sup>121</sup> The Guiding Principles, para 14.

<sup>122</sup> European Commission's Guidelines of 19 March 2015 on principles of Good Distribution Practice of active substances for medicinal products for human use, 2015/C 95/01.

<sup>123</sup> Sustainability Report 2016/17, Ford Corporation.

<sup>124</sup> Baskut Tuncak, “Lessons from the Samarco Disaster,” *Business and Human Rights Journal* 2, no. 1 (2017): 157–62.

<sup>125</sup> Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh, 13 March 2013, accessed January 19, 2018, [http://bangladeshaccord.org/wp-content/uploads/the\\_accord.pdf](http://bangladeshaccord.org/wp-content/uploads/the_accord.pdf).



Таблиця 5.2. Класифікація корпоративних зобов'язань: зобов'язання захищати

<i>Превентивне корпоративне зобов'язання захищати</i>	<i>Виправне корпоративне зобов'язання захищати</i>
Переконатися, що дочірні компанії, постачальники та інші ділові партнери не завдають безпосередньої шкоди особам, які реалізують соціально-економічні права.	Встановити сувору внутрішню та зовнішню корпоративну політику, яка сприяє пом'якшенню потенційних порушень соціально-економічних прав.
Застосовувати міжнародне право прав людини та захист соціально-економічних прав як внутрішньо – у корпоративній політиці, так і зовні – у контрактах та інших відносинах із підрядниками, субпідрядниками та будь-якими іншими бізнес-партнерами.	Розробити повноцінну оцінку соціально-економічного впливу у глобальних ланцюгах поставок.
Забезпечити належну обачність по всьому ланцюжку поставок.	Встановити зовнішню періодичну незалежну перевірку процедур, створити звіти для розгляду конкретних зловживань та розробити варіанти сприяння повазі до прав людини.
Прагнути контролювати всі рівні своїх ланцюгів поставок.	Встановити внутрішні процедури розгляду скарг, коли постраждали особи могли б використати механізми подання скарг.
Розробити систематичні наглядові механізми всередині та поза корпоративною групою.	Забезпечити внутрішні засоби правового захисту та компенсацію за порушення.
У випадках порушень проводити внутрішні, ефективні, прозорі та ретельні розслідування.	Створити спеціальну робочу групу, відповідальну за розслідування.
Підтримувати та не втручатися у національні судові системи.	Піддаватися справедливим, незалежним і неупередженим судовим процесам та забезпечувати компенсацію.

Наші постачальники першого рівня відповідають за аудит своїх критичних суб-постачальників та забезпечення відповідності IWAY Must.<sup>126</sup>

<sup>126</sup> “2016 Sustainability Report,” IKEA Group, accessed January 19, 2018, [https://www.ikea.com/ms/en\\_US/pdf/sustainability\\_report/IKEA\\_Group\\_Sustainability\\_Report\\_2016.pdf](https://www.ikea.com/ms/en_US/pdf/sustainability_report/IKEA_Group_Sustainability_Report_2016.pdf).

Напевно, найкращим підходом було б дотримуватися Керівних принципів ОЕСР, у яких корпораціям пропонують здійснювати такі шість кроків для дотримання прав людини у своїх ланцюгах поставок:<sup>127</sup> “Включити відповідальну ділову поведінку в політику та системи управління підприємствами;” “Визначити фактичну та потенційну шкоду у власній діяльності підприємства та в його ланцюгу постачання;” “Припинити, запобігти або пом’якшити шкоду у власній діяльності підприємства та в його ланцюгу поставок;” “Відстежувати;” “Забезпечити або співпрацювати у справі санації, коли це доречно.”<sup>128</sup> Дотримуючись цих кроків, корпорації будуть наближені до захисту мінімального рівня соціально-економічних прав за допомогою своїх глобальних ланцюгів поставок. Отже, корпоративні зобов’язання захищати є процедурними зобов’язаннями в тому сенсі, що вони зосереджуються на процесах, але водночас мають суттєве значення, оскільки вимагають від корпорацій забезпечення мінімального рівня соціально-економічних прав.

#### *Корпоративне зобов’язання виконувати соціально-економічні права*

Зобов’язання виконати має позитивний характер, оскільки вимагає від корпорацій вжити активних заходів, щоб забезпечити дотримання усіх п’яти вимірів соціально-економічних прав на максимум своїх фінансових ресурсів, щоб усунути позбавлення фізичних осіб таких прав.<sup>129</sup> Це зобов’язання є “центральним для реалізації економічних та соціальних прав.”<sup>130</sup> Однак побудувати ці зобов’язання як суворо законні майже неможливо, оскільки вони більше належать до сфер філософських прагнень. Крім того, корпоративні зобов’язання щодо здійснення соціально-економічних прав відрізняються від державних зобов’язань за своїм характером та обсягом. Наприклад, Високий суд Південного Гаутенга в Йоганнесбурзі, Південна Африка, зазначив із цього приводу:

Правильно, що позитивне зобов’язання забезпечувати конституційні права горизонтально між приватними структурами не є аналогом позитивного обов’язку, який мають державні органи < ... > Як такий, повний обсяг позитивного зобов’язання, покладеного на державу < ... > “поважати, захищати, сприяти або виконувати” конституційні права не завжди може поширюватися на приватні організації, такі як Continental.<sup>131</sup>

<sup>127</sup> Due Diligence Guidance For Responsible Supply Chains in The Garment and Footwear Sector (OECD, 2017).

<sup>128</sup> Ibid, 5.

<sup>129</sup> Jernej Letnar Černič, “Sovereign Financing and Corporate Responsibility for Economic and Social Rights,” in *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, eds. Juan Pablo Bohoslavsky and Jernej Letnar Černič (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014).

<sup>130</sup> Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development* (Oxford: Clarendon Press, 1995), 109.

<sup>131</sup> *Boycott, Divestment and Sanctions South Africa and Another v Continental Outdoor Media (Pty) Ltd and Others*, 2013/19700 (South Africa: South Gauteng High Court, Johannesburg, 11 September 2014), para 79.

Корпорації, як правило, не мають внутрішнього апарату, такого як держави для забезпечення різних соціально-економічних прав. Утім, може виникати зобов'язання забезпечити доступність, прийнятність, наявність, пристосованість та якість мінімального ядра права на освіту, харчування, здоров'я, житло, воду й інші соціально-економічні права в географічній близькості їх діяльності й, особливо там, де вони не є державними ресурсами. Оскільки зараз багато корпорацій працюють у межах корпоративних груп, по-перше, необхідно наполягати на дотриманні зобов'язань всередині корпоративних груп, для забезпечення того, щоб усі корпорації, що входять до них, включаючи ті, що зареєстровані під різними національними юрисдикціями, дотримувалися основи соціально-економічних прав. По-друге, поза межами корпоративних груп у взаємовідносинах із ширшими спільнотами корпорації зобов'язані забезпечити якийсь мінімальний рівень соціально-економічних прав на свої максимально доступні ресурси, особливо там, де відсутні державні служби. Вони повинні намагатися, можливо у співпраці з урядами, забезпечити мінімально розумне ядро права на освіту, харчування, охорону здоров'я, житло, воду й інші соціально-економічні права, як це застосовується у безпосередній близькості від географічних районів, де вони функціонують.

Такою є роль, зокрема, в країнах і регіонах, де держава відсутня і не може забезпечити навіть мінімум соціально-економічних прав. Обов'язок виконувати традиційно є зобов'язанням поведінки, а не результату.<sup>132</sup> Держави та корпорації повинні прагнути досягти реалізації соціально-економічних прав якомога вищою мірою. Потрібно розрізняти дві категорії корпоративних зобов'язань, які потрібно виконати: превентивні та виправні. Превентивний вимір корпоративного зобов'язання виконувати означає, що корпорації повинні створювати умови для утримання та покращення соціально-економічного існування окремих людей і груп. Це можна охарактеризувати як обов'язок поведінки. Однак із першою категорією корпоративних зобов'язань, які слід виконувати великим корпоративним групам, можна стверджувати, що їх зобов'язання є зобов'язанням результату. Такі зобов'язання особливо присутні в місці функціонування корпорацій, а також у більш широких місцевих громадах. Від корпорацій "можуть вимагати в контрактах дотримуватися певних пріоритетів прав людини: досягнути певних цілей."<sup>133</sup> Корпорації повинні впроваджувати послідовну політику в галузі прав людини в усій корпоративній структурі, щоб сприяти створенню середовища, де соціально-економічні права можуть бути повністю реалізовані.

Корпорації повинні надавати фінансові ресурси для реалізації розумного мінімуму соціально-економічних прав. "Цілі сталого розвитку" (ЦСР) також згадують про ці

<sup>132</sup> Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (Antwerp, Oxford and New York: Intersentia, 2003).

<sup>133</sup> Nicholas McMurry, "Privatisation and the Obligation to Fulfill Rights," in *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, eds. Jernej Letnar Černič and Tara van Ho (Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2015), 256.

фінансові партнерства у ЦСР 17, який закликає “посилити засоби реалізації та активізувати глобальне партнерство для сталого розвитку” Підціль 17.16 додатково закликає

зміцнювати Глобальне партнерство в інтересах сталого розвитку, доповнюване партнерствами за участю багатьох зацікавлених сторін, які мобілізують і поширюють знання, досвід, технології та фінансові ресурси, для досягнення цілей у сфері сталого розвитку в усіх країнах, особливо у країнах, що розвиваються.

Такі фінансові ресурси та партнерські відносини необхідні там, де люди перебувають в особливо важких соціально-економічних позиціях і де вони не можуть розвинути свої можливості для самореалізації. Від корпорацій не просять замінити місцеві та державні органи влади, а надавати їм фінансову допомогу в забезпеченні соціально-економічних прав.<sup>134</sup>

Виправний вимір корпоративного зобов'язання виконувати стосується запитання: як можна виміряти, чи корпорації виконують своє завдання, яке вони зобов'язані виконати? Як зазначалося раніше, Комітет ООН з економічних, соціальних та культурних прав розробив показники прав людини для моніторингу дотримання державами цих прав.<sup>135</sup> Вони мають на меті наглядати за реалізацією соціально-економічних прав у національних системах і пояснювати перешкоди, що виникають. Таким чином, вони є важливим інструментом для вдосконалення методології нагляду за соціально-економічними правами.<sup>136</sup> Такі показники, з деякими змінами, можуть також застосовуватися у бізнес-контексті, особливо при оцінці впровадження оцінок впливу на права людини. Їх можна поділити на структурні, показники процесу та результату.<sup>137</sup> Такі показники мають перспективну перевагу порівняно з традиційними наглядовими органами з точки зору вимірювання прав людини. Вони також можуть запропонувати кілька порад щодо забезпечення рівного забезпечення усіх соціально-економічних прав. Такі показники *mutatis mutandis* може бути переформатовано в корпоративний контекст, оскільки корпорації повинні сприяти дотриманню зобов'язань щодо виконання (див. Таблицю 5.3).

Таблиця 5.3. Класифікація корпоративних зобов'язань: зобов'язання виконувати

<i>Превентивне корпоративне зобов'язання виконувати</i>	<i>Виправне корпоративне зобов'язання виконувати</i>
Створити умови для здійснення особами соціально-економічних прав.	Допомагати місцевим громадам у забезпеченні людей соціально-економічними правами.

<sup>134</sup> Див. Surya Deva, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business* (Adington: Routledge, 2012).

<sup>135</sup> UN CESCR, *General Comment no.14 “The Right to the Highest Attainable Standard of Health,”* E/C.12/2000/411 (August 2000), para 57–58.

<sup>136</sup> Eitan Felner, “A New Frontier in Economic and social Rights Advocacy? Turning Quantitative Data into a Tool for Human Rights Accountability,” *International Journal on Human Rights* 9 Sur, no. 109 (2008): 126.

<sup>137</sup> De Schutter, *International Human Rights Law*, 480–81.

<i>Превентивне корпоративне зобов'язання виконувати</i>	<i>Виправне корпоративне зобов'язання виконувати</i>
Прагнути допомогти державам у забезпеченні хоча б розумного мінімуму соціально-економічних прав, особливо в місцевих громадах, де вони функціонують.	Співпрацювати з урядами й іншими суб'єктами у забезпеченні розумного мінімального рівня соціально-економічних прав.
Брати участь у партнерських відносинах і взяти на себе фінансові зобов'язання сприяти реалізації фізичними особами соціально-економічних прав.	Створювати внутрішні фонди та робити внески у зовнішні фонди, які будуть використовуватися для забезпечення прав на освіту, харчування, охорону здоров'я, належне житло та воду.
Забезпечити право на освіту, харчування, охорону здоров'я, житло, воду для своїх працівників та прагнути забезпечити ядро цих прав членам місцевої громади.	Працювати з працівниками, організаціями та місцевими громадами з метою покращення забезпечення соціально-економічних прав.
Зобов'язатися брати участь в інфраструктурних проєктах, особливо там, де відсутня держава чи місцева громада.	Надати фінансові ресурси для сприяння будівництву інфраструктурних проєктів у крихких середовищах.

### Висновки

Корпоративні зобов'язання у сфері соціально-економічних прав впливають насамперед із національних правових систем, міжнародного права та добровільних зобов'язань корпорацій. Вони мають горизонтальний характер, оскільки застосовуються між корпораціями й приватними особами та/або групами. Корпорації мають негативні та потенційно позитивні зобов'язання щодо прав людини у глобальному бізнес-середовищі щодо дотримання соціально-економічних прав, які мають три форми. По-перше, негативні корпоративні зобов'язання щодо дотримання соціально-економічних прав тепер уже не суперечливі. Вони вимагають від корпорацій не робити шкоди або не порушувати соціально-економічні права. Корпорації повинні забезпечувати повагу соціально-економічних прав у своїх корпоративних групах та, як правило, не перешкоджати користуванню індивідуальними соціально-економічними правами. По-друге, позитивні зобов'язання корпорацій щодо захисту стосуються захисту соціально-економічних прав у їхніх глобальних ланцюгах поставок. Такі зобов'язання щодо належної ретельності в корпоративних групах і поза ними були визначені як зобов'язання щодо поведінки, а не як зобов'язання щодо результату. Однак такі корпоративні зобов'язання щодо прав людини є прогресивними, а не негайними, і є обов'язковими лише стосовно мінімальних рівнів соціально-економічних прав. Крім того, виникаюче зобов'язання виконувати вимагає від корпорацій вносити фінансові

ресурси для забезпечення соціально-економічних прав, особливо в крихкому середовищі, де державне управління переважно відсутнє і де корпорації забезпечують соціально-економічні права через здійснення державних функцій на основі державних ліцензій або державної власності. Загалом зобов'язання вимагають від корпорацій більш прозорого спілкування з приватними особами та громадами щодо наслідків корпоративних операцій. Як негативні, так і позитивні зобов'язання вимагають співпраці корпорацій із державними органами у забезпеченні права на ефективний засіб правового захисту.

© Й. Л. Чернич, 2021

## Bibliography

- Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh, 13 March 2013. Accessed January 19, 2018. [http://bangladeshaccord.org/wp-content/uploads/the\\_accord.pdf](http://bangladeshaccord.org/wp-content/uploads/the_accord.pdf).
- Amis, Lucy. *A Guide for Business: How to Develop a Human Rights Policy*. United Nations Global Compact and Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2011 and 2015.
- Avbelj, Matej. "Is There Drittwirkung in EU Law?" In *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, edited by András Sajó and Renáta Uitz, 145–63. Utrecht: Eleven International Publishing, 2005.
- Backer, Larry Catá. "At the Second UN Forum on Business and Human Rights: Reflections." In *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Edited by Bilchitz and Deva. Law at the End of the Day (Blog) (1 December 2013).
- Barak, Aharon. "Constitutional Human Rights and Private Law." In *Human Rights in Private Law*, edited by Dan Friedmann and Daphne Barak-Erez, 1–42. Oxford: Hart Publishing, 2002.
- Bilchitz, David. "The Necessity for a Business and Human Rights Treaty." *Business and Human Rights Journal* 1(2) (2016): 203–27.
- Campbell, Angus. "Positive Obligations Under the ECHR: Deprivation of Liberty by Private Actors." *Edinburgh Law Review* 10, no. 3 (2006): 399–412.
- Cantú Rivera, Humberto. *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2017.
- Cantú Rivera, Humberto. "Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: The Early Stages." *UNSW Law Journal* 1200, no. 40(3) (2017).
- Carrillo-Santarelli, Nicolás. "Corporate Human Rights Obligations: Controversial but Necessary" (November 2016), Business and Human Rights Resource Center. Accessed January 19, 2018. <https://businesshumanrights.org/en/corporate-human-rights-obligations-controversial-but-necessary>.
- Chapman, Audrey R. "A Violations Approach' for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights." *Human Rights Quarterly* 18, no. 1 (1996): 23–66.
- Civil Remedies*. Vol. 2 of *Corporate Complicity and Legal Accountability*. Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes. Geneva, 2008.

- Clapham, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Corrin, Jennifer. "From Horizontal and Vertical to Lateral: Extending the Effect of Human Rights in Post Colonial Legal Systems of the South Pacific." *International and Comparative Law Quarterly* 58(1), no. 31 (2009): 33–34, 67–70.
- Craven, Matthew. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Cullen, Holly. "The Irresistible Rise of Human Rights Due Diligence: Conflict Minerals and Beyond." *The George Washington International Law Review* 48, no. 4 (2016): 743–80.
- Černič, Jernej Letnar. "An Elephant in a Room of Porcelain: Establishing Corporate Responsibility for Human Rights." In *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, edited by Jernej Letnar Černič and Tara van Ho. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2015.
- Černič, Jernej Letnar. "Corporate Responsibility for Human Rights: Towards a Pluralist Approach." In *Challenging Territoriality in Human Rights Law: Building Blocks for a Plural and Diverse Duty-Bearer Regime*, edited by Wouter Vandenhoe. Abingdon: Routledge, 2015.
- Černič, Jernej Letnar. *Human Rights Law and Business: Corporate Responsibility for Fundamental Human Rights*. Groningen: Europa Law Publishing, 2010.
- Černič, Jernej Letnar. "Moving Towards Protecting Human Rights in Global Business Supply Chains." *Boston University International Law Journal* 36, no. 2 (2018): 101–15.
- Černič, Jernej Letnar. "Sovereign Financing and Corporate Responsibility for Economic and Social Rights." In *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, edited by Juan Pablo Bohoslavsky and Jernej Letnar Černič. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014.
- Černič, Jernej Letnar. "State Obligations Concerning Indigenous Peoples Rights to Their Ancestral Lands: Lex Imperfecta?" *American University International Law Review* 28, no. 4 (2013): 1129–71.
- Černič, Jernej Letnar. "Towards a Holistic Approach to Business and Human Rights in the European Union." *Human Rights and International Legal Discourse* 10(1) (2016): 160.
- Danchin, Peter. "A Human Right to Water? The South African Constitutional Court's Decision in the Mazibuko Case." *EJIL: Talk!* (13 January 2010).
- De Schutter, Olivier. "Corporations and Economic, Social and Cultural Rights." In *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*, edited by Eibe Riedel, Gilles Giacca, and Christophe Golay, 193–224. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- De Schutter, Olivier. *International Human Rights Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- De Schutter, Olivier. "Towards a New Treaty on Business and Human Rights." *Business and Human Rights Journal* 1 (1) (2016): 41–67.
- Deva, Surya. *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*. Adington: Routledge, 2012.
- Deva, Surya. "Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles." In *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Edited by Surya Deva and David Bilchitz, 78–104. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

- Deva, Surya, and David Bilchitz. "The Human Rights Obligations of Business: A Critical Framework for the Future." In *Human Rights Obligations of Business*, edited by Surya Deva and David Bilchitz. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Dickson, Brice. "The Horizontal Application of Human Rights Law." In *Human Rights: An Agenda for the 21st Century*, edited by Angela Hegarty and Siobhan Leonard, 59–78. London and Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1999.
- Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas (OECD, 3rd Edition, 2016).
- Due Diligence Guidance For Responsible Supply Chains in The Garment and Footwear Sector (OECD, 2017).
- Eide, Asbjørn. "Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach." *Human Rights Law Journal* 10, no. 35 (1989).
- European Commission's Guidelines of 19 March 2015 on principles of Good Distribution Practice of active substances for medicinal products for human use, 2015/C 95/01.
- Farbenblum, Bassina, and Justine Nolan. "The Business of Migrant Worker Recruitment: Who has the Responsibility and Leverage to Protect Rights?" *Texas International Law Journal* 52, no. 1 (2017).
- Felice de, Damiano, and Andreas Graf. "The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights." *Journal of Human Rights Practice* 7, no. 1 (2015).
- Fredman, Sandra. "Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights." *Oxford Legal Studies Research Paper* 38 (2006).
- Global Human Rights Statement, PepsiCo, June 2017.
- Greer, Benjamin Thomas, and Jeffrey Purvis. "Corporate Supply Chain Transparency: California's Seminal Attempt to Discourage Forced Labour." *The International Journal of Human Rights* 20, no. 1 (2016): 55–77.
- Harris, Kamala D. *The California Transparency in Supply Chains Act: A Resource Guide*. 2015.
- Human Rights Position Statement, Kellogg Company, 1 December 2016.
- ILO, Working Party on the Social Dimensions of the Liberalization of International Trade, *Overview of Global Developments and Office Activities Concerning Codes of Conduct, Social Labeling and Other Private Sector Initiatives Addressing Labour Issues: Executive Summary*, GB.273/WP/SDL/1 (November 1998).
- Implementing the OECD Due Diligence Guidance, OECD. Accessed January 19, 2018. [www.oecd.org/corporate/mne/implementingtheguidance.htm](http://www.oecd.org/corporate/mne/implementingtheguidance.htm).
- Jägers, Nicola. "UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Making Headway Towards Real Corporate Accountability?" *Netherlands Quarterly of Human Rights* 29, no. 2 (2011).
- Khalfan, Ashfaq, and Ian Seiderman. "Extraterritorial Human Rights Obligations: Wider Implications of the Maastricht Principles and the Continuing Accountability Challenge." In *Challenging Territoriality in Human Rights Law: Building Blocks for a Plural and Diverse Duty-Bearer Regime*, edited by Wouter Vandenhoele, 15–43. Abingdon: Routledge, 2015.



- Langford, Malcolm, Wouter Vandenhoe, Martin Scheinin, and Willem Van Genugten. "Introduction: An Emerging Field." In *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, edited by Malcolm Langford, Wouter Vandenhoe, Martin Scheinin, and Willem Van Genugten, 3–31. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Liebenberg, Sandra. "The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems." In *Economic, Social and Cultural Rights*, edited by Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 55–84. Dordrecht, Boston and London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- Macklem, Patrick. *The Sovereignty of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- McMurry, Nicholas. "Privatisation and the Obligation to Fulfill Rights." In *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, edited by Jernej Letnar Černič and Tara van Ho, 251–62. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2015.
- Methven O'Brien, Claire, Amol Mehra, Sara Blackwell, and Bloch Cathrine Poulsen-Hansen. "National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool." *Business and Human Rights Journal* 1, no. 1 (2015).
- National Action Plans, Business and Human Rights Resource Centre. Accessed January 19, 2018. [www.business-humanrights.org/en/un-guiding-principles/implementation-tools-examples/implementation-bygovernments/by-type-of-initiative/national-action-plans](http://www.business-humanrights.org/en/un-guiding-principles/implementation-tools-examples/implementation-bygovernments/by-type-of-initiative/national-action-plans).
- Nolan, Aoife. *Children's Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts*. Oxford: Hart Publishing 2011.
- Nolan, Aoife. "Holding Non-State Actors to Account for Constitutional Economic and Social Rights Violations: Experiences and Lessons from South Africa and Ireland." *International Journal of Constitutional Law* 12, no. 1 (2014): 61–65.
- Nolan, Justine. "Human Rights and Global Supply Chains: Is Effective Supply Chain Accountability Possible?" In *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, edited by Surya Deva and David Bilchitz, 238–65. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Nolan, Justine. "The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: Soft Law or Not Law?" In *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Edited by Surya Deva and David Bilchitz, 138–61. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- O'Connell, Paul. *Vindicating Socio-Economic Rights: International Standards and Comparative Experiences*. Abingdon: Routledge, 2012.
- OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, S. Treaty Doc. 105–43, 37 ILM 1, 18 December 1997.
- OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector (OECD, 2017).
- OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011 Edition).
- Proposals for Elements of a Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises (International Commission of Jurists (ICJ), October 2016).
- "Remedy Remains Rare," OECD Watch, 2015, accessed January 19, 2018, [www.oecdwatch.org/publications-en/Publication\\_4201](http://www.oecdwatch.org/publications-en/Publication_4201).
- Resolution Concerning Decent Work in Global Supply Chains (ILO, 10 June 2016).

- Riedel, Eibe, Gilles Giacca, and Christophe Golay. "Introduction: The Development of Economic, Social and Cultural Rights in International Law." In *Economic, Social and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*, edited by Eibe Riedel, Gilles Giacca, and Christophe Golay, 3–50. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Rosas, Allan, and Martin Scheinin. "Categories and Beneficiaries of Human Rights." In *Introduction to the International Protection of Human Rights*, edited by Raija Hanski and Markku Suksi, 49–62. An Turku: Åbo Akademi University, Institute for Human Rights, 2nd Revised Edition, 2004.
- Ruggie, John. "Regulating Multinationals: The UN Guiding Principles, Civil Society, and International Legislation." *Regulatory Policy Program Working Paper (RPP-205-04)* (2015): 3.
- Ruggie, John. Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises (UN, Human Rights Council, 208).
- Sajó, András, and Renáta Uitz. *Constitutional Topography: Values and Constitutions*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2005.
- Sepúlveda, Magdalena. *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Antwerp, Oxford and New York: Intersentia, 2003.
- Skinner, Gwynne, Robert McCorquodale, Olivier de Schutter, and Andie Lamb. "The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business." ICAR, CORE, ECCJ 65 (2013).
- Sustainability Report 2016/17, Ford Corporation.
- "The AAAQ Framework and the Right to Water: International indicators." The Danish Institute for Human Rights, 2014.
- "The Corporate Crimes Principles: Advancing Investigations and Prosecutions in Human Rights Cases." Roundtable (Amnesty International & International Corporate Accountability, 6 October 2016). *The Future of Business and Human Rights*, edited by Jernej Letnar Černič and Nicolas Carrillo-Santarelli. Cambridge: Intersentia, 2018.
- Toebes, Brigit C. A., and Jernej Letnar Černič. "Corporate Human Rights Obligations Under Economic, Social, and Cultural Rights." In *Globalization, International Law and Human Rights*, edited by Jeffrey F. Addicott, Md Jahid Hossain Bhuiyan, and Tareq M. R. Chowdhury, 1–33. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy (ILO). *ILO Official Bulletin* 83 (2000).
- Tuncak, Baskut. "Lessons from the Samarco Disaster." *Business and Human Rights Journal* 2, no. 1 (2017): 157–62.
- UN, CESCR, *General Comment no. 3 "The Nature of States Parties' Obligations,"* E/1991/23, annex III at 86 (1991).
- UN, CESCR, *General Comment no. 13 "The Right to Education,"* E/C.12/1999/10 (8 December 1999).
- UN CESCR, *General Comment no.14 "The Right to the Highest Attainable Standard of Health,"* E/C.12/2000/411 (August 2000).

- UN CESCR, *Concluding Observations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, E/C.12/GBR/CO/6 (14 July 2016).
- UN, CESCR, *Concluding Observations: Canada*, E/C.12/CAN/CO/6 (23 March 2016), para 16.
- UN, CESCR, *Concluding Observations: Netherlands*, E/C.12/NLD/CO/6 (6 July 2017).
- UN, CESCR, *General Comment no. 24 (2017) on State Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities*, E/C.12/GC/24 (10 August 2017).
- UN, Commission on Human Rights, *The Right to Adequate Food and to Be Free from Hunger – Updated Study on the Right to Food*, E/CN.4/Sub.2/1999/12 (28 June 1999, submitted by Asbjørn Eide).
- UN, Commission on Human Rights, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights* E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (26 August 2003).
- UN, Committee on Rights of the Child, *General Comment no. 16 on State Obligations Regarding the Impact of the Business Sector on Children's Rights*, CRC/C/GC/16 (17 April 2013).
- UN, Committee on the Elimination of Racial discrimination, *Concluding Observations: Australia*, CERD/C/AUS/CO/15–17 (13 September 2010).
- UN, Committee on the Elimination of Racial discrimination, *Concluding Observations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, CERD/C/GBR/CO/18–20 (14 September 2011).
- UN, General Assembly, *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, A/68/279 (7 August 2013), para 19.
- UN Global Compact. Last accessed 19 January. 2018. [www.unglobalcompact.org/](http://www.unglobalcompact.org/).
- UN, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, A/HRC/17/31 (21 March 2011).
- UN, Human Rights Committee, *The Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant: General Comment 31*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 May 2004).
- UN, Human Rights Committee, *Concluding Observations: Germany*, CCPR/C/DEU/CO/6 (12 November 2012).
- UN, Human Rights Committee, *Concluding Observations: Canada*, CCPR/C/CAN/CO6 (13 August 2015).
- UN, Human Rights Council, John Ruggie, *Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, A/HRC/17/31 (21 March 2011).
- UN, Human Rights Council, Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights Magdalena Sepúlveda Carmona, *The Guiding Principles on Extreme Poverty and Human Rights*, A/HRC/21/39 (18 July 2012).
- UN, Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises*, A/HRC/23/32 (14 March 2013).
- UN, Human Rights Council, *Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights*, A/HRC/26/L.22/Rev.1 (25 June 2014).

- UN, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights*, A/HRC/32/31 (28 April 2016).
- UN, OHCHR, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide* (2012).
- UN, OHCHR, *Business and Human Rights: A Survey of NHRI Practices* (23 May 2008), last accessed 19 January 2018, [www.reports-and-materials.org/OHCHR-NationalHuman-Rights-Institutions-practices-Apr-2008.doc](http://www.reports-and-materials.org/OHCHR-NationalHuman-Rights-Institutions-practices-Apr-2008.doc).
- Unilever's Human Rights Policy Statement, 2017, Accessed January 19, 2018. [https://www.unilever.com/Images/unilever-human-rights-policy-statement\\_tcm244-422954\\_en.pdf](https://www.unilever.com/Images/unilever-human-rights-policy-statement_tcm244-422954_en.pdf).
- Van Hoof, Godefridus J. H. "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views." In *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views*, edited by Philip Alston and Katarina Tomaševski, 97–111. Utrecht: SIM, 1984.
- Vandenhoe, Wouter, Gamze Erdem Türkelli, and Rachel Hammonds. "Reconceptualizing Human Rights Duty-Bearers." In *The Sage Handbook of Human Rights*, edited by Anja Mihr and Mark Gibney, 1031–44. London: Sage, 2014.
- Vandenhoe, Wouter. "Obligations and Responsibility in a Plural and Diverse Duty – Bearer Human Rights Regime." In *Challenging Territoriality in Human Rights Law: Building Blocks for a Plural and Diverse Duty-Bearer Regime*, edited by Wouter Vandenhoe. Abingdon: Routledge, 2015.
- Woods, Cindy S. "‘It Isn't a State Problem’: The Minas Conga Mine Controversy and the Need for Binding International Obligations on Corporate Actors." *Georgetown Journal of International Law* 46, no. 2 (2015): 629–84.
- Wouter, Vandenhoe. "Emerging Normative Frameworks on Transnational Human Rights Obligations." *EUI Working Paper RSCAS 17* (2012): 12.
- Yeshanew, Sisay Alemahu. *The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System*. Cambridge: Intersentia, 2013.
- Young, Katharine. "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content." *Yale Journal of International Law* 33, no. 1 (2008).
- "2016 Sustainability Report". IKEA Group. Accessed January 19, 2018. [https://www.ikea.com/ms/en\\_US/pdf/sustainability\\_report/IKEA\\_Group\\_Sustainability\\_Report\\_2016.pdf](https://www.ikea.com/ms/en_US/pdf/sustainability_report/IKEA_Group_Sustainability_Report_2016.pdf).

**Йерней Летнар Чернич. Корпоративні зобов'язання з прав людини у сфері соціально-економічних прав**

**Анотація.** У розділі досліджуються зобов'язання бізнесу у сфері соціально-економічних прав. Автор виходить із розуміння важливості соціально-економічних прав для забезпечення засобів існування людей та створення людських можливостей, а також фундаментального їх характеру з точки зору здійснення цивільних і політичних прав. Автор певен, що не лише держави, а й корпорації мають певні зобов'язання у сфері соціально-економічних прав. Через те, що соціально-економічні права пов'язані з фінансовими ресурсами, корпорації можуть значно сприяти їх забезпеченню в умовах неспроможності з боку держави.

Автор робить аналіз міжнародних документів, порівнює національні системи права, а також інші джерела (рішення договірних органів з прав людини), на підставі чого робить висновок про те, що корпоративні зобов'язання отримують свою легітимність внаслідок горизонтального

застосування національного та міжнародного права прав людини. Відзначається, що значну роль у процесі утвердження зобов'язань бізнесу у сфері соціально-економічних прав відіграють Керівні принципи ООН щодо бізнесу і прав людини, Керівні принципи ОЕСР для транснаціональних підприємств, Глобальний договір ООН і Тристороння декларація МОП та інші.

Автор також аналізує значення добровільних зобов'язань як окремих корпорацій, так і окремих секторів, які є частиною внутрішньої корпоративної політики, та висуває думку про їх сумнівну юридичну природу (*lex imperfecta*), оскільки вони не передбачають санкцій за їх порушення.

Аналізуючи особливості корпоративних зобов'язань у сфері соціально-економічних прав, автор бере за основу негативну та позитивну дихотомію прав людини, а також підхід, втілений у міжнародному праві прав людини про три типи зобов'язань у сфері прав людини – поважати, захищати, забезпечувати. Автор робить висновок, що у межах кожного із типів зобов'язань щодо соціально-економічних прав корпорації несуть як превентивні (негативні і позитивні), так і деякі коригувальні (негативні та позитивні) зобов'язання, особливо там, де вони здійснюють контроль та/або вплив у безпосередній близькості від своїх операцій.

**Ключові слова:** корпоративні зобов'язання; права людини; соціально-економічні права; бізнес і права людини; корпорації; міжнародне право.

### **Йерней Летнар Чернич. Корпоративные обязательства по правам человека в сфере социально-экономических прав**

**Аннотация.** В разделе исследуются обязательства бизнеса в сфере социально-экономических прав. Автор исходит из понимания социально-экономических прав как важнейших предпосылок для обеспечения средств существования людей и создание человеческих возможностей, а также подчеркивает фундаментальный их характер с точки зрения осуществления гражданских и политических прав. Автор уверен, что не только государства, но и корпорации, имеют определенные обязательства в сфере социально-экономических прав. Тем более, так как социально-экономические права очень тесно связаны с финансовыми ресурсами, корпорации могут значительно способствовать их обеспечению в условиях несостоятельности со стороны государства.

Автор делает анализ международных документов, сравнивает национальные системы права, а также другие источники (решения договорных органов по правам человека), на основании чего делает вывод о том, что корпоративные обязательства получают свою легитимность вследствие горизонтального применения национального и международного права прав человека. Отмечается, что значительную роль в процессе утверждения обязательств бизнеса в сфере социально-экономических прав играют Руководящие принципы Организация Объединенных Наций (ООН) по бизнесу и правам человека, Руководящие принципы Организация экономического сотрудничества и развития для транснациональных предприятий, Глобальный договор ООН и Трехсторонняя декларация Международной организация труда и другие.

Автор также анализирует значение добровольных обязательств как отдельных корпорацій, так и отдельных секторов, которые являются частью внутренней корпоративной политики, и выдвигает мысль об их сомнительной юридической природе (*lex imperfecta*), поскольку они не предусматривают санкций за их нарушения.

Анализируя особенности корпоративных обязательств в сфере социально-экономических прав, автор берет за основу негативную и позитивную дихотомію прав человека, а также подход, воплощенный в международном праве прав человека о трех типах обязательств в области прав человека – уважать, защищать, обеспечивать. Автор делает вывод, что в пределах каждого из

типов обязательств корпорации несут как превентивные (негативные и положительные), так и некоторые корректирующие (негативные и положительные) обязательства в сфере социально-экономических прав, особенно там, где они осуществляют контроль и влияние или в непосредственной близости от своих операций.

**Ключевые слова:** корпоративные обязательства; права человека; социально-экономические права; бизнес и права человека; корпорации; международное право.

**Jernej Letnar Černic. Corporate Human Rights Obligations under Socio-economic Rights**

**Abstract.** In the chapter it is examined obligations of business in the field of socio-economic rights. The author proceeds from the understanding of the importance of socio-economic rights to ensure the livelihood of people and the creation of human opportunities, as well as their fundamental nature in terms of enjoying civil and political rights. The author is convinced that not only states, but also corporations, have certain obligations in the field of socio-economic rights. Because socioeconomic rights are linked to financial resources, corporations can make a significant contribution to securing them in case of state fragility.

The author analyzes international documents, compares national legal systems, as well as other sources (decisions of treaty bodies on human rights), and he concludes that corporate obligations gain their legitimacy due to the horizontal application of national and international human rights law. It is noted that the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, the OECD Guidelines for Transnational Enterprises, the UN Global Compact, the ILO Tripartite Declaration play a significant role in promoting corporate human rights obligations in the field of socio-economic rights.

The author also analyzes the significance of voluntary commitments of both individual corporations and individual sectors that are generally the part of corporate policy and suggests their questionable legal nature (*lex imperfecta*), as they do not provide sanctions for their violation.

Analyzing the features of corporate obligations under socio-economic rights, the author takes as a basis the negative and positive dichotomy of human rights, as well as the approach embodied in international human rights law on three types of human rights obligations – to respect, protect, ensure. The author concludes that within each of the types of socio-economic rights obligations, corporations have both preventive (negative and positive) and some corrective (negative and positive) obligations, especially where they control and/or influence or in proximity of their operations.

**Keywords:** corporate obligations; human rights; socio-economic rights; business and human rights; corporations; international law.

Одержано/Received 13.03.2021

## ЕКОНОМІЧНИЙ АНАЛІЗ ПРАВА ТА ЗАХИСТ ЕКОНОМІЧНИХ І СОЦІАЛЬНИХ ПРАВ

### Вступ

**З**важаючи на складну структуру економічних і соціальних прав, зокрема їх доведення й обґрунтування (justification) у судовому порядку, наприкінці цієї статті буде надана коротка характеристика окремим економічним і соціальним правам, а саме: на прикладі права на медичне забезпечення буде наведено, наскільки крихка межа між індивідуальними та соціальними правами. Адже медичне забезпечення як таке є важливим складником позитивних обов'язків держави щодо захисту права на життя. На цьому прикладі чітко видно універсальність прав людини та доволі умовний характер їхньої класифікації. Буде розкрито їх забезпечення конституційною юстицією через економічний аналіз права та його ціннісний вимір, а також вироблені підходи їх захисту адміністративною юстицією, на якій лежить основне навантаження із захисту соціальних прав. Для цього буде зроблено декілька загальних зауваг, які стосуються природи гідності людини, соціальної державності та природи позитивних обов'язків держави.

У структурі соціальних прав, на відміну від економічних, робиться акцент на здійсненні позитивних обов'язків держави. Натомість економічні права, як і цивільні, хоча також є негативними по суті (тобто для їх здійснення має бути мінімізоване державне втручання), однак від них критично залежить інфраструктура ринку та соціальна інфраструктура. Наприклад, право власності імпліцитно включає обов'язок сплачувати податки, які є ніщо іншим як інструментом алокації ресурсів, зокрема на розвиток соціальної інфраструктури. Зі свого боку, як свідчить боротьба із пандемією COVID-19, ринкові інструменти на кшталт вільної конкуренції та відкритості ринку не є достатньо ефективними для відповідної алокації ресурсів, збору та обробки інформації (зокрема, про щеплення чи необхідності медичних препаратів чи устаткування або організації логістики), прикладом чого є доволі проблемна інфраструктура медичного забезпечення у США з огляду на соціетальний інтерес.

\* Михайло Васильович Савчин, доктор юридичних наук, професор, директор НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права, Ужгородський національний університет, Україна; професор, Український вільний університет, Мюнхен, ФРН.

Mykhailo Savchyn, Doctor of Legal Sciences, Professor at the University of Uzhgorod, Ukraine; Professor at the Ukrainische Freie Universität, München, Germany.

e-mail: [michaelsavchyn7@gmail.com](mailto:michaelsavchyn7@gmail.com)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9551-1203>

У пропонованому есе буде розкрито механізм забезпечення прав людини кризь призму економічного аналізу права та зважування конституційних цінностей. У першій частині це буде розглянуто у контексті діяльності конституційної юстиції. У другій частині акцент зроблено на ролі адміністративної юстиції у захисті соціальних прав, зокрема у світлі юридичного конструювання прав людини. Буде продемонстровано, що як останнє відрізняється від конструювання індивідуальних прав, що зумовлює горизонтальну та вертикальну структуру соціальних прав. Насамкінець буде висвітлено *differentia specifica* захисту досліджуваних прав на прикладі права на свободу вибору роду заняття і професії як економічного та права на медичне забезпечення як соціального права.

## I. Захист соціальних прав конституційною юстицією та економічний аналіз права

Дослідження прав соціального й економічного характеру та їх ствердження (*justification*) конституційною юстицією пов'язано з дилемою економічного аналізу права та зважуванням/балансуванням цінностями у праві. Яскравим прикладом цього є доволі контраверсійне рішення Федерального конституційного суду Німеччини (ФКС Німеччини) від 5 травня 2020 р., яким він, спираючись на доктрину *ultra vires*, визнав порушення засад пропорційності з боку Європейського центрального банку (ЄЦБ) при запровадженні програми *the Public Sector Purchase Programme (PSPP)*, призначеної для боротьби із коронавірусом та попередження негативних економічних наслідків.

Методологічною основою для вирішення цієї дилеми є висвітлення проблематики через фундаментальні принципи права, які становлять надпозитивну основу конституційного порядку і зв'язують установчу владу.<sup>1</sup> Оскільки вони розглядаються як універсальні цінності, то відповідно при їх транспозиції чи перенесенні на національний конституційний порядок відбувається інституціоналізований процес соціального впорядкування згідно з вимогами права та пристосування до писаних текстів, процесів та методів у рамках засобів юридичного захисту й ухвалення судових рішень.<sup>2</sup> У таких рамках колізія між економічним аналізом права та пропорційністю є ієрархічною – економічний аналіз затрат і благ вирішується через засади пропорційності, оскільки певні затрати зусиль та ресурсів мають певну легітимну мету. Такою метою у суспільстві, яке організоване у конституційну державу, що базується на соціальній

<sup>1</sup> Дмитрій Шустров, "Надконституционные нормы в конституционном праве," *Сравнительное конституционное обозрение* 1(140) (2021): 103; Конрад Хессе, *Основы конституционного права ФРГ*, ред. Н. Сидорова, пер. Е. Сидоровой, 11-е изд. (Москва: Юридическая литература, 1981), 50–51.

<sup>2</sup> Rober Leckey, "Remedial Practice Beyond Constitutional Text," *The American Journal of Comparative Law* vol. 64, issue 1 (1 March 2016): 1–35; Ran Hirschl, "On the Blurred Matrix of Comparative Constitutional Law," in *The Migration of Constitutional Ideas*, ed. Sujit Choudry (Cambridge University Press, 2006), 39.



інтеграції та спільних зусиллях щодо досягнення суспільно значущих цілей, є людське щастя і людська гідність.

Зокрема, у цьому контексті Мартін Гьопнер пише про можливість зародження поліполярного правопорядку в Європейському Союзі (ЄС), зважаючи на правовий плюралізм.<sup>3</sup> Цілком слушно він зауважує, що “ФКС не може нав’язувати власні стандарти пропорційності щодо Суду ЄС.”<sup>4</sup> Йдеться про принцип субсидіарності, згідно з яким визначається певний механізм перерозподілу повноважень між різними поверхами, щаблями влади. Коли ж ми говоримо про правовий плюралізм, то тут ідеться про недержавних агентів, які беруть участь у творенні права. А порушена проблематика стосується наділення офіційними повноваженнями органів публічної влади. Нині наділення приватноправових агентів функціями центрального банку національних держав чи наднаціональних об’єднань не отримує свого схвалення. Зокрема, Верховний суд Естонії зазначив, що Центральний банк Естонії не уповноважений випускати естонську валюту – крону, хоча це формально передбачено ст. 111 Конституції Естонії, оскільки вона має інтерпретуватися узгоджено зі ст. 106 Договору про заснування Європейських співтовариств, яка передбачає функції ЄЦБ щодо визначення лімітів для випуску євро національними центральними банками. Суд виходив зі міркувань, що “право ЄС стало однією з основ тлумачення та здійснення Конституції” та “Конституція повинна тлумачитися в поєднанні із Законом про зміну Конституції [пов’язаної із входженням Естонії в ЄС].”<sup>5</sup>

Низка авторів,<sup>6</sup> як і сам ФКС у своєму рішенні,<sup>7</sup> з цього приводу чомусь звертають увагу переважно на принцип пропорційності, що ніби то ця програма порушує його. Хоча у правопорядку ЄС цей принцип поєднується із субсидіарністю. Однак якщо йдеться про повноваження інститутів ЄС, зокрема ЄЦБ, то тут скоріше слід було говорити про субсидіарність.

Про пропорційність доречніше говорити, коли мовиться про свободи у рамках ЄС та гарантії прав, які випливають із Хартії основоположних прав ЄС. Якщо говорити про принцип *ultra vires*, то його доволі складно застосовувати національному органу, яким є ФКС, до наднаціональних органів, якими є ЄЦБ і Люксембурзький палац

<sup>3</sup> Martin Höpner, “Proportionality and Karlsruhe’s *Ultra Vires* Verdict. Ways Out of Constitutional Pluralism?” *MPIfG Discussion Paper* 21/1 (2021), [https://pure.mpg.de/rest/items/item\\_3283151/component/file\\_3283887/content](https://pure.mpg.de/rest/items/item_3283151/component/file_3283887/content).

<sup>4</sup> *Ibid.*, 13.

<sup>5</sup> Eesti Vabariigi põhiseaduse täiendamise seadus, 6 jaanuar 2004. *RT I* 2003, 64, 429, <https://www.riigiteataja.ee/akt/PSTS>.

<sup>6</sup> Matthias Goldmann, “The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism?” *German Law Journal* 21(5) (2020): 1058–77; Hans-Jürgen Hellwig, “Die Verhältnismäßigkeit als Hebel gegen die Union: Ist die *Ultra-vires* Kontrolle des BVerfG in der Sache Weiss noch mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar?” *Neue Juristische Wochenschrift* 73(35) (2020): 2497–503.

<sup>7</sup> BVerfG, 2 BvR 859/15.

правосуддя із його рішеннями у справах *Weiss*<sup>8</sup> та *Gauweiler*.<sup>9</sup> Таким чином, аналіз рішення ФКС Німеччини у справі *PSPP* та підходу Палацу правосуддя ЄС свідчить про те, що питання алокації ресурсів (їх співвідношення та розподілу між наднаціональним і національними рівнями всередині ЄС) здійснюється через призму засад пропорційності та субсидіарності. Це також верифікується щодо трактування засади *ultra vires*, через яку визначається адекватність застосовуваних заходів на предмет здійснення повноважень ЄЦБ у рамках, визначених установчими актами ЄС.

Порівняння економічного аналізу права, в основі якого лежить визначення затрат щодо забезпечення прав, та ціннісного підходу, який передбачає аналіз застосування правил з урахуванням балансу публічних інтересів, призводить до таких міркувань. Ця проблематика частково вирішується у рамках принципу пропорційності, який став визнаним у правозастосуванні. Хоча на нього існують різні точки зору, оскільки він розглядається як методологічний інструментарій обмеження державної влади, і як підстава для обмеження прав людини.<sup>10</sup> Мартін Гьопнер так описує методіку застосування принципу пропорційності:<sup>11</sup>

*Перший етап – про придатність (альтернативні терміни: доречність, раціональний зв'язок). Суд запитує, чи здатний акт досягти своєї правомірної (lawful) мети.*

*Другий етап – про необхідність. Суд запитує, чи не виходить акт за межі необхідного, інакше кажучи: чи є він мінімально обтяжуючим. Чим менше акт є обтяжуючим, тим менше він заважає конституційно захищеним правам постраждалих.*

*Третій етап стосується балансу між затратами та вигодою (умови: адекватність, прийнятність, пропорційність strictu sensu [правильніше, балансування – М. С.]). Суд зважує зменшення користування правами проти здобутої вигоди. У світлі цієї частини тесту міра є пропорційною лише у тому випадку, якщо її терміновість перевищує правопорушення з боку постраждалих.*

Економічний аналіз права<sup>12</sup> зародився під час дослідження деліктного і контрактного права як порівняння затрат і благ, які набуваються при здійсненні певних правочинів.

<sup>8</sup> Справа стосувалася обґрунтованості програми ЄЦБ щодо придбання державних облігацій на вторинних ринках (програма *PSPP*) у світлі законодавства ЄС. Зокрема, з огляду на низку чинників, що підвищують ризик середньострокового зниження цін в умовах економічної кризи, що спричиняє ризик дефляції, ЄЦБ прийняв у березні 2015 р. програму придбання уряду облігацій на вторинних ринках – програма *PSPP*. Див.: CJEU Case C-493/17 – *Weiss and Others*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 11 December 2018.

<sup>9</sup> Справа стосувалася співвідношення між цілями монетарної політики ЄЦБ і конституційних принципів відповідно до засад передачі повноваженням інституціям ЄС та пропорційності. Див.: CJEU Case C-62/14 – *Gauweiler and Others*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16 June 2015.

<sup>10</sup> Станіслав Погребняк, “Принцип пропорційності як загальний принцип права,” *Право України* 7 (2017): 39–46; Р. Уйтц і А. Шайо, “Конституционные ценности в практике конституционного права Венгрии,” *Конституционное правосудие* 1(35) (2007): 79–124.

<sup>11</sup> Martin Höpner, *Proportionality and Karlsruhe's Ultra Vires* (2021), 8–9.

<sup>12</sup> Anthony Ogus, “The Economic Approach: Competition Between Legal System,” in *Comparative Law. A Handbook*, eds. Esin Örüçü and Nelken David (Bloomsbury Academic, 2007); Niels Petersen and Emanuel V. Towfigh, *Economic Methods for Lawyers* (Edward Elgar Publishing, 2016).

Основоположник цього напрямку, Рональд Коуз, виділяв організаційні затрати, до яких відносив також затрати, пов'язані з адміністративними процедурами.<sup>13</sup> Якщо екстраполювати на це тенденцію урядів до надмірного дирижизму, що став чи не фірмовим стилем країн із тоталітарною системою урядування, то і сьогодні в Україні існує проблема забезпечення балансу приватного і публічного інтересів та більш гармонійного регулювання, де слід надавати все ж таки перевагу приватноправовим інструментам. Принцип пропорційності є важливим при визначенні засад запобігання дискримінації та гарантування рівного доступу до соціальної допомоги.<sup>14</sup> Водночас досвід діяльності Конституційного Суду України (КСУ) знає викривлене застосування принципу пропорційності, коли з посиланням на цей принцип всупереч засад балансування та розумності (*reasonableness*) Суд визнав за легальне скорочення розміру соціальних виплат урядовою постановою, а не законом як актом парламенту, що володіє вищою юридичною силою.<sup>15</sup> Насправді принцип пропорційності потребує філігранного володіння технікою обґрунтування судових рішень та *moral integrity* (добросовісності, моральної цілісності) з боку конституційних суддів.

Попри це, офіційне державне правове регулювання істотно відстає від динаміки життя у сферах ІТ-права, трудових відносин, медичного забезпечення. Остання сфера в Україні взагалі виглядає вкрай анахронічною, а формальні інституції давно вже витіснені неформальними інституціями, верхівкою айсберга яких виглядають приватні медичні клініки, які доволі часто функціонують у досить тісній зв'язці із комунальними чи державними медичними закладами.

Виходячи із міждисциплінарного аналізу міжнародного та конституційного інструментарію захисту соціальних прав, слід визначити позитивні обов'язки держави, які при цьому не можуть посягати на сутнісний зміст права. У цьому відношенні є важливою юриспруденція КСУ, який вказав на таке:

<...> держава, виконуючи свій головний обов'язок – утвердження і забезпечення прав і свобод людини (частина друга статті 3 Конституції України) – повинна не тільки утримуватися від порушень чи непропорційних обмежень прав і свобод людини, але й вживати належних заходів для забезпечення можливості їх повної реалізації кожним, хто перебуває під її юрисдикцією. З цією метою законодавець та інші органи публічної влади мають забезпечувати ефективне правове регулювання, яке відповідає конституційним нормам і принципам, та створювати механізми, необхідні для задоволення потреб та інтересів людини. При цьому посиленна увага має бути зосереджена на особливо вразливих категоріях осіб<...><sup>16</sup>

<sup>13</sup> Coase Ronald, "The Problem of Social Cost," *Journal of Law & Economic* 3 (1960).

<sup>14</sup> Katharine G. Young, "Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights," in *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, eds. Vicky C. Jackson and Mark V. Tashnet (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 248–72.

<sup>15</sup> Маються на увазі рішення КСУ від 26.12.2011 р. № 20-рп/2011 та від 25.01.2012 р. № 3-рп/2012 у своєрідний, як я його називаю, період "міжріздвяних сутінків." В останньому рішенні № 3-рп/2012 КСУ навіть не поганьбився і доволі цинічно послався на своє попереднє рішення.

<sup>16</sup> Рішення Конституційного Суду України № 2-рп/2016.

З точки зору правової природи та юридичних гарантій між правами і свободами не існує сьогодні істотної різниці. Через співвідношення екзегези тексту та його соціального контексту слід визнати, що смислові конотації свободи на ранніх етапах еволюції прав людини полягали в тому, що не існував їхній докладний каталог, який поступово розширювався завдяки інтерпретації в доктрині та судовій практиці. Конституційне і законодавче визначення змісту цих свобод відбувалося у цьому руслі як певна верифікація та ствердження ідей як загального правового імперативу, який накладає обов'язки на держави. У такий спосіб права і свободи людини набувають морального та юридичного смислового навантаження. Звідси, власне, стандарт поведінки публічної влади із приватними особами: 1) розглядати вимогу особи при її зверненні до органу влади як правомірну, виходячи із сервісної природи публічної влади (ст. 3 Конституції накладає на публічну владу обов'язок утверджувати і забезпечувати права людини); 2) вимога розслідування всіх істотних обставин, що порушуються у зверненні приватної особи; у разі, якщо це питання відноситься до компетенції іншого органу влади, то таке звернення слід направити за підвідомчістю; 3) право на участь у процесі розгляду та ухвалення рішення всіх заінтересованих осіб; 4) право особи бути заслуханою та подавати у цих цілях будь-яку інформацію, яка має істотне значення для ухвалення справедливого рішення; 5) вимога обґрунтованості владного рішення із належною юридичною аргументацією; 6) гарантія оскарження владного рішення до суду чи до вищої судової інстанції; 7) ефективність засобу юридичного захисту, який має бути дієвим, а не ілюзорним і суто теоретичним.

Наприклад, із точки зору *позитивних обов'язків держави* захист прав внутрішньо переміщених осіб (ВПО) полягає в облаштуванні можливостей для поселення у місцях нового проживання. З цієї метою у Законі України "Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб" має бути передбачено низку механізмів забезпечення виборчих прав, права на соціальну допомогу та доступу до житла. Однак багато із цих механізмів належним чином не діють, оскільки законодавче регулювання підмінюється підзаконними актами, які викривляють суть цього Закону, надаючи широку свободу розсуду адміністрації, а також не забезпечене належними заходами щодо будівництва житла для ВПО чи розробки кредитних програм для будівництва житла ВПО. При цьому держава інтенсивно не використовує сучасні інформаційні технології, які би давали змогу реєструвати тих ВПО, які потребують реального захисту через сприяння держави у їх працевлаштуванні та пошуку, виборі та наданні житла за новим місцем проживання.

При юридичній аргументації рішень КСУ істотне значення має додержання правил юридичного силогізму, який з урахуванням природи конституційної юстиції має потрійний характер: 1) визначати фактичний склад справи з урахуванням вимоги встановлення конституційності процедури ухвалення правового акта; 2) наскільки істотним та значущим для національної правової системи є порушення суб'єктивного публічного права; 3) субсидіарність конституційної скарги у систематичі правового захисту.

Оскільки сьогодні загально визнаним є синтетичне поєднання апріорного та позитивного визнання прав людини, то зазначена проблематика переміщується у площину інтерпретації прав людини:

Основа прав не є ні позитивно-правовою, ні такою, що випливає із закону: вона надпозитивна. Для того щоб з'ясувати природу цієї основи, необхідне її тлумачення з антропологічної, телеологічної, філософської, історичної і природно-правової точок зору. І християнське, і секулярне право визнавало ці права не інакше як розумне право. Яке б обґрунтування не обиралося, існування прав людини засноване на додержавних засадах. Така додержавна якість прав людини пронизує історію наших основних прав.<sup>17</sup>

У практиці забезпечення прав і свобод економічного та соціального характеру важливої ролі набуває доктрина горизонтального ефекту конституції та основоположних прав і пов'язане з ними конституційно конформне тлумачення законів. Доктрина горизонтального ефекту основоположних прав має вирішальне значення для забезпечення еквівалентності у приватноправових відносинах та запобігання дискримінаційних практик, оскільки законодавство, типові умови договорів і договірні практика мають відповідати основоположним принципам права. Зокрема, чеський науковець Павел Коукал, говорячи про особливості реалізації авторського права, зокрема у ліцензійних договорах, наголошує на двох аспектах конституційно конформного тлумачення законів. Першою причиною є обов'язок конституційно узгодженого тлумачення, що випливає зі сталої практики Конституційного Суду, а також із чіткого розпорядження законодавця щодо розвитку конституційних положень у цивільному законодавстві (§ 2, п. 1 Цивільного кодексу Чеської Республіки). Другою причиною є той факт, що при вирішенні конфлікту інтересів, що відображається у структурній та обмеженій часом суспільній спадщині, захищені авторським правом твори або їх частини можуть використовуватися у позадоговорному порядку із винятками щодо захисту авторських прав з мотивів суспільного інтересу, виникає колізія між основними правами і свободами та гарантованими конституцією принципами.<sup>18</sup>

Як це забезпечується з точки зору юридичних засобів та систематики юридичної аргументації, свідчить низка конституційних положень. Конституція України встановлює низку параметрів у цьому ключі:

- 1) утвердження та забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ч. 3 ст. 3), Конституція має найвищу юридичну силу (ч. 2 ст. 8);
- 2) права і свободи людини є невідчужуваними і непорушними; вони є невичерпними (речення друге ст. 21 і ч. 1 ст. 22);
- 3) при ухваленні нових законів або внесенні змін до чинних не допускається звуження обсягу та змісту існуючих прав і свобод у поєднанні із правом кожного на

<sup>17</sup> И. Изензее и П. Кирххоф, ред., *Государственное право Германии*, т. 2 (Москва: ИГП РАН, 1994), 167.

<sup>18</sup> Pavel Koukal, *Autorské právo, public domain a lidská práva* (Brno: Masarykova univerzita, 2019), 271.

вільний розвиток своєї особистості (ч. 3 ст. 22 і ст. 23), при цьому не допускається посягання на сутнісний зміст права;<sup>19</sup>

4) забезпечення конституційних гарантій рівності перед законом (ст. 24).

У практиці КСУ та загальних судів це можна продемонструвати на прикладі справ Козлова<sup>20</sup> та у спорі між “ТОВ ‘Агрозахист Харків’ проти ПОСП ‘Рояківка.”<sup>21</sup> У процесі вирішення господарського спору суд використав юридичну позицію КСУ, яка полягає у визначенні загальних стандартів поведінки суб’єктів економічних відносин. У рішенні № 7-рп/2013 КСУ наголосив, що у кредитних відносинах контрагенти діють на засадах рівності і недискримінації, обачно та відповідально. Попри дію принципу свободи договору, у кредитних правовідносинах інтереси сторін у договорі мають бути збалансованими:

< ... > вимога про нарахування та сплату неустойки за договором споживчого кредиту, яка є явно завищеною, не відповідає передбаченим у пункті 6 статті 3, частині третій статті 509 та частинах першій, другій статті 627 [Цивільного кодексу (ЦК України) – М. С.] засадам справедливості, добросовісності, розумності як складовим елементам загального конституційного принципу верховенства права. Наявність у кредитора можливості стягувати із споживача надмірні грошові суми як неустойку спотворює її дійсне правове призначення, оскільки із засобу розумного стимулювання боржника виконувати основне грошове зобов’язання неустойка перетворюється на несправедливо непомірний тягар для споживача та джерело отримання невинуватих додаткових прибутків кредитором.<sup>22</sup>

Далі Суд вказав, що це є непомірний тягар для споживача і таке юридичне положення викривляє засади рівності та свободи договору. Тут також варто зазначити, що водночас для юридичних осіб законодавство встановлює граничну межу щодо розміру пені, з приводу чого Суд зазначив, що держава зобов’язана це забезпечити шляхом “встановлення справедливого розміру неустойки за прострочення виконання грошових зобов’язань позичальниками – фізичними особами.”<sup>23</sup>

Подібні питання виникли у спорі між господарюючими суб’єктами. Щоправда, господарський суд тут використав застереження ст. 233 Господарського кодексу України (ГК України) та ст. 551 ЦК України, які спрямовані на забезпечення балансу інтересів контрагентів при визначенні розміру штрафних санкцій порівняно зі збитками кредитора з урахуванням істотних обставин справи. Суд наголосив:

12.4. Інститут зменшення неустойки є ефективним механізмом забезпечення балансу інтересів сторін порушеного зобов’язання. Він покликаний протидіяти необґрунтованому збагаченню однією зі сторін за рахунок іншої. Цей інститут спрямований на забезпечення цивільно-правових принципів рівності і балансу інтересів сторін. Право на зменшення

<sup>19</sup> Рішення Конституційного Суду України від 22.05.2018 № 5-р/2018.

<sup>20</sup> Рішення Конституційного Суду України від 01.07.2013 № 7-рп/2013.

<sup>21</sup> Рішення Господарського суду Харківської області від 18.03.2021, № 922/3755/20.

<sup>22</sup> Рішення Конституційного Суду України від 01.07.2013 № 7-рп/2013.

<sup>23</sup> Там само.

пені направлене на захист слабшої сторони договору, яка в силу зацікавленості в укладенні договору, відсутності часу чи інших причин не має можливості оскаржити включення в договір завищених санкцій.<sup>24</sup>

Із цих справ видно, що при визначенні розміру відшкодування враховується баланс інтересів сторін відповідно до засади рівності і недискримінації з метою захисту слабкішої сторони у правовідносинах. Тобто економічний аналіз юридичної ситуації здійснюється через призму фундаментальних принципів права – пропорційності, рівності, свободи.

У світлі цього основними критеріями-обов'язками для КСУ при розгляді конституційних скарг має стати встановлення таких параметрів у справі: 1) спричинення органами влади істотної шкоди для носія конкретного права; 2) порушення прав людини повинно мати принциповий характер для національної правової системи; 3) порушення права має бути очевидним і вирішення спору повинно мати істотне значення для захисту прав конкретної особи. З точки зору горизонтального ефекту тут також слід зважати на забезпечення еквівалентності у приватноправових відносинах між сторонами та забезпечення захисту інтересів слабкішого контрагента. Наприклад, це має значення для забезпечення гарантій гідного рівня оплати праці з погляду людської гідності, а тому свобода договору не може бути вирішальним критерієм.

До прикладу, у трудових відносинах має забезпечуватися баланс інтересів між роботодавцем і працівником з урахуванням того, що у таких правовідносинах переважно роботодавець є сильнішою стороною. Зокрема, як виправдання надання такої переваги недопустимо посилуватися міркуваннями автономності релігійних організацій, а правове регулювання має відповідати загальним гарантіям балансування інтересів.<sup>25</sup> Так само це стосується питань оплати праці, оскільки посилення на свободу договору є недостатнім через те, що роботодавець зобов'язаний забезпечити оплату праці у розмірі, який би забезпечував гідний рівень життя працівника і не лише його базові життєві потреби, а й можливість вільно розвиватися як індивіду. Звісно, забезпечення такого балансу залежатиме від ефективності ведення бізнесу роботодавцем на відповідному ринку, залежно від чого він визначатиме штат своїх працівників і взагалі формуватиме стратегію найму працівників у бік збільшення, скорочення чи реорганізації структури свого бізнесу. Це накладає вимоги на якість правового регулювання у сфері зайнятості, оплати праці та забезпечення рівності перед законом між роботодавцями і працівниками.

Такі вимоги є визначальними для розуміння смислового наповнення критеріїв прийнятності конституційної скарги, зокрема з точки зору: 1) структури права людини

<sup>24</sup> Питання Конституційного Суду України від 01.07.2013 №7-рп\2013.

<sup>25</sup> Aurelia Colombi Ciacchi, "The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights," *European Constitutional Law Review* 15 (2019): 294–305, <https://doi.org/10.1017/S1574019619000154>.

як основоположного (негативного чи позитивного); 2) обов'язку захисту, з якого випливають конкретні негативні та позитивні обов'язки держави; 3) соціального контексту та структури чинності суб'єктивного права як основоположного; 4) зв'язків суб'єктивного публічного права з конституційними принципами та організацією держави. Важливим компонентом захисту економічних і соціальних прав є якісне законодавче регулювання, зокрема усунення колізій і прогалин у поточному законодавстві.

Згідно з матеріалами Генеральної доповіді XIV Європейської конференції конституційних судів від 2008 р.<sup>26</sup> такий стан атакує права людини, оскільки в умовах юридичної невизначеності складно їх захистити, колізії у поточному законодавстві породжують довільне і свавільне застосування його положень органами публічної адміністрації та судами. Оскільки в Україні введено модель нормативної, правильніше – статуторної, конституційної скарги, то основне навантаження із подолання колізій лежить на Верховному Суді, який під час розгляду касаційних скарг має вирішувати проблеми інституційного порядку у національній правовій системі, до яких належить вирішення колізій у поточному законодавстві. Це є очевидним також з огляду на те, коли має місце порушення прав людини і суд покликаний визнати факт порушення права та вжити дієвих заходів щодо їх поновлення, а не очікувати на можливе політичне рішення Верховної Ради, яка колись, у майбутньому, вирішить наявну прогалину чи колізію у поточному законодавстві. Відмова від вирішення колізій за цих умов є нічим іншим, як відмовою у правосудді.

З огляду на ці обставини КСУ не завжди може вирішувати питання щодо прогалин чи колізій у поточному законодавстві. Така діяльність допустима при додержанні таких вимог, які становлять певні позитивні обов'язки Суду із забезпечення ефективного і дієвого захисту та поновлення конституційних прав і свобод, а саме:

а) особа використала всі інші засоби юридичного захисту або система перегляду судових рішень свідчить про їхню неефективність, унаслідок чого прогалина чи колізія у законодавстві неподолана і вона заподіює незворотні наслідки сутнісному змісту суб'єктивного публічного права;

б) питання має конституційно-правовий характер і важливе значення для національної правової системи, являючи для неї певну інституційну проблему;

в) подолання прогалин чи колізій у поточному законодавстві пов'язано із застосуванням основоположних принципів права або горизонтального ефекту конституції, згідно з яким основоположні принципи права пронизують національну правову систему і мають забезпечувати рівність учасників правовідносин, еквівалентність та підтримку довіри між сторонами у договорі та забезпечувати доступ до справедливого суду на засадах довіри, розгляду всіх істотних обставин справи, дотримання права сторін у справі бути заслуханою, обґрунтованості рішень і права на їх оскарження.

<sup>26</sup> Т. Бирмонтене, Э. Ярашноас и Э. Спруогис, "Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов," в *Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии* 2(40) – 3(41) (2008): 70–245.



Такі самі аргументи стосуються також проблеми подолання колізій у законодавстві, оскільки їх наявність фактично означає звуження сутнісного змісту прав людини й основоположних свобод (ст. 22 Конституції) та забезпечення рівності перед законом (ст. 24 Конституції), не відповідає вимогам чіткості й однозначності змісту нормативно-правових актів як необхідної умови належного їх оприлюднення та набрання чинності (ст. 57 Конституції).

Зокрема, Конституція України становить основу цивільного законодавства (ч. 1 ст. 4 ЦК України), таким чином, пронизуючи його положення своїм змістом, і його приписи мають відповідати та належним чином конкретизувати конституційні принципи. При цьому з огляду на ст. 22 Конституції не допускається звуження та обмеження прав і свобод, а відповідно до ст. 64 – ЦК України чи інші акти цивільного законодавства не можуть встановлювати інші критерії обмеження прав людини, окрім передбачених Конституцією. Заборона повернення до гіршого та засада внутрішнього узгодження законодавства відповідно до конституційних принципів є квінтесенцією розуміння положень ст. 4.1 ЦК України. Оскільки для приватноправової сфери вирішальне значення має договірна практика, то у ст. 213 ЦК України визначаються текстуальні та контекстуальні засади тлумачення цивільних правочинів. Так, ст. 213 ЦК звертає увагу на формально юридичний аспект тлумачення правочинів, а у разі ситуації юридичної невизначеності у ч. 4 визначено алгоритм тлумачення у контекстуальному аспекті:

Якщо за правилами, встановленими частиною третьою цієї статті, немає можливості визначити справжню волю особи, яка вчинила правочин, до уваги беруться мета правочину, зміст попередніх переговорів, усталена практика відносин між сторонами, звичай ділового обороту, подальша поведінка сторін, текст типового договору та інші обставини, що мають істотне значення.<sup>27</sup>

ГК України у цьому розумінні ще більш кардинальний, оскільки у ст. 5<sup>28</sup> визначає, що конституційні засади пронизують економічний порядок України. ГК України не визначає особливості тлумачення договорів комерційного характеру, тому тут застосовні принципи, викладені у ст. 213 ЦК України. Тлумачення положень чинного законодавства має відповідати конституційним засадам, тобто здійснюватися у конституційно конформний спосіб. КСУ при розгляді конституційних скарг попри визнання положення закону конституційним може визнати тлумачення закону неконституційним на підставі ч. 3 ст. 89 свого статусного Закону.<sup>29</sup> Це має орієнтувати законодавця бути вірним Конституції, а публічну адміністрацію та суди – належним чином конкретизувати права людини у своїй практиці у світлі конституційних цінностей і принципів.

<sup>27</sup> Цивільний кодекс України 2003.

<sup>28</sup> У цій статті ГК України систематизовано конституційні приписи статей 13, 14, 41 і 42.

<sup>29</sup> Про Конституційний Суд України 2017.

## II. Юридична аргументація рішень адміністративних судів та конструювання соціальних прав

Оскільки тут ітиметься про конструювання соціальних прав людини,<sup>30</sup> основне навантаження із захисту яких несуть адміністративні суди, то слід підкреслити, що адміністративне право є конкретизованим конституційним правом.<sup>31</sup> Згідно з принципом поділу влади суди є незалежними, і вони покликані застосовувати закон у конкретних життєвих ситуаціях. За таких умов проблематичним є виявлення волі законодавця, а застосування такого інструменту тлумачення права, як *Travaux Préparatoires* суду потрібно лише задля визначення, які аспекти застосування припускали автори законопроектів та законодавці при його обговоренні та ухваленні. Доволі часто його навіть використовують як додаткове джерело аргументації прихильники “живого” права, що передбачає судовий активізм, який виправданий для захисту прав людини. Як буде подано нижче у короткому огляді, юридична аргументація судових рішень не зводиться до боротьби між ориджиналістами (зокрема, *Travaux Préparatoires*) та прибічниками доктрини “живого” права – юридична аргументація багатогранніша. Сьогодні вже дискутується застосування штучного інтелекту у здійсненні правосуддя до складних технік балансування як засобу юридичної аргументації. У світлі зазначених проблем буде проаналізовано структуру соціальних прав при їх юридичному конструюванні та забезпечення мінімальних стандартів їх захисту при секвестрі Державного бюджету. Отже, у цьому матеріалі буде розкрито взаємозв'язок між юридичною аргументацією та конструюванням соціальних прав при ухваленні рішень адміністративними судами.

### *1. Обґрунтування рішень адміністративних судів у світлі доктрини юридичної аргументації*

Ми обмежимося лише аналізом обґрунтування судових рішень щодо соціальних прав. Як свідчить аналіз доктрини юридичної аргументації, існує низка підходів щодо аргументування юридичних рішень. Виділяють логічні прийоми юридичної аргументації із застосуванням штучного інтелекту, поєднання залежних і незалежних від законів прийомів аргументації (підхід Туліна), юридичної аргументації через прийоми риторики Перельмана, комунікативної раціоналізації Габермаса, рівнів юридичної аргументації МакКорміка, правил раціональної аргументації Алексі, синтетичний підхід у переконливості аргументації Аарно, перетворення аргументації за критеріями раціональності Печеніка, прагматично-діалектичний підхід в аргументації Емерена

<sup>30</sup> Тут використано матеріали мого виступу на міжнародній науково-практичній конференції: Михайло Савчин, “Юридична аргументація рішень адміністративних судів та конструювання соціальних прав,” в Збірн. матер. III Міжн. наук.-практ. конф. “Соціальні права та їх захист адміністративним судом” (6–7 вересня 2020, Київ), 94–99.

<sup>31</sup> F. Werner, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht* (Hamburg: Mensch und Verwaltung, 1963), 83.

і Гроотендорста.<sup>32</sup> Також слід враховувати доктрини юридичного тлумачення, які мають значення для юридичної аргументації правових актів, зокрема крізь призму концепції інтерпретивізму,<sup>33</sup> нейтральних засад тлумачення,<sup>34</sup> ориджиналізму, дещо подібного до з'ясування волі законодавця (original understanding, originalism),<sup>35</sup> ухвалення судових рішень згідно з доктриною stare decisis, розвитку конституційного права,<sup>36</sup> концепції зважування (balancing). Тому важливим є обрання певної моделі юридичної аргументації, прийнятної до конкретних обставин справи.<sup>37</sup>

Україна належить до романо-германської правової сім'ї, згідно з постулатами якої суди зв'язані положеннями законів. Однак якщо розглядати приписи законів крізь призму нормативності, то тут існує два аспекти: 1) суд застосовує положення законів, виходячи із конкретної життєвої ситуації, і має ухвалювати рішення, дослідивши всі обставини справи, які мають значення для правильного вирішення справи по суті; 2) згідно із засадами визначеності, передбачуваності права та res judicata судові рішення мають демонструвати однаковість та єдність підходів при вирішенні подібних справ.

Суду важливо інтерпретувати факти й обставини у світлі належності, допустимості, достовірності та достатності доказів. Адміністративна юстиція заснована задля обмеження свавілля публічної адміністрації та поновлення порушених прав людини, на що вказує ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України (КАС України). У світлі таких стандартів має даватися оцінка доказам у справі, а органи публічної влади мають доводити перед адміністративним судом, що вони своїми діями чи бездіяльністю не порушили прав людини (ч. 2 ст. 77 КАС України). Якщо виходити із прагматичного аргументування згідно з підходом Евелін Фетеріс, судові рішення мають на меті позитивний результат<sup>38</sup> – у контексті захисту прав людини це означає сприяння у їх здійсненні. Оскільки соціальні права, зокрема нижче аналізоване соціальне право, залежать від соціальної інфраструктури та реалізації принципу соціальної державності, то суду слід конструювати їхній зміст, враховуючи конкретні обставини справи.

З метою забезпечення єдності судової практики ч. 6 ст. 13 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” встановлено правило, що “висновки щодо застосування

<sup>32</sup> Див.: Eveline T. Feteris, ed., *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decision*, 2<sup>nd</sup> ed. (Springer, 2016), 201.

<sup>33</sup> Thomas C. Grey, “Do We Have an Unwritten Constitution?” *Stanford Law Review* 27 (1975): 703–17.

<sup>34</sup> Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law,” *Harvard Law Review* 73 (1959): 9–35.

<sup>35</sup> Paul Brest, “The Misconceived Quest for the Original Understanding,” *B. U. L. Review* 60 (1980): 204–34.

<sup>36</sup> Mark V. Tushnet, “Following the Rules Laid down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles,” *Harvard Law Review* 96 (1983): 781–824.

<sup>37</sup> Микола Козюбра, “Моделі (типи) юридичної аргументації,” *Наукові записки НаУКМА* 144–45 (2013): 3–8.

<sup>38</sup> Eveline T. Feteris, “Prototypical Argumentative Patterns in a Legal Context: The Role of Pragmatic Argumentation in the Justification of Judicial Decisions,” *Argumentation* 30 (2016): 65.

норм права, викладені у постановах Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права.” Ця юридична конструкція спрямована на однакове застосування права при подібних ситуаціях. Суд може відхилитися від висновків Верховного Суду у разі, якщо під час судового розгляду фактичні обставини справи будуть різними і в такому випадку слід інакше інтерпретувати цю ситуацію. Тут слід вже виходити із розуміння нормативності як обов’язку держави захищати права людини, що при ухваленні судового рішення означає конструювання соціального права його носія. Тут би варто внести у систему відносин преюдиціальний запит. Однак при його відсутності слід наголосити на специфіці прав людини, які є водночас правилами і принципами права. Тому при наведеній ситуації суд буде вирішувати комплексне завдання, яке у літературі ще характеризують як аргументацію метарівня, коли наведені взаємозв’язки аргументування мають значення для розвитку як судової системи, так і національної правової системи.<sup>39</sup> І це правильно, вирішення спорів про межі здійснення і забезпечення прав людини – це завжди стратегічні справи і сигнал, що наявна система правопорядку має проблему і звичайними засобами її вирішити складно. Тому її вирішує або суд по суті, або вона стає предметом політичних дебатів та адекватних змін в актах парламенту – законах.

## 2. Конструювання права на соціальний захист

Слід наголосити, що не в усіх країнах соціальні права безпосередньо знаходять своє конституційне закріплення. Вони тоді зазвичай формулюються від позитивних обов’язків держави та принципу соціальної держави. Ключовим чинником для належного здійснення соціальних прав є їхній ефективний захист, який включає як обґрунтовані адміністративні акти/дії, так і виконання судових рішень. Зокрема, в одній зі справ Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду вказав на ефективність виконання судового рішення, яке включало обов’язок компетентного органу публічної адміністрації на майбутнє здійснювати перерахунок пенсій:

44. З огляду на необхідність обрання найбільш ефективного способу захисту порушеного права, відмова у формі листа свідчать про відсутність наміру суб’єкта владних повноважень прийняти обґрунтоване та законне рішення у формі, передбаченій чинним законодавством. Оскільки процес надання позивачу відмови у перерахунку пенсії без прийняття відповідного владного управлінського рішення може бути тривалим, то в даному випадку належним способом захисту порушеного права є саме рішенням судом питання про визнання протиправною відмови Харківського приміського об’єднаного управління Пенсійного фонду України Харківської області, викладеної в листі від 23.08.2016 та зобов’язання вчинити певні дії (або ж відмовити в задоволенні цих вимог).

< ... >

<sup>39</sup> Adam Wyner and Trevor Bench-Capon, “Modeling Judicial Context in Argumentation Frameworks,” *Journal of Logic and Computation* 19(6) (2008): 417–28.

51. Застосовуючи строки у зазначеній сфері, потрібно розрізняти право особи на соціальний захист та право особи на судовий захист. Право на соціальний захист особи реалізується відповідним суб'єктом владних повноважень, як правило, органом пенсійного фонду за зверненням такої особи з проханням надати певний статус та здійснити відповідні виплати. У випадку, якщо особа вважає, що існує спір у публічно-правовій сфері стосовно реалізації її права на соціальний захист, зумовлений протиправними рішеннями, діями або бездіяльністю суб'єкта владних повноважень, така особа може звернутися до адміністративного суду з позовом, що буде уже способом реалізації права на судовий захист. Згідно з Конституцією України право особи на соціальний захист гарантується, в першу чергу, статтею 46, а право на судовий захист, зокрема, – статтями 55 та 124.<sup>40</sup>

Крім того, вдалим прикладом конструювання соціальних прав є Європейська соціальна хартія (переглянута), в якій чітко визначено структуру соціального захисту конкретного права, основні позитивні обов'язки держави у його забезпеченні та винятки із гарантії, які дають можливість державі не виконувати певні позитивні обов'язки, не посягаючи на сутнісний зміст конкретного соціального права. Право на соціальний захист має таку горизонтальну і вертикальну структуру.<sup>41</sup>

*Горизонтальна структура соціальних прав.* Вона зумовлена специфікою права на соціальний захист у систематиці прав людини і характеризує певний набір правомочностей носія, на основі чого формулюються певні обов'язки їх захисту державою. Юридичною підставою є система соціального страхування, на основі якої носій права претендує у разі настання страхового випадку (досягнення пенсійного віку, втрата працездатності тощо) на певні виплати, які мають гарантувати гідний рівень життя. На відміну від цивільних (громадянських) прав, визначається особливостями юридичного захисту, який ґрунтується на засадах правової визначеності та законності очікувань. Такі вимоги впливають із їх регулювання у конституції, що накладає на законодавця позитивний обов'язок щодо їх належного правового регулювання відповідно до поваги до людської гідності та забезпечення принципів правової і соціальної держави. Згідно з Конституцією виділено п'ять сфер забезпечення права на соціальний захист у разі:

втрати працездатності;

втрати годувальника;

безробіття з незалежних від особи обставин;

старості;

інших випадках, згідно зі свободою розсуду законодавця, яка має відповідати засадам соціальної державності, поваги до гідності людини та економічної спроможності держави.

Завданнями Конституційного Суду й адміністративного суду є з'ясування того, наскільки якісне законодавче регулювання та адміністративні послуги на забезпечення права на соціальний захист.

<sup>40</sup> Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 15.09.2020 № 635/7878/16-а.

<sup>41</sup> Михайло Савчин, *Порівняльне конституційне право* (Київ: Юрінком Інтер, 2019), 123.

КСУ трактує структуру соціальних прав переважно у світлі принципів права і доволі рідко визначає структурний склад позитивних обов'язків держави, яким фактично кореспондується сукупність правоможностей, які, власне, і становлять горизонтальну структуру соціальних прав. Зокрема, у справі за конституційною скаргою Олександра Дяченка та інших КСУ розглядав питання щодо конституційності можливості встановлення Кабінетом Міністрів умов, порядку призначення та мінімальних розмірів пенсії по інвалідності, що настала внаслідок каліцтва чи захворювання, і пенсії у зв'язку з втратою годувальника внаслідок Чорнобильської катастрофи згідно із Законом № 796-ХІІ.<sup>42</sup> Незважаючи на цілком правильну юридичну позицію у цій справі, оскільки всупереч приписам ст. 92 Конституції, яка визначає сферу регулювання законом, Кабмін був наділений повноваженнями щодо обмеження сутнісного права на соціальний захист окремим категоріям осіб, постраждалих від аварії на Чорнобильській атомній електростанції (АЕС), рішення доволі поверхнево обґрунтовано. КСУ мало уваги приділяє власне структурі соціального захисту постраждалих від аварії на Чорнобильській АЕС, так само коли звертається до аналізу позитивних обов'язків держави, одразу переходить до цитування положень чинного законодавства, що є сумнівним у світлі демократичної легітимності рішень конституційної юстиції – закони є об'єктом конституційного перегляду і їх приписи не є належним аргументом для рішення КСУ. Як вже склалося на практиці, КСУ ухвалив це рішення, звертаючись до засад юридичної визначеності та легітимних очікувань як компонентів засади верховенства права, конституційного закріплення конституційного обов'язку держави щодо поновлення прав постраждалих від аварії на Чорнобильській АЕС та їх соціального захисту, який охарактеризував як *“ посилений: ”* *“ Позитивний обов'язок держави у цьому разі, по суті, вимагає від неї вжити заходів підтримчої дії (affirmative action) з огляду на те, що йдеться про обов'язок захисту державою однієї з найуразливіших верств населення, яка того потребує.”*<sup>43</sup>

На цій підставі було визнано проявом *“ державного свавілля ”* уповноваження урядом здійснювати регулювання умов, обсягу та порядку виплати соціальної допомоги постраждалим від аварії на Чорнобильській АЕС урядовими актами, а не законом, як того вимагають статті 64 та 92 Конституції. Виходячи із юриспруденції Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) такі соціальні виплати КСУ витлумачив як майно, на яке поширюються гарантії права власності, хоча щодо легітимності ступеня втручання у здійснення цього права через засаду пропорційності так і не було досліджено.

*Вертикальну структуру* права на соціальний захист становлять позитивні обов'язки держави, оскільки право на соціальний захист особи залежить від здійснення державою комплексу таких заходів:

повноти (інтенсивності) законодавчого регулювання відповідної соціальної допомоги чи виду соціального захисту в такому ступені, щоб отримання соціальної допомоги

<sup>42</sup> Рішення Конституційного Суду України від 07.04.2021 № 1-р(ІІ)/2021.

<sup>43</sup> Там само.

чи захисту особою не залежало від ухвалення урядом чи відомством регуляторного акта; такі регуляторні акти можуть встановлювати особливості здійснення внутрішньо організаційних питань відомства у сфері соціального захисту;

система соціального страхування, яка має диференціюватися залежно від виду соціального захист, діяльність яких має бути підконтрольна і підзвітна; наприклад, якщо йдеться про пенсійне забезпечення, то законодавство має враховувати реальну демографічну ситуацію та ринок зайнятості, структуру ринку праці, і з огляду на це обирати модель страхування на випадок пенсії та регулювати її у законах;

діяльність установ, які надають соціальні допомоги та соціальні послуги і фінансуються з державного бюджету; також держава має підтримувати і приватні установи, які надають соціальні допомоги і послуги;

адресний характер соціальної допомоги і соціальних послуг, тобто надання таких лише особам, які є вразливими і потребують реальної підтримки з боку держави чи осіб, які займаються такою діяльністю.

### *3. Секвестр (скорочення) видатків на соціальні допомоги та соціальні послуги*

Такі заходи можуть застосовуватися у випадках крайньої необхідності з метою запобігання настанню незворотних наслідків правам людини, виходячи із засад соціальної держави та правомірних (законних) очікувань із додержанням таких вимог:

уряд може ініціювати процедури секвестру через звернення до парламенту з метою проведення попереднього слухання, за результатами консультацій отримати відповідну резолюцію, в якій мають бути вказані параметри законопроєкту про секвестр на соціальні видатки;

розробити і внести законопроєкт на розгляд парламенту відповідно до визначеної резолюції про параметри такого законопроєкту;

законопроєкт про секвестр на соціальні видатки не може посягати на сутнісний зміст права на соціальну допомогу, тобто така соціальна допомога має зберігати свій періодичний характер і забезпечувати необхідні життєві потреби індивіда, які мають поважати людську гідність;

секвестр соціальних видатків повинен мати тимчасовий характер і після закінчення цього строку уряд має звітувати перед парламентом стосовно вжитих заходів та щодо вжиття заходів на поновлення відповідних соціальних видатків.

При юридичній аргументації своїх рішень щодо соціальних прав суд вирішує, як правило, системну проблематику – захист прав людини завжди є інформацією про наявність очевидних проблем у правовій системі. Вона вирішується двома шляхами. Найпростіший, на перший погляд, це внесення змін у законодавство. Однак воно викликає гострі суспільно-політичні дебати, що взагалі може заблокувати процес внесення адекватних змін у законодавство, а права людини і далі порушуватимуться. Існує інший шлях, коли суд бере на себе відповідальність і, дотримуючись ст. 2 КАС

України, стає на захист прав людини. Цей процес вимагає конструювання відповідного аспекту права на соціальний захист у трьох площинах – горизонтальній і вертикальній структури соціального права та кореспондуючому його масштабу завдань і наявних ресурсів держави, у межах якої вона несе відповідальність і покликана забезпечити соціальний захист із повагою до людської гідності.

### III. Окремі приклади захисту економічних і соціальних прав

У цій частині статті на основі аналізу структури захисту окремих економічних і соціальних прав піде мова про умовний характер класифікації та поділу прав людини загалом на позитивні і негативні.<sup>44</sup> З огляду на основоположне конституційне рішення про зобов'язуючу силу прав і свобод людини, держава має ухилятися від прийняття правил, організації публічної адміністрації таким чином чи вчинення дій, чим надмірно або взагалі унеможливує здійснення певних прав його носіями. Наприклад, Конституційний Суд Південно-Африканської республіки, застосувавши принцип пропорційності до позитивних зобов'язань держави, констатував, що виключення постійних мешканців із державної схеми соціальної допомоги є несправедливою дискримінацією та необґрунтованим і невинуватим обмеженням права на доступ до соціального забезпечення.<sup>45</sup>

Доктрина обов'язку захисту орієнтує державу насамперед на інфраструктурні речі. До універсальних позитивних обов'язків держави належать забезпечення доступу до справедливого суду та належне розслідування обставин порушення прав людини. На прикладі позитивних обов'язків щодо окремих економічних і соціальних прав буде нижче з'ясовано специфіку інтерпретації та юридичного конструювання цих різновидів суб'єктивних публічних прав, що має значення для розуміння юридичного захисту прав людини.

#### *1. Захист економічних прав: свобода вибору роду діяльності та професії*

Радянський Союз фактично зберіг традиційний інститут Московської держави кріпацтва у формі колективізації селянських господарств на тлі інституту прописки, що фактично означало неможливість сільських жителів отримати внутрішні паспорти громадянина і вільно пересуватися по країні (така заборона була остаточно знята лише у 1974 р., коли розпочали видавати паспорти і сільським жителям). Все це остаточно консервувалося кримінальною відповідальністю за дармоїдство (“тунеядство”), яка також була вельми “зручним” засобом розправи над дисидентами (введена 4 травня 1961 р. Указом Президії Верховної Ради СРСР “Про посилення боротьби з особами, що ухиляються від суспільно-корисної праці та ведуть антисуспільний паразитичний спосіб життя”). Ця “спадщина”<sup>46</sup> і по сьогодні має специфічний вплив на практику забезпечення свободи вибору професії і роду занять у пострадянських країнах.

<sup>44</sup> Див. також: Михайло Савчин, *Порівняльне конституційне право* (Київ: ВАІТЕ, 2020), 233–39.

<sup>45</sup> *Khosa v. Minister of Social Development* 2004 (6) SA 505 (CC).

<sup>46</sup> Попри те, що конституція як акт установчої влади народу не містить прогагин, для розуміння природи свободи вибору професії і роду занять слід цілісно тлумачити приписи статей 42–46



1.1. *Самовизначення особи та право на вибір роду заняття.* Наведені підходи у регулюванні в державному праві Радянського Союзу права на працю фактично перетворювало її на прихований інститут кріпацтва, який був традиційним для Московської держави та Росії, фактично заперечуючи сутність його змісту, приховуючи підневільний стан переважної більшості своїх жителів. Такий стан речей був справжньою атакою на людську гідність, зокрема на самовизначення особи та вибір роду заняття на свій вільний розсуд, відповідно до власних здібностей, життєвих пріоритетів, стратегій та прагнення до щастя. Основними формами свободи вибору роду занять є свобода підприємницької діяльності та свобода вибору професії і роду заняття. Можливість вільно обирати, без зовнішнього тиску чи примусу, певне заняття чи професію випливає із сутнісного змісту свободи. Водночас такі відносини вносять змагальність і систему заслуг та/чи винагород при здійсненні економічної діяльності. Для економічної активності втручання держави має бути мінімізовано до певної міри, така насамперед залежить від активності самого носія права, що зближує ці свободи із негативними правами.

1.2. Свобода підприємницької діяльності має інституційний, індивідуальний та публічний аспект.<sup>47</sup> *За інституційною природою* ця свобода пов'язана із вільною конкуренцією, недопущенням зловживання, неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції. Це пов'язано з тим, щоб мінімізувати необґрунтоване втручання держави у ринкові відносини. Однак таке невтручання повинно базуватися на певних правових гарантіях (антимонопольне, конкуренційне законодавство), розмежування сфер конкуренції та економічної політики держави. Держава через підприємства, які їй належать на основі акціонерного капіталу чи як державні агентства, виступають на ринку як учасники ринкових відносин, а не як суб'єкти владних повноважень. Проте із конституційного обов'язку забезпечувати засади ринкової економіки випливає вимога про неприпустимість зловживання "засобами монополізації" – субсидюванням, передачею майна у безоплатне користування тощо.

З точки зору *забезпечення індивідуальних прав* індивіду належить право бути зареєстрованим як суб'єкт підприємницької діяльності без додаткових перешкод і будь-яких ознак дискримінації. У цьому розумінні індивідуальні права можна трактувати як свободу вибору професії, виду професійної діяльності, визначення мети, програми і напрямів своєї підприємницької діяльності, вступ підприємців в асоціації для захисту своїх інтересів. Також важливе значення має заборона примусової праці.

1.3. *Публічний аспект свободи підприємницької діяльності* пов'язаний із публічним економічним порядком, заснованим на обмеженні монополізму, захистові конкуренції, здійсненні реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності на єдиних правових засадах та ліцензуванні окремих видів підприємницької діяльності. Втручання держави у підприємницьку діяльність може здійснюватися на основі закону з мотивів суспільної

---

Конституції України, якими визнаються права на підприємницьку діяльність, на працю, на страйк та відпочинок, а також право на свободу об'єднання у профспілки (ч. 3 ст. 36).

<sup>47</sup> К. Экштайн, *Основные права и свободы по российской Конституции и Европейской Конвенции* (Москва: NOTA VENE, 2004), 339–41.

необхідності з метою: а) забезпечення соціального захисту населення та соціальної спрямованості економіки; б) обмеження монополізму, недопущення недобросовісної конкуренції; в) недопущення поєднання зайняття підприємницькою діяльністю із посадами на публічній службі; г) забезпечення додержання суб'єктами підприємницької діяльності права інтелектуальної власності; ґ) додержання прав і свобод працівників; д) захисту прав споживачів.

1.4. *Свобода вибору професії.* Як конституція, так і міжнародно-правові акти гарантують свободу вибору виду професійної діяльності, не надаючи чітких гарантій зайнятості. Згідно зі ст. 6 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права кожен має право реалізувати можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку він вільно погоджується. Засади економічного лібералізму гарантують економічні свободи, зокрема свободу контрактів, від довільного державного втручання. Для такого втручання має існувати певний публічний інтерес, який спрямовується на забезпечення балансу інтересів. Наприклад, у справі Лохнера<sup>48</sup> відправною точкою для Верховного суду США було те, що “загальне право на підписання контракту стосовно його бізнесу” було “частиною свободи особи, захищеної Чотирнадцятою поправкою.” Проблеми нерівності розподільчої влади пізніше були зняті з огляду на те, що “за природою речей неможливо дотримуватися свободи договору та права приватної власності, одночасно не визнаючи легітимності нерівномірного розподілу фортуни, яка є необхідним результатом для здійснення цих прав.”<sup>49</sup>

Виходячи із таких постулатів, власник несе певні ризики та водночас обов'язки у разі здійснення права власності через використання найманої сили. Зі свого боку свобода вибору професійної діяльності накладає на державу позитивні обов'язки у створенні відповідних умов для повного здійснення громадянами права на працю, забезпечення гарантій рівних можливостей у виборі професії та роду трудової діяльності, реалізації програми професійно-технічного навчання, підготовки та перепідготовки кадрів відповідно до суспільних потреб. На роботодавця з огляду на це накладаються обов'язки щодо виплати винагороди у розмірі, необхідному для забезпечення гідного рівня життя та права особи на вільний розвиток як індивіда.

1.5. *Право на об'єднання в профспілки та право на страйк.* В епоху масових громадських рухів та об'єднань на рубежі XIX – XX ст. зростає роль професійних спілок, які протистоять роботодавцям і відстоюють права працівників. У результаті зіткнень цих інтересів зароджується соціальне партнерство, засноване на розумінні соціальної функції власності та свободи договору, які мають гарантувати гідний рівень життя індивіда, зокрема шляхом додержання прав працівників. У реалізації соціального партнерства відіграв значну роль досвід Веймарської республіки, V Французької республіки, Італії. Однак сьогодні структура зайнятості змінюється, розширюється практика неповного робочого часу завдяки фрилансу, коло професій у сфері обслуговування, де складно

<sup>48</sup> *Lochner v New York* 198 US 45, 57 (1905).

<sup>49</sup> *Coppage v Kansas* 236 US 1, 22 (1914).

знайти місце професійним ланкам. Знову на порядку денному стоять допустимі обмеження свободи договору, які визначають умови контракту між працівником і роботодавцем. На перший план виходить юридична грамотність контрагентів по контракту та гарантії поваги людської гідності. Зокрема, у Бельгії повага людської гідності охоплює “право на справедливі умови праці та справедливу винагороду” (ст. 23 Конституції). Водночас існують підходи, згідно з якими передбачаються не лише право не на мінімальну заробітну плату, а й на прожитковий мінімум (Норвегія), достатню заробітну плату (Італія та Іспанія) або справедливу заробітну плату (Бельгія).<sup>50</sup>

ЄСПЛ розглядає право на об'єднання у профспілки як складову свободи об'єднань, яка передбачає ефективність здійснення відповідних прав, хоча це не є безумовним складником діяльності профспілок. Зокрема, Суд постановив, що право брати участь у консультаціях не є обов'язковим для ефективного здійснення права профспілки. ЄСПЛ зазначив, що ст. 11 захищає право профспілки висловлювати якимось чином свою думку під час колективних переговорів, але не гарантує права на укладення колективного договору (справа *Шведської профспілки машиністів локомотивів* (1976 р.)). Нарешті, Суд постановив, що ст. 11 не захищає право на страйк, тим самим дозволяючи державі обирати інші шляхи, за допомогою яких можна було б забезпечити право профспілки на захист професійних інтересів своїх членів.<sup>51</sup> ЄСПЛ розглядає як дискримінаційну практику масових звільнень з роботи, якщо працівник брав участь у страйках, за критерієм належності до профспілки.<sup>52</sup> Таке свавілля з боку роботодавців та відсутність ефективного юридичного захисту є запереченням сутнісного змісту права на об'єднання у профспілку.

У справах *Національної спілки бельгійської поліції* (1975 р.) і *Шведської профспілки машиністів локомотивів* (1976 р.) Комісія ухвалила рішення про те, що нав'язування заходів із боку держави, які можуть обмежити права профспілок під час переговорів із роботодавцями і тим самим зробити менш привабливим членство у профспілках, може в окремих випадках становити порушення ст. 11. Проте Суд не захотів заходити занадто далеко, зазначивши, що зменшення ефективності членства у профспілках було обумовлене “загальною політикою з боку держави щодо обмеження кількості організацій, з якими мають укладатись колективні договори. Така політика сама собою не є несумісною зі свободою профспілок (згідно зі статтею 11).” Водночас ЄСПЛ визнає правомірність особливостей правового регулювання окремих видів профспілок. Беручи до уваги відповідні міжнародні документи та, зокрема, конвенції Міжнародної організації праці (МОП), Суд встановив, зокрема, що згідно з румунським законодавством організації фермерів користуються основними правами, що дають змогу захищати інтереси своїх членів у відносинах з органами державної влади,

<sup>50</sup> Michel Rosenberg and Andras Sajó, eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, 2003), 1044.

<sup>51</sup> Донна Гом'єн, *Короткий путівник Європейською конвенцією з прав людини* (Рада Європи, 1999), 54.

<sup>52</sup> *Danilenkov and Others v. Russia* App no 67336/01 (ECtHR, 30 July 2008).

не потребуючи створення профспілок. У сільському господарстві, як і в інших галузях економіки, ця форма об'єднання тепер була "зарезервована" виключно для найманих працівників і членів кооперативів.<sup>53</sup>

Сьогодні роль профспілок змінюється, оскільки доволі значний сегмент працівників працюють на засадах фрилансу чи аутсорсингу, коли вони працюють не за фіксований робочий день, а для виконання певного обсягу робіт за певний час або мають досягти певного результату (наприклад, у сфері ІТ розробити певну комп'ютерну програму чи нову технологію обробки цифрових даних).

*2. Захист соціальних прав: чи є право на медичне забезпечення соціальним правом чи елементом права на життя?*

Тут виникає запитання щодо обсягу права на медичне забезпечення з огляду на триаду – засад поваги до людської гідності, соціальної державності та стверджувальних дій держави – та її кореспондуючу структуру позитивних обов'язків держави.

*2.1. Людська гідність і соціальні права.* Людська гідність сьогодні хоч не безумовно, але все ж таки визнається як засада сучасного розуміння соціальних прав. Як нижче буде видно на основі аналізу співвідношення права на життя та права на медичне забезпечення, його вирішення відбуватиметься через категорію людської гідності, особливо такого дражливого аспекту людської гідності, як права на гідну смерть як своєрідного віддзеркалення права на життя. Так, науковці пишуть, що гідність людини "означає придатність [бути спроможним] (worthiness),<sup>54</sup> зовнішній аспект соціальної ролі людини, який викликає повагу, і втілює в собі харизму та повагу, що головують в офісі, званні чи особистості."<sup>55</sup>

Попри доволі багату літературу з цього питання та конституційну юриспруденцію, все одно нині концепт людської гідності виглядає в очах багатьох дослідників доволі релятивним поняттям, предметом багатьох спекуляцій. З цього приводу слід говорити, власне, про природу організації людського суспільства, оскільки на думку критиків людської гідності як універсальної цінності, яка зумовлює зміст та організацію правопорядку, доволі часто складно вирішити дилему між порядком і свободою. Однак концепт людської гідності спрямований якраз на вирішення цієї дилеми, а не породжує її як таку. Мається на увазі, що ключовою стороною людської гідності в організації суспільства служить інтеграція особи на засадах її цілісності та самоідентичності. Якщо ми говоримо про колективну ідентичність, то маємо на увазі формування певних спільних інтересів, які можливі лише у гідній соціальній активності, тобто на повазі ідентичності індивідів, які вступають у правовідносини щодо реалізації власних

<sup>53</sup> *Manole and "Romanian Farmers Direct" v. Romania* App no 46551/06 (ECtHR, 16 June 2015).

<sup>54</sup> На закарпатському діалекті є більш адекватний переклад англійського слова "worthiness" як "гідний," тобто бути здатним на певні вчинки, володіти певними якостями, компетентностями, бути здібним; тут ще можна вживати поняття "здібний."

<sup>55</sup> David Kretzmer and Eckhart Klein, *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (The Hague: Kluwer Law International, 2002), 19.

приватних інтересів, які визнаються, поважаються і підтримуються контрагентами на засадах довіри та взаємності. Тобто ми заходимо у сферу соціальної інфраструктури, яка на початках формування модерної державності лежала у площині приватноправової ініціативи цілком у душі засади субсидіарності.

Коли вже на етапі становлення сучасної модерної держави були запроваджені функції урядування у рамках концепту камералістики, а пізніше поліцейстики, на окремі сфери суспільного життя поширилися і функції держави. Кардинальним у цьому відношенні є адміністративні реформи у Данському та Шведському королівствах,<sup>56</sup> де монархії почали опікуватися сферою освіти, яку розглядали як основу зростання добробуту націй, які почали поставати після Вестфальського миру 1648 р. Зі свого боку освіченість населення, як і формування системи освіти для якомога широкого кола підданих, зумовило також активність держави і в сфері охорони здоров'я, яка набула вирішального значення після впровадження сучасних методик профілактики та лікування хвороб. Значну роль для запровадження системи охорони здоров'я на державному рівні відіграло становлення медичних клінік при університетах. Медичне забезпечення стало розглядатись як невід'ємна складова гуманітарного виміру не тільки інститутів громадянського суспільства, а й як певне завдання і цілі державного управління. Це базувалося на уявленнях про природу людської гідності, яка обґрунтовується як у релігійній християнській традиції, так і цілком у секулярній кантіанській традиції моральності.<sup>57</sup> Зародження модерної науки поклало формування заходів у рамках охорони здоров'я на системну основу, поєднуючи приватноправові та державні заходи, прикладом чого може бути система загальнообов'язкового медичного страхування (яка в Україні так і не запроваджена).

2.2. *Співвідношення права на медичне забезпечення та права на життя у контексті гідності людини.* Якщо розглядати це співвідношення, то право на медичне забезпечення у своєму комплексі є компонентом права на життя. У цій сфері до негативних обов'язків держави належить заборона свавільного позбавлення життя. До позитивних обов'язків держави належить: здійснювати ефективне розслідування у випадку заподіяння смерті; захищати осіб від самоскалічення; захищати осіб від екологічних і техногенних катастроф; захищати осіб у сфері охорони здоров'я; захищати осіб у разі нещасних випадків. Серед зазначеного кола позитивних обов'язків держави слід у контексті запиту виділити зобов'язання з медичного забезпечення. Так, у путівнику Ради Європи щодо змісту обсягу права на життя прямо зазначається:

Стаття 2 § 1 [Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод] примушує державу не лише утримуватись від умисного чи протиправного спричинення смерті, а й вживати необхідних заходів для захисту життя осіб, які перебувають під її юрисдикцією (Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu a. Roumanie [GC], § 130).

<sup>56</sup> Френсіс Фукуяма, *Витоки політичного порядку. Від прадавніх часів до Французької революції* (Київ: Наш формат, 2019), 346–47, 453–56.

<sup>57</sup> Christopher McCrudden, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights," *The European Journal of International Law* 19, no. 4 (2008): 660.

Загалом, це позитивне зобов'язання має дві складові: а) запровадити нормативно-правову базу і б) вживати практичних превентивних заходів.<sup>58</sup>

Таким чином, прецедентне право ЄСПЛ відсилає на якість правового регулювання у національному законодавстві й адекватні заходи держави щодо забезпечення функціонування медичної інфраструктури. Якщо аналізувати приписи Конституції України, то речення друге ч. 2 ст. 27 щодо обов'язку захищати життя людини у медичній сфері конкретизується через тріаду ст. 49, яка включає право на: а) охорону здоров'я; б) медичну допомогу; в) медичне страхування. Інакше кажучи, ст. 49 містить обов'язки держави щодо запобігання хворобам або їх подолання (лікування), що в підсумку є нічим іншим, як захистом життя людини. Ці три комплексні заходи можна назвати правом на медичне забезпечення. Також слід окремо зробити застереження щодо випадків застосування абортів, які пов'язані з дискусіями щодо моменту початку життя людини та її правосуб'єктності, а також евтаназії, що пов'язані з розумінням права на гідну смерть, які тут спеціально не розглядаються. Утім, ці аспекти права на життя аж ніяк не знімають низку питань щодо вимог до стандартів супутнього йому здійснення права на медичне забезпечення.

Якщо говорити про основні підходи у забезпеченні права на медичне забезпечення, принцип соціальної державності накладає певні обов'язки на органи публічної влади та державних агентів (незалежних регуляторів) при здійсненні заходів щодо забезпечення доступу до медичного забезпечення. У доктрині прийнято вважати, що можливі три альтернативні стратегії щодо обґрунтування соціальних прав, які впливають на сучасний розвиток доктрини, пов'язаних із ними позитивних обов'язків держави. По-перше, згідно з класичною ліберальною позицією обстоюється ідея рівності прав кожної людини на свободу, що необхідно для уможливлення політичної автономії та рівних шансів кожного користуватися свободами. По-друге, об'єктом рівної поваги є рівне право кожної людини задовольнити власні базові потреби, тобто забезпечити базовий антропологічний рівень потреб. По-третє, згідно із засадами рівного розподілу принцип рівної поваги слід розуміти як вимогу політичної справедливості щодо врахування рівного права кожного на справедливую частку при розподілі всіх благ.<sup>59</sup> Це вказує на залежність надання певних соціальних послуг у вигляді певного медичного забезпечення від стану публічних фінансів.

2.3. *Сутнісний зміст соціальних прав і доктрина стверджувальних дій (affirmative action)*. Основні права мають надпозитивний характер і передбачають збалансоване державне втручання у сферу приватної автономії. Держава зобов'язана піклуватися про гідний рівень життя особи в суспільстві, що, зокрема, передбачає свободу розвитку індивіда через задоволення його соціальних, економічних, культурних, духовних і подібного роду потреб. Фактично ступінь забезпеченості соціально-економічних

<sup>58</sup> Довідник із застосування статті 2 Конвенції – Право на життя (Рада Європи, 2018), 8.

<sup>59</sup> Штефан Госепат, "До обґрунтування соціальних прав людини," у *Філософія прав людини*, ред. Штефан Госепат та Георг Ломанн (Київ: Ніка-Центр, 2008), 138.

прав залежить від стану законодавства та політики уряду щодо соціально-правового захисту особи. В організаційно-правовому відношенні це виражається у принципі соціальної держави. Як стверджується в одному дослідженні:

Соціальні права становлять увесь діапазон від права на частку економічного добробуту та безпеки до права на розділ повною мірою соціальної спадщини і жити життям цивілізованої істоти відповідно до стандартів, що переважають у суспільстві. Інституціонально найтісніше пов'язані з ними система освіти і соціальні послуги.<sup>60</sup>

Зокрема, у Німеччині правова позиція ФКС еволюціонувала від ідеї надпозитивного характеру основних прав і свобод у бік думки, що Основний закон виключає конфлікт між надпозитивними основними правами та конституцією, оскільки конституція визнає гідність людини недоторканим і тим самим як один із фундаментальних надпозитивних прав і принципів. На думку колишнього голови ФКС Німеччини Романа Герцога, взагалі немає різниці між писаними і тими, що виводяться за допомогою тлумачення, конституційними принципами, – вони є рівнозначними і рівноцінними. Також слід наголосити, що вирішальне значення принцип людської гідності у гарантіях права на охорону здоров'я набув після злочинів нацистів під час Другої світової війни (Голокост, антигуманні медичні експерименти, таргетне переслідування окремих етнічних і соціальних груп). Нині у світі людської гідності розглядаються складні питання біоетики у сфері генної інженерії. Як зазначає Крістофер МакКрадден, нових способів і засобів лікування, зокрема репродуктивних прав, дискусій щодо припинення життя, які базуються на засадах згоди.<sup>61</sup>

Раніше вважалося, що у цій системі соціально-економічні і культурно-духовні права займають особливе місце і не відносяться до основних прав. За ними не завжди визнавався статус юридично обов'язкових суб'єктивних прав, а відповідно, вони, як правило, не могли бути захищені у судовому порядку.<sup>62</sup> Однак, як видно із сучасного розуміння природи соціальної державності та позитивних обов'язків держави у світі поваги до людської гідності такі погляди є анахронізмом.

Право на медичне забезпечення можна розглядати як складову права на життя, яка передбачає вжиття державою заходів, спрямованих на: а) підтримання функціонування мережі лікувальних закладів, що перебувають як у публічній, так і у приватній власності; б) підтримання загальної системи оздоровлення, профілактики захворювання, фізкультури і спорту; в) підтримання системи медичного страхування через поєднання загальнообов'язкового і добровільного страхування; г) надання медичної допомоги у державних і муніципальних медичних закладах на безоплатній основі; ґ) медична охорона материнства і дитинства.

<sup>60</sup> Т. Н. Marshall, *Citizenship and Social Class* (1994), 72.

<sup>61</sup> McCrudden, "Human Dignity," 663.

<sup>62</sup> И. А. Ледакх, "Защита прав человека как функция конституционного правосудия," в *Современная защита прав и свобод человека* (Москва: ИГП РАН, 1994), 45–46.

До позитивних обов'язків держави щодо забезпечення права на медичне забезпечення належить створення ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування, сприяння розвитку лікувальних закладів усіх форм власності. Наприклад, ст. 49 Конституції України передбачається вимога надання безоплатної медичної допомоги у державних і комунальних закладах охорони здоров'я і встановлюється заборона скорочення наявної системи таких закладів.

Під поняттям "охорона здоров'я" маються на увазі насамперед певні інституційні компоненти медичного забезпечення, які полягають у: а) попередженні захворювань і подовженні тривалості людського життя; б) відповідної діяльності органів публічної влади, державних, комунальних і приватних медичних закладів, громадських об'єднань і приватних осіб. Частина 2 ст. 49 Конституції України вказує, що охорона здоров'я забезпечується державним фінансуванням відповідних соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних програм. Таким чином, на органах державної влади лежить обов'язок розробляти, приймати та втілювати в життя відповідні програми, спрямовані на медичне забезпечення кожного.

Медична допомога охоплює сукупність медичних послуг, які надають кваліфіковані лікарі, а також вся діяльність пов'язана із їхнім здійсненням з метою запобігання захворювань та їх лікуванням, а також подолання станів, які становлять загрозу життю та/або здоров'ю людини. Стосовно медичної допомоги ст. 49 Конституції України наголошує про її безоплатність у медичних закладах публічної власності, віддаючи визначення цього поняття на розсуд законодавця. При цьому міститься застереження про неприпустимість скорочення мережі таких закладів. У контексті права на медичне забезпечення поняття мережі медичних закладів публічної власності, що надають безоплатну медичну допомогу слід інтерпретувати у світлі насамперед доступності, своєчасності та якості медичної допомоги. Таким легітимним цілям має відповідати правове регулювання законодавцем доступності медичної допомоги. Тобто розсуд Верховної Ради при регулюванні окремих аспектів медичної допомоги має відповідати вказаним легітимним цілям.

Медичне обслуговування пов'язане з діяльністю кваліфікованих лікарів та інших медичних працівників із надання медичних послуг і супутніх соціальних послуг, спрямованих на запобігання захворювань та їх лікування, а також подолання станів, які становлять загрозу життю та/або здоров'ю людини.

## Висновки

Економічний аналіз права як порівняння затрат і благ, які набуваються при здійсненні певних правочинів конкурує із засадою пропорційності. У межах цього напрямку організаційні затрати включають адміністративні процедури, що пов'язано зі станом регулювання економічних і соціальних прав. Оскільки існує небезпека "сповзання" урядів до надмірного дирижизму, то в сучасних конституційних демократіях, а також у перехідних демократіях існує проблема забезпечення балансу приватного



і публічного інтересів та забезпечення більш гармонійного регулювання, де слід надавати все ж таки перевагу приватноправовим інструментам. Принцип пропорційності є важливим при визначенні засад запобігання дискримінації та гарантування рівного доступу до соціальної допомоги. Насправді принцип пропорційності потребує філігранного володіння технікою обґрунтування судових рішень та *moral integrity* з боку конституційних суддів.

У практиці забезпечення прав і свобод економічного та соціального характеру набуває важливої ролі доктрина горизонтального ефекту конституції та основоположних прав і пов'язане з ними конституційно конформне тлумачення законів. Доктрина горизонтального ефекту основоположних прав має вирішальне значення для забезпечення еквівалентності у приватноправових відносинах та запобігання дискримінаційних практик, оскільки законодавство, його конкретизація в актах публічної адміністрації, а також договірна практика мають відповідати основоположним принципам права і не посягати на сутнісний зміст прав людини. Це вирішальні стандарти при захисті економічних і соціальних прав КСУ й адміністративними судами, які це мають вирішувати у конституційно конформний спосіб тлумачення законів відповідно до доктрин прямої дії конституції та горизонтального ефекту прав людини.

При захисті соціальних та економічних прав у своїй діяльності адміністративна юстиція зв'язана засадами, згідно з якими адміністративне право є конкретизованим конституційним правом. За таких умов замість з'ясування волі законодавця, судам доречніше використовувати тлумачення права через *Travaux Préparatoires* задля встановлення, які аспекти правозастосування припускали автори законопроекту та законодавці при його обговоренні й ухваленні. Це слугуватиме також додатковим джерелом аргументації судових рішень у дусі "живого" права, що передбачає судовий активізм, який виправданий для захисту прав людини. Оскільки соціальні права, зокрема право на соціальний захист, залежать від соціальної інфраструктури та реалізації принципу соціальної державності, то суду бажано конструювати його зміст на основі конкретних обставин справи. Ключовим чинником для належного здійснення соціальних прав є їхній ефективний захист, який включає як обґрунтовані адміністративні акти/дії, так і виконання судових рішень. Право на соціальний захист має горизонтальну (виражається у сукупності правоможностей їх носіїв) і вертикальну (сукупність позитивних обов'язків держави) структуру, а скорочення видатків на соціальний захист мають відповідати засадам верховенства права і пропорційності, не посягаючи на сутнісний зміст права.

Доктрина обов'язку захисту орієнтує державу насамперед на забезпечення інфраструктури здійснення прав людини. До універсальних позитивних обов'язків держави, незалежно від негативного чи позитивного характеру прав людини, належать забезпечення доступу до справедливого суду та належне розслідування обставин порушення прав людини. На прикладі права на медичне забезпечення видно, що таке право сформульовано на основі розуміння гідності людини та конкретизації певних

обов'язків захищати людське життя, оскільки медичне забезпечення є компонентом обов'язків держави щодо впровадження загальнообов'язкового медичного страхування, заходів щодо охорони здоров'я та доступу до медичних послуг і допомоги. Так само, на прикладі свободи вибору професії та роду занять, які виводяться із приватної автономії та свободи вільного розвитку індивіда, знаходять свою інтерпретацію гарантії рівного доступу до професії, зокрема її здобуття, права на працю та відпочинок, а також свобода підприємницької діяльності та захисту прав працівників, зокрема шляхом об'єднання у профспілки, ведення колективних переговорів чи врегулювання конфліктів за допомогою страйку, якщо інші засоби захисту прав вичерпано.

© М. Савчин, 2021

## Bibliography

- Anthony, Ogus. "The Economic Approach: Competition Between Legal System. In Esin Örüçü and Nelken David." In *Comparative Law. A Handbook*. Bloomsbury Academic, 2007.
- Birmontenay, T., E. Jarasiunas, and E. Spruogis. "General Report of the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts." [In Russian.] *Constitutional Justice: Bulletin of the Conference of Constitutional Control Organs of the Countries of Young Democracy* issue 2(40) – 3(41) (2008): 70–245.
- Brest, Paul. "The Misconceived Quest for the Original Understanding." *B. U. L. Revue* 60 (1980): 204–34.
- Ciacchi, Aurelia Colombi. "The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights." *European Constitutional Law Review* 15 (2019): 294–305. <https://doi.org/10.1017/S1574019619000154>.
- Coase, Ronald. "The Problem of Social Cost." *Journal of Law & Economic* 3 (1960).
- Donna, Gomien. *A Short Guide to the European Convention on Human Rights*. [In Ukrainian.] Council of Europe, 1999.
- Eckstein, K. *Fundamental Rights and Freedoms. According to the Russian Constitution and the European Convention*. Moscow: NOTA BENE, 2004.
- Eesti Vabariigi põhiseaduse täiendamise seadus, 6 jaanuar 2004. *RT I 2003, 64, 429*. <https://www.riigiteataja.ee/akt/PSTS>.
- Feteris, Eveline T., ed. *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decision*. 2<sup>nd</sup> ed. Springer, 2016.
- Feteris, Eveline T. "Prototypical Argumentative Patterns in a Legal Context: The Role of Pragmatic Argumentation in the Justification of Judicial Decisions." *Argumentation* 30 (2016).
- Fukuyama, Francis. *The Origins of the Political Order. From Ancient Times to the French Revolution*. [In Ukrainian.] Kyiv: Nash format, 2019.
- Goldmann, Matthias. "The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism?" *German Law Journal* 21(5) (2020): 1058–77.
- Grey, Thomas C. "Do We Have an Unwritten Constitution?" *Stanford Law Revue* 27 (1975): 703–17. *Handbook on the Application of Article 2 of the Convention – The Right to Life*. [In Ukrainian.] Council of Europe, 2018.

- Hellwig, Hans-Jürgen. "Die Verhältnismäßigkeit als Hebel gegen die Union: Ist die Ultra-vires-Kontrolle des BVerfG in der Sache Weiss noch mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar?" *Neue Juristische Wochenschrift* 73(35) (2020): 2497–503.
- Hesse, Konrad. *Fundamentals of the Constitutional Law of the Federal Republic of Germany*. [In Russian.] Edited by N. Sidorov, translated by E. Sidorova. 11th ed. Moscow: Yuricheskaya literatura, 1981.
- Hirschl, Ran. "On the Blurred Matrix of Comparative Constitutional Law." In *The Migration of Constitutional Ideas*, edited by Sujit Choudry, 39–65. Cambridge University Press, 2006.
- Höpner, Martin. "Proportionality and Karlsruhe's *Ultra Vires* Verdict. Ways Out of Constitutional Pluralism?" *MPIfG Discussion Paper* 21/1 (2021). [https://pure.mpg.de/rest/items/item\\_3283151/component/file\\_3283887/content](https://pure.mpg.de/rest/items/item_3283151/component/file_3283887/content).
- Izensee, I., and P. Kirchhoff, ed. *State Law of Germany*. [In Russian.] Vol. 2. Moscow: IGP RAN 1994.
- Josepat, Shephan, and Georg Lomann, eds. *Philosophy of Human Rights*. [In Ukrainian.] Kyiv: Nika-Center, 2008.
- Koukal, Pavel. *Autorské právo, public domain a lidská práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2019.
- Kozyubra, Mykola. "Models (typi) of Legal Argumentation." [In Ukrainian.] *Naukovi zapysky NaUKMA* 144–45 (2013): 3–8.
- Kretzmer, David, and Eckhart Klein. *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*. The Hague: Kluwer Law International, 2002.
- Leckey, Robert. "Remedial Practice Beyond Constitutional Text." *The American Journal of Comparative Law* vol. 64, issue 1 (2016): 1–35.
- Ledyakh, I. A. "Protection of Human Rights as a Function of Constitutional Justice." [In Russian.] In *Modern Protection of Human Rights and Freedoms*. Moscow: IGP RAS, 1994.
- Marshall, T.H. *Citizenship and Social Class*. Pluto Press, 1992.
- McCrudden, Christopher. "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights." *The European Journal of International Law* 19, no. 4. (2008): 655–724.
- Petersen, Niels, and Emanuel V. Towfigh. *Economic Methods for Lawyers*. Edward Elgar Publishing, 2016.
- Pogrebnyak, Stanislav. "The Principle of Proportionality as the Principle of Law." [In Ukrainian.] *Pravo Ukrainy* 7 (2017): 39–46.
- Rosenberg, Michel, and Andras Sajó, eds. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Savchyn, Myhailo. *Equivalent Constitutional Law*. [In Ukrainian.] Kyiv: Yurinkom Inter, 2019.
- Savchyn, Myhailo. *Equivalent Constitutional Law*. [In Ukrainian.] Kyiv: VAITE, 2020.
- Savchyn, Myhailo. "Legal Argumentation in the Decision of Administrative Courts and the Construction of Social Law." [In Ukrainian.] In *Zbirn. mater. III Mizhn. nauk.-prakt. konf. "Sotsialni prava ta yikh zachyst administratyvnym sudom"* (6–7 veresnia 2020, Kyiv), 94–99.
- Shustrov, Dmitry. "Supra-constitutional Norms in Constitutional Law." *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie* 1(140) (2021): 100–27.
- Sujit, Choudry, ed. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Tushnet, Mark V. "Following the Rules Laid down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles." *Harvard Law Revue* 96 (1983): 781–824.

Wechsler, Herbert. "Toward Neutral Principles of Constitutional Law." *Harvard Law Revue* 73 (1959): 9–35.

Werner, Friezt. *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*. Hamburg: Mensch und Verwaltung, 1963.

Witz, R., and A. Schajo. "Constitutional Values in the Practice of Constitutional Law in Hungary." [In Russian.] *Konstituczionnoe pravosudie* 1(35) (2007): 79–124.

Wyner, Adam, and Trevor Bench-Capon. "Modeling Judicial Context in Argumentation Frameworks." *Journal of Logic and Computation* 19(6) (2008): 417–28.

Young, Katharine G. "Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights." In *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, edited by Vicky C. Jackson, Mark V. Tashnet, 248–72. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

### **Михайло Савчин. Економічний аналіз права та захист економічних і соціальних прав**

**Анотація.** У статті розкрито механізм забезпечення прав людини крізь призму економічного аналізу права та зважування конституційних цінностей. Співвідношення між економічним аналізом права та принципом пропорційності як критеріїв здійснення захисту економічних і соціальних прав полягає у забезпеченні балансу приватного і публічного інтересів. Принцип пропорційності є важливим при визначенні засад запобігання дискримінації та гарантування рівного доступу до соціальної допомоги. У першій частині статті розкрито роль конституційної юстиції щодо захисту економічних і соціальних прав. У другій частині акцентується увага на ролі адміністративної юстиції у захисті соціальних прав, зокрема у світлі юридичного конструювання прав людини. Насамкінець висвітлено *differentia specifica* захисту досліджуваних прав на прикладі права на свободу вибору роду заняття і професії та права на медичне забезпечення.

**Ключові слова:** адміністративна юстиція; гідність людини; економічні права; захист прав людини; конституційна юстиція; право на медичне забезпечення; право на свободу вибору професії; пропорційність; соціальні права.

### **Михаил Савчин. Экономический анализ права и защита экономических и социальных прав**

**Аннотация.** В статье раскрыт механизм обеспечения прав человека через призму экономического анализа права и взвешивания конституционных ценностей. Соотношение между экономическим анализом права и принципом пропорциональности как критериями осуществления защиты экономических и социальных прав заключается в обеспечении баланса частного и публичного интересов. Принцип пропорциональности является важным при определении принципов предотвращения дискриминации и обеспечения равного доступа к социальной помощи. В первой части статьи раскрыта роль конституционной юстиции по защите экономических и социальных прав. Во второй части – акцентируется внимание на роли административной юстиции в защите социальных прав, в частности в свете юридического конструирования прав человека. В конце освещена *differentia specifica* защиты исследуемых прав на примере права на свободу выбора рода занятия и профессии и права на медицинское обеспечение.

**Ключевые слова:** административная юстиция; достоинство человека; экономические права; защита прав человека; конституционная юстиция; право на медицинское обеспечение; право на свободу выбора профессии; пропорциональность; социальные права.

**Mykhailo Savchyn. Economic Analysis of Law and Protection of Economic and Social Rights**

**Abstract.** The article reveals the mechanism of ensuring human rights through the prism of economic analysis of law and weighing of constitutional values. The relationship between the economic analysis of law and the principle of proportionality as criteria for the protection of economic and social rights is to ensure a balance of private and public interests. The principle of proportionality is important in defining the non-discrimination and guaranteeing equal access to social assistance.

The first part reveals the role of constitutional justice in protecting economic and social rights. The Constitutional Court of Ukraine protects economic and social rights in accordance with the constitutionally conforming interpretation of laws pursuant to doctrines of direct action and the horizontal effect of human rights. The second part of the paper focuses on the role of administrative justice in the protection of social rights, in particular in the light of the legal construction of human rights. Finally, *differentia specifica* protection of the social rights on the example of the right to freedom of choice of occupation and profession and the right to medical care are highlighted. The doctrine of the duty to protect orients the government first of all to provide the infrastructure for the realization of human rights while respecting human dignity and to take negative and positive actions to ensure human rights.

**Keywords:** administrative justice; constitutional justice; economic rights; human dignity; proportionality; protection of human rights; right to freedom of choice of profession; right to medical care; social rights.

Одержано/Received 10.03.2021

## БІЗНЕС, ПРАВА ЛЮДИНИ ТА НОВИЙ СУСПІЛЬНИЙ ДОГОВІР У ЦИФРОВУ ЕПОХУ

### Вступ

**Т**ектонічні зсуви, які сьогодні обумовили необхідність дискутувати про укладання нового суспільного договору, не були раптовими. Скоріше це нагадувало повільний і невідворотний рух плит, який складно помітити, однак який може призвести не лише до зростання гір і поглиблення розломів, а й до створення нових континентів і, в кінцевому підсумку, до нової мапи земної кулі. Додатковим каталізатором, чимось на кшталт виверження вулкана, стала пандемія COVID-19.

Завдяки пандемії загострились як ті проблеми, що накопичилися у сучасному суспільстві внаслідок невідповідності прав, інтересів та очікувань сторін умовного договору та реальних практик, так і ті, що були породжені настанням цифрової ери. Усе це дає змогу висловити припущення, що сподівання на зміну умов і розширення кола учасників нового суспільного договору можуть бути небезпідставними.

### І. Чому варто переукласти суспільний договір у цифрову епоху?

Заклики до переукладення суспільного договору звучать достатньо регулярно та відображають загострення різних проблем – кризові стани в освіті і науці, невідповідність трудових відносин сучасним економічним моделям, конфлікт глобалізації та національної ідентичності, зростаючу соціальну нерівність тощо.

Так, Пітер Маасен вказує, що у вищій освіті виник серйозний дисбаланс у її традиційних місіях – освітній і дослідницькій, а також потреба до інноваційної економічної місії; при цьому високий рівень взаємної довіри, яка є основою суспільного договору між учасниками – вищою освітою, політичними авторитетами та суспільством загалом – підірвано.<sup>1</sup> Він також стверджує, що потенційний суспільний договір щодо освіти, хоча й розробляється в національних контекстах з урахуванням нового балансу,

\* Юлія Сергіївна Разметаєва, кандидатка юридичних наук, доцентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна.

Yulia Razmetaeva, PhD in Law, Associate Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine.

e-mail: yulia.razmetaeva@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0277-0554>

<sup>1</sup> Peter Maassen, "A New Social Contract for Higher Education?" In *Higher Education in Societies*, ed. Gaële Goastellec and France Picard (Higher Education Research in the 21st Century Series) (Rotterdam: SensePublishers, 2014), 33.

насправді має характер глобальних пошуків.<sup>2</sup> Девід Демерітт розглядав подібний дисбаланс у науці й, відповідно, назрілі зміни в соціальному договорі, спрямовані на більшу підзвітність та актуальність досліджень.<sup>3</sup>

Як поштовх до укладання нового суспільного договору Пітер Ротт досліджував зміни у наданні послуг, що становлять загальний інтерес (як телекомунікаційні, поштові й залізничні) та зіткнення інтересів приватних постачальників, лібералізованого ринку й прав індивідів-споживачів.<sup>4</sup>

Новий договір пов'язували, крім того, із заміною моделі соціального громадянства на громадянство національне, що дає змогу врегулювати збереження національної ідентичності при соціальних і культурних відмінностях у сучасному постіндустріальному суспільстві.<sup>5</sup>

25 років тому Джеремі Ріфкін прогнозував, що світова економіка невдовзі “катапультує” у інформаційну та автоматизовану еру, де перехід від масової праці до висококваліфікованої елітної робочої сили, який супроводжується зростаючою автоматизацією виробництва товарів та надання послуг, спричинить зростання безробіття.<sup>6</sup>

Перетворення також стосуються змін у трудових відносинах, у формах праці та зайнятості. Як зазначається, життєздатний соціальний контракт повинен включати побудову міцної та довговічної економіки, враховувати підвищену нестабільність світу й реалії сучасних сімей, які в більшості випадків включають перебування батьків і матерів на робочому місці.<sup>7</sup>

Отже, діяльність, часто майже неконтрольована, і зростаюча могутність бізнесу – не єдина причина для переукладення суспільного договору сьогодні. Проте, можливо, це одна з найвагоміших причин. Така діяльність сприяє перерозподілу прав та інтересів учасників суспільних відносин. Ділова активність бізнесу у цифрову еру, крім того, оголює проблеми, які накопичилися (наприклад, вразливість працівників гіг-економіки чи поглиблення гендерної складової технологічного розриву). Вона також сприяє формуванню таких небезпек, які здебільшого стають видимими далеко не одразу,

<sup>2</sup> Peter Maassen, “A New Social Contract for Higher Education?” In *Higher Education in Societies*, ed. Gaële Goastellec and France Picard (Higher Education Research in the 21st Century Series) (Rotterdam: SensePublishers, 2014), 34.

<sup>3</sup> David Demeritt, “The New Social Contract for Science: Accountability, Relevance, and Value in US and UK Science and Research Policy,” *Antipode* 32 (3) (2000): 308–29.

<sup>4</sup> Peter Rott, “A New Social Contract Law for Public Services? – Consequences from Regulation of Services of General Economic Interest in the EC,” *European Review of Contract Law* 1, no. 3 (2005): 323–45, <https://doi.org/10.1515/ercl.2005.1.3.323>.

<sup>5</sup> Marinus R. R. Ossewaarde, “The New Social Contract and the Struggle for Sovereignty in the Netherlands,” *Government and Opposition* 42 (4) (2007): 491–512.

<sup>6</sup> Jeremy Rifkin, “A New Social Contract,” *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 544 (1996): 16–26, <http://www.jstor.org/stable/1047960>.

<sup>7</sup> Thomas Kochan and Beth Shulman, “A New Social Contract: Restoring Dignity and Balance to the Economy,” *Economic Policy Institute Briefing Paper* no. 184 (Washington, 2007), <http://www.gpn.org/bp184/bp184.pdf>.

таких як різке звуження сфери приватності, надзвичайно довгий цифровий слід, підрив автономії, послаблення демократичних інститутів тощо.

Це навіть трохи іронічно, що голоси щодо “переукладення” чи “модернізації” сьогодні говорять про глобальне “перезавантаження” суспільного договору, адже перезавантаження – термін, який розповсюдився саме у цифрову епоху.

Які особливості цифрової епохи можна визначити? Видається, ними можуть бути такі: 1) значна частина всіх видів діяльності суб’єктів відбувається в кіберпросторі або має онлайн-компонент; 2) цифрові інструменти надзвичайно поширені як у публічному, так і в приватному житті; 3) дані стають ключовими для будь-якої економічної, соціальної, політичної діяльності; 4) обсяг даних величезний, а швидкість їх поширення неймовірно висока; 5) розвиток суспільств нерівномірний, і він підсилюється цифровим розривом; 6) могутність бізнес-структур зростає, зокрема й зростає їхня здатність модифікувати поведінку користувачів цифрових інструментів.

Які додаткові загрози для суспільного договору принесла цифрова епоха? По-перше, суттєвий дисбаланс між правами та обов’язками сторін. Поступово стає очевидним, що держави не можуть залишатися єдиними носіями прямих зобов’язань у сфері прав людини, так само як не можуть взаємний нагляд за їх дотриманням здійснювати лише уряди та індивіди, згуртовані в організації громадянського суспільства або народи окремих держав. Деякі інструменти, що концентрувалися в інституціях і рухах громадянського суспільства й давали змогу підтримувати справедливий баланс, підзвітність та відповідальність, втрачають свою ефективність. Більше того, вони можуть бути обернені проти тих, хто ними користується.

Зокрема, на прикладі платформи Фейсбук Томер Шедмі описує, як користувачі щодня регулюються та обмежуються системою, процеси прийняття рішень якої не є прозорими та відкритими до діалогу, аргументації чи інтерпретації; виконання рішень негайне та автоматичне; права перетворюються з продукту дискурсу та практики інтерпретації на результат практики структурованого кодування.<sup>8</sup> Іншим прикладом може бути використання миттєвого голосування з питань публічного інтересу, яке здійснюється через мобільні та стаціонарні девайси з наочною візуалізацією й розповсюдженням результатів, що допомагає схилити громадську думку у потрібний корпораціям – власникам цифрових інструментів чи їх замовникам бік або, навіть, керувати такою думкою.

По-друге, втрата контролю за дотриманням умов договору з боку індивідів і громадянського суспільства, що сприяє перерозподілу влади в цифрову епоху. До прикладу, дані, надзвичайно важливі як засіб впливу, контролю та ресурсу значною мірою продукуються людьми або їхньою діяльністю. Водночас, самі люди мають найменше контролю над своїми даними. Кому належать ці відомості, які, можливо,

---

<sup>8</sup> Tomer Shadmy, “The New Social Contract: Facebook’s Community and Our Rights,” *Boston University International Law Journal* 37 (2019), 352.



надаються нами добровільно або ж без явної згоди збираються та обробляються? На перший погляд, нам самим. Однак ми не можемо цілком ні володіти, ні користуватися, ні розпоряджатися цією власністю.

При цьому бізнес має захист як такий самий чи майже такий елемент приватного сектору, як і інституції громадянського суспільства. Діючи на вільному ринку та доволі часто не маючи ані жорстких нормативних, ані етичних меж, компанії отримують несправедливу перевагу перед іншими учасниками договору.

Більше того, компанії можуть поступово формувати нову нормативну рамку в широкому сенсі її розуміння. Цей аспект діяльності бізнесу часто випадає з поля зору користувачів цифрових інструментів. Сьогодні, як стверджується, “цифрові платформи виходять за рамки додавання цифрового рівня до наших особистих, професійних та політичних відносин: вони також додають нормативно-правовий рівень та формують нові соціальні контракти.”<sup>9</sup>

По-третє, те, що може бути назване неможливістю виконання багатьох умов договору внаслідок значних змін суспільної ситуації. Останні не обов’язково є карколомними, іноді вони лише відображають зростаючу слабкість державних інституцій або демократичних режимів як таких.

Зокрема із цієї тенденції послаблення відповідних структур та, ймовірно, невиконання ними ролі, яка повинна забезпечити сприяння реалізації й захист прав, беруть виток ідеї про те, що бізнес може бути тією стороною, яка включиться до процесу виконання умов соціального контракту. Як стверджується, “зіткнувшись зі слабкими інституціями, які підривають забезпечення прав людини, а не беруть на себе зобов’язання держав, транснаціональні корпорації зобов’язані допомагати у створенні та підтриманні правових і політичних інститутів, які підтримують права людини.”<sup>10</sup>

Навколо того, чи мають бути адресатами прав у такому разі лише транснаціональні корпорації (як найбільш могутні й юрисдикційно непідконтрольні суб’єкти) або усі компанії (як структури, що отримують усе більше впливу та все далі відходять від суто приватного сектору) дискусія точиться не перший десяток років. Однак у нинішньому світі різниця між великими, середніми й малими компаніями, принаймні тими, що володіють цифровими інструментами, поступово стирається. Навіть невеличкий стартап може стати ефективним у просуванні чи порушенні прав людини завдяки інноваційним рішенням, які пропонує. І навіть непотопаювана, на перший погляд, корпорація може розділити долю “Титаніка,” наштотувавшись на айсберг репутаційного скандалу, який хутко та невідворотно набирає обертів в інформаційному просторі.

<sup>9</sup> Tomer Shadmy, “The New Social Contract: Facebook’s Community and Our Rights,” *Boston University International Law Journal* 37 (2019), 307.

<sup>10</sup> Nien-hé Hsieh, “Business Responsibilities for Human Rights: A Commentary on Arnold,” *Business and Human Rights Journal* 2 (2017): 307.

Цифрова епоха, видається, схожа на розтягнуту в часі технологічну революцію. Переукладання соціального договору виглядає доволі логічним після революцій, нехай навіть вони обійшлися без взяття Бастилії.

## II. Чи стане бізнес стороною нового суспільного договору?

Фактично бізнес уже є стороною суспільного договору, особливо якщо розглянути це питання з позиції асиметрії влади відповідних суб'єктів у цифрову еру. Багато компаній, передусім транснаціональних корпорацій, за останні роки стали більш потужними та менш контрольованими. Деякі корпорації можна порівняти з державами за обсягом влади, яку вони сьогодні мають.

Така асиметрія відображається в асиметрії впливу, який спостерігається в демократичних спільнотах. Приміром, ми все ще можемо бачити, як люди з натовпу, пересічні громадяни без будь-якої інституційної підтримки стають лідерами думок, користуючись можливостями свободи вираження, у соціальних мережах, набувають популярності за допомогою власних вебсторінок або онлайн-майданчиків, які умовно безкоштовно надаються для вільного користування. Однак такі люди стають все менш неупередженими, оскільки гігантські корпорації використовують їх як інструменти для спрямування громадської думки. З використанням лідерів думок чи без – компанії, що володіють популярними цифровими інструментами, програмним забезпеченням, соціальними мережами, пошуковими системами й додатками, отримали величезний вплив на індивідів, спільноти та держави.

Усе це являє собою серйозні проблеми, особливо для країн, які характеризуються слабкістю демократичних інституцій, перебували чи перебувають під тривалим впливом авторитарних і тоталітарних режимів. І все це вкотре підкреслює необхідність включити бізнес до порядку денного щодо прав людини не лише на умовах приватного сектору, участь і відповідальність якого опосередкована державними інституціями.

Блокування акаунтів Дональда Трампа у соціальних мережах, здійснене компаніями під кінець президентської каденції у зв'язку з нападом його прихильників на Конгрес Сполучених Штатів Америки, дало ще один поштовх дискусії про роль бізнесу у питаннях прав людини. З одного боку, якщо корпорації визначатимуть, хто має право на вільне висловлювання, якщо вони цензуруватимуть контент, це, ймовірно, буде перебиранням на себе ролі публічних регуляторів і втручанням до сфери прав. З другого боку, якщо діяльність корпорацій буде продовжувати вважатися справою приватної сфери та вільного ринку, це може призвести до створення непомітних і віддалених ризиків для прав людини, мати наслідком маніпуляції думками та поведінкою, що, власне, і сталося у справі, яка призвела до згаданого вище блокування.

Як пише Томер Шедмі, "деякі суттєві юридичні та моральні проблеми, з якими ми стикаємось сьогодні, походять від несумісності сучасної державоцентричної концепції

прав із нашою нинішньою транснаціональною, приватизованою, гіперпов'язаною реальністю.”<sup>11</sup> Як справедливо зазначає Онора О’Ніл, в останні роки державницьке західне поняття прав, яке керувало, формувало й обґрунтовувало сучасні інститути та практики, втрачає свою описову, нормативну та, навіть, амбіційну силу.<sup>12</sup> Спроби вирішити цю суперечність і при цьому залишити права людини в основі суспільного договору включають перегляд характеру зобов’язань, що випливають із прав, у бік горизонтальної концепції, коли їх адресатами стають не лише держави, а й безпосередньо індивіди, компанії, організації. Такі спроби включають, крім того, перегляд підходів до обґрунтування прав.

Так, пропонується відкинути моральний підхід до прав людини, відповідно до якого вони є “апріорі існуючими основними моральними правами індивідів,” на користь інституційного підходу, який починається з сучасної практики, “коли вони спираються на положення, перелічені у Загальній декларації прав людини та наступних міжнародних документах і в якому держави є головними носіями зобов’язань,”<sup>13</sup> обов’язків у сфері прав. Відповідно до цього підходу, якщо відповідальність щодо прав людини покладатиметься на корпорації, їх не слід ставити на один рівень з державами. Хоча не можна стверджувати, що компанії не несуть обов’язків як таких, це мають бути опосередковані владними інститутами відносини, а не прямі зобов’язання, зокрема тому, що у бізнесу немає механізмів відповідальності, підзвітності, збалансування влади тощо.

Як пише Джон Тасіулас, “закони та інституції, що стосуються прав людини, самі собою не мають ототожнюватися із міцною моральністю прав людини. Вони не є породженнями досконало діючого підґрунтя. Уявити їх таким чином – це своєрідне ідолопоклонство, яке плутає створені людиною інституційні засоби з об’єктивними етичними цілями.”<sup>14</sup> Хоча це, можливо, дає змогу відділити ціннісну ідею прав людини як майже досконалу від її інституційного й практичного втілення, які цілком логічно не позбавлені помилок, властивих будь-якій людській діяльності, нам все ще потрібно легітимне обґрунтування, те, що стає ядром і опорою самих прав та пов’язаного з ними соціального контракту. Тому, якщо ми говоримо про розширення кола учасників договору, то не можемо уникнути дебатів про те, на яких умовах це відбувається, і яку частину відповідальності вони несуть.

Бріджит Хамм пише про боротьбу за легітимність, яка виникла у процесі формування сучасних зобов’язань бізнесу в сфері прав людини й призвела до конкуруючих проєктів – добровільного, за широкої участі сторін, і обов’язкового, за участі держав на

<sup>11</sup> Shadmy, “The New Social Contract,” 353.

<sup>12</sup> Onora O’Neill, *Justice Across Boundaries: Whose Obligations?* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 6.

<sup>13</sup> Hsieh, “Business Responsibilities for Human Rights: A Commentary on Arnold,” 297.

<sup>14</sup> Джон Тасіулас, “Порятунок прав людини від права прав людини,” *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2020): 177, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2020.1.219080>.

рівні ООН.<sup>15</sup> В останньому випадку брак прозорості процесу та спроби виключити з нього приватний сектор можуть сприяти делегітимації договору.

Крім того, висловлюються сумніви, що компанії взагалі можуть бути носіями прямих зобов'язань у сфері прав людини, принаймні без серйозної перебудови звичних суспільних структур. Зокрема, стурбованість полягає в тому, що бізнес інституційно не призначений для виконання прямих зобов'язань у сфері прав людини, включно з розподілом влади всередині системи через справедливе представництво, стримування та противаги, наявністю механізмів притягнення до відповідальності й незалежним правосуддям. Як визначається на прикладі транснаціональних корпорацій, покладаючи на них відповідні зобов'язання, "ми приписуємо їм певні повноваження, які, як правило, зарезервовані для політичних та правових інституцій."<sup>16</sup> Тому питання про те, якою саме буде форма участі бізнесу у соціальному контракті, залишається відкритим.

### III. Якими будуть умови нового суспільного договору?

Це, мабуть, те, що найскладніше спрогнозувати. Якщо поглянути на умови, які вже пропонуються, то їхній спектр надзвичайно широкий і коливається від доволі абстрактних закликів будувати більш справедливі спільноти до конкретних пропозицій щодо реформування системи охорони здоров'я за результатами пандемії COVID-19 або системи зайнятості за результатами дослідження статистичних даних, які наочно демонструють розрив у доходах між тими, хто присвячує значну частину свого часу догляду за дітьми, й тими, хто цього не робить.

Приміром, пропонується забезпечити інструменти, необхідні для процвітання у новій економіці, організувати зайнятість так, щоб підтримувати здорові та безпечні сім'ї, а не змушувати робітників вибирати, бути їм продуктивними працівниками чи хорошими членами сім'ї, побудувати захисну мережу, яка підтримуватиме людей, коли вони змінюють робочі місця або завершують працювати.<sup>17</sup> Зазначається, крім того, що для спрямування людства у напрямку сталого майбутнього має відбутися переосмислення теорії суспільного договору як парадигми державної політики, але з різними розгалуженими особливостями, що відповідають складності життя в сучасний час.<sup>18</sup> Це може означати, що умови такого договору, з огляду на все більше ускладнення життя в цифрову епоху, ймовірно, будуть варіативними або – у гіршому випадку – надто загальними й розмитими, що не дозволить їх реально дотримуватися.

Але перед тим, як обговорювати такі умови, слід зробити крок назад і подивитися, як виглядають їх розуміння та підтримка в наявному контракті.

<sup>15</sup> Brigitte Hamm, "The Struggle for Legitimacy in Business and Human Rights Regulation – a Consideration of the Processes Leading to the UN Guiding Principles and an International Treaty," *Human Rights Review* (2021), <https://doi.org/10.1007/s12142-020-00612-y>.

<sup>16</sup> Hsieh, "Business Responsibilities for Human Rights," 307.

<sup>17</sup> Kochan and Shulman, "A New Social Contract," 4.

<sup>18</sup> Jaap Geerlof, "A New Social Contract: Substituting the Neoliberal Public Policy Paradigm with a Participatory Public Policy Paradigm," *World Futures* 75 (4) (2019): 222–41, <https://doi.org/10.1080/02604027.2018.1554549>.

Оскільки суспільний договір є неписаним, його нормативність забезпечується погодженням учасників, передусім індивідів, на умови, як видається, через відсутність протесту та фактичне дотримання. Іншими словами, нам може бути складно пояснити, який зміст вкладається у контракт, але ми скоріше за все розуміємо, коли контракт порушено, принаймні за допомогою відчуття несправедливості. Грубі чи системні порушення тягнуть за собою суспільний опір – від гострих і масових протестів до наполегливої та послідовної боротьби силами певних груп, спільнот і, навіть, окремих індивідів.

Джон Ролз підкреслював, що обґрунтування суспільного договору вирішується через обмірковування – з'ясування того, які принципи було б раціонально прийняти з урахуванням гіпотетичної вихідної ситуації, що пов'язує теорію справедливості з теорією раціонального вибору.<sup>19</sup> Принципи справедливості, що є предметом договору, мають регулювати базову структуру суспільства та встановлюватися за чесною процедурою.

При всьому розмаїтті поглядів на природу суспільного контракту, доволі ясно, що його сучасний зміст не може обмежуватися тільки політичною асоціацією чи основними принципами, якими б універсальними вони не були.

По-перше, усе голосніше звучать голоси тих, хто вимагає надання дієвих механізмів та реальних гарантій, передусім, у питаннях збереження прав людини. Подібне відбувається і з вимогами надати не-декларативного наповнення підтримці міжнародного миру та безпеки.

По-друге, деякі очікування – такі як зупинення безперервних втручань до приватності чи приборкання особливо хижацьких корпорацій – виглядають цілком розумними навіть без глибокого дослідження відповідних проблем. Так само стає доволі ясно видно, що зняття чи непередбачення обмежень для таких сфер діяльності, що передбачає, приміром, опору на алгоритмічні рішення, неконтрольоване оперування великими даними чи форсування розвитку евристичного штучного інтелекту, несе неприховані загрози.

По-третє, цифровий світ включає таке нарощення потоків інформації, які не дають змогу завжди ефективно відсіювати брехливі та непотрібні відомості та й у цілому залишатися людиною епохи Ренесансу з високим рівнем експертності у багатьох сферах. Це позначається на потребі довіряти компетентності інших осіб, інституцій чи урядів у прийнятті суспільно важливих рішень. Водночас множаться способи зловживання довірою, передусім неочевидні, тонкі маніпуляції, підштовхування до потрібного вибору та, навпаки, формування постійних сумнівів.

По-четверте, нерівномірність розвитку спільнот і відповідні порушення справедливості сьогодні впадають в очі зокрема тому, що приховати якісь події стає дедалі важче, а відкрито та емоційно показати їх – іноді справа натискання пари кнопок на смартфоні. На емоційній реакції аудиторії та відчутті глибокої несправедливості щодо цивілізаційного розриву будуються вигідні потужним гравцям реакції, прямими або

<sup>19</sup> John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Belknap Press, 1999), 16.

побічними наслідками яких стають поляризація думок, втрата ідеалів свободи, поваги й гуманізму, системна недовіра, підрив важливих для соціуму інституцій.

Усе це призводить до того, що договір перетворюється (або вже перетворився) на фіктивний. Зайве підтвердження цього надала вируюча нині пандемія COVID-19.

Багато хто наголошує, що суспільний договір не відповідав своїм цілям і до пандемії. Остання лише виявила нездатність адаптувати наявний суспільний договір до викликів сучасності. Зокрема, пандемія виявила, що забезпечити виживання в умовах невизначеності та безперервну ділову активність могли лише ті компанії, які мали цифрові моделі господарювання або їх значну цифрову підтримку. У докризові роки, як зазначається, “більшість фірм достатнього розміру рухалися до цифрового ядра, заснованого на програмному забезпеченні, даних та цифрових мережах, лише деякі досягли достатньої цифрової спроможності для переходу до нової бізнес-моделі майже за одну ніч.”<sup>20</sup> Зрештою це дало змогу багатьом із них вистояти в умовах тотальної невизначеності та безпрецедентного зламу існуючого порядку.

Пандемія, крім того, підкреслила технологічний розрив (як між компаніями, так і між спільнотами) й, у підсумку, сприяла поглибленню нерівності. І хоча вона одночасно стимулювала цифровізацію, не з усіма негативними наслідками можна впоратися за допомогою прискорення цифрового переходу.

Водночас взаємопроникнення онлайн та офлайн реальностей і наростання цифрової складової приватного й публічного життя не може не відобразитися на змісті суспільного договору. Не останнє місце серед його умов займатиме відповідальність сторін, її форми, обсяг і важелі застосування у разі відсутності згоди відновити порушені права та компенсувати спричинену цим шкоду.

Бріджит Хамм наголошує на важливості тиску з боку інституцій громадянського суспільства в процесі погодження умов договору, який включатиме бізнес як сторону й адресата зобов'язань, оскільки це сприятиме реальному врахуванню права жертв і встановлюватиме юридичну відповідальність підприємств у глобальній економіці.<sup>21</sup> Можна припустити, що об'єднання у нові союзи – стійкі чи ситуативні – чекає на індивідів, організації громадянського суспільства, компанії та уряди, як на національному, так і на міжнародному рівнях. У будь-якому разі умови нового суспільного контракту мають бути погоджені за рівної участі сторін.

## Висновки

Яким буде новий соціальний договір, чи буде його зміна означати незначні правки до тексту або глибоку змістовну та структурну перебудову – багато в чому це залежить від нас, учасників договору, незалежно від того, виступаємо ми як окремі індивіди або згуртовані в інституції громадянського суспільства, бізнес-структури чи організації

---

<sup>20</sup> *The New Digital Domain. How the Pandemic Reshaped Geopolitics, the Social Contract and Technological Sovereignty. Policy Report* (Madrid: Center for the Governance of Change, IE University, 2020), 11.

<sup>21</sup> Hamm, “The Struggle for Legitimacy.”

публічного управління. Принаймні у питаннях того, чи буде суспільний договір скоригований за нашої активної участі або ж за формальної участі укладений від нашого імені, внаслідок чого ми будемо вимушені користуватися типовим контрактом, долучені шляхом приєднання й позбавлені дійсної можливості погодити інші умови.

Ми також, імовірно, побачимо нові коаліції сторін, які сприятимуть досягненню спільних цілей і, в ідеалі, дадуть змогу успішно балансувати між складними інтересами, не втрапивши при цьому ціннісного ядра договору.

© Ю. Разметаєва, 2021

## Bibliography

- Andrews, Dan, Chiara Criscuolo, and Peter N. Gal. "Frontier Firms, Technology Diffusion and Public Policy: Micro Evidence from OECD Countries." *OECD Productivity Working Papers* 2 (2015). Paris: OECD Publishing.
- Demeritt, David. "The New Social Contract for Science: Accountability, Relevance, and Value in US and UK Science and Research Policy." *Antipode* 32 (3) (2000): 308–29.
- Geerlof, Jaap. "A New Social Contract: Substituting the Neoliberal Public Policy Paradigm with a Participatory Public Policy Paradigm." *World Futures* 75 (4) (2019): 222–41. <https://doi.org/10.1080/02604027.2018.1554549>.
- Hamm, Brigitte. "The Struggle for Legitimacy in Business and Human Rights Regulation – a Consideration of the Processes Leading to the UN Guiding Principles and an International Treaty." *Human Rights Review* (2021). <https://doi.org/10.1007/s12142-020-00612-y>.
- Hsieh, Nien-hê. "Business Responsibilities for Human Rights: A Commentary on Arnold." *Business and Human Rights Journal* 2 (2017): 297–309. <https://doi.org/10.1017/bhj.2017.6>.
- Kochan, Thomas, and Beth Shulman. "A New Social Contract: Restoring Dignity and Balance to the Economy." *Economic Policy Institute Briefing Paper* no. 184. Washington, 2007. <http://www.gpn.org/bp184/bp184.pdf>.
- Maassen, Peter. "A New Social Contract for Higher Education?" In *Higher Education in Societies*, edited by Gaële Goastellec and France Picard. Higher Education Research in the 21st Century Series. Rotterdam: SensePublishers, 2014. [https://doi.org/10.1007/978-94-6209-746-9\\_4](https://doi.org/10.1007/978-94-6209-746-9_4).
- O'Neill, Onora. *Justice Across Boundaries: Whose Obligations?* Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Ossewaarde, Marinus R. R. "The New Social Contract and the Struggle for Sovereignty in the Netherlands." *Government and Opposition* 42 (4) (2007): 491–512.
- Rifkin, Jeremy. "A New Social Contract." *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 544 (1996): 16–26. <http://www.jstor.org/stable/1047960>.
- Rott, Peter. "A New Social Contract Law for Public Services? – Consequences from Regulation of Services of General Economic Interest in the EC." *European Review of Contract Law* 1, no. 3 (2005): 323–45. doi: <https://doi.org/10.1515/ercl.2005.1.3.323>.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Belknap Press, 1999.
- Tasioulas, John. "Saving Human Rights from Human Rights Law." [In Ukrainian.] *Filosofiya prava i zahal'na teoriya prava* 1 (2020): 172–215. <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2020.1.219080>.

*The New Digital Domain. How the Pandemic Reshaped Geopolitics, the Social Contract and Technological Sovereignty.* Policy Report. Madrid: Center for the Governance of Change, IE University, 2020. <https://docs.ie.edu/cgc/IE-CGC-The-New-Digital-Domain.pdf>.

Shadmy, Tomer. "The New Social Contract: Facebook's Community and Our Rights." *Boston University International Law Journal* 37 (2019): 307–54.

### **Юлія Разметаєва. Бізнес, права людини і новий суспільний договір у цифрову епоху**

**Анотація.** Статтю присвячено проблемі укладання нового суспільного договору у цифрову епоху, з урахуванням особливостей останньої та складних викликів у сфері бізнесу й прав людини. Розглядаються питання потреби у переукладанні такого договору, складу сторін та його основних умов. Наголошується на тому, що майже неконтрольована діяльність і зростаюча могутність компаній виступають не єдиною, однак однією з найвагоміших причин для перегляду контракту.

У статті стверджується, що тими особливостями цифрової ери, які позначаються на причинах укладання та змісті нового суспільного договору, є такі: значна частина всіх видів діяльності суб'єктів відбувається в кіберпросторі або має онлайн-компонент; цифрові інструменти надзвичайно поширені як у публічному, так і в приватному житті; дані стають ключовими для будь-якої економічної, соціальної, політичної діяльності; обсяг даних величезний, а швидкість їх поширення неймовірно висока; розвиток суспільств нерівномірний, і він підсилюється цифровим розривом; могутність бізнес-структур зростає, зростає і їхня здатність модифікувати поведінку користувачів цифрових інструментів.

Основними загрозами для наявного соціального контракту визначаються суттєвий дисбаланс між правами та обов'язками сторін, неефективність інструментів контролю за його дотриманням, асиметрія влади, формування компаніями нормативної рамки всупереч їх ролі у приватному секторі. Розглядаються спроби включити бізнес до сторін договору, залишивши в центрі права людини та справедливості, зокрема легітимність і погодження умов за рівної участі індивідів, громадянського суспільства, компаній та урядів.

Наводяться причини потенційної втрати сили наявним суспільним договором у цифрову еру, зокрема й на прикладах, які загострила пандемія COVID-19. Підкреслюється необхідність погодити відповідальність учасників, а також врахувати наслідки взаємопроникнення онлайн і офлайн життя, прискорену цифровізацію, поглиблення технологічного розриву.

**Ключові слова:** асиметрія влади; бізнес; зобов'язання бізнесу, права людини; суспільний договір; цифрова епоха.

### **Юлія Разметаєва. Бизнес, права человека и новый общественный договор в цифровую эпоху**

**Аннотация.** Статья посвящена проблеме заключения нового общественного договора в цифровую эпоху, с учетом особенностей последней и сложных вызовов в сфере бизнеса и прав человека. Рассматриваются вопросы о потребности в перезаключении такого договора, составе сторон и его основных условиях. Подчеркивается, что почти неконтролируемая деятельность и растущая мощь компаний выступают не единственной, однако одной из наиболее важных причин для пересмотра контракта.

В статье утверждается, что теми особенностями цифровой эры, которые сказываются на причинах появления и содержании нового общественного договора, являются такие: значительная часть всех видов деятельности субъектов происходит в киберпространстве или имеет онлайн-компонент; цифровые инструменты чрезвычайно распространены как в публичной, так и в частной жизни; данные становятся ключевыми для любой экономической, социальной,



политической деятельности; объем данных чрезвычайно велик, а скорость их распространения невероятно высока; развитие обществ неравномерно, и оно усиливается цифровым разрывом; могущество бизнес-структур растет, в том числе растет их способность модифицировать поведение пользователей цифровых инструментов.

Основными угрозами для имеющегося социального контракта определяются существенный дисбаланс между правами и обязанностями сторон, неэффективность инструментов контроля за его соблюдением, асимметрия власти, формирование компаниями нормативной рамки вопреки их роли в частном секторе. Рассматриваются попытки включить бизнес в число сторон договора, оставив в центре права человека и справедливость, в том числе легитимность и согласование условий при равном участии индивидов, гражданского общества, компаний и правительств.

Приводятся причины потенциальной потери силы имеющимся общественным договором в цифровую эру, в том числе на примерах, которые обострила пандемия COVID-19. Подчеркивается необходимость согласовать ответственность участников, а также учесть последствия взаимопроникновения онлайн и офлайн жизни, ускоренную цифровизацию, углубление технологического разрыва.

**Ключевые слова:** асимметрия власти; бизнес; общественный договор; обязательства бизнеса; права человека; цифровая эпоха.

### **Yulia Razmetaeva. Business, Human Rights and a New Social Contract in the Digital Age**

**Abstract.** The article is devoted to the problem of concluding a new social contract in the digital age, taking into account the its peculiarities and the complex challenges in the field of business and human rights. The issues of the need to renegotiate such an agreement, the composition of the parties and its basic conditions are considered. It is emphasized that the almost uncontrolled activities and growing power of companies are not the only, but one of the most important reasons for revising the contract.

The article argues that the features of the digital age that affect the reasons for the conclusion and content of a new social contract are as follows: a significant part of all activities of entities takes place in cyberspace or has an online component; digital tools are extremely common in both public and private life; data become key to any economic, social, political activity; the amount of data is huge, and the speed of their spread is incredibly high; the development of societies is uneven, and it is exacerbated by the digital divide; the power of business structures is growing, including their ability to modify the behavior of users of digital tools.

The main threats to the existing social contract are a significant imbalance between the rights and obligations of the parties, the ineffectiveness of instruments to control its observance, the asymmetry of power, and the formation of a regulatory framework by companies against their role in the private sector. Attempts to include business in the treaty, leaving human rights and justice at the center, including legitimacy and the negotiation of conditions with equal participation of individuals, civil society, companies and governments, are considered.

The reasons for the potential loss of power of the existing social contract in the digital age are given, including the examples exacerbated by the COVID-19 pandemic. The article emphasizes the need to reconcile the responsibilities of participants, as well as to take into account the consequences of the interpenetration of online and offline life, accelerated digitization, deepening the technological gap.

**Keywords:** asymmetry of power; business; business obligations; digital age; human rights; social contract.

Одержано/Received 13.03.2021

## РОЗРОБКА КОНЦЕПЦІЇ КОРПОРАТИВНОЇ ПІДЗВІТНОСТІ В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ: МОДЕЛІ ДЛЯ УГОДИ ПРО БІЗНЕС ТА ПРАВА ЛЮДИНИ

### Вступ

У 2014 р. за пропозицією Еквадору та Південної Африканської Республіки Рада Організації Об'єднаних Націй (ООН) з прав людини створила постійно діючу міжурядову робочу групу з мандатом “розробити міжнародний юридично обов'язковий документ для регулювання діяльності транснаціональних корпорацій та інших комерційних підприємств в міжнародному праві прав людини.” Міжурядова робоча група провела своє перше засідання в Женеві в 2015 р., а останнє – у жовтні 2019 р.

На момент написання цієї статті було опубліковано чотири проекти документів: Елементи проекту юридично обов'язкового документа щодо транснаціональних корпорацій та інших комерційних підприємств стосовно прав людини – у 2017 р., Нульовий проект – у 2018 р., Проект Угоди – у 2019 р. та Другий переглянутий проект Угоди – у 2020 р. Сама ідея Угоди про бізнес та права людини (Угода про ВНР) призвела до численних дискусій щодо того, чи можливо це здійснити,<sup>1</sup> чи це своєчасно<sup>2</sup> або навіть, чи можливий позитивний розвиток із точки зору потерпілих від зловживання корпоративними правами людини.<sup>3</sup>

\* Надя Берназ, кандидатка юридичних наук, доцентка групи з права в Університеті Вагенінгена, Нідерланди.

Nadia Bernaz, PhD, Associate Professor in the Law Group at Wageningen University, The Netherlands.  
e-mail: nadia.bernaz@wur.nl.

Стаття була опублікована англійською: Nadia Bernaz, “Conceptualizing Corporate Accountability in International Law: Models for a Business and Human Rights Treaty,” *Human Rights Review* 22 (1) (2021): 45–64, <https://doi.org/10.1007/s12142-020-00606-w>. Переклад з англійської Сергія Прийми.

<sup>1</sup> David Bilchitz, “The Necessity for a Business and Human Rights Treaty,” *Business and Human Rights Journal* 1(2) (2016): 203–27; Olivier De Schutter, “Towards a New Treaty on Business and Human Rights,” *Business and Human Rights Journal* 1(1) (2016): 41–67; Lee McConnell, “Assessing the Feasibility of a Business and Human Rights Treaty,” *International and Comparative Law Quarterly* 66 (2017): 143–80.

<sup>2</sup> John G. Ruggie, *A UN Business and Human Rights Treaty? An Issues Brief*. Harvard University's Kennedy School of Government (Business and Human Rights Resource Centre, 2014), <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie-on-un-business-human-rights-treaty-jan-2014.pdf>; Sheldon Leader, “Coherence, Mutual Assurance and the Rationale for a Treaty,” in *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, eds. Surya Deva and David Bilchitz (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 79–101.

<sup>3</sup> Ruggie, *A UN Business and Human Rights Treaty?*; Penelope Simons, “The Value-added of a Treaty to Regulate Transnational Corporations and Other Business Enterprises Moving Forward Strategically,” in *Building a Treaty on Business and Human Rights*, 48–78.

Угода повинна посилити корпоративну підзвітність щодо прав людини на користь власників прав, але як це буде зроблено, залишається невизначеним. Складність поняття “підзвітність” додає плутанини. Ця стаття має на меті відповісти на таке дослідницьке запитання: як можна розробити концепцію корпоративної підзвітності у майбутній Угоді про БНР, щоб максимізувати вплив Угоди як із точки зору змісту, так і з позиції державної підтримки? Для вирішення цього питання стаття, по-перше, розробляє поняття корпоративної підзвітності за міжнародним правом і представляє аналітичну рамку, яка перекладає корпоративну підзвітність на сім основних елементів. По-друге, вона представляє чотири моделі корпоративної підзвітності, які можуть бути використані в майбутній угоді. Потім систематично розкладає ці моделі за допомогою аналітичної рамки. Вона має на меті зробити свій внесок у переговорний процес щодо Угоди про БНР через роз’яснення різних варіантів і можливих компромісів між ними, беручи до уваги політичні реалії. Наприклад, Угода про БНР, з одного боку, може охоплювати поняття прямих обов’язків корпорацій щодо прав людини, однак обмежити їх для певних типів корпорацій. З другого боку, ця Угода може створити прямі зобов’язання лише для держав, а водночас вимагати від держав регулювання діяльності всіх корпорацій. Урешті-решт, у статті на користь поширення Угоди про БНР доводиться прогресивна модель корпоративної підзвітності, яка поєднує амбітний розвиток міжнародного права з реалістичними перспективами державної підтримки.

Чотирма моделями корпоративної підзвітності, які я досліджую в цій статті, є: 1) модель Керівних принципів ООН щодо бізнесу та прав людини (модель UNGP), в якій корпоративна підзвітність заснована на вимозі не завдавати шкоди, яка визначила себе як соціальне очікування; 2) модель Загальної декларації прав людини (модель UDHR) із більш широким типом підзвітності заснована на міжнародному праві, проте без конкретного механізму забезпечення виконання; 3) прогресивна модель, у якій корпоративна підзвітність ґрунтується на міжнародному праві, та яка спирається на конкретні внутрішні механізми забезпечення виконання, включаючи екстратериторіальні механізми; 4) трансформаційна модель, де корпоративна підзвітність заснована також на міжнародному праві та яка спирається як на внутрішні (включаючи екстратериторіальні), так і на міжнародні механізми забезпечення виконання.

Термін “модель” розуміється тут як “система, що може бути використана як приклад для копіювання іншими людьми.”<sup>4</sup> В усій статті термін “модель” використовується для відсилання до типів корпоративної підзвітності, раніше сформульованих у вже існуючих текстах (UNGP, UDHR), або до нових форм корпоративної підзвітності (прогресивна та трансформаційна моделі). Ці моделі гіпотетичні, розроблені для цілей цієї статті й отримані з академічної та “сірої” літератури. Загалом, як показує стаття, кожна пропозиція щодо Угоди про БНР, висунута науковцями, організаціями

<sup>4</sup> *Oxford Learners' Dictionary* (online edition), 2020, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/>.

громадянського суспільства та державними суб'єктами, вписується в одну з цих моделей. Тоді як одні риси є вирішальними у формуванні конкретної моделі, інші мають невелику значущість. Не будучи "висіченими на камені," моделі дають змогу систематично проводити дискусію й оцінювати переваги та недоліки різних позицій, що стоять за ними.

Стаття побудована таким чином. "Розробка концепції корпоративної підзвітності: аналітична рамка" концептуалізує корпоративну підзвітність і представляє аналітичну рамку. "Модель UNGP," "модель UDHR," "Прогресивна модель" і "Трансформаційна модель" представляють моделі для Угоди про BHR і розкладають їх за допомогою аналітичної рамки. "Корпоративна підзвітність у майбутній Угоді про BHR: від теорії до практики" розробляє та підтримує прогресивну модель корпоративної підзвітності для майбутньої Угоди про BHR з метою узгодження ідеалів прав людини та політичного реалізму. "Висновок" представляє короткий висновок і пропозиції щодо подальших досліджень.

### **I. Розробка концепції корпоративної підзвітності: аналітична рамка**

Дороті Бауманн-Паулі та Жюстін Нолан у вступі до глави "Підзвітність і правовий захист" своєї книги про бізнес і права людини зазначили, що "термін 'підзвітність' означає істотно різні речі для різних людей."<sup>5</sup> Академічна література щодо підзвітності відображає цю різноманітність поглядів. У цьому розділі коротко досліджується, як підзвітність, особливо корпоративна, визначається у політології та міжнародних відносинах, студіях про бізнес та управління, у праві. Спираючись на ці визначення, у цьому розділі пояснюється, як корпоративна підзвітність осмислюється для мети цієї статті. Потім у ній представляється аналітична рамка, що використовується у наступних розділах для оцінки запропонованих моделей Угоди про BHR.

Підзвітність є предметом дослідження у великому масиві літературних видань, присвячених політології та міжнародним відносинам. Загально визнано, що в представницькій демократії "ті, хто керує, звітують перед керованими."<sup>6</sup> Однак це неможливо у глобальному управлінні, в якому не існує демократичних інститутів і яке вимагає різних форм підзвітності.<sup>7</sup> Коротше кажучи, "концепція підзвітності означає, що підзвітні суб'єкти мають обов'язок діяти у спосіб, що відповідає загально визнаним стандартам поведінки, і що вони будуть покарані за відмову робити так."<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Dorothee Baumann-Pauly and Justine Nolan, *Business and Human Rights: From Principles to Practice* (Abingdon: Routledge, 2016), 239.

<sup>6</sup> Ruth W. Grant and Robert O. Keohane, "Accountability and Abuse of Power in World Politics," *American Political Science Review* 99 (2005): 29.

<sup>7</sup> Grant and Keohane, "Accountability and Abuse of Power," 29–43; Robert O. Keohane, "Accountability in World Politics," *Scandinavian Political Studies* 29 (2006): 75–87; Mark Bovens, "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework," *European Law Journal* 13(4) (2007): 447–68.

<sup>8</sup> Grant and Keohane, "Accountability and Abuse of Power," 29–30.

Марк Бовенс розрізняє підзвітність як чесноту та підзвітність як механізм. Як чеснота підзвітність є “нормативним поняттям” або “набором стандартів,” за якими можна оцінити поведінку. Як механізм – це “інституційне відношення або домовленість, за якими особа може бути залучена до звітування іншою особою чи установою.”<sup>9</sup> Можливо, більш класичним способом визначення поняття “підзвітність” є розбиття його на два поняття – здатність відповідати (*answerability*) та здатність примушувати (*enforceability*).<sup>10</sup> У статті, присвяченій багатосторонній кліматичній політиці, Аарті Гупта та Харро ван Ассельт пропонують додатково розділити здатність відповідати (*answerability*) та здатність примушувати (*enforceability*) на п’ять компонентів: “відносини, стандарти, рішення, санкції та відшкодування.” Відносини стосуються того, “хто повинен звітувати (і перед ким);” стандарти відносяться до “стандартів продуктивності, на основі яких слід залучати до звітування (тобто <...> підзвітність щодо чого);” нарешті, рішення позначає “процес, за допомогою якого оцінюється, чи дотримуються стандарти (тобто як підзвітність реалізується).”<sup>11</sup> Разом ці три елементи формують такий сегмент підзвітності, як здатність відповідати (*answerability*). Санкції означають “(юридичні, репутаційні, фінансові) покарання, якщо стандарти не дотримуються,” а відшкодування зосереджується на “обсязі та методах підзвітності, а також компенсації за шкоду, що накладена внаслідок недотримання стандартів.” Ці два елементи утворюють такий елемент підзвітності, як здатність примушувати (*enforceability*).<sup>12</sup>

У дослідженнях бізнесу та управління природним є те, що література зосереджується на корпоративній підзвітності, але точний зміст підзвітності в цьому контексті не є повністю визначеним. Натомість література фокусується на типі суб’єкта, який може притягти корпорації до звітування. Згідно з традиційним підходом корпорації є підзвітними здебільшого перед своїми акціонерами та повинні ставити пріоритетом максимізацію прибутку.<sup>13</sup> Інші автори наполягають на тому, що корпорації підзвітні перед усіма своїми стейкхолдерами, а не лише перед акціонерами.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Mark Bovens, “Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanism,” *West European Politics* 33(5) (2010): 947–48.

<sup>10</sup> Peter Newell, “Civil Society, Corporate Accountability and the Politics of Climate Change,” *Global Environmental Politics* 8(3) (2008): 124.

<sup>11</sup> Aarti Gupta and Harro van Asselt, “Transparency in Multilateral Climate Politics: Furthering (or distracting from) Accountability?” *Regulation & Governance* 13 (2019): 20.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> George J. Benston, “Accounting and Corporate Accountability,” *Accounting, Organizations and Society* 7(2) (1982): 87–105.

<sup>14</sup> Yadong Luo, “Corporate Governance and Accountability in Multinational Enterprises: Concepts and Agenda,” *Journal of International Management* 11 (2005): 1–18; Sara M. Cooper and David L. Owen, “Corporate Social Reporting and Stakeholder Accountability: The Missing Link,” *Accounting, Organizations and Society* 32(7-8) (2007): 649–67; Munif Mohammed, “Corporate Accountability in the Context of Sustainability – a Conceptual Framework,” *EuroMed Journal of Business* 8 (2013): 243–54.

Навпаки, щодо значення терміна “підзвітність” у правовій сфері дискусій небагато. У міжнародному публічному праві відповідальність (*responsibility/liability*) має конкретне значення, тоді як підзвітність цього не має. Проект Статей щодо відповідальності держав за міжнародно-неправомірні діяння надає зрозуміле та авторитетне визначення поняття “відповідальність.” Згідно зі ст. 1 проекту “будь-яке міжнародно-неправомірне діяння держави тягне за собою міжнародну відповідальність цієї держави.” Таким чином, “термін ‘міжнародна відповідальність’ охоплює нові правовідносини, що виникають на підставі міжнародного права через міжнародно-неправомірне діяння держави” (Комісія з міжнародного права ООН, 2001 р.). Оскільки спірним є те, що корпорації мають міжнародні обов’язки за міжнародним правом, використання терміна “відповідальність” для опису правовідносин, що виникають при порушенні корпорацією прав людини, відображає, що хтось зробив вибір на користь однієї зі сторін у цій дискусії. Відповідно до Керівних принципів ООН щодо бізнесу та прав людини корпорації несуть відповідальність за дотримання прав людини, але в цьому контексті відповідальність не є юридичним поняттям. Крім того, термін “відповідальність” (*liability*) також не підходить, оскільки він означає, що спочатку існувала юридична відповідальність (*responsibility*).<sup>15</sup> Використання терміна “корпоративна підзвітність” дає змогу триматися подалі від суперечок і невизначеності, пов’язаних із поняттям відповідальності в контексті корпоративної діяльності. На відміну від відповідальності (*responsibility/liability*), підзвітність не має чіткого визначення в міжнародному праві. Тому для опису процесів, за якими корпорації можуть бути “покликані до відповіді” згідно з міжнародним (м’яким) правом, у цій дослідницькій статті доречно використовувати термін “підзвітність.” Останній використовується тут у неспецифічний, нейтральний спосіб, охоплюючи юридичні, квазіюридичні та неюридичні відносини.

Запропонована мною рамка для оцінки різних моделей Угоди про ВНР базується на рамці Гупти та Ван Ассельта, щоб краще узгоджуватися з проблемою, яка розглядається. У їх рамці питання про те, хто повинен бути притягнутий до відповідальності і перед ким, об’єднані в одну складову, яка називається відносинами. Переговори щодо Угоди про ВНР та загалом бізнес і права людини порушують конкретні питання, пов’язані з відносинами. Наприклад, питання “хто повинен звітувати?” призводить до питання про тип корпорацій, які може охоплювати угода (малі/великі, транснаціональні/вітчизняні тощо). Це значно ускладнює справу. Ось чому в своїй рамці я розбиваю цей компонент на дві частини і ставлю два окремі запитання: 1) хто повинен звітувати?; 2) перед ким?

У рамці Гупти та Ван Ассельта ставиться таке запитання: “підзвітність щодо чого?” яке вони визначають як стандарт ефективності. Цей компонент є ключовим у правовому контексті, але потребує подальшого розбиття. Зміст стандарту є важливим,

<sup>15</sup> Mohammed Bedjaoui, “Responsibility of States: Fault and Strict Liability,” in *Encyclopaedia of Public International Law*, ed. Rudolf Bernhardt (Elsevier, North Holland, IV, 2000), 212.

так само як і його юридична сила (обов'язковий/необов'язковий/сіра зона). У своїй рамці я ставлю два запитання: 1) яка поведінка є очікуваною?; 2) яка юридична сила стандарту?

Потім Гупта та Ван Ассельт розглядають спосіб підзвітності, який є “процесом, за допомогою якого оцінюється, чи дотримуються стандарти.” Вони описують процес державної звітності й експертної оцінки, що здійснюється в сфері кліматичного управління. У запропонованій Угоді про ВНР звітність держав перед самими собою є одним із варіантів. Також можна було побачити прийняття положень, що мають певну юридичну силу та зміст і націлені на залучення певних корпорацій до звітування, однак без офіційного процесу оцінювання того, чи дотримуються стандарти. Цей процес цілком може бути децентралізований за допомогою оцінювання з боку організацій громадянського суспільства того, чи додержуються стандарти, а потім сподівання на різні види санкцій (див. нижче). Отже, у моїй рамці слово “процес” розуміється широко. Я ставлю запитання: “Що то за процес, за допомогою якого оцінюється, чи дотримуються стандарти?”

Нарешті, Гупта та Ван Ассельт зосереджуються на санкціях і відшкодуванні. Що стосується санкцій, то рамка цих дослідників може бути використана тут майже в такій самій якості. Це виражається у такому запитанні: які санкції (юридичні, репутаційні, фінансові) настануть, якщо стандарти не будуть дотримані? Що стосується відшкодування, то право прав людини вимагає додаткових нюансів. Актуальною є різниця між відшкодуванням (reparations) і правовим захистом (remedy). У 2005 р. Генеральна Асамблея ООН визначила право на правовий захист як таке, що містить: “а) рівний та ефективний доступ до правосуддя; (b) адекватне, ефективне й оперативне відшкодування заподіяної шкоди; (c) доступ до актуальної інформації, пов'язаної з порушеннями та механізмами відшкодування.” Інакше кажучи, відшкодування є частиною права на правовий захист. Рамка має відображати цю складність. Нарешті, останні запитання: які способи правового захисту існують (судові/позасудові)?; і які форми відшкодування доступні для потерпілих?

Наведена нижче таблиця резюмує рамку, що складається із семи запитань, розроблених для сприяння обговоренню ключових проблем.

Таблиця 1. Аналітична основа

1. Хто має звітувати?
2. Звітувати перед ким?
3. Якою є очікувана поведінка?
4. Яка юридична сила стандарту?
5. За допомогою якого процесу оцінюється, чи дотримуються стандарти?
6. Які процеси правового захисту існують?
7. Які форми відшкодування доступні потерпілим?

Наступні розділи (“Модель UNGP,” “модель UDHR,” “прогресивна модель” і “трансформаційна модель”) структуровані в однаковий спосіб. По-перше, кожна

модель корпоративної підзвітності коротко представлена. По-друге, модель розбита на сім компонентів. Щоб уникнути повторень, ця частина описує кожен елемент, але також включає аналіз, якщо це виправдано. По-третє, у заключній частині, що називається “Оцінка,” кожна модель у цілому обговорюється на тлі рамки, яка у зв’язку з цим є ненормативною.

## II. Модель Керівних принципів ООН з питань бізнесу та прав людини

Керівні принципи ООН (UNGP), затвержені в 2011 р. Радою ООН з прав людини, є найавторитетнішим міжнародним стандартом у сфері бізнесу та прав людини. Вони були розвинуті професором Джоном Ратті під час його мандату, коли він був Спеціальним представником Генерального секретаря ООН з прав людини та транснаціональних корпорацій та інших комерційних підприємств. UNGP базуються на трьох стовпах: а) обов’язок держави захищати права людини від зловживань з боку бізнесу; б) корпоративна відповідальність за дотримання прав людини, яка є соціальним очікуванням, що не ґрунтується на міжнародному праві; с) розширений доступ до правового захисту.

1. *Хто має звітувати?* Відповідно до моделі UNGP корпоративна відповідальність за дотримання прав людини стосується “всіх підприємств, незалежно від їх розміру, сектору, операційного контексту, власності та структури” (ООН, 2011 р.). UNGP також виокремлюють певних осіб у бізнесі. Пункт 16 Керівних принципів передбачає, щоб програмне зобов’язання компанії виконувати свій обов’язок щодо дотримання прав людини було “затвержене на найвищому рівні комерційного підприємства.” Згідно з цією моделлю керівники вищої ланки, такі як генеральні директори та члени правління, можуть бути підзвітними, якщо вони не дотримуються цих рекомендацій.

2. *Звітувати перед ким?* Корпоративна відповідальність за дотримання прав людини є “глобальним стандартом очікуваної поведінки для всіх комерційних підприємств.” У цьому сенсі, згідно з UNGP, корпорації підзвітні перед суспільством загалом, перед невизначеною групою осіб та організацій. Пункт 29 Керівних принципів, як частина третього стовпа щодо доступу до правового захисту, виокремлює “осіб та громади, що можуть зазнати негативного впливу з боку комерційного підприємства” і для яких компанія повинна встановити механізми розгляду скарг на оперативному рівні.

3. *Якою є очікувана поведінка?* Другий стовп UNGP встановлює корпоративну відповідальність за дотримання прав людини. Немає відповідальності за захист, а тим паче за виконання прав людини. Крім того, підхід UNGP до дотримання прав людини полягає в тому, що він не викликає завдання шкоди, що є найвужчим можливим тлумаченням цього поняття. Дехто навіть ставить під сумнів, чи таке обмежене визначення виправдовує використання терміна “відповідальність.”<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> David J. Karp, *Responsibility for Human Rights, Transnational Corporations in Imperfect States* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014); David J. Karp, “What is the Responsibility to Respect Human



Керівний принцип 12 роз'яснює, що корпоративна відповідальність за дотримання прав людини "відноситься до міжнародно визнаних прав людини, котрі розуміються, як мінімум, як ті, що виражені в Міжнародному Біллі про права людини та в принципах, що стосуються основних прав, викладених у Декларації Міжнародної організації праці про основоположні принципи та права у сфері праці." Незважаючи на те, що цей перелік відкритий ("як мінімум"), коментар до наведеного принципу чітко вказує, що права, наприклад, корінних народів і жінок є "додатковими стандартами," які "комерційним підприємствам, можливо, доведеться враховувати." Представляючи права найбільш вразливих груп населення як певне доповнення, UNGP є недостатньо сильно прикріпленими до міжнародно-правової основи в цілому. Такий підхід, "як у меню," підриває "загальновизнану доктрину неподільності та взаємопов'язаності всіх прав людини, сформульованих у Віденській декларації та Програмі дій 1993 року."<sup>17</sup>

4. *Яка юридична сила стандарту?* Керівні принципи розмежовують державні зобов'язання за міжнародними правами людини та трудовим правом, сформульованими як державний обов'язок захищати права людини (1-й стовп), та обов'язок корпорацій дотримуватися прав людини (2-й стовп), що є не більш ніж соціальним очікуванням. Розділяючи ці два положення, UNGP вносять концептуальну ясність. Незалежно від того, виконує держава свої зобов'язання чи ні, компаніям слід дотримуватися прав людини в будь-який час і за будь-яких обставин, оскільки суспільство очікує від них цього.<sup>18</sup> Другий стовп спирається на ідею, що компанії, які не додержуються прав людини, можуть втратити свою "соціальну ліцензію на діяльність."<sup>19</sup> Щоб уникнути шкоди репутації та втрати соціальної ліцензії на діяльність, компанії, будучи судимі в "судах громадської думки," повинні дотримуватися прав людини.<sup>20</sup> Соціальна ліцензія на діяльність ґрунтується на припущенні, що компанії бояться репутаційної шкоди, а отже, намагаються її уникнути.<sup>21</sup> Утім, це припущення не завжди є справедливим і компанії цінують репутацію по-різному, з огляду на низку факторів, таких як корпоративна культура та чи є компанія клієнтоорієнтованою.<sup>22</sup> Згідно з UNGP корпоративна відповідальність може бути суворою за певних обставин,

---

Rights? Reconsidering the 'respect, protect, and fulfill' Framework," *International Theory* 12 (2020): 83–108.

<sup>17</sup> Ruggie, *A UN Business and Human Rights Treaty?* 60.

<sup>18</sup> John G. Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights* (New York: W. W. Norton, 2013), 84.

<sup>19</sup> UN, John G. Ruggie, *A Framework for Business and Human Rights, Report of Special representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/HRC/8/5: 17 (2008).

<sup>20</sup> Sally Wheeler, "Global Production, CSR and Human Rights: The Courts of Public Opinion and the Social Licence to Operate," *The International Journal of Human Rights* 19 (2015): 764.

<sup>21</sup> Ruggie, *Just Business*, 93–94.

<sup>22</sup> Jennifer A. Howard-Grenville, "Inside the 'black box': How Organizational Culture and Subcultures Inform Interpretations and Actions on Environmental Issues," *Organization & Environment* 19 (2006): 46–73; Jennifer A. Howard-Grenville, Jennifer Nash, and Cary Coglianese, "Constructing the License

але це залежить від контексту, що робить її ненадійною. З цієї точки зору неправовий характер корпоративної відповідальності за дотримання прав людини є невід'ємним концептуальним недоліком.

Незважаючи на цей недолік або, як буде пояснено нижче, можливо, завдяки йому, держави взяли на себе відповідальність за дотримання, коли схвалили UNGP. Це має сенс, якщо помістити UNGP у їхній контекст і розглядати їх як останню спробу ООН щодо регулювання діяльності корпорацій. Мандат Джона Ратгі на посаді спеціального представника Генерального секретаря ООН з питань бізнесу та прав людини розпочався у 2005 р. після двох невдалих ініціатив ООН щодо регулювання корпоративної поведінки, особливо з питань прав людини. Цими спробами були Кодекс поведінки транснаціональних корпорацій ООН та Проект норм про відповідальність транснаціональних корпорацій та інших комерційних підприємств у зв'язку з правами людини ООН 2003 р. (Проект норм ООН). У проекті Кодексу передбачалося, що “транснаціональні корпорації повинні поважати / поважають права та основоположні свободи людини в країнах, у яких вони діють.”<sup>23</sup> Також у Кодексі було передбачено накладення прямих зобов'язань на корпорації, але це так і не було виконано.<sup>24</sup> У 80-х роках обговорення Кодексу поведінки стало залучатися у більш широкі дискусії, присвячені іноземним прямим інвестиціям та економічному суверенітету приймаючих держав і від нього довелось відмовитися.<sup>25</sup> Проект норм ООН 2003 р. пішов навіть далі, ніж Кодекс з питань корпоративної підзвітності. Проект норм мав за мету покласти обов'язки в сфері прав людини на корпорації відповідно до міжнародного права, щоправда, в обмеженій кількості сфер. Норми виявилися неприйнятними для більшості держав.<sup>26</sup> У цьому сенсі, ймовірно, не є дивним те, що держави, отримавши можливість через кілька років, об'єдналися навколо моделі неюридичної корпоративної підзвітності UNGP, здається, з невеликими труднощами.

5. *За допомогою якого процесу оцінюється, чи дотримуються стандарти?* Немає формалізованого процесу, щоб оцінити, чи дотримуються стандарти корпоративної підзвітності за UNGP. На практиці організації громадянського суспільства, наукові співробітники та журналісти оцінюють корпоративну практику від імені всього суспільства. Інші види стейкхолдерів, такі як інвестори та бізнес-партнери, також оцінюють корпоративні практики, але для особистих потреб.

---

to Operate: Internal Factors and Their Influence on Corporate Environmental Decisions,” *Law and Policy* 30 (2008): 73–107.

<sup>23</sup> United Nations ECOSOC, *Transnational corporations: issues involved in the formulation of a code of conduct*, E/C.10/17 (1976).

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Nadia Bernaz, *Business and Human Rights. History, Law and Policy. Bridging the Accountability Gap* (Abingdon: Routledge, 2016), 174–75; Khalil Hamdani and Lorraine Ruffing, “Lessons from the UN Centre on Transnational Corporations for the Current Treaty Initiative,” in *Building a Treaty on Business and Human Rights*, 27–47.

<sup>26</sup> Bernaz, *Business and Human Rights*, 188.

6. Які процеси правового захисту існують? UNGP не встановлюють жодного процесу правового захисту, але дають рекомендації щодо кращого використання державних і недержавних механізмів та окреслюють, які мають бути ключові характеристики процесів.

7. Які форми відшкодування доступні потерпілим? Самі UNGP не передбачають відшкодування, але в коментарі до керівного принципу 25 міститься перелік можливих компенсацій.

### Оцінка

З юридичної точки зору загальна картина, яка складається, полягає в тому, що модель UNGP є слабкою формою корпоративної підзвітності. Вона охоплює всі компанії і є важливим інструментом адвокації в галузі бізнесу та прав людини. Це її головні переваги. Водночас вона є інституційно слабкою, оскільки немає конкретного механізму забезпечення виконання. У відповідь на недоліки моделі UNGP щодо корпоративної підзвітності виник сильний рух громадянського суспільства на підтримку Угоди про BHR, який розглядає цю угоду як спосіб усунення виявлених слабких сторін UNGP.<sup>27</sup> Звісно, саме ухвалення Угоди про BHR, незалежно від її змісту, посилило б корпоративну підзвітність і було б кроком уперед порівняно з UNGP, які мають лише рекомендаційний характер. Пряма вказівка на UNGP у цій угоді сприятиме подальшому зміцненню корпоративної підзвітності через привнесення узгодженості в сферу регулювання бізнесу і прав людини.

Однак, якщо для угоди буде прийнята така модель корпоративної підзвітності, як UNGP, то це потягне лише незначні зміни з точки зору цієї підзвітності. Зокрема, вона об'єднала би такі три елементи. По-перше, визначила би корпоративну підзвітність на основі вимоги “не нашкодь”, без жодної ролі у захисті, не говорячи вже про реалізацію прав людини. По-друге, прийняла б обмежене визначення прав людини, яке підриває ідеали неподільності та взаємопов'язаності прав людини. По-третє, визначила би корпоративну відповідальність як розпливчате соціальне очікування, що спирається на поняття соціальної ліцензії на діяльність, як це роблять UNGP. Вона могла б містити це поняття у своїй преамбулі, а не в частині обов'язкових положень. Обрання цієї моделі для угоди є спокусливим для її прихильників завдяки консенсусу, який пов'язаний із UNGP.<sup>28</sup> Це узгоджувалося б із державоцентричним поглядом на міжнародне право прав людини.<sup>29</sup> Утім, це було б найслабшим результатом у перспективі розвитку корпоративної підзвітності за міжнародним правом.

<sup>27</sup> Nadia Bernaz and Irene Pietropaoli, “The Role of Non-governmental Organizations in the Business and Human Rights Treaty Negotiations,” *Journal of Human Rights Practice* 9(2) (2017): 287–311; Danilo B. Alves Garrido, “Law-making, Civil Society and the Treaty on Business & Human Rights: Strategies for Effectiveness,” LLM thesis University of Cambridge, 2019, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3692292](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3692292).

<sup>28</sup> Claire Methven O'Brien, “Transcending the Binary: Linking Hard and Soft Law Through a UNGP-Based Framework Convention,” *AJIL Unbound* 114 (2020): 190.

<sup>29</sup> Tara Van Ho, “Band-aids Don't Fix Bullet Holes’ in Defence of a Traditional State-centric Approach,” in *The Future of Business and Human Rights. Intersentia*, eds. Jernej Letnar Černič and Nicolas Carrillo-Santarelli (Cambridge, Antwerp, Portland, 2018), 111–37.

### III. Модель Загальної декларації прав людини

Загальна декларація прав людини (UDHR) – це резолюція, ухвалена в 1948 р. новоствореною Генеральною Асамблеєю ООН. Як така, вона не є формально обов'язковою, але має на меті забезпечити широкі стандарти поведінки в галузі прав людини.

1. *Хто має звітувати?* На відміну від Керівних принципів ООН, які чітко адресовані приватному сектору, UDHR прямо не згадує корпорації. Водночас два її положення є актуальними в аспекті корпоративної підзвітності. По-перше, преамбула UDHR представляє Декларацію як

загальний стандарт, до виконання якого повинні прагнути всі народи і всі держави з тим, щоб кожна людина і кожний орган суспільства, завжди маючи на увазі цю Декларацію, прагнули шляхом навчання й освіти сприяти повазі цих прав і свобод шляхом національних і міжнародних прогресивних заходів, загального й ефективного визнання і здійснення (*курсив додано*).

“Кожен орган суспільства” є досить чітким вираженням, яке “не виключає нікого: ні компанію, ні ринок, ні кіберпростір.”<sup>30</sup> Крім преамбули, ст. 30 UDHR також встановлює стандарти поведінки компаній. Вона передбачає, що “ніщо у цій Декларації не може бути витлумачено як надання будь-якій державі, групі осіб або окремим особам права займатися будь-якою діяльністю або вчиняти дії, спрямовані на знищення прав і свобод, викладених у цій Декларації.” Підготовчі документи UDHR вказують, що термін “група осіб” повинен був включити приватні компанії.<sup>31</sup> Таким чином, вже в 1948 р. держави мали намір підвести корпорації під сферу дії UDHR.

2. *Звітувати перед ким?* UDHR визначає створені для людства загалом стандарти прав людини, і це є подібним тому, як Керівні принципи ООН так само розпливчато звертаються до суспільства в цілому.

3. *Якою є очікувана поведінка?* На відміну від моделі корпоративної підзвітності UNGP, модель UDHR очікує, що корпорації не тільки не завдадуть шкоди/дотримуються прав людини, а й “постійно мають на увазі цю Декларацію,” щоб брати участь у “навчанні й освіті для сприяння повазі до цих прав і свобод.” Такий підхід до корпоративної підзвітності є ширшим. Корпорації розглядаються за ним не як організації, яких необхідно “тримати на прив'язі,” а як суб'єкти рекламування прав людини для всіх тих, від кого очікується або навіть вимагається, щоб вони використовували свою діяльність з цією метою. З точки зору змісту UDHR перераховує основні права людини, які кожен орган суспільства, включаючи корпорації, повинен поважати з невеликою деталізацією того, що це тягне за собою на практиці.

---

<sup>30</sup> Louis Henkin, “The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets,” *Brooklyn Journal of International Law* 25 (1999): 25.

<sup>31</sup> United Nations General Assembly Third Committee, *Meeting record of 156th meeting on Draft international declaration of human rights*, A/C.3/SR.156 (1948).

4. *Яка юридична сила стандарту?* Ухвалена як резолюція Генеральної Асамблеї ООН, UDHR є формально необов'язковою декларацією та не встановлює жодних обов'язків за міжнародним правом. Утім, багато хто стверджує, що, принаймні деякі положення UDHR, стали частиною звичаєвого міжнародного права.<sup>32</sup>

5. *За допомогою якого процесу оцінюється, чи дотримуються стандарти?* Не існує формалізованого процесу для оцінки того, чи відповідають стандарти корпоративної підзвітності Загальній декларації прав людини. Як і в моделі UNGP, організації громадянського суспільства, наукові дослідники, журналісти, інвестори, ділові партнери та інші стейкхолдери можуть оцінити корпоративну практику на відповідність стандартам, встановленим UDHR. Однак через те, що UDHR не є документом, спеціально розробленим для корпоративної підзвітності, стейкхолдери частіше використовують інші інструменти.

6. *Які процеси правового захисту існують?* UDHR не встановлює жодного процесу правового захисту, але в ст. 8 зазначається, що “кожен має право на ефективний правовий захист компетентними національними судами в разі порушення його основних прав, наданих йому конституцією або законом.”

7. *Які форми відшкодування доступні потерпілим?* UDHR не впроваджує конкретних відшкодувань для потерпілих від зловживання корпоративними правами.

### **Оцінка**

Так само, як і з моделлю UNGP, укладення Угоди про BHR, що охопить модель UDHR, якою б слабкою і незалежною від точного змісту вона не була, посилить корпоративну підзвітність, і буде кроком уперед від формально необов'язкової UDHR. Згідно з моделлю UDHR корпоративна підзвітність ґрунтується на міжнародному праві, хоча вона не містить конкретних забезпечувальних механізмів, а отже, є дуже слабкою в цьому питанні. Як і з включенням в угоду моделі UNGP, я маю розмежувати дві можливості. По-перше, угода могла би використати модель UDHR, просто прийнявши той самий тип корпоративної підзвітності, який існує в Декларації. Цей варіант є найуразливішим. По-друге, угода могла би використати модель UDHR, зробивши пряме посилання на Декларацію, тим самим представляючи угоду як наступний крок у процесі посилення корпоративної підзвітності в міжнародному праві. Тут я зупиняюся на другому варіанті. Закріплення корпоративної підзвітності до цього символічного документа приваблює прихильників угоди. По суті, модель UDHR є ширшою, ніж модель UNGP, оскільки вона передбачає, що корпорації повинні відігравати певну роль у захисті та пропагуванні прав людини, виходячи за межі простого підходу “не нашкодь,” яка міститься в моделі UNGP. Модель UDHR також спирається на відносно тверду основу, адже вона отримує користь від статусу Декларації, принаймні як символічного документа в міжнародному політичному полі і, мабуть, як звичаєвого міжнародного права. Нарешті, модель UDHR цікава, оскільки, незважаючи на те, що

<sup>32</sup> William A. Schabas, ed., *The Universal Declaration of Human Rights, the travaux préparatoires*, vol. 1 (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), cxxi.

Декларація була ухвалена понад 70 років тому і в ній прямо не згадується приватний сектор, самі компанії, здається, знайомі з цим документом. Про це часто згадують у корпоративних звітах. У процесі опитування, проведеного в 2007 р. під час свого мандата на посаді спеціального представника Генерального секретаря ООН, Джон Раггі запитав у найбільших світових компаній “що, якщо їхня політика та практика спиратимуться на будь-які міжнародні документи з прав людини.”<sup>33</sup> Результати показують, що “приблизно чверть респондентів пропустили це питання, вказуючи на те, що вони не посилаються на жоден міжнародний документ. В інших 75 % випадків список очолюють декларації та конвенції Міжнародної організації праці (МОП), на них посилалися сім із десяти. Загальна декларація прав людини є наступною у цьому списку.”<sup>34</sup> Крім того, “у видобувній галузі <...> кожен респондент цитує UDHR.”<sup>35</sup> Більш ніж десять років потому UDHR залишається важливою в корпоративному контексті. Наприклад, зобов’язання поважати UDHR у загальнодоступних політичних заявах є одним із показників “еталонного показника корпоративних прав людини,”<sup>36</sup> який у 2019 р. оцінив 200 найбільших компаній відкритого типу у сфері сільського господарства, швейній, видобувній і виробничій галузях.<sup>37</sup>

#### IV. Прогресивна модель

Відповідно до прогресивної моделі, яку я розробила, спираючись на різні пропозиції, висунуті стейкхолдерами протягом багатьох років, корпорації мають юридичні обов’язки. Корпоративна підзвітність ґрунтується на міжнародному праві, проте забезпечувальні механізми є національними та включають можливість екстратериторіальної дії. На відміну від попередніх двох моделей, ця модель не базується на якомусь конкретному міжнародному документі з прав людини. Утім, вона користується існуючими в міжнародному праві формами корпоративної підзвітності, однак в інших сферах, ніж права людини, наприклад, у природоохоронних угодах<sup>38</sup> та в частині XI Конвенції ООН з морського права.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> UN, John G. Ruggie, *Human Rights Policies and Management Practices: Results from Questionnaire Surveys of Governments and Fortune Global 500 Firms*, A/HRC/4/35/Add.3: 24 (2007).

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Corporate Human Rights Benchmark, Core UNGP indicator assessment for companies in all sectors, 2019, <https://www.corporatebenchmark.org/sites/default/files/CHRB%20Core%20UNGP%20Indicators%20-%202025Apr2019.pdf>.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Surya Deva, “Multinationals, Human Rights and International Law: Time to Move beyond the ‘State-centric’ Conception?” In *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, eds. Jernej Letnar Černič and Tara Van Ho (The Hague: Wolf Legal Publishers, 2015), 27–49.

<sup>39</sup> Nadia Bernaz and Irene Pietropaoli, “Developing a Business and Human Rights Treaty: Lessons from the Deep Seabed Mining Regime under the United Nations Convention on the Law of the Sea,” *Business and Human Rights Journal* 5(2) (2020): 200–20.

1. *Хто має звітувати?* За цією моделлю корпорації є тими, хто безпосередньо несуть обов'язки, тому тут можливі два варіанти: або угода охоплює всі корпорації; або вона поширюється лише на транснаціональні корпорації. Обидва варіанти можуть спрацювати, однак через те, що угода створила би суворі зобов'язання, види корпорацій, на які поширюється дія майбутньої Угоди про ВНР, мають бути встановлені без двозначності. Мандат постійно діючої міжкурядової робочої групи полягає в тому, щоб "розробити міжнародний юридично обов'язковий документ, який би регулював у міжнародному праві прав людини діяльність транснаціональних корпорацій та інших комерційних підприємств." Як обговорювалося вище, модель UNGP охоплює "всі підприємства незалежно від їх розміру, сфери діяльності, операційного контексту, власності та структури" (ООН 2011 р.). Імовірно, такий підхід є можливим, оскільки за моделлю UNGP на підприємства не покладаються юридичні обов'язки. Проте відповідно до прогресивної моделі корпорації могли би бути носіями таких обов'язків, тож цей підхід на перший погляд здається більш складним.

2. *Звітувати перед ким?* Згідно з прогресивною моделлю носії обов'язків (корпорації) підзвітні перед носіями прав, тобто кожним, чиї права потенційно можуть бути зачеплені діяльністю носіїв обов'язків. Корпорації також можуть бути підзвітні суспільству загалом.

3. *Якою є очікувана поведінка?* За цією моделлю можливі різні варіанти. По-перше, подібно до моделі UNGP, прогресивна модель може вимагати від корпорацій дотримуватися прав людини, а не обов'язково захищати або реалізовувати їх. Вона також може охоплювати як мінімум документи, перелічені в Керівному принципі 12, а саме: Міжнародний білль про права та Декларацію МОП. По-друге, прогресивна модель може піти і далі й охопити більше стандартів прав людини, а також повний спектр обов'язків щодо прав людини від дотримання до реалізації прав людини.

4. *Яка юридична сила стандарту?* За прогресивною моделлю корпорації мають прямі юридичні обов'язки. Це одна з найважливіших особливостей цієї моделі.

5. *За допомогою якого процесу оцінюється, чи дотримуються стандарти?* Можливі різні процеси, які підпадають під дві основні категорії: моніторинг та забезпечення. По-перше, як і в моделі UNGP, організації громадянського суспільства, наукові дослідники, журналісти, інвестори, ділові партнери та інші стейкхолдери можуть контролювати, як корпорації додержуються стандартів, встановлених в угоді. Ці процеси несистематичні та децентралізовані; те, як інтерпретуються стандарти, може варіюватися і, ймовірно, дасть різні результати. Згідно з цією моделлю держави зобов'язані за допомогою національних механізмів забезпечувати виконання корпораціями своїх міжнародних обов'язків, включаючи ті випадки, коли вони здійснюють діяльність за кордоном. Відповідальність держави за захист прав людини від зловживань корпорацій може контролюватися за допомогою міжнародного механізму, такого як договірний орган або суд з прав людини. Тоді опосередковано ці органи можуть оцінити, чи дотримуються корпорації стандартів. По-друге, згідно з прогресивною моделлю

механізми забезпечення корпоративної підзвітності залишаються на національному рівні завдяки судовим і позасудовим механізмам, які також включають екстратериторіальне забезпечення. Кожен механізм має свій власний процес оцінки корпоративної поведінки, дотримуючись місцевих стандартів доказування та процесуальних норм і доказів. Ще до участі у таких офіційних процесах потерпілі, підтримуючи неурядові організації, та їхні адвокати роблять юридичну оцінку поведінки корпорацій із тим, щоб з'ясувати їхні шанси на успіх у цьому заході, приділяючи особливу увагу юрисдикційним питанням в екстратериторіальних справах.

6. *Які процеси правового захисту існують?* Прогресивна модель майже повністю спирається на вітчизняні механізми правового захисту. Якість і доступність системи правосуддя суттєво варіюються від держави до держави, особливо тому, що в багатьох справах потерпілі шукають справедливості в країні, де зареєстрована “материнська” компанія або має основне місце діяльності, тим самим порушуючи питання складного екстратериторіального характеру. У зв'язку з цим доступ до правосуддя для потерпілих від зловживань корпорацій є таким самим, як і доступ до правосуддя для жертв порушення прав людини загалом у відповідній державі. Засоби правового захисту можуть бути передбачені цивільним або кримінальним правом, і відповідно до цієї моделі держави можуть вільно обирати найбільш підходящі засоби правового захисту, що відповідають їх правовим системам і традиціям. На доповнення до судових механізмів прогресивна модель може також спиратися на позасудові механізми, наприклад, на процедуру медіації національних координаційних центрів Організації економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР).

7. *Які форми відшкодування доступні потерпілим?* Прогресивна модель зобов'язує держави здійснювати відшкодування збитків потерпілим, але залишає за державами свободу вибору їх форм. Відшкодування дуже різниться залежно від держави. Наприклад, правові системи можуть включати штрафні санкції на додачу до компенсаційних виплат, дозволяти компенсацію в натурі та покладатися на цивільне судочинство для вирішення питань, які підпадають під дію кримінального законодавства в інших системах.<sup>40</sup>

### **Оцінка**

Прогресивна модель є значним кроком уперед для корпоративної підзвітності порівняно з моделями UNGP та UDHR. Включення цієї моделі в угоду призведе до того, що в її тексті будуть встановлені чіткі, хоча й широкі, обов'язки компаній щодо дотримання прав людини, а також обов'язки держав щодо запобігання та сприяння відшкодуванню порушень прав людини корпораціями, зокрема й через здійснення екстратериторіальної судової юрисдикції.<sup>41</sup> Для гарантування дійсного виконання

<sup>40</sup> David Scheffer and Caroline Kaeb, “The Five Levels of CSR Compliance: The Resiliency of Corporate Liability under the Alien Tort Statute and the Case for a Counterattack Strategy in Compliance Theory,” *Berkeley Journal of International Law* 29 (2011): 334–97.

<sup>41</sup> Nadia Bernaz, “Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion?” *Journal of Business Ethics* 117 (2013): 497–511.



державами своїх обов'язків, договірний орган буде контролювати те, чи виконують вони їх і яким чином. Угода, яка охопить цю модель, стане важливим доповненням до існуючої системи договорів ООН про права людини і не буде радикально відхилитися від інших угод ООН з прав людини з точки зору підходу та практичних особливостей. Ключовим її нововведенням було б визнання прямих обов'язків корпорацій у сфері прав людини. Більш слабким моментом цієї моделі є те, що вона спирається на вітчизняні системи забезпечення виконання, що робить її майже повністю залежною від дій держави у цій галузі, а також від особливих правил юрисдикції.<sup>42</sup>

## V. Трансформаційна модель

Трансформаційна модель корпоративної підзвітності заснована на міжнародному праві. На відміну від прогресивної моделі, трансформаційна модель також включає міжнародні механізми забезпечення виконання. Як мінімум трансформаційна модель включає договірний орган, компетентний приймати петиції проти корпорацій, навіть якщо він не може ухвалювати обов'язкові рішення.

1. *Хто має звітувати?* Трансформаційна модель така сама, як і прогресивна в цьому питанні, оскільки корпорації є явними носіями обов'язків.

2. *Звітувати перед ким?* Трансформаційна модель така ж, як і прогресивна в цьому питанні. Носії обов'язків (корпорації) підзвітні носіям прав, тобто кожному, чії права потенційно можуть бути зачеплені діяльністю носіїв обов'язків. Корпорації також можуть бути підзвітні суспільству загалом.

3. *Якою є очікувана поведінка?* Як і у випадку з прогресивною моделлю, можливими є кілька варіантів. Трансформаційна модель може вимагати від корпорацій не лише дотримуватися прав людини, а й захищати чи навіть виконувати їх. Хоча вона може вимагати від корпорацій лише дотримуватися прав людини. Ця модель охоплює як мінімум документи, перелічені в Керівному принципі 12, а саме Міжнародний білля про права та Декларацію МОП, але може включати й інші документи, зокрема інші договори ООН про права людини.

4. *Яка юридична сила стандарту?* За трансформаційною моделлю корпорації мають прямі юридичні зобов'язання. Це є важливою особливістю цієї моделі.

5. *За допомогою якого процесу оцінюється, чи дотримуються стандарти?* Трансформаційна модель містить усі контрольні та забезпечувальні механізми прогресивної моделі, включаючи екстратериторіальні механізми, а також міжнародні механізми забезпечення виконання. Міжнародні механізми можуть набувати різних форм. Одна з можливостей – договірний орган, компетентний приймати петиції як проти корпорацій, так і проти держав, навіть якщо він не може ухвалювати обов'язкових рішень. Марко Фасіліоне розробив інші можливі міжнародні механізми

<sup>42</sup> Lucas Roorda, "Jurisdiction over Foreign Direct Liability Claims against Transnational Corporations in EU Member States. Increasing Access to Remedy for Victims of Corporate Human Rights Violations" (Dissertation, Utrecht University, 2019).

забезпечення виконання у сфері бізнесу та прав людини. У статті, опублікованій у 2019 р., він звертає увагу на недоліки сподівання на те, щоб приймаючі держави надавали правовий захист, і відстоює точку зору, що права повинні бути забезпечені виконанням; інакше вони ризикують бути “безглуздими.”<sup>43</sup> У цій же статті він подає три варіанти примусового виконання. По-перше, він обговорює створення корпоративної палати з прав людини при Міжнародному суді. Це швидко було відхилено як неможливе, оскільки вимагало б внесення змін до Статуту ООН.<sup>44</sup> По-друге, він розглядає можливість реорганізації трьох регіональних систем прав людини з метою надання їм компетенції “*ratione personae*” (критерію персони) над корпораціями. Сьогодні Європейський суд з прав людини, Африканський суд з прав людини і народів та Міжамериканський суд з прав людини мають юрисдикцію лише над державами. Усі три системи пов’язані зі справами про відповідальність держави за неспроможність захисту прав людини від корпоративних зловживань. Крім того, політичні органи європейської та міжамериканської систем схвалили Керівні принципи ООН щодо бізнесу та прав людини. В африканській системі Малабоський протокол затверджує корпоративну відповідальність поряд із відповідальністю держави за порушення прав людини.<sup>45</sup> По-третє, він пропонує прийняти так звану модель Міжнародного кримінального суду (МКС) для забезпечення виконання корпоративних обов’язків за міжнародним правом, визнаючи, що це означало б обмежуюче переслідування за порушення прав людини, які є рівнозначними міжнародним злочинам. Він пропонує або створити спеціальний кримінальний суд, або внести зміни до Статуту МКС. Кожен із цих запропонованих міжнародних забезпечувальних механізмів мав би власний процес оцінки того, чи дотримується стандарт.

6. *Які процеси правового захисту існують?* Застосовуються такі самі пункти щодо процесів правового захисту, про які йшлося вище у прогресивній моделі. Доступ до правосуддя перед міжнародними механізмами також повинен бути полегшений.

7. *Які форми відшкодування доступні потерпілим?* У трансформаційній моделі відшкодування можуть мати стільки форм, скільки й у прогресивній моделі.

### **Оцінка**

Термін “трансформаційна” був обраний для того, щоб кваліфікувати цю модель, оскільки вона являє собою явний відхід від існуючого міжнародного права, особливо пов’язаного із правозастосуванням. Включення цієї моделі до майбутньої Угоди про ВНР вимагало б конкретних положень для встановлення корпоративних зобов’язань щодо прав людини та корпоративної кримінальної відповідальності за міжнародні злочини, а також міжнародних механізмів правозастосування. Встановлення таких механізмів

<sup>43</sup> Marco Fasciglione, “An International Mechanism of Accountability for Adjudicating Corporate Violations of Human Rights? Problems and Perspectives,” in *Judicial Power in a Globalized World*, eds. Paulo Pinto de Albuquerque and Krzysztof Wojtyczek (Cham: Springer, 2019), 186.

<sup>44</sup> *Ibid*, 190.

<sup>45</sup> *Ibid*, 191.

є складним і порушує питання про їхній взаємозв'язок із внутрішніми механізмами. Відповідно до міжнародного права прав людини заявники, які подають позови проти держав, повинні вичерпати національні засоби правового захисту перш ніж їм буде дозволено звертатися до міжнародних органів чи судів. Чи є сенс дотримуватися цього правила для заявників, які бажають подати скарги проти корпорацій, – це відкрите питання, врахування якого неминуче зробило би тривалість провадження набагато довшим. Згідно з міжнародним кримінальним правом принцип взаємодоповнення, закладений у ст. 17 Статуту МКС, означає, що Суд має юрисдикцію лише в тому випадку, якщо держава, яка зазвичай має юрисдикцію у таких справах, не хоче або не може здійснювати свою юрисдикцію. Знову ж таки, було б розумно включити подібний принцип до міжнародних механізмів правозастосування, встановлених в угоді, яка охопила трансформаційну модель корпоративної підзвітності. Існує безліч практичних питань щодо деталей того, як це може бути зроблено. Впровадження міжнародних механізмів правозастосування також порушує питання про відповідальність держави у випадках, коли державні та корпоративні суб'єкти спільно вчинили порушення прав людини. На практиці може бути важким чітке розмежування відповідальності держави та корпорації за міжнародним правом.

## **VI. Корпоративна підзвітність у майбутній Угоді про бізнес та права людини: від теорії до практики**

У попередніх розділах розроблялося поняття корпоративної підзвітності з використанням гіпотетичних моделей Угоди про ВНР. Цей розділ, на противагу до цих моделей, переходить від теорії до практики та розглядає пропозиції щодо угоди, зокрема Проект угоди 2019 р. та Другий переглянутий проект угоди 2020 р. Зрештою, я виступаю за прогресивну модель корпоративної підзвітності у світі поточного переговорного процесу.

1. Питання “хто має звітувати?” за майбутньою угодою призвело до численних дискусій. Згідно з Резолюцією 26/9 Ради з прав людини мандат постійно діючої міжурядової робочої групи полягає в тому, щоб “розробити міжнародний юридично обов'язковий документ для регулювання діяльності транснаціональних корпорацій та інших комерційних підприємств в міжнародному праві прав людини.” Однак резолюція містить примітку, в якій стверджується, що “термін ‘інші комерційні підприємства’ позначає всі комерційні підприємства, які мають транснаціональний характер у своїй поточній діяльності, і не розповсюджується на місцеві підприємства, зареєстровані відповідно до діючого національного законодавства.” У жовтні 2015 р. на першому засіданні робочої групи Європейський Союз (ЄС) вимагав, аби текст програми роботи сесії був змінений з “ТНК та інші комерційні підприємства” на “ТНК та всі інші комерційні підприємства.”<sup>46</sup> ЄС не зміг забезпечити цю зміну, а отже, залишив

<sup>46</sup> Carlos Lopez and Ben Shea, “Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: A Review of the First Intergovernmental Session,” *Business and Human Rights Journal* 1 (2015): 112.

сесію того року. Хоча багато стейкхолдерів погодилися з пропозицією ЄС, більшість присутніх на сесії держав стверджували, що ця зміна призведе до зміни мандату робочої групи неприйнятним способом. Карлос Лопес і Бен Ши відзначили в 2015 р., що “це, ймовірно, залишатиметься однією з найбільш важких проблем у цьому процесі.”<sup>47</sup> Нульовий проєкт 2018 р. обмежився підприємницькою діяльністю транснаціонального характеру. Однак ст. 3 (1) Проєкту угоди про сферу застосування 2019 р. вказує, що угода “застосовуватиметься, якщо не зазначене інше, до всієї підприємницької діяльності, включаючи, особливо, але не виключно, ту, яка має транснаціональний характер.” Як зазначив Дуглас Кассель після опублікування проєкту угоди 2019 р., “це, безумовно, покращує шанси угоди на успіх і є позитивною подією.”<sup>48</sup> Другий переглянутий проєкт угоди 2020 р. залишається незмінним із цього питання, хоча проєкт ст. 3 (2) передбачає гнучкість для держав щодо адаптації їх національного законодавства до різних видів бізнесу.<sup>49</sup>

2. *Звітувати перед ким?* Другий переглянутий проєкт угоди 2020 р. зосереджує увагу на “потерпілих,” яких ст. 1 (1) визначає як “будь-які особи або групи осіб, які індивідуально чи колективно зазнали шкоди, включаючи фізичну або психічну травму, емоційні страждання, економічну втрату чи істотне утискання їхніх прав людини в результаті дій або бездіяльності у контексті підприємницької діяльності, що становлять порушення прав людини” з боку комерційних підприємств, а також прямих родичів й утриманців потерпілих та “осіб, які зазнали шкоди при наданні допомоги постраждалим від лиха або при запобіганні переслідуванню.” Як зазначив Сур’я Дева, тепер цей текст є “визначеним відповідно до Основних принципів та квазівок ООН щодо права на захист і компенсацію потерпілим.”<sup>50</sup>

3. *Якою є очікувана поведінка?* Друге переглянуте положення проєкту угоди міститься між моделями UNGP та UDHR щодо сфери його застосування. У проєкті ст. 3 (3) зазначено, що угода “охоплює всі міжнародно визнані права людини й основоположні свободи, що випливають із Загальної декларації прав людини, будь-якого базового міжнародного договору про права людини та основної конвенції МОП, учасницею якої є держава, та міжнародного звичаєвого права.” Це контрастує з невизначеним підходом, прийнятим у Проєкті угоди 2019 р., який фокусувався на “всіх правах людини,” зберігаючи широку сферу застосування.<sup>51</sup> Крім того, в преамбулі підкреслюється, що комерційні підприємства несуть відповідальність за дотримання

<sup>47</sup> Lopez and Shea, “Negotiating a Treaty on Business and Human Rights,” 114.

<sup>48</sup> Douglass Cassel, “Ecuador’s Revised Draft Treaty: Getting down to Business,” *Business and Human Rights Resource Centre*, 2019, <https://www.business-humanrights.org/en/ecuador%E2%80%99s-revised-draft-treaty-getting-down-to-business>.

<sup>49</sup> Surya Deva, “The Draft is ‘negotiation-ready’, but are States Ready?” *Opinio Juris BHR Symposium*, 2020, <https://opiniojuris.org/2020/09/08/bhr-symposium-the-business-and-human-rights-treaty-in-2020-the-draft-is-negotiation-ready-but-are-states-ready/>.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid.

прав людини, “зокрема й через уникнення спричинення або сприяння негативному впливу на права людини.” Це дає змогу припустити, що дотримання прав людини може бути кращим за угодою, ніж за UNGP, хоча це не зовсім зрозуміло. Уникнення спричинення або сприяння негативному впливу на права людини є лише одним зі способів, у який компанії повинні додержуватися права людини. Отже, Другий переглянутий проєкт угоди, схоже, не охоплює підходу (обмеженого) “не нашкодь.” Крім того, як і проєкт угоди 2019 р., переглянутий проєкт угоди 2020 р. не включає міжнародну корпоративну кримінальну відповідальність.<sup>52</sup>

4. *Яка юридична сила стандарту?* Жоден із проєктів угод не створює обов’язків для корпорацій. Преамбула Другого переглянутого проєкту угоди 2020 р. містить положення, яке говорить: “Підкреслюючи, що всі комерційні підприємства, незалежно від їх розміру, сфери діяльності, операційного контексту, власності та структури несуть відповідальність за дотримання всіх прав людини.” За міжнародним правом преамбули угод не вважаються обов’язковими.<sup>53</sup> Формулювання, використане в проєкті угоди, значною мірою спирається на Керівні принципи ООН, як видно з Таблиці 2.

Таблиця 2. Текст Керівних принципів ООН порівняно з текстом Другого переглянутого проєкту угоди 2020 р.

<i>Керівні принципи ООН</i>	<i>Другий переглянутий проєкт угоди 2020 р.</i>
<p>Керівний принцип 11: Комерційні підприємства повинні дотримуватися прав людини. Це означає, що вони повинні уникати зазіхань на права людини з боку інших осіб і повинні усувати несприятливі наслідки для прав людини, з якими вони пов’язані.</p> <p>Керівний принцип 14: Відповідальність комерційних підприємств за дотримання прав людини застосовується до всіх підприємств незалежно від їх розміру, сфери діяльності, операційного контексту, власності та структури.</p> <p>Керівний принцип 17 (а): [Належне уважне ставлення до прав людини] повинне охоплювати несприятливі наслідки для прав людини,</p>	<p>Підкреслюючи, що всі комерційні підприємства, незалежно від їх розміру, сфери діяльності, операційного контексту, власності та структури, несуть відповідальність за дотримання всіх прав людини, <i>включаючи</i> уникання спричинення чи сприяння негативним наслідкам для прав людини через свою власну діяльність та усунення таких наслідків у разі їх виникнення (курсив додано).</p>

<sup>52</sup> Nadia Bernaz, “Clearer, Stronger, Better? – Unpacking the 2019 Draft Business and Human Rights Treaty,” *Rights as Usual* (2019), <https://rightsasusual.com/?p=1339>; Jelena Aparac, “BHR Symposium: Business and Human Rights in Armed Conflicts – Exclusion of Corporate International Criminal Liability from the Second Draft Treaty,” *Opinio Juris* (2020), <http://opiniojuris.org/2020/>.

<sup>53</sup> Max H. Hulme, “Preambles in Treaty Interpretation,” *University of Pennsylvania Law Review* 164 (2016): 1281–343.

<i>Керівні принципи ООН</i>	<i>Другий переглянутий проєкт угоди 2020 р.</i>
які комерційне підприємство може спричинити або сприяти цьому своєю власною діяльністю або які можуть бути безпосередньо пов'язані з його діяльністю, продукцією чи послугами через його ділові відносини.	

Цей пункт з одного речення є єдиним положенням у Другому переглянутому проєкті угоди, який натякає на певну форму корпоративної підзвітності на міжнародному рівні. Решта проєкту стосується державних зобов'язань, пов'язаних із захистом прав людини від корпоративних зловживань і того, як вони повинні виконувати ці зобов'язання у своїх національних правових системах, включаючи встановлення механізмів належної корпоративної перевірки, які слід контролювати на національному рівні. Безумовно, сам факт того, що це положення закладено в угоді, хай навіть і в преамбулі, створює форму корпоративної підзвітності, яка є сильнішою, ніж просто соціальне очікування, викладене в Керівних принципах ООН. Однак із точки зору юридичної сили корпоративна підзвітність у Другому переглянутому проєкті угоди 2020 р. є слабкою. Можливо, вона є навіть слабшою, ніж корпоративна підзвітність у моделі UDHR, оскільки сформульована в преамбулі, а не в резолютивній частині угоди.

5. *За допомогою якого процесу оцінюється, чи дотримуються стандарти?* Переглянутий проєкт договору 2020 р. спирається виключно на національні процеси правозастосування, включаючи екстратериторіальні механізми. Згідно зі ст. 6 (1) держави “повинні забезпечити, щоб їхнє національне законодавство передбачало трансформаційну й адекватну систему юридичної відповідальності за порушення прав людини або зловживання ними в контексті підприємницької діяльності, включаючи ту, яка має транснаціональний характер.”

6. *Які процеси правового захисту існують?* та 7. *Які форми відшкодування доступні потерпілим?* Проєкт угоди 2019 р. вимагає від держав “ефективних, пропорційних і стримуючих санкцій та компенсацій на користь потерпілих” (ст. 6 (4)). Більш детальна інформація не надається. Стаття 13 передбачає створення договірному органу, який зможе отримувати регулярні звіти від держав і видавати заключні зауваження й загальні коментарі.<sup>54</sup>

<sup>54</sup> Gabriela Kletzel, Andrés López Cabello, and Daniel Cerqueira, “A Toothless Tool? First Impressions on the Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument on Business and Human Rights,” *Business and Human Rights Resource Centre*, 2018, <https://www.business-humanrights.org/en/a-toothless-tool-first-impressions-on-the-draft-optional-protocol-to-the-legally-binding-instrument-on-business-and-human-rights>.

Таким чином, що стосується правозастосування, Другий переглянутий проєкт угоди наближається до прогресивної моделі і містить певні рекомендації щодо того, як держави повинні здійснювати забезпечення корпоративної підзвітності всередині країни, зокрема й через екстратериторіальну юрисдикцію, де це доречно. Угода передбачає наявність договірного органу з юрисдикцією виключно над державами. Під час переговорів згадувався міжнародний форум, який зможе отримувати скарги проти корпорацій, але нині від цієї ідеї, здається, відмовилися.<sup>55</sup>

Загалом Другий переглянутий проєкт угоди 2020 р. втілює нерішучу форму корпоративної підзвітності, далеку від очікувань багатьох стейкхолдерів.<sup>56</sup> Якщо остаточний текст угоди буде дотримуватися цього формулювання, результат буде невтішним для багатьох організацій громадянського суспільства. Можливо, це формулювання є ціною, яку потрібно заплатити, щоб залучити до діалогу більше держав, особливо з Західноєвропейської та іншої групи в ООН, що має вирішальне значення для успіху нового документа. Це цілком може бути так, але я стверджую, що прогресивна модель пропонує збалансовану, помірковану альтернативу, яку слід переглянути. Вирішальною особливістю цієї моделі є включення прямих обов'язків корпорацій щодо прав людини. На мою думку, це питання поляризувало дискусію. Насправді прямі обов'язки для корпорацій існують<sup>57</sup> у сферах міжнародного права, відмінних від прав людини, наприклад, в екологічних договорах та Конвенції ООН з морського права, які враховують багато держав-учасниць.<sup>58</sup> Нова угода, що включає прямі обов'язки щодо прав людини, була би важливим кроком уперед і, безумовно, була би прогресивним розвитком міжнародного права, але без кардинальних змін.

Навпаки, нова угода, що включить трансформаційну модель корпоративної підзвітності, була би суттєвою зміною. Усі варіанти міжнародного забезпечення, які обговорювались у "трансформаційній моделі", передбачають значні зміни для існуючих правових режимів. Технічна складність і вартість, імовірно за все, спричинять політичний опір.

---

<sup>55</sup> Lopez and Shea, "Negotiating a Treaty on Business and Human Rights," 115; Carlos Lopez, "Struggling to Take off? The Second Session of Intergovernmental Negotiations on a Treaty on Business and Human Rights," *Business and Human Rights Journal* 2 (2017), 365; Chiara Macchi, "A Treaty on Business and Human Rights: Problems and Prospects," in *The Future of Business and Human Rights*, 63–85.

<sup>56</sup> Bernaz and Pietropaoli, "The Role of Non-governmental Organizations," 287–311; Garrido, *Law-making, Civil Society*.

<sup>57</sup> Latorre López and Felipe Andres, "In Defence of Direct Obligations for Businesses under International Human Rights Law," *Business and Human Rights Journal* 5(1) (2020): 56–83; David Bilchitz, "A Chasm between 'is' and 'ought'? A Critique of the Normative Foundations of the SRSG's Framework and the Guiding Principles," in *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Eds. Surya Deva and David Bilchitz (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 107–37.

<sup>58</sup> Deva, "Multinationals, Human Rights and International Law," 27–49; Arnold, "Corporations and Human Rights Obligations," 255–75; Bernaz and Pietropaoli, "Developing a Business and Human Rights Treaty," 200–20.

## Висновок

У цій статті розроблена концепція корпоративної підзвітності згідно з міжнародним правом і представлена аналітична рамка, яка перекладає корпоративну підзвітність на сім основних елементів (див. Таблицю 1). Стаття також представляє чотири можливі моделі корпоративної підзвітності, які можуть бути включені в майбутню Угоду BHR на основі існуючих систем (UNGP та UDHR) або пропозицій (прогресивна та трансформаційна моделі). Використовуючи аналітичну рамку, я систематично оцінювала чотири моделі, щоб отримати повне уявлення про можливі варіанти та їх співвідношення між собою. Потім я розглянула існуючі пропозиції щодо Угоди BHR, зокрема Другий переглянутий проєкт угоди 2020 р., щоб побачити, як вони вписуються в рамку та якій моделі (моделям) вони слідуєть.

Вміщення пропозицій у цей контекст підкреслило, що сучасний підхід є слабким із погляду корпоративної підзвітності, та накладення чітких прямих обов'язків щодо прав людини на корпорації потребує розгляду. У цьому розумінні прогресивна модель корпоративної підзвітності поєднує амбітний розвиток міжнародного права, зберігаючи при цьому гнучкість щодо визначення прав людини, обсяг обов'язків і створення договірному органу, компетентного приймати державні звіти й індивідуальні петиції проти держав. Все це, ймовірно, зробить її більш привабливою для держав і забезпечить здоровий темп ратифікації.

© Надя Берназ, 2021

## Bibliography

- Aparac, Jelena. "BHR Symposium: Business and Human Rights in Armed Conflicts – Exclusion of Corporate International Criminal Liability from the Second Draft Treaty." *Opinio Juris* (2020). <http://opiniojuris.org/2020/09/08/bhr-symposium-business-and-human-rights-in-armed-conflicts-exclusion-of-corporateinternational-criminal-liability-from-the-second-draft-treaty/>.
- Arnold, Denis G. "Corporations and Human Rights Obligations." *Business and Human Rights Journal* 1(2) (2016): 255–75. <https://doi.org/10.1017/bhj.2016.19>.
- Baumann-Pauly, Dorothee, and Justine Nolan. *Business and Human Rights: From Principles to Practice*. Abingdon: Routledge, 2016.
- Bedjaoui, Mohammed. "Responsibility of States: Fault and Strict Liability." In *Encyclopaedia of Public International Law*, edited by Rudolf Bernhardt. North Holland: Elsevier, IV, 2000.
- Benston, George J. "Accounting and Corporate Accountability." *Accounting, Organizations and Society* 7(2) (1982): 87–105. [https://doi.org/10.1016/0361-3682\(82\)90014-9](https://doi.org/10.1016/0361-3682(82)90014-9).
- Bernaz, Nadia. *Business and Human Rights. History, Law and Policy. Bridging the Accountability Gap*. Abingdon: Routledge, 2016.
- Bernaz, Nadia. "Clearer, Stronger, Better? – Unpacking the 2019 Draft Business and Human Rights Treaty." *Rights as Usual* (2019). <https://rightsasusual.com/?p=1339>.



- Bernaz, Nadia. "Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion?" *Journal of Business Ethics* 117 (2013): 497–511. <https://doi.org/10.1007/s10551-012-1531-z>.
- Bernaz, Nadia, and Irene Pietropaoli. "Developing a Business and Human Rights Treaty: Lessons from the Deep Seabed Mining Regime under the United Nations Convention on the Law of the Sea." *Business and Human Rights Journal* 5(2) (2020): 200–20. <https://doi.org/10.1017/bhj.2020.7>.
- Bernaz, Nadia, and Irene Pietropaoli. "The Role of Non-governmental Organizations in the Business and Human Rights Treaty Negotiations." *Journal of Human Rights Practice* 9(2) (2017): 287–311. <https://doi.org/10.1093/jhuman/hux011>.
- Bilchitz, David. "A Chasm between 'is' and 'ought'? A Critique of the Normative Foundations of the SRSG's Framework and the Guiding Principles." In *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Edited by Surya Deva and David Bilchitz. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Bilchitz, David. "The Necessity for a Business and Human Rights Treaty." *Business and Human Rights Journal* 1(2) (2016): 203–27. <https://doi.org/10.1017/bhj.2016.13>.
- Bovens, Mark. "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework." *European Law Journal* 13(4) (2007): 447–68. <https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2007.00378.x>.
- Bovens, Mark. "Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanism." *West European Politics* 33(5) (2010): 946–67. <https://doi.org/10.1080/01402382.2010.486119>.
- Cassel, Douglass. "Ecuador's Revised Draft Treaty: Getting down to Business." *Business and Human Rights Resource Centre*, 2019. <https://www.business-humanrights.org/en/ecuador%E2%80%99s-revised-draft-treaty-getting-down-to-business>.
- Cooper, Sara M., and David L. Owen. "Corporate Social Reporting and Stakeholder Accountability: The Missing Link." *Accounting, Organizations and Society* 32(7–8) (2007): 649–67. <https://doi.org/10.1016/j.aos.2007.02.001>.
- Corporate Human Rights Benchmark, Core UNGP indicator assessment for companies in all sectors, 2019. <https://www.corporatebenchmark.org/sites/default/files/CHRB%20Core%20UNGP%20Indicators%20-%2025Apr2019.pdf>.
- De Schutter, Olivier. "Towards a New Treaty on Business and Human Rights." *Business and Human Rights Journal* 1(1) (2016): 41–67. <https://doi.org/10.1017/bhj.2015.5>.
- Deva, Surya. "Multinationals, Human Rights and International Law: Time to Move beyond the 'State-centric' Conception?" In *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, edited by Jernej Letnar Čerňič and Tara Van Ho, 27–49. Wolf Legal Publishers, The Hague, 2015.
- Deva, Surya. "The Draft is 'Negotiation-ready', but are States Ready?" *Opinio Juris BHR Symposium*, 2020. <https://opiniojuris.org/2020/09/08/bhr-symposium-the-business-and-human-rights-treaty-in-2020-the-draft-is-negotiation-ready-but-are-states-ready/>.
- Fasciglione, Marco. "An International Mechanism of Accountability for Adjudicating Corporate Violations of Human Rights? Problems and Perspectives." In *Judicial Power in a Globalized World*, edited by Paulo Pinto de Albuquerque and Krzysztof Wojtyczek, 179–95. Cham: Springer, 2019.

- Garrido Alves, Danilo B. "Law-making, Civil Society and the Treaty on Business & Human Rights: Strategies for Effectiveness." LLM thesis University of Cambridge, 2019. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3692292](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3692292).
- Grant, Ruth W., and Robert O. Keohane. "Accountability and Abuse of Power in World Politics." *American Political Science Review* 99 (2005): 29–43. <https://doi.org/10.1017/S0003055405051476>.
- Gupta, Aarti, and Harro van Asselt. "Transparency in Multilateral Climate Politics: Furthering (or distracting from) Accountability?" *Regulation & Governance* 13 (2019): 18–34. <https://doi.org/10.1111/rego.12159>.
- Hamdani, Khalil, and Lorraine Ruffing. "Lessons from the UN Centre on Transnational Corporations for the Current Treaty Initiative." In *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, edited by Surya Deva and David Bilchitz, 27–47. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Henkin, Louis. "The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets." *Brooklyn Journal of International Law* 25 (1999): 17–26.
- Howard-Grenville, Jennifer A. "Inside the 'black box': How Organizational Culture and Subcultures Inform Interpretations and Actions on Environmental Issues." *Organization & Environment* 19 (2006): 46–73. <https://doi.org/10.1177/1086026605285739>.
- Howard-Grenville, Jennifer A., Jennifer Nash, and Cary Coglianese. "Constructing the License to Operate: Internal Factors and Their Influence on Corporate Environmental Decisions." *Law and Policy* 30 (2008): 73–107. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9930.2008.00270.x>.
- Hulme, Max H. "Preambles in Treaty Interpretation." *University of Pennsylvania Law Review* 164 (2016): 1281–343.
- Karp, David J. *Responsibility for Human Rights, Transnational Corporations in Imperfect States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Karp, David J. "What is the Responsibility to Respect Human Rights? Reconsidering the 'respect, protect, and fulfill' Framework." *International Theory* 12 (2020): 83–108. <https://doi.org/10.1017/S1752971919000198>.
- Keohane, Robert O. "Accountability in World Politics." *Scandinavian Political Studies* 29 (2006): 75–87. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9477.2006.00143.x>.
- Kletzel, Gabriela, Andrés López Cabello, and Daniel Cerqueira. "A Toothless Tool? First Impressions on the Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument on Business and Human Rights." *Business and Human Rights Resource Centre*, 2018. <https://www.business-humanrights.org/en/a-toothless-tool-first-impressions-on-the-draft-optional-protocol-to-the-legally-binding-instrument-on-business-and-human-rights>.
- Leader, Sheldon. "Coherence, Mutual Assurance and the Rationale for a Treaty." In *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Lopez, Carlos. "Struggling to Take off? The Second Session of Intergovernmental Negotiations on a Treaty on Business and Human Rights." *Business and Human Rights Journal* 2 (2017): 365–70. <https://doi.org/10.1017/bhj.2017.15>.

- Lopez, Carlos, and Ben Shea. "Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: A Review of the First Intergovernmental Session." *Business and Human Rights Journal* 1 (2015): 111–16. <https://doi.org/10.1017/bhj.2015.15>.
- López, Latorre, and Felipe Andres. "In Defence of Direct Obligations for Businesses under International Human Rights Law." *Business and Human Rights Journal* 5(1) (2020): 56–83. <https://doi.org/10.1017/bhj.2019.27>.
- Luo, Yadong. "Corporate Governance and Accountability in Multinational Enterprises: Concepts and Agenda." *Journal of International Management* 11 (2005): 1–18. <https://doi.org/10.1016/j.intman.2004.11.001>.
- Macchi, Chiara. "A Treaty on Business and Human Rights: Problems and Prospects." In *The Future of Business and Human Rights*, edited by Jernej Letnar Černič and Nicolas Carrillo-Santarelli. Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2018.
- McConnell, Lee. "Assessing the Feasibility of a Business and Human Rights Treaty." *International and Comparative Law Quarterly* 66 (2017): 143–80. <https://doi.org/10.1017/S0020589316000476>.
- Methven O'Brien, Claire. "Transcending the Binary: Linking Hard and Soft Law Through a UNGPS-Based Framework Convention." *AJIL Unbound* 114 (2020): 186–91. <https://doi.org/10.1017/aju.2020.36>.
- Mohammed, Munif. "Corporate Accountability in the Context of Sustainability – a Conceptual Framework." *EuroMed Journal of Business* 8 (2013): 243–54. <https://doi.org/10.1108/EMJB-05-2013-0026>.
- Newell, Peter. "Civil Society, Corporate Accountability and the Politics of Climate Change." *Global Environmental Politics* 8(3) (2008): 122–53. <https://doi.org/10.1162/glep.2008.8.3.122>.
- Oxford Learners' Dictionary* (online edition, 2020). <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/>.
- Roorda, Lucas. *Jurisdiction over Foreign Direct Liability Claims against Transnational Corporations in EU Member States. Increasing Access to Remedy for Victims of Corporate Human Rights Violations*. Dissertation, Utrecht University, 2019.
- Ruggie, John G. "A UN Business and Human Rights Treaty? An Issues Brief. Harvard University's Kennedy School of Government." Business and Human Rights Resource Centre, 2014. <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie-on-un-business-human-rights-treaty-jan-2014.pdf>.
- Ruggie, John G. *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*. New York: W. W. Norton, 2013.
- Schabas, William A., ed. *The Universal Declaration of Human Rights, the travaux préparatoires*. Vol. I. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Scheffer, David, and Caroline Kaeb. "The Five Levels of CSR Compliance: The Resiliency of Corporate Liability under the Alien Tort Statute and the Case for a Counterattack Strategy in Compliance Theory." *Berkeley Journal of International Law* 29 (2011): 334–97. <https://doi.org/10.15779/Z38T65N>.

- Simons, Penelope. "The Value-added of a Treaty to Regulate Transnational Corporations and other Business Enterprises Moving forward Strategically." In *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- UN, *UN Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" framework*, HR/PUB/11/04 (2011).
- UN, ECOSOC, *Transnational corporations: issues involved in the formulation of a code of conduct*, E/C.10/17 (1976).
- UN, General Assembly, *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law*, A/RES/60/ (2005).
- UN, General Assembly Third Committee, *Meeting record of 156th meeting on Draft international declaration of human rights*, A/C.3/SR.156 (1948).
- UN, International Law Commission, *Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts, with commentaries*, A/56/10 (2001).
- UN, John G. Ruggie, *Human Rights Policies and Management Practices: Results from Questionnaire Surveys of Governments and Fortune Global 500 Firms*, A/HRC/4/35/Add.3: 24 (2007).
- UN, John G. Ruggie, *A Framework for Business and Human Rights, Report of Special representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/HRC/8/5: 17 (2008).
- Van Ho, Tara. "Band-aids Don't Fix Bullet Holes' In Defence of a Traditional State-centric Approach." In *The Future of Business and Human Rights*. Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2018.
- Wheeler, Sally. "Global Production, CSR and Human Rights: The Courts of Public Opinion and the Social Licence to Operate." *The International Journal of Human Rights* 19 (2015): 757–78. <https://doi.org/10.1080/13642987.2015.1016712>.

**Надя Берназ. Розробка концепції корпоративної підзвітності в міжнародному праві: моделі для Угоди про бізнес та права людини**

**Анотація.** У цій статті сформована концепція корпоративної підзвітності за міжнародним правом і представлена аналітична рамка, яка перекладає корпоративну підзвітність на сім основних елементів. Потім, використовуючи цю аналітичну рамку, вона систематично оцінює чотири моделі, які можуть бути використані в майбутній Угоді про бізнес та права людини (BHR): модель Керівних принципів ООН з питань бізнесу та прав людини, модель Загальної декларації прав людини, прогресивна модель і трансформаційна модель. Стаття має на меті зробити свій внесок у переговорний процес щодо Угоди про бізнес та права людини через роз'яснення різних варіантів і можливих компромісів між ними, беручи до уваги політичні реалії. Урешті-решт, у статті на користь поширення Угоди про бізнес та права людини доводиться прогресивна модель корпоративної підзвітності, яка поєднує амбітний розвиток міжнародного права з реалістичними перспективами державної підтримки.

**Ключові слова:** бізнес і права людини; угода; корпоративна підзвітність; Керівні принципи ООН з питань бізнесу і прав людини; Загальна декларація прав людини.

**Надя Берназ. Разработка концепции корпоративной подотчетности в международном праве: модели для Соглашения о бизнесе и правах человека**

**Аннотация.** В этой статье сформирована концепция корпоративной подотчетности согласно международному праву и представлена аналитическая рамка, которая раскрывает корпоративную подотчетность в виде семи основных элементов. Затем, используя эту аналитическую рамку, автор систематически оценивает четыре модели, которые могут быть использованы в будущем Соглашении о бизнесе и правах человека (BHR): модель Руководящих принципов ООН по вопросам бизнеса и прав человека, модель Всеобщей декларации прав человека, прогрессивная модель и трансформационная модель. Статья имеет целью внести свой вклад в переговорный процесс по Соглашению о бизнесе и правах человека путем разъяснения различных вариантов и возможных компромиссов между ними, учитывая политические реалии. В статье сделан вывод в пользу прогрессивной модели корпоративной подотчетности, которая сочетает амбициозное развитие международного права с реалистичными перспективами государственной поддержки.

**Ключевые слова:** бизнес и права человека; соглашение; корпоративная подотчетность; Руководящие принципы ООН по вопросам бизнеса и прав человека; Всеобщая декларация прав человека.

**Nadia Bernaz. Conceptualizing Corporate Accountability in International Law: Models for a Business and Human Rights Treaty**

**Abstract.** This article conceptualizes corporate accountability under international law and introduces an analytical framework translating corporate accountability into seven core elements. Using this analytical framework, it then systematically assesses four models that could be used in a future business and human rights treaty: the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights model, the Universal Declaration of Human Rights model, the progressive model, and the transformative model. It aims to contribute to the BHR treaty negotiation process by clarifying different options and possible trade-offs between them, while taking into account political realities. Ultimately, the article argues in favour of the BHR treaty embracing a progressive model of corporate accountability, which combines ambitious development of international law with realistic prospects of state support.

**Keywords:** business and human rights; agreement; corporate accountability; UN Guiding Principles on Business and Human Rights; Universal Declaration of Human Rights.

Одержано/Received 15.05.2021

## CONTOURS OF NATIONAL ACTION PLANS ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS IN CENTRAL AND EASTERN EUROPE

### Introduction

Central and Eastern Europe has been since the creation of the United Nations one of its five regional groups. This region spreads from Slovenia at the furthest west point to the most Eastern points of the Russian Federation. Societies in Central and Eastern Europe have in the past decades experienced systematic and wide-spread business-related human rights abuses, which range from violations of equal treatment and health and safety at work to protecting human dignity in the extractive industries.<sup>1</sup> Moreover, human rights defenders have generally and specifically in the field of business and human rights often faced prosecution.<sup>2</sup> As a result, Central and Eastern European

---

\* Jernej Letnar Čerňič, Professor of Constitutional and Human Rights Law at the Faculty of Government and European Studies and at the European Faculty of Law, New University, Ljubljana, Slovenia; Senior Research Fellow at Nova University, Lisbon, Portugal. This article has been written under the auspices of the research project “Holistic Approach to Business and Human Rights: A Normative Reform of Slovenian and International Legal Order,” Slovenian Research Agency (2019–2022, no. JP-1790).

Йерней Летнар Чернич, професор конституційного права і права прав людини Факультету управління та європейських студій і Факультету права, Новий Університет, Любляна, Словенія; Старший дослідник Нового університету, Лісабон, Португалія.

email: jernej.letnar.cernic@epf.nova-uni.si

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6850-676X>

<sup>1</sup> See, for instance, *BRIEFING: Business & Human Rights Challenges in Eastern Europe & Central Asia* (Business and Human Rights Resource Centre, 2015), <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/eeca-regional-briefing-february-2016.pdf>; *Workers and Minorities Bear the Brunt of Abuse, Business & Human Rights in Eastern Europe & Central Asia*, Business and Human Rights Resource Centre, 2014, <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/media/documents/eeca-regional-briefing-may-2014.pdf>; Jernej Letnar Čerňič, Gorazd Justinek, and Christian Bukor, “Spoštovanje človekovih pravic v družbah prve kotacije ljubljanske borze: raziskava letnih poročil,” *Pravnik: revija za pravno teorijo in prakso* 75 (11/12) (2020): 799–830; Claudia Ciobanu, “Bulgarian Villagers in Chronic Limbo over Coal Mine Expansion,” Bankwatch, last modified May 6, 2019, <https://bankwatch.org/story/beli-bryag>; Jernej Letnar Čerňič, “Business and Human Rights in Slovenia,” *Cambridge Core blog of the Business and Human Rights Journal*, April 17, 2019, <https://www.cambridge.org/core/blog/2019/04/16/business-and-human-rights-in-slovenia/>.

<sup>2</sup> *BRIEFING: Business & Human Rights Challenges*, 4–5. See also “Human rights in Eastern Europe and Central Asia: Review of 2019,” *Relief Web*, April 16, 2020, <https://reliefweb.int/report/world/human-rights-eastern-europe-and-central-asia-review-2019>.

countries share common recent history, culture and mentality.<sup>3</sup> Corporations in the regions have often directly and indirectly interfered with the human rights of employees and the wider populations. Business and human rights has in the past lagged behind developments at the other continents and globally.<sup>4</sup> Most states have not been fully involved in the preparation of soft law standards and potential binding standards on business and human rights. For instance, recently only a few states participated at the negotiations for the potential UN Business and Human Rights.<sup>5</sup> Moreover, only few scholars from the region have been in past decades actively involved in research and building capacity on business and human rights.<sup>6</sup>

The UN Human Rights Council in June 2011 adopted the UN Guiding Principles on Business and Human Rights as an authoritative international document on business and human rights standards.<sup>7</sup> The Guiding Principles establish a three-fold framework of state obligations and responsibilities in business and human rights. States have primary obligations to protect individuals against business-related human rights abuses, corporations are to respect and protect human rights, and thirdly state and corporations are to establish judicial, quasi-judicial and non-judicial mechanisms to enforce corporate and state responsibility. The UN Working Group has visited Azerbaijan and Georgia among the countries of Central and Eastern Europe.<sup>8</sup> The UN Member States have been encouraged to adopt National Action Plans to implement the UN Guidelines in their domestic systems.<sup>9</sup> So far 24 states have adopted National Action Plans on Business and Human Rights, including 4 states

<sup>3</sup> See, for instance, Lavinia Stan, ed., *Transitional Justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union*, (Routledge, 2009); Matej Avbelj and Jernej Letnar Čerňič, *The Impact of European Institutions on the Rule of Law and Democracy: Slovenia and Beyond* (Oxford, Hart, Bloomsbury, 2020).

<sup>4</sup> Jernej Letnar Čerňič, "Mapping Business and Human Rights in Central and Eastern Europe," *Cambridge Core blog of the Business and Human Rights Journal*, December 2020, <https://www.cambridge.org/core/blog/2020/12/11/mapping-business-and-human-rights-in-central-and-eastern-europe/>.

<sup>5</sup> United Nations Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises, 6 August 2020, Article 2 (1), [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG\\_Chair-Rapporteur\\_second\\_revised\\_draft\\_LBI\\_on\\_TNCs\\_and\\_OBEs\\_with\\_respect\\_to\\_Human\\_Rights.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf); Jernej Letnar Čerňič and Nicolas Carrillo-Santarelli, eds., *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty* (Cambridge; Antwerp; Portland: Intersentia. cop., 2018).

<sup>6</sup> Beata Faracik, Jernej Letnar Čerňič and Olena Uvarova have in 2019 founded the Central & Eastern European Business & Human Rights Association (<https://pihrb.org/ceebhra/>).

<sup>7</sup> UN, John Ruggie, *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, A/HRC/8/5 (7 April 2008).

<sup>8</sup> "UN Working Group on Business and Human Rights, Country visits of the Working Group," United Nations Human Rights. Office of the high Commissioner, accessed May 4, 2021, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGCountryVisits.aspx>.

<sup>9</sup> See for a detailed study: Humberto Cantu Rivera, "National Action Plans on Business and Human Rights: Progress or Mirage?" *Business and Human Rights Journal* 4(2) (2019): 213–37.

from Central and Eastern Europe (Czech Republic, Lithuania, Poland and Slovenia).<sup>10</sup> Georgia and also recently Ukraine<sup>11</sup> adopted its action plan as a part of its national action plan on business and human rights.<sup>12</sup> The Russian Federation as the largest country in Central and Europe has so far not adopted the National Action Plan.<sup>13</sup> This article will briefly analyse contours of the National Action Plans on Business and Human Rights of the Czech Republic, Poland, Lithuania, Georgia, Ukraine and Slovenia by examining their qualities and deficiencies. It argues that the field of business and human rights in Central and Eastern Europe should be strengthened in order to effectively protect the human dignity of rights-holders.

## I. National Action Plans on Business and Human Rights in Central and Eastern Europe

This section describes and examines all six National Action Plans on Business and Human Rights that have been so far adopted in Central and Eastern Europe. Moreover, it provides some recommendations on the improvement of those National Action Plans.

### 1. National Action Plans on Business and Human Rights of the Czech Republic

The Czech Republic launched its National Action Plan in February 2017.<sup>14</sup> It is divided in three parts and follows the tripartite structure of the UN Guiding Principles. As for state obligation to protect, it includes detailed list of actions in several subfields such as:

Publication and dissemination of existing documents, education and awareness-raising, Criminal liability of legal persons in the field of human rights, Disqualification of a member of a body, protection of social service clients, Most serious infringements of working conditions, Trade in military equipment, Supply chains and conflict minerals, Non-financial reporting, public

---

<sup>10</sup> “UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, State National Action Plans,” United Nations Human Rights. Office of the high Commissioner, accessed April 20, 2021, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

<sup>11</sup> See, for instance, Nadia Bernaz, “Implementing the UNGPs in Eastern Europe: Is Ukraine the Example to Follow?” *Rights as Usual*, March 29, 2021, <https://rightsasusual.com/?p=1404>; Dafina Gercheva and Nicolaj Sonderbye, “Responsible Business Conduct Accelerates Social and Economic Development,” *UNDP Ukraine*, February 5, 2021, <https://www.ua.undp.org/content/ukraine/en/home/blog/2021/responsible-business.html#.YCP0cYZMD10.twitter->.

<sup>12</sup> “UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, State National Action Plans,” United Nations Human Rights. Office of the high Commissioner, accessed April 20, 2021, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

<sup>13</sup> Екатерина Аристова, “Бизнес и права человека в России,” *Европейский центр по правам человека Бюллетень* 23 (2015): 8–9.

<sup>14</sup> “Czech Republic,” National Action Plan for Business and Human Rights, 2017–2022, accessed May 4, 2021, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NationalActionPlanCzechRepublic.pdf>.



procurement, State aid, guarantees and subsidies, enterprises and companies in which the state has a shareholding, and External policy.<sup>15</sup>

The plan notes that “human rights standards encapsulate not only a legal commitment, but also moral and ethical responsibility independent of state authority and its enforcement of the law.”<sup>16</sup> It adds that “respect for human rights is both a legal obligation and the least that can be expected of business ethics.”<sup>17</sup> As for the access to remedy, it focuses among others on access to courts, collective actions and alternative and online dispute resolution, by specifying the name of concrete projects and measures to be adopted to reach the deadline.<sup>18</sup> The Czech National Plan is overall well prepared and goes very in detail concerning state and corporate human rights obligations in business and human rights. It has distinguished itself from other National Action Plans in Central and Eastern Europe that it includes goals, timeline and indicators, which enable measurements of the set commitments concerning state and corporations and access to remedy. The Ministry of Human Rights is reported to have regularly supervised the implementation of the Plan.<sup>19</sup>

## 2. National Action Plans on Business and Human Rights of Georgia

Georgia adopted its National Action Plan on Business and Human Rights in 2018 as part of its National Plan on Human Rights.<sup>20</sup> Its Chapter 25 includes several objectives in the area of business and human rights. It does not, however, follow the structure of the UN Guiding Principles. It includes among others the following objectives: “25.21.1. Ensure support and political implementation for UN main principles concerning business and human rights,”<sup>21</sup> “25.22.1. Conduct appropriate actions with the aim to ensure support and political implementation for UN main principles concerning business and human rights,”<sup>22</sup> “25.23.1. Ensure awareness rising about UN main principles concerning business and human rights,” “25.24.1. Promote popularisation and elaboration of manual document on UN main principles concerning business and human rights,”<sup>23</sup> “25.25.1.

<sup>15</sup> “Czech Republic,” National Action Plan for Business and Human Rights, 2017–2022, accessed May 4, 2021, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NationalActionPlanCzechRepublic.pdf>. 9–28.

<sup>16</sup> Ibid, 29.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid, 41–51.

<sup>19</sup> “Czechia,” National Action Plans on Business and Human Rights, accessed May 4, 2021, <https://globalnaps.org/country/czech-republic/>.

<sup>20</sup> “UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, State National Action Plans, Georgia,” United Nations Human Rights. Office of the high Commissioner, accessed May 4, 2021, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Ibid.

Ensure conducting appropriate actions for public servants about UN main principles with the aim to provide information and raise awareness,”<sup>24</sup> “25.26.1. Raise awareness for the staff of judicial authority and investigative structures concerning human rights,”<sup>25</sup> “25.27.1. Ensure awareness rising about legal risks assessment for companies with the aim to prevent human rights violation”<sup>26</sup> and “25.28.1. Ensure strengthening high standard issues containing mechanisms, including out-of-court appeal.”<sup>27</sup> The Georgian National Action Plan does not provide for detailed commitments, goals and indicators state and corporate obligations in the field of business and human rights. As a result, it is of programmatic legal nature that does not grant rights-holders with the effective access to remedy. The UN Working Group on Business and Human Rights observed in the Statement at the end of visit to “Georgia that the content of the chapter on business and human rights should be improved post-2020 to capture fully all recommendations of the baseline assessment as well as our June 2020 report to the UN Human Rights Council.”<sup>28</sup> It urged the government to “...also consider developing a comprehensive National Action Plan on Business and Human Rights as per the guidance provided by the Working Group.”<sup>29</sup>

### *3. National Action Plans on Business and Human Rights of Lithuania*

Lithuania introduced in February 2015 its National Action Plan on Business and Human Rights as the first state in Central and Eastern Europe.<sup>30</sup> The Plan spans on only 6 pages, however it follows three pillars of the UN Guiding Principles. Lithuania recognized in its National Action Plan that it carries a positive obligation to ensure that companies in the Lithuanian legal order do not interfere with the human rights and freedoms of individuals.<sup>31</sup> Lithuania has so far not played a significant role in the international community in business and human rights. As a rule, with a few exceptions, it has not actively participated in global debates on business and human rights, as only a few experts and non-governmental organizations have been active in this field. Government authorities have so far too often

<sup>24</sup> “UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, State National Action Plans, Georgia,” United Nations Human Rights. Office of the high Commissioner, accessed May 4, 2021, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> “Statement at the end of visit to Georgia by the United Nations Working Group on Business and Human Rights, Tbilisi, 12 April 2019,” United Nations Human Rights. Office of the high Commissioner, accessed May 4, 2021, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24474&LangID=E>.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> “UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, State National Action Plans, Lithuania,” United Nations Human Rights. Office of the high Commissioner, accessed May 4, 2021, [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Lithuania\\_NationalPlanBHR.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Lithuania_NationalPlanBHR.pdf).

<sup>31</sup> Ibid, 1–2.

confused business and human rights with discussions on corporate social responsibility. Initiatives for respect for human rights in the economy are present in Lithuanian society, but in rare cases they have exceeded corporate social responsibility initiatives such as philanthropy, donations and charitable campaigns.<sup>32</sup> As for the access for remedies, the state has among others committed to introduce the possibility of class action in administrative procedure and to encourage self-regulation of business.<sup>33</sup> The Lithuanian Action Plan is somehow limited in nature and its extent. Perhaps this can be explained by its early adoption. The Lithuanian government has in spite of earlier commitments so far not established any Working Group for supervision of implementation. Nonetheless, it seems to be working on the 2nd version of its National Action Plan.<sup>34</sup>

#### 4. National Action Plan on Business and Human Rights of Poland

Poland is one of the largest economies in Central and Eastern Europe and one of the most advanced countries as to the developments in Business and Human Rights.<sup>35</sup> The National Action Plan on Business and Human Rights of Poland was adopted in May 2017.<sup>36</sup> It is divided into three parts and implementation of the National Action Plan. It is well prepared and it includes 58 pages. The Polish government notes that “is sending a clear signal to entrepreneurs, pointing out that the obligation to apply the UN Guiding Principles is the best way to promote a responsible approach to conducting business activity and thus implementing other international standards, including the OECD Guidelines for Multinational Enterprises.”<sup>37</sup> As for access to the remedy, the National Action Plan notes that “the Polish legal system provides people who have been victims of human rights violations in the context of a broadly defined economic activity with a range of legal measures to seek judicial protection.” It adds that “access to these instruments is wide and allows appropriate remedial action to be taken, depending on the nature of the violation.”<sup>38</sup> Although the Polish National Action Plan is a textbook example of good practices concerning business and human rights in Central and Eastern Europe, it has much room for improvement. The Polish government should in the Second version of the Action Plan include more detailed commitments in different areas of business and develop indicators and deadlines to measure business and human rights in practice.

<sup>32</sup> “UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, State National Action Plans, Lithuania,” United Nations Human Rights. Office of the high Commissioner, accessed May 4, 2021, [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Lithuania\\_NationalPlanBHR.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Lithuania_NationalPlanBHR.pdf), 5–6.

<sup>33</sup> *Ibid*, 6.

<sup>34</sup> “National Action Plans on Business and Human Rights, Lithuania,” United Nations Human Rights. Office of the high Commissioner, accessed May 4, 2021, <https://globalnaps.org/country/lithuania/>.

<sup>35</sup> Beata Faracik, “Biznes i prawa człowieka. Odpowiedzialność, korzyści, etyka,” *Rzeczpospolita*, February 28, 2018, <https://www.rp.pl/>.

<sup>36</sup> Polish National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights 2017–2020, Council of Ministers, 29 May 2017.

<sup>37</sup> *Ibid*, 28.

<sup>38</sup> *Ibid*, 37.

### *5. National Action Plan on Business and Human Rights of Ukraine*

The development of the Ukrainian National Action Plan has been a long process, which started in 2017.<sup>39</sup> Ukraine first published the National Baseline Assessment on Business and Human Rights in 2019.<sup>40</sup> Ukraine thereafter published a National Action Plan on Business and Human Rights in March 2021.<sup>41</sup> It is part of the national human rights action plan of the Republic of Ukraine.<sup>42</sup> The chapter on business and human rights is only 2 pages long. Nonetheless, it notes that “business entities should apply a human rights approach in conducting business activities;” and “access to effective remedies should be guaranteed to victims of human rights violations related to business operations.”<sup>43</sup> Nonetheless, it includes several indicators that could be used when measuring the respect for business and human rights in practice.<sup>44</sup> The adoption of a chapter on business and human rights within the Ukrainian National Action Plan on Business and Human Rights is certainly the step in the right direction. It remains to be seen how the chapter will be implemented in practice and if Ukraine will in future adopt a stand-alone National Action Plan on Business and Human Rights.

### *6. National Action Plan on Business and Human Rights of Slovenia*

The structure of the action plan of the Republic of Slovenia partially follows the UN Guiding principles.<sup>45</sup> It was launched in November 2018. The National Action Plan of Slovenia includes commitments as to pillar 1 and pillar 3. Pillar 2 on corporate responsibility for human rights has not been included in the special chapter. Nonetheless, the Action Plan recognizes that corporations have constitutional and statutory obligations concerning human rights. The Action notes that corporations that “...must comply with the Constitution and the laws of the Republic of Slovenia, as well as generally recognised standards and principles and the rules of international human rights law.”<sup>46</sup> Nonetheless, the absence of individual chapters on the obligations of corporations to respect human rights is difficult to understand, as there is already a legal basis for it in the Slovenian domestic legal system. Such a text contradicts the current constitutional system, which

---

<sup>39</sup> “Ukraine,” National Action Plans on Business and Human Rights, accessed May 4, 2021, <https://globalnaps.org/country/ukraine/>.

<sup>40</sup> *Business and Human Rights National Baseline Assessment Executive Summary*, <https://legalforum.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2019/06/executive-summary.pdf>.

<sup>41</sup> “Ukraine,” National Action Plans on Business and Human Rights.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Decree of the President of Ukraine, no. 119/2021, On the National Strategy for Human Rights, unofficial English translation, 4, accessed May 4, 2021, <https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2021/05/ukrainian-bhr-chapter-2021-unofficial-english-translation.pdf>.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> National Action Plan of the Republic of Slovenia on Business and Human Rights, November 2018, accessed May 4, 2021, [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Slovenia\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Slovenia_EN.pdf).

<sup>46</sup> *Ibid.*, 11.

already requires companies to respect and protect human rights.<sup>47</sup> Corporations are to respect the Constitution and the laws of the Republic of Slovenia.<sup>48</sup> The Plan list among priorities of Slovenia in its implementation the following areas: “Prevention of discrimination and inequality, and promotion of equal opportunities;”<sup>49</sup> “Promotion and protection of fundamental workers’ rights, also in transnational businesses and along the entire production chain;”<sup>50</sup> “Prevention of, and fight against, trafficking in human beings;”<sup>51</sup> “Environmental protection, nature conservation, sustainable development;”<sup>52</sup> and “Human rights due diligence.”<sup>53</sup> It appears that the Slovenian state could have perhaps shown a clearer commitment that corporations operating in Slovenia must respect and protect human rights.<sup>54</sup> The absence of a clear message in the action plan that corporations to respect and protect human rights in the Slovenian legal system diminishes the importance of the entire action plan.<sup>55</sup> The Slovenian government has through its Ministry of Foreign Affairs since the adoption of the National Action Plan regularly supervised its implementation.<sup>56</sup> It has mostly focused on the activities of the state-owned corporations.<sup>57</sup> Nonetheless, the Slovenian government should in the implementation system further develop indicators and set deadlines for implementation of its and corporate commitments concerning business and human rights. The measurement of human rights compliance of businesses will illustrate a real-life picture of business and human rights in Slovenia.

## II. Challenges Concerning National Action Plans on Business and Human Rights in Central and Eastern Europe

States must protect the individual against violations by private entities and exercise control over companies that are allegedly involved in human rights violations on their territory, and increasingly also control companies when operating outside its borders. National Action Plans on Business and Human Rights are generally summaries of national laws and/or of non-binding commitments. Several authors have in the past argued that they cannot provide rights-holders with an effective access to justice for business-related human rights commitments.<sup>58</sup> The existing National Action Plans of Central and Eastern European states are in that regard no exception. Only a few states in Central and Eastern Europe

<sup>47</sup> Jernej Letnar Čer nič, “Človekovo dostojanstvo v gospodarstvu,” *IUS-INFO*, 1 December 2017.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> National Action Plan of the Republic of Slovenia, 6.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Čer nič, “Business and Human Rights in Slovenia.”

<sup>57</sup> *Ibid.* See also Government of Slovenia, Business and Human Rights, accessed April 20, 2021, <https://www.gov.si/en/topics/business-and-human-rights/>.

<sup>58</sup> See, for example, Rivera, “National Action Plans;” Beata Faracik, *Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, European Parliament, February 2017.

have so far adopted National Action Plans. On the other hand, the adopted four or five National Action Plans substantially vary in the quality and extent of state pronouncements on their and corporate responsibilities. For instance, National Action Plans on Business and Human Rights of Georgia and Lithuania do not entail detailed commitments and indicators, as they focus more on general and programmatic commitments. On the other hand, the National Action Plans on Business and Human Rights of the Czech Republic, Poland and Slovenia are in pair with best practices concerning National Action Plans. One of the deficiencies of National Action Plans at the global level has been that they often lack goals, timelines for implementation and indicators, which enable measurements of the set commitments. Such has been also the case with most Action Plans in Central and Eastern Europe. With the exception of the Czech National Action Plan, National Action Plans in Central and Eastern Europe do not include goals, timeline and indicators. States could strengthen supervision of the implementation of National Action Plans by improving the rule of law and quality of domestic systems by drafting goals, indicators and setting timelines for their implementation.

As for the implementation of National Action Plans, not all states have established periodic supervisions mechanisms. The implementation of business and human rights standards has been in the past decades as both state and corporate actors have not been able or willing to efficiently protect the rights of individuals.<sup>59</sup> Most countries in the region lack capacity both in their institutions and civil society to effectively address business-related human rights challenges. As a rule, much of the challenges in the business and human rights in the region have been connected to the general problems of the rule of law, weak institutions and limited access to justice in the case of human rights violations. As a result, the international community should support building capacity, knowledge, fairness, impartiality and independence concerning business and human rights in order to strengthen both civil society and government resilience to address business-related human rights abuses.<sup>60</sup> One of the ways for states to illustrate commitment to business and human rights is to develop a National Action Plan with detailed goals and deadlines to achieve them. In this way, civil society and state institutions could periodically supervise and measure how states and corporations comply with business and human rights standards such the UNGPs. As a rule, the reform of business and human rights requires strong institutions and the rule of law, which effectively safeguards human dignity of the rights-holders.

### III. Way Forward

There is much room for improvement in the area of business and human rights in Central and Eastern Europe. Business-related human rights abuses are not uncommon in the region. In some countries business-related human rights abuses are even systematic and general. As a result, there is a great need for accountability for business-related human

---

<sup>59</sup> Čer nič, "Mapping Business and Human Rights."

<sup>60</sup> *Ibid.*

rights abuses. The general rule of law situation is far from ideal in the countries of Central and Eastern Europe. The rule of law in most countries in the region suffers due to the weak institution, corruption and collision of state and private interests. Rights-holders in the regions have often been voiceless in enforcing state and corporate accountability for business-related human rights abuses. Judiciaries are often not capable of providing the right to fair, independent and fair trial for victims of human rights violations.<sup>61</sup> Tens of thousands of individuals from the region have since more than two decades turned themselves to the European Court of Human Rights.<sup>62</sup> As, business-related human rights abuses have been an example of general and systematic violations.

The largest corporations in the region are often state-owned or connected to the highest government circles. States carry primarily obligations to respect, protect and fulfil human rights in the area of business of human rights and beyond. Their obligations are even greater in the context with state-owned corporations. Simultaneously, corporations have complementary negative and positive obligations to respect human dignity of the rights-holders. In the context of corporate governance, it is indispensable that corporations translate their rhetorical commitments in practice and to invest more resources in human resources that will be able to supervise the compliance of their operations. The progress in business and human rights hinges on the strengthening of the rule of law and institutions in those states. As a result, corporations in Central and Eastern Europe are to integrate respect for the rule of law at all levels of their business operations. Nonetheless, the step forward for business and human rights in the region would be that also the rest of countries in the region adopt National Action Plans and that they establish effective supervision of National Action Plans. States in Central and Eastern European are to work towards improving the rule of law and access to justice for victims of business-related human rights abuses. The field of business and human rights in Central and Eastern Europe requires reforms in order to effectively protect human dignity of rights-holders.

© J. L. Černič, 2021

## Bibliography

- Aristova, Ekaterina. "Business and Human Rights in Russia." [In Russian] *European Human Rights Advocacy Centre, Bulletin* 23 (2015): 8–9.
- Avbelj, Matej, and Jernej Letnar Černič. *The Impact of European Institutions on the Rule of Law and Democracy: Slovenia and Beyond*. Oxford, Hart (Bloomsbury), 2020.
- Bernaz, Nadia. "Implementing the UNGPs in Eastern Europe: Is Ukraine the Example to Follow?" *Rights as Usual*. March 29, 2021. <https://rightsasusual.com/?p=1404>.
- BRIEFING: Business & Human Rights Challenges in Eastern Europe & Central Asia* (Business and Human Rights Resource Centre, 2015). <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/eeca-regional-briefing-february-2016.pdf>.

<sup>61</sup> Černič, "Mapping Business and Human Rights."

<sup>62</sup> Jernej Letnar Černič, "Impact of the European Court of Human Rights on the Rule of Law in Central and Eastern Europe," *Hague Journal on the Rule of Law* 10, no. 1 (2018): 111–37.

- Business and Human Rights National Baseline Assessment Executive Summary*. <https://legalforum.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2019/06/executive-summary.pdf>.
- Cantu Rivera, Humberto. "National Action Plans on Business and Human Rights: Progress or Mirage?" *Business and Human Rights Journal* 4, no. 2 (2019): 213–37.
- Čiobanu, Claudia. "Bulgarian Villagers in Chronic Limbo over Coal Mine Expansion." *Bankwatch*. May 6, 2019. <https://bankwatch.org/story/beli-bryag> (accessed 20 April 2021).
- "Czech Republic." National Action Plan for Business and Human Rights, 2017–2022. Accessed May 4, 2021. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NationalActionPlanCzechRepublic.pdf>.
- Čer nič, Jernej Letnar. "Business and Human Rights in Slovenia." *Cambridge Core blog of the Business and Human Rights Journal*. April 17, 2019. <https://www.cambridge.org/core/blog/2019/04/16/business-and-human-rights-in-slovenia/>.
- Čer nič, Jernej Letnar. "Človekovo dostojanstvo v gospodarstvu." *IUS-INFO*, December 1, 2017.
- Čer nič, Jernej Letnar. "Impact of the European Court of Human Rights on the Rule of Law in Central and Eastern Europe." *Hague Journal on the Rule of Law* 10(1) (2018): 111–37.
- Čer nič, Jernej Letnar. "Mapping Business and Human Rights in Central and Eastern Europe." *Cambridge Core blog of the Business and Human Rights Journal*. December 2020. <https://www.cambridge.org/core/blog/2020/12/11/mapping-business-and-human-rights-in-central-and-eastern-europe/>.
- Čer nič, Jernej Letnar, Gorazd Justinek, and Christian Bukor. "Spoštovanje človekovih pravic v družbah prve kotacije ljubljanske borze: raziskava letnih poročil." *Pravnik: revija za pravno teorijo in prakso* 75 (11/12) (2020): 799–830.
- Čer nič, Jernej Letnar, and Nicolas Carrillo-Santarelli, eds. *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*. Cambridge; Antwerp; Portland: Intersentia cop., 2018.
- Faracik, Beata. "Biznes i prawa człowieka. Odpowiedzialność, korzyści, etyka." *Rzeczpospolita*. February 28, 2018. <https://www.rp.pl/>.
- Faracik, Beata. *Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. European Parliament. February 2017.
- Gercheva, Dafina, and Nicolaj Sonderbye. "Responsible Business Conduct Accelerates Social and Economic Development." *UNDP Ukraine*. February 5, 2021. <https://www.ua.undp.org/content/ukraine/en/home/blog/2021/responsible-business.html#.YCP0cYZMD10.twitter->
- Government of Slovenia, Business and Human Rights. Accessed April 20, 2021. <https://www.gov.si/en/topics/business-and-human-rights/>.
- "Human Rights in Eastern Europe and Central Asia: Review of 2019." *Relief Web*. April 16, 2020. <https://reliefweb.int/report/world/human-rights-eastern-europe-and-central-asia-review-2019>.
- National Action Plan of the Republic of Slovenia on Business and Human Rights, November 2018. Accessed May 4, 2021. [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Slovenia\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Slovenia_EN.pdf).



- Polish National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights 2017–2020, Council of Ministers. May 29, 2017.
- Stan, Lavinia, ed. *Transitional Justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union*. Routledge, 2009.
- “Statement at the End of Visit to Georgia by the United Nations Working Group on Business and Human Rights, Tbilisi, 12 April 2019,” United Nations Human Rights. Office of the high Commissioner. Accessed May 4, 2021. <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24474&LangID=E>.
- “Ukraine,” National Action Plans on Business and Human Rights. Accessed May 4, 2021. <https://globalnaps.org/country/ukraine/>.
- UN, John Ruggie, *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, A/HRC/8/5 (7 April 2008).
- “UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, State National Action Plans, Lithuania,” United Nations Human Rights. Office of the high Commissioner. Accessed May 4, 2021. [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Lithuania\\_NationalPlanBHR.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Lithuania_NationalPlanBHR.pdf).
- “UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, State National Action Plans, Georgia.” United Nations Human Rights. Office of the high Commissioner. Accessed May 4, 2021. <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.
- United Nations Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises, 6 August 2020, Article 2 (1). [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG\\_Chair-Rapporteur\\_second\\_revised\\_draft\\_LBI\\_on\\_TNCs\\_and\\_OBEs\\_with\\_respect\\_to\\_Human\\_Rights.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf).
- Workers and Minorities Bear the Brunt of Abuse, Business & Human Rights in Eastern Europe & Central Asia, Business and Human Rights Resource Centre, 2014. <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/media/documents/eeca-regional-briefing-may-2014.pdf>.

### **Йерней Летнар Чернич. Контури національних планів дій щодо бізнесу та прав людини в Центральній та Східній Європі**

**Анотація.** Центральна і Східна Європа часто ставала об’єктом обговорення під час дебатів про бізнес і права людини. Країни в цих регіонах мають спільну історію, досвід і культуру. Права людини й основні свободи в минулому систематично порушувалися. Після процесів демократизації країни постраждали від низки порушень прав людини, пов’язаних із ними. Корпорації в регіонах часто прямо або опосередковано втручаються у права людини і суспільства загалом. Бізнес і права людини в минулому відставали від глобальних подій також через відсутність потенціалу та загальної незадовільної ситуації з правами людини.

У цій статті описані й обговорені контури Національних планів дій із бізнесу та прав людини Чехії, Польщі, Литви, Грузії, України та Словенії крізь призму їх сильних і слабких сторін.

Стверджується, що сфера бізнесу і прав людини в Центральній та Східній Європі зробила крок уперед за останнє десятиліття з моменту ухвалення Керівних принципів ООН з питань бізнесу та прав людини. Проте права людини слід і далі втілювати в життя, щоб ефективно захищати людську гідність носіїв цих прав.

**Ключові слова:** бізнес і права людини; корпоративна відповідальність; людська гідність; верховенство права; Центральна і Східна Європа.

### **Ernej Letnar Čerňič. Kontury национальных планов действий в области бизнеса и прав человека в Центральной и Восточной Европе**

**Аннотация.** Центральная и Восточная Европа часто становилась объектом обсуждения в ходе дебатов о бизнесе и правах человека. Страны в этих регионах имеют общую историю, опыт и культуру. Права человека и основные свободы в прошлом систематически нарушались. После процессов демократизации страны пострадали от целого ряда нарушений прав человека, связанных с ними. Корпорации в регионах часто прямо или косвенно вмешиваются в права человека и общества в целом. Бизнес и права человека в прошлом отставали от глобальных событий также из-за отсутствия потенциала и общей неудовлетворительной ситуации с правами человека.

В этой статье описаны и обсуждены контуры Национальных планов действий в области бизнеса и прав человека Чехии, Польши, Литвы, Грузии, Украины и Словении сквозь призму их сильных и слабых сторон. Утверждается, что сфера бизнеса и прав человека в Центральной и Восточной Европе сделала шаг вперед за последнее десятилетие с момента принятия Руководящих принципов по вопросам бизнеса и прав человека ООН. Тем не менее, права человека следует и дальше воплощать в жизнь, чтобы эффективно защищать человеческое достоинство носителей прав.

**Ключевые слова:** бизнес и права человека; корпоративная ответственность; человеческое достоинство; верховенство права; Центральная и Восточная Европа.

### **Jernej Letnar Čerňič. Contours of National Action Plans on Business and Human Rights in Central and Eastern Europe**

**Abstract.** Central and Eastern Europe has been often overseen in the debates on business and human rights. Countries in the regions share a common history, experience and culture. Human rights and fundamental freedoms were in the past systematically and generally violated. Since democratisation, countries have suffered from a wide range of related human rights abuses. Corporations in the regions have often directly and indirectly interfered with the human rights of employees and the wider communities. Business and human rights has in the past lagged behind global developments also in the light of the lack of capacity and general deficient human rights situation. This article describes and discusses contours of the National Action Plans on Business and Human Rights of the Czech Republic, Poland, Lithuania, Georgia, Ukraine and Slovenia by examining their strengths and deficiencies. It argues that the field of business and human rights in Central and Eastern Europe has made a step forward in the last decade since the adoption of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights. Nonetheless, human rights should be further translated into practice to effectively protect human dignity of rights-holders.

**Keywords:** business and human rights; corporate accountability; human dignity; rule of law; Central and Eastern Europe.

Одержано/Received 28.02.2021

# БІЗНЕС І ПРАВА ЛЮДИНИ: ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ПРАКТИКИ

---

DOI: 10.21564/2707-7039.1.247512

UDC 340+340.14+349:004

Danielle Anne Pamplona\*

## CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FOR DEVELOPING THE HUMAN RIGHTS AND BUSINESS FIELD IN BRAZIL AND LATIN AMERICA: A IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE

### Introduction

States have international obligations to protect human rights, assumed through the ratification of treaties. This obligation to protect implies care, including in relation to the conduct of third parties. This is the post-World War II configuration, forged in the face of the failure of states to protect their own populations. Before that, the protection of human rights was considered only as a domestic matter.

The development of the globalised economy, the decolonisation process of the 1960s and the need to seek new markets have forged a new form of exploitation of the countries of the global south. States became involved in bilateral investment agreements, guaranteeing financing for works and activities that would boost their economic development. As entering those agreements, States failed, however, to establish guarantees for the protection of the human rights of their citizens, with terrible consequences to this day.

On the path to promoting development, economic activities exploit natural resources and people. To protect the rights of its citizens, the state may be in breach of investment agreements. Disputes are resolved in arbitration tribunals that are based on the agreements signed, not on international rules for the protection of human rights.

---

\* Danielle Anne Pamplona, Full Professor at Post Graduate Program of Law, Pontifical Catholic University of Parana – Brazil (PUCPR); Post-Doctor at the American University, Washington, DC; Visiting Researcher at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Germany; Director of the Human Rights Clinic at PUCPR; Vice-director of the Latin-American Academy of Human Rights and Business.

Данієлла Анна Памплона, повна професорка програми аспірантури в сфері права в Папському католицькому університеті Парана – Бразилія (PUCPR); докторка в Американському університеті, Вашингтон, округ Колумбія; запрошена наукова співробітниця Інституту порівняльного публічного права і міжнародного права імені Макса Планка, Гейдельберг, Німеччина; директорка клініки з прав людини в PUCPR; заступниця директора Латиноамериканської академії прав людини та бізнесу. e-mail: danielle.pamplona@pucpr.br

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2864-8365>

The negative impacts that economic activities can have on human rights are even more visible in times of crisis, when it is necessary to bring together the efforts of all actors to address an economic, social or health problem. This is not different in Latin America and in Brazil. The new health crisis caused by the pandemic of COVID-19 poses enormous challenges for States, businesses and individuals. States must organise themselves to protect their populations from contagion, while not abusing their rights to privacy and freedom; they must provide their populations with vaccines, while maintaining the financial conditions to maintain other public policies. Companies face the challenges of maintaining profits, while protecting their workers by providing masks and alcohol gels, facing a reduction in the workforce and observing a decrease in consumption. People, especially the poor, face a drastic fall in their income due to government measures restricting movement.

On the other hand, the pandemic also provides us with the opportunity to observe problems and propose solutions. The Brazilian Executive Branch have adopted conducts that violate human rights; denying science and discouraging preventive measures against the contagion of the virus, all this under the justification that it was necessary to maintain economic activity. We also observed companies that did not respect signed contracts, that dismissed people *en masse*, that transferred the negative impact of the pandemic to the weakest part of their business relationships. These conducts reflect the absence of adequate state regulation to demand companies to act otherwise.

Such conduct by States and companies has worsened the terrible conditions in which people would already be if only the pandemic had imposed its impacts on them. The actions of states and companies have worsened these impacts and lead to reflection on the urgent need for a new configuration of state-individual-businesses relations.

The relationship between these violations, the lack of effective mechanisms to address them and the *Ius Constitutionale Commune* for Latin America (ICCAL) must be made. It is intended to demonstrate that the ICCAL presents a rationale capable of providing a basis for conduct that leads to more satisfactory responses in the fight against human rights violations committed by private entities.

## I. Some Background

The world had the chance to observe the negative impacts on rights derived from economic activities when hit by the 2008 financial crisis. Instead of using momentum to generate legislative changes that could respond better another crisis in the future, governments have helped those who helped creating chaos. Despite the profits that companies directly involved with the causes of the crisis continued to make, there was no radical change in the system that would allow them to be held accountable for negative impacts. The absence of companies' accountability is also the harsh reality in Brazil.

The present text aims at correcting what it identifies as a historical mistake made by the countries of the global south in the 1970s, when they failed to act in an internationally

coordinated manner, with terrible and persistent consequences for Latin America. In the 1970s, the United Nations discussed the drafting of a Code of Conduct for Transnational Corporations,<sup>1</sup> and in the early 1980s, driven – among other things – by the flow of investments to developing countries, these very countries adopted conducts that were not harmonized among themselves. This caused, at least, the rejection of the Code of Conduct mentioned. Moreover, these investments and the way in which they were regulated led to the normalization of the idea that relations between economic activities and states should reflect strong regulation for state conduct on the one hand, but only voluntary adoption measures for companies.

This somewhat unequal relationship is built on a contractual framework – bilateral investment contracts – that establishes protective rules for investors and a specific forum for settling disputes, the arbitration courts. This structure allows investors to protect their investments, including against constitutionally legitimate claims by states.<sup>2</sup> Far from trying to explain how these structures are put into operation in this text, we merely wish to point out their existence and the difficulty for states to impose domestic rules that protect their citizens when faced with the power of investors – that is, even when they want to implement rules that protect human rights, states encounter obstacles imposed by the structures created to enable investments to be received. This path, trodden in the 1960s and 1970s, was paved by other situations that led to the transnational activity of companies, the outsourcing of their production and the exponential increase in profits. The consequence of this is the increase in the economic power of such private entities, to the detriment of the political power exercised by States. Gradually, it becomes clear that such economic activities can engage in human rights abuses without there being domestic or international mechanisms that can hold them accountable.

This problem is not new or unknown, on the contrary, in 1972 the then president of Chile, Salvador Allende, made a well-known speech<sup>3</sup> at the UN General Assembly, accusing the US telephone company ITT of using its economic power to influence the country's politics, which proved true after the coup he suffered. At Chile's request, in 1975, the UN, through the Economic and Social Council and with the support of the Commission on Transnational Corporations, created the Centre for Transnational Corporations with the mandate of drafting a Code of Conduct on Fair and Responsible Investment Practices. Meanwhile, in the reality that most violently affects people, the cases in which transnational

<sup>1</sup> Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporation 1983, accessed July 20, 2021, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2891>.

<sup>2</sup> Jena Martin Amerson, "The End of the Beginning?: A Comprehensive Look at the U. N.'s Business and Human Rights Agenda from a Bystander Perspective," *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* 17, no. 4 (2012): 877, accessed July 20, 2021, <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1314&context=jcfl>.

<sup>3</sup> An extract of the speech with some explanations can be found at Robert Alden, "Mr. Allend Follows outline of Speech," *The New York Times*, December 5, 1972, <https://www.nytimes.com/1972/12/05/archives/allende-at-un-charges-assault-by-us-interests-chilean-president.html>.

corporations are involved in rights violations, often taking advantage of their economic power, have only increased. There are many of them, well explored by literature.<sup>4</sup>

Indeed, history has shown that there is enormous pressure for people to settle for self-regulatory measures, such as the Global Compact and the Guiding Principles on Business and Human Rights (GPs), approved in 2011 by the Human Rights Council. In fifty years of debate, only voluntary measures have been achieved.

The GPs hand states obligations related to human rights protection, but there is an expectation that companies will also contribute. It is a call for all actors in society who are in a position to contribute to avoid or mitigate the risks to people's basic rights. Thus, it is to be expected that large companies will act alongside states, providing that states have a real will to protect human rights. This expectation stems from the level of trust placed in companies,<sup>5</sup> but also from the current normative framework related to human rights and business activity, the GPs, which are the global system response for challenges countries may face when regulating businesses activities. They give countries guidance on what to do about their own activities and relations with business, but also indicate businesses what are the best practices and the need to conduct themselves accordingly with its content, regarding the impact they might have on human rights. Despite the actions of the United Nations Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises (UNWG) to disseminate the GPs and to ensure that they were internalized via National Action Plans (NAP), Brazil has yet to draw up its own. The UNWG visited the country in late 2015 aiming "to assess the efforts made to prevent and address adverse human rights impacts of business-related activities, in line with the GPs."<sup>6</sup> Six months later a comprehensive Report on the visit was published with a number of recommendations for the government, companies and civil society, addressing multiple issues pertaining to business and human rights in the country.<sup>7</sup> Among the recommendations issued to the government was the need for the adoption of a National Action Plan, wrought in accordance with the group's guidelines.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Danielle Anne Pamplona, "Das violações de direitos humanos e do envolvimento de grandes corporações," in *Empresas e Direitos Humanos*, eds. Flávia Piovesa, Virgínia P Soares Inês and Marcelo Torelly (Editora Jus Podivm, 2018), 171–84; "Human Rights: Is it Any of Your Business?" (Amnesty International, April 2000), <https://www.amnesty.org/download/Documents/HRELibrary/sec010222008eng.pdf>; Sera Mirzabegian, "Big Tobacco v Australia: Challenges to Plain Packaging," *Business and Human Rights Journal* 4, no. 1 (2019): 177–84; Joana Nabuco and Leticia Aleixo, "Rights Holders' Participation and Access to Remedies: Lessons Learned from the Doce River Dam Disaster," *Business and Human Rights Journal* 4, no. 1 (2019): 147–53.

<sup>5</sup> This is what the Edelman Trust Barometer indicates: in Brazil, companies are considered competent and the population's trust in them reaches 64% of those interviewed. Edelman Trust Barometer 2020, <https://www.edelman.com.br/estudos/edelman-trust-barometer-2020>.

<sup>6</sup> UN, Human Rights Council, *Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Brazil – Resolution, A/HCR/32/45/Add.1* (12 May 2016), 3.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid, 61.

Despite efforts recognized by the Report, it was clear that the country still had a long way to move forward if it was to settle firm standards for corporations acting within its territory.

Moreover, in 2017, under the Universal Periodic Review, The Netherlands, Paraguay and Sierra Leone recommended the development of a national action plan on Business and Human Rights in line with the GPs to prevent development projects from violating the rights of traditional populations, indigenous peoples and workers and causing damage to the environment, and to ensure effective reparations with meaningful consultations with affected communities.

During the Seminar “Business and Human Rights: progress and challenges,” held also in 2017, Dante Pesce, member of the UNWG, affirmed that it was “obviously quite evident to note that the implementation [of the recommendations of the UN WG] has been slow and weak, less than expected.”<sup>9</sup> In the same sense, the report from the non-governmental organization Conectas Human Rights Brazil has analysed the recommendations against State conduct three years after the visit. The conclusions were not promising. Of the twenty-one recommendations addressed to the State, seven were not fulfilled, five were subject to setbacks, six could not be analysed because either fell out of the report’s scope or there was no information available. Only two recommendations had satisfactory answers, one related to transparency of processes at the National Development Bank and the other, related to efforts to the implementation of a National Action Plan.

The need for the state to implement a regulatory framework and to make companies aware of the GPs is well established but all those movements involving the UNWG, the UPR process and the NGOs report has not led to the creation of a NAP. Instead, by the end of 2018, National Guidelines on Business and Human Rights were published. This is a skewed response to the UNWG’s recommendation to prepare a National Action Plan. It is since then the only piece of legislation on the issue produced in the country. Besides that, the only other relevant document produced by the state was a Resolution issued in December 2020, where the Ministry of Economy, through its Investment National Committee,<sup>10</sup> paving the way for the elaboration of an Action Plan on Responsible Business Conduct.

The mentioned National Guidelines (NG) have never been discussed with civil society and expressly mentions that they are only voluntary measures. Some of the measures on the Guidelines are already binding for companies through other domestic legislation. That is the case, for instance, of the clause that requires companies to practice equal pay regardless of gender, sexual orientation, ethnicity, race, origin, religious, physical appearance and disability or of the demands regarding anti-corruption measures and environmental sustainability commitments. To affirm that already mandatory measures are voluntary only serves to create confusion and to equip the malicious ones with instruments that allow them not to live up to what is expected of them.

<sup>9</sup> Interview, *Conectas Human Rights*, December 12, 2017, video, <https://youtu.be/FzByoGo71NM>.

<sup>10</sup> Resolution no. 2, December 22, 2020, CONINV, accessed February 10, 2021, <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coninv-n-2-de-22-de-dezembro-de-2020-296044638>.

State has not moved the agenda in order to raise corporate awareness about the theme and how their conducts can be especially harmful during the health crisis. In this sense, most companies sought financial relief from the government and pressed very hard for the economy to be opened, pushing for economic activities not to be affected by measures to prevent and contain the virus, despite what the scientific community warned and the population's requests.

Very little has been done by the government to raise awareness about the relations between businesses and human rights. Companies still largely ignore the GPs and when times come to raise to the challenges of a crisis, they have turned themselves to their specific needs related to profit.

The NG establishes that companies must monitor respect for human rights in their supply chain which is aligned with long lasting pledges from civil society but, since it is included in a list of voluntary measures, it does not stand a good chance of being followed by companies. And this is where the legislation falls short from the most recent discussion on the field: the fact that monitoring should be mandatory. This is not a claim with grounds only from civil society, it is a claim brought up by companies themselves.<sup>11</sup> It is useful for society to dispose of such a tool in order to access company's efforts to understand its risks as it is for companies to rely on such a tool in order to impact on its liability. The NG's provision on supply chain is a sole indication that companies should monitor it. It also states that companies have the responsibility not to violate workers, consumers and communities' rights and to accomplish that it must devise a risk control plan and tackle its impacts. Companies must avoid negative impacts on human rights caused by their activities and, also in this case, domestic legislation already provides for the duty and for the penalties. There are a few provisions that relate to labor rights of direct employees and all of them are already part of other domestic legislation that can be enforced with actual sanctions to companies. For instance, the NG requests companies to respect the right of association and union affiliation and the right to receive benefits as the weekly rest. These are rights for which there are corresponding duties in legislation in Brazil, in other words, nothing has been added by the Decree.

Very little of what is in the NG is not already in domestic legislation. Whatever novelty cannot be enforced since it is expressly conceived as a voluntary measure.

The voluntary nature of the decree lies in the discussion of how far one can advance on human rights protection when companies can decide what measures to implement, when to implement and to what extent to implement them.<sup>12</sup> The fact that the country still faces

---

<sup>11</sup> As the research carried out by the Alliance for Corporate Transparency, at the end of 2019, has recently showed. To know more: <https://www.allianceforcorporatetransparency.org/database/>.

<sup>12</sup> This discussion is well known on Business and Human Rights literature. Björn FASTERLING, "Human Rights Due Diligence as Risk Management: Social Risk Versus Human Rights Risk," *Business and Human Rights Journal* 2, no. 2 (2016): 225–47; George BRENKERT, "Business Ethics and Human Rights: An Overview," *Business and Human Rights Journal* 1, no. 2 (2016): 277–306.



human rights violations connected to businesses activities even after major disasters is a clear sign that needed measures have not been taken seriously.<sup>13</sup> The volunteer measures are not a novelty, but it was expected that Brazil would use the NG to try to enforce some of its regulations. And the fact that voluntary measures are not enough is clear as economy growth came to a stall in the past years and businesses became more aggressive to assure past levels of profit disfavoring labour protection. Although businesses are trusted to rise to the challenges – and COVID-19 is the greatest one so far in the century-, given the opportunity to act in a voluntary way, they have not lived up to it. This is the case of many companies in Brazil, which continued to operate despite the risks increased by the virus<sup>14</sup> granting no or little support for workers.<sup>15</sup>

The bottom line is that the National Guidelines present no innovation regarding duties of the state or companies' responsibilities; it falls short from presenting a text that can be immediately enforced and implemented leading to different results from those achieved so far by binding regulation already in place. One can wonder why any effort was put into such a legislation.

## II. Framing the Problem

States have an important role to play in curbing corporate human rights abuses and ensuring that victims get responses. It is through domestic regulation that it can demand respect for human rights, as suggested by Pillar I of the GPs. From the GPs it follows that states have obligations regarding human rights, including when their violation comes by the hands of third parties. The burden falls on states even though we recognize that many times there is no room for domestic regulation on issues touching corporate activity. The very possibility of a state regulating business activities raises the question of states competing for investment. It is really tricky to think that a state has a duty to protect but has no regulatory space that allows him to move without suffering the consequences for this.

Brazil today is one of those countries that also lack the political will to impose itself before companies, but much can be attributed to the fear of losing investments, which

---

<sup>13</sup> This is also pointed in UN Working Group on Business and Human Rights, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*, Version 1.0 (1 December 2014), [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG\\_%20NAPGuidance.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_%20NAPGuidance.pdf).

<sup>14</sup> Check Conectas at <https://www.conectas.org/noticias/greve-entregadores-precariizacao-trabalho-aplicativos>; FIDH Press Release, April 29, 2020, <https://www.fidh.org/pt/americas/brasil/brasil-pandemia-afeta-desproporcionalmente-as-comunidades-afetadas>, but there are also cases of businesses pressing the government not to apply measures to contain the spread of the virus, such as closing stores or reducing the number of people served.

<sup>15</sup> Conectas.org and Business and Human Rights Resource Centre joint initiative, with other organizations, pointed out that rural workers kept delivering food for millions of Brazilians during the pandemic under conditions involving lack of protective equipment, absence of labor rights and exploitation of their labor forces, see *Cem dias de pandemia: as ações da Conectas para defender a democracia e os direitos dos mais vulneráveis*, <https://www.conectas.org/noticias/cem-dias-de-pandemia-as-acoes-da-conectas-para-defender-a-democracia-e-os-direitos-dos-mais-vulneraveis>.

leads to economic consequences that have repercussions in elections. These situations might explain why Brazil would have passed a legislation that literally adds nothing to protection already existent.

It is necessary to find a narrative that contributes to the rapprochement of Latin American countries so that they can rediscover similarities in the challenges they face in relation to entrepreneurial activities and, hopefully, build a path together that leads to a range of solutions that are more efficient than those currently being presented.

One might ask why it is so hard for states to act according to international law of human rights. The text identifies the obstacles to holding corporations accountable, both domestically and internationally, either where the violation occurs; the country where the parent company is headquartered; and the international environment.

In the place where the violation occurs, the lack of corporate accountability can occur due to lack of institutions; lack of political will; lack of technical capacity or lack of legislation attributing responsibility. The impossibility of holding transnational corporations accountable in the country where the parent company is headquartered may be due to the alleged lack of extraterritorial jurisdiction or due to corporate structures.

In turn, transnational corporations cannot be held liable in the international environment because they are not recognised as subjects of international law for this purpose; because there is no binding instrument that imposes obligations on them; because there are no sanctions; because there is no court with jurisdiction over them. Each of these problems has its own nuances and developments. Once the problems have been established, it will be necessary to understand the theoretical framework from which a solution is to be extracted.

There is plenty of room for other proposals that can encourage victims of human rights violations. The possibility explored here is centred on the search for the strengthening and realisation of human rights through the use of the theory called *Ius Constitutionale Commune for Latin America (ICCAL)* in the belief that it can lay the foundations for a proposal that can be applied in the region.<sup>16</sup>

The genesis of the problems faced today in the business and human rights (BHR) field in Latin America lies in the need for investment, the legal protection of investors and the lack of room for domestic regulation leading to the weakening of the State in the face of economic activity. ICCAL pledges and allows for the strengthening of the State, and it comes in the rescue of the structure capable of confronting economic power.

### **III. The Opportunity Presented by ICCAL**

The ICCAL–*Ius Constitutionale Commune for Latin America* is a theory developed by Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi and Flavia Piovesan in the Max Planck

---

<sup>16</sup> I first discussed ICCAL in the face of state fragility in an article published in Portuguese. Section IV, with slight changes, is in Danielle Pamplona, “Um projeto comum para América Latina e os Impactos de Empresas em Direitos Humanos,” *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 9, no. 2 (2019): 287–302.

Institute for Comparative Public Law and International Law that seeks the transformation of the social and political realities in Latin America in order to create the necessary conditions to strengthen democracy, the rule of law and human rights.<sup>17</sup> From the point of view of the negative impacts that businesses present on human rights, the problem lies in the voluntariness of the current measures that seek to respond to the challenges imposed by this relationship – businesses and human rights – and the political inability of some States to provide adequate responses in their domestic environment. But the solution to voluntariness, which is the adoption of binding instruments, such as an international treaty, is something that is not firmly on the horizon.<sup>18</sup> The question is: is there another way to avoid, minimise or enable liability for human rights violations by business? The article argues that ICCAL is the theory that opens up a possibility insofar as – unlike other theses that seek to respond to the fragmentation of law at the international level with the need for the creation of a supranational structure<sup>19</sup> – it advocates the strengthening of states, not the further weakening of them. In this sense, the first ICCAL central element “... is to address the profound structural deficiencies in many countries, often due to weak institutions, which lead to insecurity, impunity or corruption.”<sup>20</sup> The idea here defended is in accordance with the Strategic Plan of the Inter-American Commission on Human Rights for the period 2017–2021, which expressly stated that:

The hemisphere presents rates of poverty, extreme poverty and profound social gaps that limit access to opportunities in conditions of equity for all person, particularly for the most vulnerable populations. The protection of and respect for ethnic groups, particularly in cases of macro-projects for development and extraction; challenges with the implementation of the duty to consult with indigenous and tribal peoples in a prior, free and informed manner and to guarantee their participation in all decisions regarding any intervention that impact their territories.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Rodolfo Arango, “Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina: Derechos Fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional,” in *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, ed. Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi (Inst Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014), 26–28.

<sup>18</sup> The activities of the UN Working Group that is currently in charge of the process of drafting a treaty on business and human rights are not unknown, nor is the fact that this process could take decades to reach its conclusion. On the progress of the work, see Adoración Guamná, “De documento del elementos al draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos,” *Revista de Direito Internacional* 15, no. 2 (2018): 84–114.

<sup>19</sup> Anderson Vichinkeski Teixeira, “Um direito sem estado? Direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global,” *Revista de Direito Internacional* 10, no. 2 (2013): 87–101.

<sup>20</sup> Armin von Bogdandy et alii. “Ius Constitutionale Commune en America Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism,” *MPIL Research Paper Series* (2016): 4, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2859583](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583).

<sup>21</sup> See: Plan estratégico 2017–2021 de la CIDH, available at <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/PlanEstrategico2017/default.asp>.

The aim here is for Latin American countries to agree on the content of the rights, including what the Inter-American Court of Human Rights says about them. Once this content has been established, it is necessary to address which is the possibility of using ICCAL instruments to address some of the challenges encountered.

The challenges in the country where the violations occur and where the parent company is located concern domestic law and the importance of the ICCAL lies in its concern to foster dialogue. What the Court decides must be applied in the different countries and it can, for example, indicate the need for laws to be passed or it can use the language of the GPs to establish some conduct for companies – as it has already done in the case of *Povos Kaliña y Lokono v. Suriname*.<sup>22</sup>

Furthermore, the lack of a binding instrument could be circumvented by documents produced by the Interamerican System other than Court decisions. They might be used demonstrate the constitution of a constitutional law that is common to the region. This is the case, for instance, of the report of the Inter-American Commission on Human Rights “Towards a comprehensive policy for the protection of human rights defenders”<sup>23</sup> that already recognizes that businesses also act in a veiled manner to promote legal actions against human rights defenders, community leaders and indigenous peoples with the intention of criminalizing and stigmatizing them.<sup>24</sup>

A 2014 Resolution<sup>25</sup> of the Organization of American States (OAS) recognizes that companies, regardless of their size, sector of activity, context or structure, have the responsibility to respect human rights in their activities, regardless of states’ capacity to fulfil their obligations in the matter. The resolution calls on Member States to disseminate the GPs as widely as possible and to encourage constructive dialogue between business, government and civil society, and other social actors, to implement the principles. It further requests the Permanent Council to promote the exchange of good practices and experiences in the promotion and protection of human rights in the business world.

A 2015 special session on the Promotion and Protection of Human Rights in the Area of Business was held in the Permanent Council when a report was presented on the social responsibility of business in the area of human rights and the environment in the

---

<sup>22</sup> Case decided by the Inter-American Court of Human Rights in 2015, where the extractive company was expressly mentioned in the topic in which the Court establishes the conducts for rehabilitation of the territory where its activities were carried out. See: *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Judgment of November 25, 2015 (Merits, Reparations and Costs), [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_ing.pdf).

<sup>23</sup> Inter-American Commission on Human Rights. Report OAS/Ser.L/V/II.124, 07/03/2006, 46, [https://cidh.oas.org/pdf%20files/DEFENSORES%20PORTUGUES%20\(Revisada\).pdf](https://cidh.oas.org/pdf%20files/DEFENSORES%20PORTUGUES%20(Revisada).pdf).

<sup>24</sup> Penelope Canan and George W. Pring, “Strategic Lawsuits against Public Participation,” *Social Problems* 35, no. 5 (1988): 506–19.

<sup>25</sup> OAS, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito Empresarial*, AG/RES. 2840 (XLIV-O/14). Adopted at the second plenary session held on 4 June 2014.

Americas.<sup>26</sup> In the year 2016, a Resolution for the Promotion and Protection of Human Rights<sup>27</sup> emphasizes that due to the reference made to the 2030 Agenda to the UN Guiding Principles, regional financing and development mechanisms, especially the Inter-American Development Bank, should support efforts for its implementation. Requests the IACHR “a study on Inter-American standards on business and human rights based on an analysis of conventions, jurisprudence and reports emanating from the Inter-American system, which can serve as an input to Member States’ efforts in various national and international initiatives in the area of business and human rights.”<sup>28</sup>

Finally, it urges the Inter-American Juridical Committee to compile good practices, initiatives, legislation, jurisprudence and challenges that can be used as a basis to identify alternatives for addressing the issue. Thus, in 2017, the Inter-American Juridical Commission publishes the study with a Resolution<sup>29</sup> and a Report<sup>30</sup> on companies and human rights, stating that business and human rights differ from Corporate Social Responsibility, the latter not recognizing obligations to corporations.

It goes further:

For this reason, companies have the obligation to respect, protect and enforce human rights in the same way that States must do, for which it is necessary for them to be aware of international norms not only on business but also on human rights. Thus, companies have a duty to respect human rights, which implies both the obligation to refrain from infringing on the human rights of third parties, and the need to address the negative consequences on human rights in which they are involved.<sup>31</sup>

Today, the topic of business and human rights is carried out by the Special Rapporteur on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights (REDESCA) created in 2017. And it could not be otherwise, since:

The Latin American region has been characterised by a high degree of social exclusion and inequality, compounded by democracies in the process of consolidation. The region is still living with reminiscences of the legacy of authoritarian and dictatorial regimes, a culture of violence and impunity, a low density of rule of law and a precarious tradition of respect for human rights in the domestic sphere.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> OAS, Segundo Informe. Responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas, OAS/Ser. CJI/doc.449/14 rev.1 Q, 24 Feb 2014.

<sup>27</sup> OAS, Promoción y Protección de Derechos Humanos, AG/RES. 2887 (XLVI-O/16.) Adopted at the second plenary session held on 14 June 2016.

<sup>28</sup> Ibid, par. 4.

<sup>29</sup> OAS, Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos, OAS/Ser. Q, 232 (XCI-O/17) de 9 marzo 2017.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Flávia Piovesan, “Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos,” in *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión. Coleção Constitucionalismo Contemporâneo*, eds.

This demonstrates that the Inter-American system is not alienated from the problem affecting the Latin American region. However, it is necessary to find ways to strengthen states so that it can convey the idea of the rule of law and respect for human rights, identifying ways to unblock the role of states vis-à-vis this “new” international actor. ICCAL makes it possible to outline a solution that is more appropriate to the current moment, fostering coordinated conduct among Latin American countries. The importance of applying ICCAL is due to the fact that different States have different responses to violations in their domestic systems. Some responses are better than others. Therefore, when ICCAL encourages the emergence of standards for the region, it is in fact a guide for the interpretation of different national norms and to foster strengthening of weaker States. It preaches the need for the content of rights to be harmonized among different states and that they must be strengthened, as they are the first response to rights abuses.

The need to adopt coordinated conduct is more evident in the face of the relationship of economic dependence established globally, in which some states cannot fulfil their commitments related to economic, social and cultural rights if they cannot count on some cooperation. It is essential to reflect on the responsibility of states to act beyond their territories to ensure that rights are realized.

To achieve this objective, it is necessary to understand that Latin American countries share common hurdles and that ICCAL provides the needed tool to foster a joint effort. It is necessary to introduce the elements, characteristics and objectives of ICCAL in order to assess whether they allow a viable proposal to be extracted for the problem presented.

Firstly, it is relevant to clarify that ICCAL is formulated from a legitimate concern for those excluded from the educational, economic, political and legal system in the countries of the region which are also the victims of human rights violations. The construction of the theory starts from a very clear objective that is to promote state conducts, specifically the Judiciary. As ICCAL aims to prevent and mitigate human rights violations, regardless of who is the violator, it fits the aims of the field of business and human rights. In this sense, among the objectives of the ICCAL is to ensure, at the regional level, the implementation of decisions and the fulfilment of central promises of post-authoritarian government constitutions. When Latin American states, after authoritarian regimes, commit to the implementation of human rights, they do not make any reservations about who is violating them. On the contrary, it is already well established in international law that the responsibility of States is to respect, protect and guarantee human rights. Thus, if a violation of a human right occurs from the State’s action or omission, although caused by the third entity, the state will respond. On the other hand, the elements of ICCAL are the openness of constitutions and the common discourse of comparative constitutional law in the service of democracy. In this sense: “Many rulings that, in the old paradigm,

---

Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, and Ferrero Eduardo Mac-Gregor (Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. México, 2017), 553.

seem like questionable judicial activism, are seen in the context of the new paradigm as proper to the judiciary in a constitutional democracy, gradually helping to implement the new constitutional project.”<sup>33</sup>

Thus, this new constitutional project requires attention to a content that does justice to the desires of society, starting with the prohibition of granting less protection than previously established. ICCAL stands out in forging the content of human rights, demanding that the different states engage in constant dialogue to achieve the best for a given historical moment. Yet, from another perspective, the relevance and success of ICCAL is given to its defence of the essential role of the State: “No author promoting Latin American common law advocates a public law that does not recognise a central role for state institutions. But it is also argued that these are not enough: the guarantee and development of these principles requires an open state and strong international institutions.”<sup>34</sup>

Herein lies the core convergence with the genesis issue of the BHR discussions, which is the existence of fragile states. ICCAL seeks to strengthen the state insofar as it is primarily responsible for the implementation of internationally recognised human rights. Stronger states in the global south, in a joint effort, enable a significant increase in respect for human rights, especially with regard to their capacity to deal with economic power. And this state strengthening is exactly what ICCAL is all about: “Progress on human rights requires the building of strong institutions, changes in political culture and transformations in social and economic structures.”<sup>35</sup> In the same vein, one of ICCAL’s objectives is to achieve the strengthening of international institutions:

But this should not lead to a global or regional state, <...> the new universalism that serves as a pillar for the concept of a Latin American common law in a universalism that point out that the state understood as a national constellation should disappear. The state remains a central element in this vision of the new public law <...> but in interaction with the international system.<sup>36</sup>

It does not mean that state or sovereignty would disappear, but yes would be transformed into concepts adjusted to contemporary transnational dynamics. There are three key concepts to understand ICCAL. First, inclusion. The new public law should combat exclusion from all social systems (health, education, economy, work and politics), which is fully in line with the objectives of business studies and human rights. Another concept is legal pluralism. To discuss the relationship between international and domestic law, ICCAL rejects the answers of monism and dualism and proposes that the different legal systems relate to each other in a normally stable manner, despite their normative

<sup>33</sup> Armin von Bogdandy, “Ius Constitutionale Latinoamericanum. Aclaración conceptual,” in *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, ed. Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, and Mariela Morales Antoniazzi (Inst Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014), 19.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 9.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 24.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 12.

independence and the conflicts that may arise. Joint and fruitful work is the rule and serious conflicts are the exception. The third concept that must be grasped for the understanding of ICCAL is the dialogue between the courts and between them and other actors. It was once possible for courts to decide on the basis of their authority, without offering much justification or arguments for their conclusions. Today, it is necessary to have sufficient argumentation for the parties to understand the reasons that lead to a certain decision; there is a process of convincing other actors. A national court can invalidate a decision by the Inter-American court and vice versa. This is why justification is essential to allow dialogue and the conviction that the decision adopted is not arbitrary. In addition, it is necessary that the parties involved in the dialogue, interested in fulfilling the same agenda, understand its meaning: “The concept of dialogue does not require harmony, but it only works if the parties are involved in a common project. In the absence of acceptance of this premise, there is only interaction, but not dialogue.”<sup>37</sup>

It is possible to find encouragement in the jurisprudence of the Inter-American Court to argue that the region is in a position to realise rights.<sup>38</sup> Thus, the characteristics of ICCAL, its elements and objectives, seem to fit what is intended in fostering the evolution of studies in BHR. The intention is to illuminate one of the possibilities that open up when seeking to build common human rights content and foster the harmonious conduct of states in the region in relation to economic activities based in other states.

## VI. Final Remarks

Identifying that Latin America suffers from the need to receive investments, the special protection granted to investors, and the consequent reduction of the regulatory space of States, the text proposes to use the ICCAL to propose a solution.

The proposal is based on the possibility that states in the region can strengthen their capacity to dialogue among themselves and with the Inter-American System about the content and meaning of human rights. The cohesion around the meaning and content of rights will allow for coordinated action, taking advantage of the creation of a common law to guide their conduct and decisions in the international environment as well.

The ICCAL is based on the different decisions of the Inter-American Court that recognise the role of companies in the occurrence of certain human rights violations and on other manifestations of other bodies of the system. By recognizing the existence of this common right, states can use an instrument that will strengthen their decisions to

---

<sup>37</sup> Armin von Bogdandy, “Ius Constitutionale Latinoamericanum. Aclaración conceptual,” in *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, ed. Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, and Mariela Morales Antoniazzi (Inst Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014), 15.

<sup>38</sup> Sergio García Ramírez, “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos,” in *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, ed. Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, and Mariela Morales Antoniazzi (Inst Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014), 492.



address the demands of economic power in a manner that is coherent and consistent with their international human rights commitments.

© D. A. Pamplona, 2021

## Bibliography

- Alden, Robert. "Mr. Allend Follows outline of Speech." *The New York Times*. December 5, 1972. <https://www.nytimes.com/1972/12/05/archives/allende-at-un-charges-assault-by-us-interests-chilean-president.html>.
- Amerson, Jena Martin. "'The End of the Beginning?': A Comprehensive Look at the U. N.'s Business and Human Rights Agenda from a Bystander Perspective." *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* 17, no. 4 (2012). Accessed July 20, 2021. <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1314&context=jcfl>.
- Armin von Bogdandy et alli. "Ius Constitutionale Commune en America Latina: a regional approach to transformative constitutionalism." *MPIL Research Paper Series* (2016). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2859583](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583).
- Brenkert, George. "Business Ethics and Human Rights: An Overview." *Business and Human Rights Journal* 1, no. 2 (2016): 277–306.
- Canan, Penelope, and George W. Pring. "Strategic Lawsuits against Public Participation." *Social Problems* 35, no. 5 (1988): 506–19.
- Cem dias de pandemia: as ações da Conectas para defender a democracia e os direitos dos mais vulneráveis. <https://www.conectas.org/noticias/cem-dias-de-pandemia-as-acoes-da-conectas-para-defender-a-democracia-e-os-direitos-dos-mais-vulneraveis>.
- Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporation, 1983. Accessed July 20, 2021. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2891>.
- Edelman Trust Barometer 2020. <https://www.edelman.com.br/estudos/edelman-trust-barometer-2020>.
- Fasterling, Björn. "Human Rights Due Diligence as Risk Management: Social Risk Versus Human Rights Risk." *Business and Human Rights Journal* 2, no. 2 (2016): 225–47.
- FIDH Press Release, 29 April 2020. <https://www.fidh.org/pt/americas/brasil/brasil-pandemia-afeta-desproporcionalmente-as-comunidades-afetadas>.
- Guarná, Adoración. "De documento del elementos al draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos." *Revista de Direito Internacional* 15, no. 2 (2018): 84–114.
- "Human Rights: Is It Any of Your Business?" Amnesty International, April 2000. <https://www.amnesty.org/download/Documents/HRELibrary/sec010222008eng.pdf>.
- Inter-American Commission on Human Rights. Report OAS/Ser.L/V/II.124, 07/03/2006, 46. [https://cidh.oas.org/pdf%20files/DEFENSORES%20PORTUGUES%20\(Revisada\).pdf](https://cidh.oas.org/pdf%20files/DEFENSORES%20PORTUGUES%20(Revisada).pdf).
- Interview, *Conectas Human Rights*. December 12, 2017. Video. <https://youtu.be/FzByoGo71NM>.
- Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, edited by Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, and Mariela Morales Antoniazzi. México: Inst Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

- Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión. Coleção Constitucionalismo Contemporâneo*, edited by Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, and Ferrero Eduardo Mac-Gregor. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- Mirzabegian, Sera. "Big Tobacco v Australia: Challenges to Plain Packaging." *Business and Human Rights Journal* 4, no. 1 (2019): 177–84.
- Nabuco, Joana, and Leticia Aleixo. "Rights Holders' Participation and Access to Remedies: Lessons Learned from the Doce River Dam Disaster." *Business and Human Rights Journal* 4, no. 1 (2019): 177–84.
- OAS, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito Empresarial*, AG/RES. 2840 (XLIV-O/14). Adopted at the second plenary session held on 4 June 2014.
- OAS, *Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos*, OAS/Ser.Q, CJI/doc.522/17 rev.2 de 9 marzo 2017.
- OAS, *Promoción y Protección de Derechos Humanos*, AG/RES. 2887 (XLVI-O/16.) Adopted at the second plenary session held on 14 June 2016.
- OAS, *Segundo Informe. Responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas*, OAS/Ser. CJI/doc.449/14 rev.1 Q, 24 Feb 2014.
- Pamplona, Danielle Anne. "Das violações de direitos humanos e do envolvimento de grandes corporações." In *Empresas e Direitos Humanos*, edited by Flávia Piovesa, Virgínia P. Soares Inês, and Marcelo Torelly, 171–84. Editora JusPodivm, 2018.
- Pamplona, Daniella Anne. "Um projeto comum para América Latina e os Impactos de Empresas em Direitos Humanos." *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 9, no. 2 (2019): 287–302.
- Plan estratégico 2017–2021 de la CIDH. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/PlanEstrategico2017/default.asp>.
- Resolution no. 2, December 22, 2020, CONINV. Accessed February 10, 2021. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coninv-n-2-de-22-de-dezembro-de-2020-296044638>.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. "Um direito sem estado? Direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global." *Revista de Direito Internacional* 10, no. 2 (2013): 87–101.
- UN, Human Rights Council, *Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Brazil – Resolution, A/HCR/32/45/Add.1* (12 May 2016).
- UN Working Group on Business and Human Rights, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*, Version 1.0 (1 December 2014). [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG\\_%20NAPGuidance.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_%20NAPGuidance.pdf).

**Данієлла Анна Памплона. Виклики та можливості розвитку прав людини і бізнес-сфери в Бразилії та Латинській Америці: теорія спільного конституційного проєкту для Латинської Америки (A *Ius Constitutionale Commune*)**

**Анотація.** У своїй статті бразильська професорка Данієль Енн Памплона описує роль спільного конституційного проєкту для Латинської Америки (ICCAL) у зміцненні інвестиційного потенціалу країн Латинської Америки, зміцнення спроможності латиноамериканських держав

і бізнесів поважати та захищати права людини. ICCAL – це новітня теорія, розроблена Арміном фон Богданді, Марієлою Моралес Антоніаці та Флавією Піовесан в Інституті порівняльного публічного права і міжнародного права імені Макса Планка, яка прагне сприяти трансформації суспільних і політичних реалій у Латинській Америці задля створення необхідних умов для зміцнення демократії, верховенства права та прав людини. Нинішня ситуація у регіоні характеризується низкою викликів, що мають різноплановий характер: високі показники бідності, глибокі соціальні розриви, які обмежують доступ до можливостей, особливо для найбільш уразливих верств населення; етнічним групам і корінним народам не забезпечено захист та повагу при реалізації макропроектів, наприклад, у сфері видобувної промисловості, відсутність норм і практик про обов'язок компаній щодо проведення широких консультацій із корінними та племінними народами та гарантування їхньої участі в усіх рішеннях щодо будь-якого втручання, що впливає на їхні території.

Підхід ICCAL щодо проблем бізнесу і прав людини ґрунтується на різних рішеннях Міжамериканського суду, які визнають роль компаній у здійсненні негативного впливу на права людини, але водночас чітко артикулюють зобов'язання держав і бізнесу в сфері прав людини у термінах Керівних принципів прав людини. Як пояснює авторка, потенційна роль ICCAL полягає у тому, що він може стати практичним посібником для тлумачення різних національних норм і сприяння зміцненню слабших держав. Він також може зміцнити діалог між державами регіону та з Міжамериканською системою захисту прав людини. Згуртованість навколо значення та змісту прав людини дасть змогу державам і компаніям більш ефективно координувати дії у напрямі просування прав людини.

**Ключові слова:** права людини; зобов'язання у сфері прав людини; бізнес і права людини; Латинська Америка; Міжамериканська система захисту прав людини.

### **Даниэлла Анна Памплона. Вызовы и возможности развития прав человека и бизнес-сферы в Бразилии и Латинской Америке: теория общего конституционного проекта для Латинской Америки (A Ius Constitutionale Commune)**

**Аннотация.** В своей статье бразильская профессор Даниэлла Анна Памплона описывает роль общего конституционного проекта для Латинской Америки (ICCAL) в укреплении инвестиционного потенциала стран Латинской Америки, укрепления способности латиноамериканских государств и бизнеса уважать и защищать права человека. ICCAL – это новейшая теория, разработанная Армином фон Богданди, Мариэль Моралес Антониацци и Флавией Пиовесан в Институте сравнительного публичного права и международного права имени Макса Планка, которая стремится способствовать трансформации общественных и политических реалий в Латинской Америке для создания необходимых условий для укрепления демократии, верховенства права и прав человека. Нынешняя ситуация в регионе характеризуется рядом вызовов, имеющих разноплановый характер: высокие показатели бедности, глубокие социальные разрывы, которые ограничивают доступ к возможностям, особенно для наиболее уязвимых слоев населения; группам и коренным народам не обеспечено защиту и уважение при реализации макропроектов, например, в сфере добывающей промышленности, отсутствие норм и практик об обязанности компаний по проведению широких консультаций с коренными и племенными народами и обеспечения их участия во всех решениях в отношении любого вмешательства, влияет на их территории.

Подход ICCAL по проблемам бизнеса и прав человека основывается на различных решениях Межамериканского суда, которые признают роль компаний в осуществлении негативного

воздействия на права человека, но одновременно четко артикулируют обязательства государств и бизнеса в сфере прав человека в терминах Руководящих принципов прав человека. Как объясняет автор, потенциальная роль ICCAL заключается в том, что он может стать практическим пособием для толкования различных национальных норм и содействия укреплению слабых государств. Он также может укрепить диалог между государствами региона и с Межамериканской системой защиты прав человека. Сплоченность вокруг значения и содержания прав человека позволит государствам и компаниям более эффективно координировать действия в направлении продвижения прав человека.

**Ключевые слова:** права человека; обязательства в области прав человека; бизнес и права человека; Латинская Америка; Межамериканская система защиты прав человека.

**Danielle Anne Pamplona. Challenges and Opportunities for Developing the Human Rights and Business Field in Brazil and Latin America: A *Ius Constitutionale Commune***

**Abstract.** In her article, Brazilian professor Daniela Ann Pamplona describes the role of the Joint Constitutional Project for Latin America (ICCAL) in strengthening the investment potential of Latin American countries, strengthening the capacity of Latin American countries and businesses to respect and protect human rights. ICCAL is the latest theory developed by Armin von Bogdandi, Mariela Morales Antoniazzi and Flavia Piovesan at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, which seeks to promote the transformation of social and political realities in Latin America to create the necessary democratic conditions. and human rights. The current situation in the region is characterized by a number of multifaceted challenges: high poverty rates, deep social gaps that limit access to opportunities, especially for the most vulnerable; Ethnic groups and indigenous peoples are not protected and respected in the implementation of macro-projects, such as mining, the lack of norms and practices on the obligation of companies to consult widely with indigenous and tribal peoples and to ensure their participation in any decision to intervene affects their territories.

ICCAL's approach to business and human rights is based on various Inter-American Court rulings that recognize the role of companies in adversely affecting human rights, but at the same time clearly articulate the human rights obligations of governments and businesses in terms of the Human Rights Guidelines. As the author explains, the potential role of ICCAL is that it can be a practical guide for interpreting different national norms and helping to strengthen weaker states. It can also strengthen dialogue between countries in the region and with the Inter-American Human Rights System. Cohesion around the meaning and content of human rights will allow states and companies to more effectively coordinate and coordinate actions to promote human rights.

**Keywords:** human rights; human rights obligations; business and human rights; Latin America; Inter-American system of human rights protection.

Одержано/Received 01.03.2021

## CORRUPT FROM THE HEAD DOWN: HUMAN RIGHTS IMPACT OF POLITICAL FAVOURITISM IN PUBLIC PROCUREMENT

### Introduction

Adopted in 2011, the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs),<sup>1</sup> represent a shift in perspective on human rights responsibilities: the UNGPs introduced the business responsibility to respect human rights and compelled states to deliver on their obligations to protect human rights from abuses in the private sector. This novel approach also challenged the traditional paradigm that some areas of governance are subject to strictly economic analysis and, hence, unreceptive of social approaches, including human rights. One such area addressed by the UNGPs is the so-called state-business nexus that addresses the state's role as an economic actor. Principles 4–6 suggest that as states are primary duty holders of human rights responsibilities, they should “take additional steps” and “lead by example” in the governance of state-owned enterprises, public procurement, and privatisation, and use their position as a leverage to promote business respect for human rights.<sup>2</sup>

The UNGPs' special emphasis on state actions under the role as an economic agent is closely connected to states' primary roles and obligations. Regardless of the rules of the market that apply to economic actors, states are bound by public interests first and foremost, including the human rights of persons under its jurisdiction. Immense regulatory, policy-making and executive powers entrusted to state institutions through the social contract also necessitate special care on how these powers are exerted. Therefore, states have an unwavering and primary obligation to act in conformity with human rights norms, standards, and requirements, even when acting as an economic agent, and are accountable for any violations.

Beyond direct implications, the state's actions as an economic agent can also dictate what is permissible on the market. Acting as economic actors, states conduct business

---

\* Ніка Аревадзе, дослідник, магістр права з міжнародного права, прав людини, Університет Лунду; аспірант Університету Осло, Норвегія.

Nika Arevadze, Researcher, LLm in International Human Rights Law, Lund University; MPhil Candidate in Theory and Practice of Human Rights, University of Oslo, Norway.

e-mail: nikaa@uio.no

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9048-4699>

<sup>1</sup> UN, Human Rights Council, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework 2011*, A/HRC/17/31.

<sup>2</sup> *Ibid*, Principles 4–6.

with business<sup>3</sup> and, in this relationship, their actions represent an (either positive or negative) example and have a significant influence on the private sector behaviour. In other words, if the state's actions on the market do not comply strictly with its direct human rights obligations to *protect, respect* and *fulfil*, business entities are far less likely to deliver on their voluntary responsibility to *respect* human rights.

Public procurement is a significant aspect of the state-business nexus. It is the process where state agencies or other public entities enter the market as buyers of goods, services and works.<sup>4</sup> Moreover, it represents a significant part of the global economy – its share in the global Gross Domestic Product (GDP) was 12 % in 2018, amounting to 11 trillion USD.<sup>5</sup> Considering the functions and volume public procurement encompasses, it has direct and indirect links with the human rights of a wide array of rightsholders. These linkages have been addressed in business and human rights scholarship,<sup>6</sup> as well as in the works of international human rights bodies.<sup>7</sup> However, this attention has mainly been directed towards policy and regulatory analysis of whether public procurement reflects human rights considerations and how it can be managed. Meanwhile, root governance issues that create the gap between public procurement and human rights and contribute to the lack of progress remain relatively unexplored.

This paper investigates a prevalent governance issue in public procurement – political favouritist corruption schemes<sup>8</sup> and their role in the paradoxical lack of progress in aligning public procurement systems with human rights requirements. Whereas all types of corruption are widespread in public procurement, political favouritism often has an

<sup>3</sup> Christine Parker and John Howe, “Ruggie’s Diplomatic Project and Its Missing Regulatory Infrastructure,” in *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (Brill Nijhoff, 2012), 284.

<sup>4</sup> For instance: “Public Procurement – OECD”, OECD, accessed February 10, 2021, <http://www.oecd.org/governance/public-procurement/>; “Public Procurement,” European Commission, accessed February 10, 2021, [https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement_en).

<sup>5</sup> “How Large Is Public Procurement?” World bank blogs, accessed February 9, 2021, <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/how-large-public-procurement>.

<sup>6</sup> For instance, for extensive discussion on procurement and human rights see Olga Martin-Ortega and Claire Methven O’Brien, *Public Procurement and Human Rights* (Edward Elgar Publishing, 2019).

<sup>7</sup> For instance, for the recent analysis see UN, Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises on Connecting the Business and Human Rights and the Anticorruption Agendas*, A/HRC/44/43 (2020), paras 12–13.

<sup>8</sup> While other terms have also been used to refer to concepts and effects of similar issues (Susan Rose-Ackerman provides terms such as “administrative corruption,” “crony capitalism” and “state capture” in: Susan Rose-Ackerman, “The Challenge of Poor Governance and Corruption,” *DIREITO GV L. Rev. Especial* 1 (2005): 207, 218). This text employs political favouritism in public procurement to denote the arrangement where companies or their owners create connections with political parties, mainly through donations, and, in return, are rewarded by public procurement contracts. See, Bruno Baranek and Vitezslav Titl, “The Cost of Favoritism in Public Procurement,” FEB Research Report Department of Economics (2020); Audinga Baltrunaite, “Political Contributions and Public Procurement: Evidence from Lithuania,” *Journal of the European Economic Association* 18 (2020): 541; Vitezslav Titl and Benny Geys, “Political Donations and the Allocation of Public Procurement Contracts,” *European Economic Review* 111 (2019): 443.

appearance of legality, is deeply embedded in the system, and penetrates high levels of government. Political favouritism entails the prioritization of private gains over public interests in public procurement and, if it takes a systemic form, it can erode public trust in government institutions and, regardless of legal consequences, damage companies' social license to operate. Finally, it also erases the traditional public-private divide and creates opportunities for corporate capture.<sup>9</sup>

Due to these factors, political favouritism in public procurement can have a negative impact on individual rights and obstruct the implementation of human rights policies in governance. Moreover, as this paper argues below, human rights integration can threaten such corrupt schemes by obstructing the regular flow of illicit funds or imposing additional transparency and oversight on procurement deals. Therefore, political favouritist schemes can be conceptualized as a fundamental roadblock for integrating human rights into public procurement.

The paper analyses relevant primary and secondary sources in the fields of business and human rights, governance, and economics and organizes the discussion as follows: section 2 discusses the links between public procurement and human rights; section 3 analyses the role of corruption in general and political favouritism in particular within public procurement; section 4 outlines the risks, impacts, and obstructive effects of political favouritist schemes for individual human rights and the human rights approach to the public procurement governance; section 5 concludes and suggests directions for further research.

## I. Public Procurement and Human Rights

Links between human rights and public procurement, as apparent as they might seem through a systemic analysis, are rarely recognized by procurement regulations, partially due to the traditional construction of procurement systems. Public procurement is regulated by differing national or organizational rules, but similar structural elements of the process can be identified across jurisdictions. It consists of pre-bidding (decision to contract and definition of contract characteristics), bidding (contracting process and award) and post-bidding (contract implementation and monitoring) phases.<sup>10</sup> Moreover, the primary aims guiding public procurement can be generalized as value for money, non-discrimination between tenderers, and open competition.<sup>11</sup> Governments have

<sup>9</sup> UN, Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations*, paras 72–74.

<sup>10</sup> Wim Wensink and Jan Maarten de Vet, "Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU" (Made for the European Commission by PwC and Ecorys with support of Utrecht university, 2013), 45, [https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying\\_reducing\\_corruption\\_in\\_public\\_procurement\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf).

<sup>11</sup> Olga Martin-Ortega and Claire Methven O'Brien, "Public Procurement and Human Rights: Interrogating the Role of the State as Buyer," in *Public Procurement and Human Rights* (Edward Elgar Publishing, 2019), 5.

also incorporated secondary social and environmental goals into public procurement regulations, such as combating modern slavery in the UK<sup>12</sup> or promoting equality in South Africa,<sup>13</sup> adopting “social,” “green” or “sustainable procurement” models.<sup>14</sup> However, such approaches remain scarce<sup>15</sup> and, even when adopted, social and environmental goals are indeed secondary to and sidelined by the economic objectives of public procurement.

Through public procurement, states purchase a wide array of goods, works and services to carry out public functions. The material scope of public procurement can include purchasing anything from office supplies to military equipment, as well as commissioning the construction of fundamental infrastructure or ensuring the provision of public services.<sup>16</sup> Public procurement is also linked to the wave of privatisation in recent years, through which the private sector has increasingly become responsible for activities traditionally performed by governments.<sup>17</sup> As a result, governments purchase goods and services that they directly produced or performed in the past, including core public services, such as criminal justice, education, health and social care.

Public procurement of essential goods and services is directly linked to states’ human rights obligations. The decision of what the state purchases, i.e., the substance and quality of acquired goods and services can determine whether the state fulfils its (international or national) human rights obligations, especially in the area of economic, social and cultural rights. For instance, if procured healthcare or education do not meet the qualitative standards required by the corresponding human right, the state might be found to have violated its obligation to fulfil.

Even when public procurement is not connected to the delivery of essential services, the process is linked to human rights impacts based on who the state purchases goods and services from. Companies in public procurement value chains can be involved in or linked to violations of labour rights, discrimination, environmental harm or other adverse human rights impacts. Through the doctrine of positive human rights obligations, states can be held liable for human rights violations in public procurement value chains and

---

<sup>12</sup> Olga Martin-Ortega, “Public Procurement as a Tool for the Protection and Promotion of Human Rights: A Study of Collaboration, Due Diligence and Leverage in the Electronics Industry,” *Business and Human Rights Journal* 3 (2018): 75, 78.

<sup>13</sup> Geo Quinot, “Constitutionalising Public Procurement through Human Rights: Lessons from South Africa,” in *Public Procurement and Human Rights*, eds. Olga Martin-Ortega and Claire Methven O’Brien (Edward Elgar Publishing, 2019), 78–79.

<sup>14</sup> Claire Methven O’Brien and Olga Martin-Ortega, “Human Rights and Public Procurement of Goods and Services,” in *Research Handbook on Human Rights and Business*, eds. Surya Deva and David Birchall (Edward Elgar Publishing, 2020), 278.

<sup>15</sup> UN, Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations*, para 13.

<sup>16</sup> O’Brien and Martin-Ortega, “Human Rights and Public Procurement.”

<sup>17</sup> UN, The Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, *Privatisation, Extreme Poverty and Human Rights*, A/73/396 (2018), paras 1–2, accessed February, 11, 2021, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Poverty/Pages/Privatisation.aspx>.



respective procurement regulations and rules (or the lack thereof) can be at the centre of such scrutiny.<sup>18</sup>

Moreover, its significant share in the global and national economies makes public procurement an essential instrument to promote and secure human rights in the private sector. Through their substantial purchasing power, states hold considerable leverage on private producers and service providers to influence their social, environmental or governance policies and create demand for responsible business performance.<sup>19</sup> On the other hand, the absence of human rights considerations in public procurement regulations, tenders and contracts might be understood by the private sector as an indication of the secondary and peripheral nature of human rights in the state agenda. In any case, state recognition of the linkages between human rights and public procurement can have significant direct and indirect impacts on stakeholders' human rights.

The significance of public procurement for human rights in business is recognized by the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. The state duty to protect human rights under the UNGPs includes operational principles applicable to states' actions under their role as economic agent.<sup>20</sup> These principles, united under the umbrella term "state-business nexus," include Principle 6 which stipulates that "states should promote respect for human rights by business enterprises with which they conduct commercial transactions."<sup>21</sup> Apart from the UN framework, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) has also been promoting integrating human rights, labour, gender and other social considerations into public procurement systems through the concept of Responsible Business Conduct (RBC).<sup>22</sup> In light of these developments, states increasingly include public procurement in their National Action Plans (NAPs) on business and human rights<sup>23</sup> and there have been few positive examples of incorporating social and environmental considerations into public procurement regulations as secondary aims.<sup>24</sup>

However, public procurement regimes remain resistant to incorporating human rights and respective instruments, such as human rights impact assessment. O'Brien and Martin-Ortega (2018) note that, compared to the increasing expectations for the private

---

<sup>18</sup> Edoardo Alberto Rossi, "Human Rights Clauses in Public Procurement: A New Tool to Promote Human Rights in (States') Business Activities?" in *Legal Sources in Business and Human Rights* (Brill Nijhoff, 2020), 277; O'Brien and Martin-Ortega, "Human Rights and Public Procurement," 255.

<sup>19</sup> Martin-Ortega, "Public Procurement as a Tool for the Protection," 75–77.

<sup>20</sup> UNGPs Principles 4–6.

<sup>21</sup> *Ibid.*, Principle 6.

<sup>22</sup> OECD, "1. Public Procurement – Supporting Responsible Business Conduct | Integrating Responsible Business Conduct in Public Procurement" (*OECD iLibrary*, 22 December 2020), accessed February 16, 2021, [https://www.oecd-ilibrary.org/sites/02682b01-en/1/3/1/1/index.html?itemId=/content/publication/02682b01-en&\\_csp\\_=e1facecd62f7ae24f03312574370f56e&itemIGO=oecd&itemContentType=book](https://www.oecd-ilibrary.org/sites/02682b01-en/1/3/1/1/index.html?itemId=/content/publication/02682b01-en&_csp_=e1facecd62f7ae24f03312574370f56e&itemIGO=oecd&itemContentType=book).

<sup>23</sup> "Public Procurement," National Action Plans on Business and Human Rights, accessed February 16, 2021, <https://globalnaps.org/issue/public-procurement/>.

<sup>24</sup> O'Brien and Martin-Ortega, "Human Rights and Public Procurement," 278.

sector, the absence of public buyers' supply chain responsibilities for human rights from legislative or policy frameworks is paradoxical.<sup>25</sup> This divergence is surprising especially because states are the primary bearers of human rights obligations, and human rights law does not allow duty bearers to brush human rights aside.<sup>26</sup>

To explain the paradox, the existing literature discusses the prioritization of the so-called "primary" aims of public procurement.<sup>27</sup> In other words, economic objectives such as value for money and fair competition between bidders, outweigh or stonewall social and environmental objectives. However, literature does not account for other factors that are not part of regulatory or policy frameworks but nonetheless represent a structural element of the governance of public procurement. This paper opens the discussion on the role of a prevalent practice of awarding public procurement contracts based on political favouritism and suggests that this systemic issue threatens primary and secondary aims of procurement alike. Accordingly, the next section discusses the nature and role of political favouritist corrupt schemes in public procurement systems.

## II. Political Favouritist Corrupt Schemes in Public Procurement

With a significant impact on human rights, public procurement systems rarely reflect these links in their governance. On the other hand, public procurement systems face structural governance issues that further complicate bridging this gap. The paper argues that corruption in general and political favouritism, in particular, represent one such obstacle.

Public procurement is particularly susceptible to corruption due to a large number of funds involved, the complexity of the process, and close interactions between public officials and private sector representatives it involves.<sup>28</sup> As a result, public procurement can entail multiple types of corruption risks that can vary depending on the procurement phase, national or institutional context, and other factors.<sup>29</sup> Article 9 of the UN Convention against Corruption specifically addresses the issue of corruption in public procurement.<sup>30</sup> Compared to other types, high-level institutionalized corruption is more prevalent in

<sup>25</sup> Claire Methven O'Brien and Olga Martin-Ortega, "Discretion, Divergence, Paradox: Public and Private Supply Chain Standards on Human Rights" (Social Science Research Network 2018) SSRN Scholarly Paper ID 3197615 2–3, accessed February 15, 2021, <https://papers.ssrn.com/abstract=3197615>.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> See for instance, O'Brien and Martin-Ortega, "Human Rights and Public Procurement," 247–53.

<sup>28</sup> *Preventing Corruption in Public Procurement* (OECD, 2016), 6, <http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>.

<sup>29</sup> On varying forms of corruption in public procurement see Tina Søreide, *Corruption in Public Procurement. Causes, Consequences and Cures* (Chr Michelsen Institute, 2002), 13–19; Sope Williams-Elegbe, "Systemic Corruption and Public Procurement in Developing Countries: Are There Any Solutions?" *Journal of Public Procurement* (2018): 134–38; Mike Balthazar Beke, "Political Influence in Public Procurement: Balancing between Legality and Illegality" (PhD diss., Universidad Complutense De Madrid, 2017), 140–248.

<sup>30</sup> United Nations Convention Against Corruption 2003, A/58/422, Article 9.

public procurement.<sup>31</sup> This type of corruption can often appear legal and its detection and prevention depend on “the underlying general principles”<sup>32</sup> of public procurement.

The practice of awarding public procurement contracts based on political favouritism fits perfectly within the definition of high-level institutionalized corruption. This involves trading mutual favours between private and public actors: in return for political contributions, businesses get government contracts, and this arrangement benefits both parties by sponsoring their respective agendas.<sup>33</sup> The scope of this arrangement is not limited to a single institutional setting; it connects businesses, various agencies, and political party structures, and penetrates high levels of government.

The existing country-specific research provides insight into the prevalence of political favouritism in public procurement practices. For instance, 2010 data from the Czech Republic revealed that only 1.1 % of all firms were registered as public contractors, whereas 12,9 % of political donor firms received public contracts.<sup>34</sup> A 2020 article studied public procurement data from Lithuania before and after the 2012 ban on corporate political donations. The findings suggested that donor companies had “a steady and unexplained higher chance of winning in procurement tenders” even in Lithuania’s relatively less corrupt and strictly regulated context, whereas this gap disappeared after the ban.<sup>35</sup> Similar patterns of allocating large portions of procurement contracts to companies that have donated to political parties have been observed in the large spectrum of countries such as, for instance, Romania,<sup>36</sup> Hungary,<sup>37</sup> Croatia,<sup>38</sup> Turkey,<sup>39</sup> Brazil<sup>40</sup> and the US.<sup>41</sup>

<sup>31</sup> High-level institutionalized corruption refers to “the allocation and performance of public procurement contracts by bending prior explicit rules and principles of good public procurement in order to benefit a closed network while denying access to all others.” Mihály Fazekas and Luciana Cingolani, “Breaking the Cycle? How (Not) to Use Political Finance Regulations to Counter Public Procurement Corruption,” *The Slavonic and East European Review* 95 (2017): 76, 80.

<sup>32</sup> Mihály Fazekas, István János Tóth, and Lawrence P. King, “Corruption Manual for Beginners: ‘Corruption Techniques’ in Public Procurement with Examples from Hungary,” *Corruption Research Center Budapest Working Paper no. CRCB-WP/2013 1* (2013): 7.

<sup>33</sup> Fazekas and Cingolani, “Breaking the Cycle?” 81.

<sup>34</sup> Titl and Geys, “Political Donations,” 447.

<sup>35</sup> Baltrunaite, “Political Contributions and Public Procurement,” 542–43.

<sup>36</sup> Madalina Doroftei and Valentina Dimulescu, “Corruption Risks in the Romanian Infrastructure Sector,” in *Government favouritism in Europe: The anticorruption report 3*, ed. Alina Mungiu-Pippidi, vol. 3 (Verlag Barbara Budrich, 2015).

<sup>37</sup> Mihály Fazekas, Péter András Lukács, and István János Tóth, “The Political Economy of Grand Corruption in Public Procurement in the Construction Sector of Hungary,” in *Government Favouritism of Europe*.

<sup>38</sup> Munir Podumljak and Elizabeth David-Barrett, “Political Favouritism in Croatian Public Procurement,” in *Government Favouritism in Europe*.

<sup>39</sup> Uğur Emek and Muhittin Acar, “Public Procurement in Infrastructure: The Case of Turkey,” in *Government Favouritism in Europe*.

<sup>40</sup> Taylor C. Boas, F. Daniel Hidalgo, and Neal P. Richardson, “The Spoils of Victory: Campaign Donations and Government Contracts in Brazil,” *The Journal of Politics* 76 (2014): 415.

<sup>41</sup> Daniel Bromberg, “Can Vendors Buy Influence? The Relationship between Campaign Contributions and Government Contracts,” *International Journal of Public Administration* 37 (2014): 556.

As a rule, such practices rarely look illegal as financial transactions at the heart of this corrupt arrangement take place in the constraints of legality: neither corporate donations nor reimbursing for a procurement contract is illegal *per se*. As a result, this corrupt practice often goes on without detection, prevention, or other kinds of state reaction. Moreover, the exchange of donations and public contracts are not immediate and corresponding, meaning that these are part of broader schemes and systematic rather than singular *quid pro quo* trades.<sup>42</sup> However, manipulation of public procurement systems is done in the shadows and requires the lack of transparency and accountability, as well as wide discretion for responsible public officials and less restrictive procurement regulations. Subsequently, contracts exempt from public procurement law,<sup>43</sup> as well as flexibly regulated smaller contracts are more likely to be awarded to donating companies.<sup>44</sup> However, open bidding procedures can also be exploited to favour politically connected companies through, for instance, tailoring contract specifications to donating companies or leaking information on competing bids and companies.<sup>45</sup> Another method to ensure the smooth operation of this corrupt scheme is to decapacitate monitoring and oversight institutions and guarantee the lack of accountability.<sup>46</sup>

The practice of awarding public procurement contracts based on political favouritism violates the private-public divide that is essential to a functioning state.<sup>47</sup> Accordingly, this arrangement violates the primary objectives of public procurement as it disrupts open competition and discriminates against bidders without political connections. At the same time, it stands against the principles of free elections and democracy by channelling illegitimate funds to campaigns of, most probably, ruling parties. However, as the next section argues, this corrupt scheme also has a significant negative impact on the population's social and economic interests.

### III. Political Favouritism in Public Procurement and Human Rights

Aside from damaging the foundational principles of both public procurement and political system, political favouritism has more immediate costs. For such deals to remain lucrative for both parties, the price of government contracts needs to be inflated or the quality of delivered services and goods needs to be reduced below the standard.<sup>48</sup>

A 2020 study of Czech public procurement revealed that tenders allocated to politically connected firms were overpriced by at least 8%, totalling a loss of 128 million USD from 2006 to 2018.<sup>49</sup> The study from Lithuania also estimates that cost increases in public

---

<sup>42</sup> Fazekas and Cingolani, "Breaking the Cycle?" 81.

<sup>43</sup> Emek and Acar, "Public Procurement in Infrastructure," 84.

<sup>44</sup> Titl and Geys, "Political Donations," 445.

<sup>45</sup> Baltrunaite, "Political Contributions and Public Procurement," 543.

<sup>46</sup> Elizabeth Dávid-Barrett and Mihály Fazekas, "Grand Corruption and Government Change: An Analysis of Partisan Favoritism in Public Procurement," *European Journal on Criminal Policy and Research* 1 (2019): 415.

<sup>47</sup> Fazekas and Cingolani, "Breaking the Cycle?" 82.

<sup>48</sup> *Ibid*, 81.

<sup>49</sup> Baranek and Titl, "The Cost of Favoritism," 3–4.

procurement caused by political favouritism (more specifically, corporate donations) equals 1% of the GDP and eliminating this corrupt arrangement would save about 180 million EUR annually.<sup>50</sup> In the meantime, higher prices do not result in increased quality of deliverables;<sup>51</sup> rather, the diversion of public funds towards the parties in this illicit deal brings about low-quality and unsafe works, goods and services.<sup>52</sup> Moreover, in settings where corrupt schemes are well-embedded and systemic, new procurement needs for deteriorating goods, such as repairs for infrastructure, can be exploited to maintain and further corrupt deals between politicians and businesses. As a result, political favouritism in public procurement undermines the value for money principle and diverts budgetary funds from public interests to benefit political and business elites, at the same time lowering the quality of procured goods and services.

These financial and qualitative effects of political favouritism entail negative social impacts. As favouritism is normally sustained in a homogenous group, in this case, in political elites and their loyal business counterparts, it decreases aggregate social welfare and perpetuates inequality among social groups.<sup>53</sup> This can also hamper the growth of local businesses and decrease foreign investments that, in turn, can result in declining job opportunities, reducing tax revenues and other negative impacts on social development.<sup>54</sup> Moreover, budgetary funds are a limited resource and often serve to secure basic public needs such as healthcare, education or basic infrastructure. Diverting as much as 1 % of the GDP<sup>55</sup> to the parties of this corrupt scheme subtracts it from the funds that could otherwise be spent for more or better-quality goods and services, proportionally lowering the amount or quality of social spending. Finally, corruption in a broad sense has been demonstrated to negatively affect life expectancy, maternal mortality, child nutrition, and education, and erode trust in state institutions.<sup>56</sup>

Negative social effects of corrupt systems often manifest in adverse impacts on specific human rights. Research on connections between corruption and human rights has been debating whether corruption can or should qualify as a human rights violation.<sup>57</sup> However,

<sup>50</sup> Baltrunaite, "Political Contributions and Public Procurement," 579.

<sup>51</sup> Baranek and Titl, "The Cost of Favoritism," 29.

<sup>52</sup> Dávid-Barrett and Fazekas, "Grand Corruption and Government Change," 412.

<sup>53</sup> Yann Bramoullé and Sanjeev Goyal, "Favoritism," *Journal of Development Economics* 122 (2016): 16, 23.

<sup>54</sup> Wensink and Vet, "Identifying and Reducing Corruption," 63.

<sup>55</sup> Approximate estimation provided by Baltrunaite, "Political Contributions and Public Procurement," 579; David Schoenherr, "Political Connections and Allocative Distortions," *The Journal of Finance* 74 (2019): 543, 546.

<sup>56</sup> Angela Barkhouse, Hugo Hoyland, and Marc Limon, *Corruption: A Human Rights Impact Assessment* (Universal Rights Group and Kroll, 2018), 9–18, [https://www.universal-rights.org/wp-content/uploads/2018/04/Policy\\_report\\_corruption\\_LR.pdf](https://www.universal-rights.org/wp-content/uploads/2018/04/Policy_report_corruption_LR.pdf).

<sup>57</sup> The exchange between Anne Peters and Franco Peirone is a perfect example of this debate. See, Anne Peters, "Corruption as a Violation of International Human Rights," *European Journal of International Law* 29 (2018): 1251; Franco Peirone, "Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply to Anne Peters," *European Journal of International Law* 29 (2018): 1297.

there is a wide consensus in academia and international organizations alike that corruption is strongly linked to negative impacts on human rights encompassed by the International Bill of Human Rights.<sup>58</sup>

Corruption has been linked to negative impacts on civil and political rights, such as the right to life, equality and non-discrimination, the freedom of expression and information, the right to a fair trial and political participation rights.<sup>59</sup> However, special attention has been given to the harm that corruption brings about on economic, social and cultural (ESC) rights, as corruption diverts critical resources to private interests.<sup>60</sup> The examples of ESC rights threatened by corruption include the right to development, the right to health, the right to education, the right to an adequate standard of living (housing, food, water).<sup>61</sup>

Human rights impacts of political favouritism or other types of corruption in public procurement have not yet been in the centre of scholarly focus so far. However, UN human rights bodies have particularly mentioned public procurement in the discussion about corruption and human rights. A 2020 report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) highlights challenges and best practices in integrating human rights into anti-corruption practices and underlines “the importance of transparency and accountability in public procurement,”<sup>62</sup> and the nexus between the private sector, negative human rights impacts and corruption.<sup>63</sup> Another report by the UN Human Rights Advisory Committee calls on the example of transparency and equality measures in public procurement to emphasize how states can fulfil their duty to protect from adverse human rights impacts stemming from corrupt acts by the private sector.<sup>64</sup> The latest report by the UN Working Group on Business and Human Rights also discusses corruption as a fundamental problem specifically for the business and human rights agenda and distinguishes public procurement as especially susceptible to corruption.<sup>65</sup>

<sup>58</sup> Comprising of Universal Declaration of Human Rights 1948 (UNGA Res 217 A(III)); International Covenant on Civil and Political Rights 1966 (999 UNTS 171); International Covenant on Social, Economic and Cultural Rights 1966 (993 UNTS 3).

<sup>59</sup> *Corruption and Human Rights: Making the Connection* (International Council on Human Rights Policy, 2009), 32–45; Barkhouse, Hoyland, and Limon, *Corruption*, 19–32.

<sup>60</sup> See for instance, UN, Human Rights Council, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Challenges Faced and Best Practices Applied by States in Integrating Human Rights into Their National Strategies and Policies to Fight against Corruption, Including Those Addressing Non-State Actors, Such as the Private Sector*, A/HRC/44/27 (2020), paras 19–20.

<sup>61</sup> Kolawole Olaniyan, “The Implications of Corruption for Social Rights,” in *Research Handbook on International Law and Social Rights*, eds. Christina Binder and others (Edward Elgar Publishing, 2020), 365–67; *Corruption and Human Rights*, 45–63; Barkhouse, Hoyland, and Limon, *Corruption*, 19–32.

<sup>62</sup> UN, Human Rights Council, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Challenges Faced*, paras 30–31.

<sup>63</sup> *Ibid.*, 40–49.

<sup>64</sup> UN, Human Rights Council, *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, A/HRC/28/73 (2015), para 9.

<sup>65</sup> UN, Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations*, paras 10–12.

Political favouritism in public procurement can affect a wide range of rightsholders depending on, among other factors, the economic and social effect of corrupt schemes, the subject matter of the procurement contract in question, and the prevalence of such schemes in the procurement system. The most common methods employed by public officials to maintain political favouritist schemes in public procurement include (1) designing procurement contract in a manner that sidesteps preventive measures, rules, and standards; (2) guaranteeing that a connected company receives the contract regardless of a record of proven violations and poor performance; (3) ignoring violations of labour, environmental or technical standards within the contract performance and/or decapacitating oversight mechanisms; and (4) accepting poor quality deliverables. The resulting short or long-term deficiencies, such as the loss of quality or funds can manifest into negative human rights impacts.

Bellow-standard quality of deliverables caused by corruption and diverted funds can have a direct impact on the population. For instance, inferior quality public infrastructure can collapse and result in mortalities and injuries, hence, causing negative impacts on the rights to life and health of the users. In some cases, delivery under the procurement contract concerns a basic service that falls within the scope of ESC rights, such as health and social care, education, or adequate standard of living. In such cases, the inferior quality of service is directly linked with the qualitative requirements of corresponding rights. For example, if, as a result of diverted funds, a procured healthcare service does not meet the requirements of availability, accessibility, acceptability and quality,<sup>66</sup> the state might be found to have violated its obligations under the right to health.

Apart from the quality of delivery, poor quality of performance stemming from a corrupt scheme might also have a negative impact on rightsholders. For instance, poor oversight of a procurement contract resulting in non-compliance with labour standards can be directly linked to the poor treatment of employees of the contracting business and hence, negatively affect their labour rights. Similarly, the lack of environmental oversight on infrastructure projects can result in environmental disasters and, in turn, threaten the life and health of local populations and cause relocations.

Moreover, political favouritist schemes in public procurement divert portions of limited budgetary funds towards political and private interests which might result in unrealized or discontinued social programmes, undelivered basic services, and the absence of substantial infrastructure. Whereas this effect is a dire social issue in any case, it can also constitute a human rights violation if the goods, services and works in question are necessary for the realization of ESC rights.<sup>67</sup> In this sense, favouritist arrangements in public procurement can

---

<sup>66</sup> UN, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *CESCR General Comment no. 14 The Right to the Highest Attainable Standard of Health*, E/C.12/2000/4 (2000), para 12, accessed February 9, 2021, <https://digitallibrary.un.org/record/425041?ln=en>.

<sup>67</sup> Anne Peters, "Corruption and Human Rights," *Basel Institute on Governance Working Paper* (2015): 17.

be seen as the underlying reason for the state's violation of its ESC obligations. Although, there are doctrinal and practical issues related to establishing a clear link between the lack of resources due to corruption and human rights violations, in particular with causality and attribution.<sup>68</sup> Besides the above-mentioned linkages, some authors also indicate that political favouritism threatens the human rights of not-so-well-connected competitors that end up losing tenders<sup>69</sup> and the political participation rights of voters who face a political reality in which candidates and parties are dependent on undue financial influence from the private sector donors.<sup>70</sup>

Beyond negative impacts on individual human rights, political favouritism in public procurement represents a larger-scale issue – it obstructs the integration of human rights considerations in the state's role as an economic agent in general and public procurement in particular and hampers the business and human rights agenda.

Procurement deals influenced by political favouritism are mainly concerned to deliver on the conditions of corrupt schemes, and other considerations, including human rights, become sidelined or ignored. Otherwise, incorporating human rights requirements into the procurement process might also result in the loss of tender or disqualification of connected companies – they are not, as a rule, strict adherents to good governance standards. Moreover, to keep a corrupt arrangement lucrative, the parties – public officials and contracted companies – have to minimize the actual costs of the contract. In this sense, increasing costs of integrating human rights due diligence (HRDD) mechanisms into projects, such as human rights impact assessment (HRIA) can be counterproductive. Even without HRDD mechanisms, integrating the human rights approach entails enhanced transparency, accountability and oversight – the very opposite of what corrupt arrangements require to successfully operate.

On the other hand, the human rights approach entails empowering rightsholders and victims of abuse and bringing their role into the centre of scrutiny.<sup>71</sup> In public procurement, this would shift the perspective and reframe the issue of political favouritism from an abstract misappropriation of public funds into its actual negative social and economic impacts. These effects of the human rights approach, as desirable as they sound from the perspective of good governed human right baseds, can be devastating for political favouritism schemes in public procurement. Considering that ruling or dominant political powers are the main actors in such corrupt arrangements, it is logical that these same actors would be motivated to ignore or undermine increasing calls on human rights integration within anti-corruption measures or public procurement systems.

---

<sup>68</sup> Peters, "Corruption as a Violation of International Human Rights," 1267–76.

<sup>69</sup> See Ondrej Blažo and Hana Kováčiková, "Right for Equal Opportunity for Fair Public Contract? Human Rights in Public Procurement," *Human Rights in Public Procurement* (2019): 137.

<sup>70</sup> Peters, "Corruption and Human Rights," 11.

<sup>71</sup> *Ibid*, 26.



Furthermore, as this corrupt arrangement involves a close illicit relationship between political, public, and business elites, it erases the traditional public-private divide and enables the business sector to gain informal influence and power over state policies, including business and human rights policies. This effect referred to as corporate capture, entails that political parties and campaigns become dependent on corporate donations from procurers, and they are more likely to bend to the corporate will and allow their agendas or practices that disregard or abuse human rights, hence abandon the obligation to protect human rights under the Pillar 1 of the UNGPs. Moreover, due to its legal appearance and high-level nature, political favouritism in public procurement is often a well-known fact that eludes accountability and goes on unabated. Such blatant cases of systemic corruption can erode public trust in the state. In this case, it would affect rightsholders' trust in the state's ability to uphold their interests and protect them against human rights abuses by the private sector.

### Conclusion

It is evident that public procurement has significant human rights implications and, therefore, its processes requires effective safeguards to avoid negative impacts on stakeholders' human rights. Despite this simple logic, procurement systems remain resistant to increasing pressures from international organizations and frameworks, such as the UNGPs. This paper demonstrates that, apart from the traditional divide between economic and social areas of influence in governance, the described divergence is also perpetuated by unseen structural factors eroding governance. Such fundamental issues, exemplified in the paper by political favouritist schemes of corruption, create illicit norms and rules that clash with good governance principles and harm primary, as well as secondary objectives of public procurement.

The adverse loop of political favouritism, public procurement and human rights impacts has been scarcely addressed on political or academic levels, and, hence, there is no evidence for successful mechanisms for combating this specific type of corruption. However, the general issue of corruption in public procurement is analysed in the latest report of the UN Working Group on Business and Human Rights<sup>72</sup> which reviews existing anti-corruption measures that can alleviate negative human rights impacts. These measures include the integration of human rights as a condition for awarding procurement contracts, excluding bidders based on their record of corruption and human rights violations, integrating human rights and anti-corruption considerations in supply chain codes of conduct, integrity pacts,<sup>73</sup> employing modern technology such as digitalized procurement or block-chain

---

<sup>72</sup> UN, Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations*.

<sup>73</sup> The Report defines integrity pacts as a process “82 in which a contracting authority and bidders agree to comply with best practice and maximum transparency, and a third party, often a civil society organization, monitors the procurement process against those commitments,” para 39.

based systems,<sup>74</sup> and strong conflict of interest laws.<sup>75</sup> Scholarly literature has also offered to align the human rights based approach and anti-corruption measures to effectively address the human rights impacts of corruption.<sup>76</sup> However, there is a scarcity of systemic analysis or empirical evidence on the human rights based-approach to anti-corruption or aligning these two areas of governance.

While this paper explores the links between corruption, governance, procurement, business and human rights, it barely scratches the surface of this complex issue. This demonstrates that there is a need for further research focusing on deeper analysis of human rights impacts, good governance measures, public procurement systems, and, most importantly, empirical evidence. Whereas the problem in this paper would benefit from the analysis from different fields of study such as governance, economics, law, and human rights, the interdisciplinary methods of business and human rights scholarship would be the perfect fit to analyse its multidimensional nature. At the same time, the business and human rights agenda needs to address the root causes of the lack of progress in leveraging the state's role as an economic agent in advancing human rights.<sup>77</sup> The intersection of the dark side of politics, structural issues of public procurement and resulting human rights impacts is a perfect place to start.

© N. Arevadze, 2021

## Bibliography

- Balthazar Beke, Mike. "Political Influence in Public Procurement: Balancing between Legality and Illegality." PhD diss., Universidad Complutense De Madrid, 2017.
- Baltrunaite, Audinga. "Political Contributions and Public Procurement: Evidence from Lithuania." *Journal of the European Economic Association* 18 (2020).
- Baranek, Bruno, and Titl Vitezslav. "The Cost of Favoritism in Public Procurement." FEB Research Report Department of Economics, 2020.
- Barkhouse, Angela, Hugo Hoyland, and Marc Limon. *Corruption: A Human Rights Impact Assessment*. Universal Rights Group and Kroll, 2018. [https://www.universal-rights.org/wp-content/uploads/2018/04/Policy\\_report\\_corruption\\_LR.pdf](https://www.universal-rights.org/wp-content/uploads/2018/04/Policy_report_corruption_LR.pdf).
- Blažo, Ondrej, and Hana Kováčiková. "Right for Equal Opportunity for Fair Public Contract? Human Rights in Public Procurement." *Human Rights in Public Procurement* (2019).
- Boas, Taylor C., F. Daniel Hidalgo, and Neal P. Richardson. "The Spoils of Victory: Campaign Donations and Government Contracts in Brazil." *The Journal of Politics* 76 (2014).
- Bramoullé, Yann, and Goyal Sanjeev. "Favoritism." *Journal of Development Economics* 122 (2016).

<sup>74</sup> UN, Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations*, paras 36–39.

<sup>75</sup> *Ibid*, 72–47.

<sup>76</sup> Peters, "Corruption and Human Rights," 26–27; Peters, "Corruption as a Violation of International Human Rights," 1276–78.

<sup>77</sup> UN, Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations*, para 13.

- Bromberg, Daniel. "Can Vendors Buy Influence? The Relationship between Campaign Contributions and Government Contracts." *International Journal of Public Administration* 37 (2014).
- Corruption and Human Rights: Making the Connection*. International Council on Human Rights Policy, 2009.
- Dávid-Barrett, Elizabeth, and Mihály Fazekas. "Grand Corruption and Government Change: An Analysis of Partisan Favoritism in Public Procurement." *European Journal on Criminal Policy and Research* 1 (2019).
- Doroftei, Madalina, and Valentina Dimulescu. "Corruption Risks in the Romanian Infrastructure Sector." In *Government favouritism in Europe: The anticorruption report 3*, edited by Alina Mungiu-Pippidi, vol. 3. Verlag Barbara Budrich, 2015.
- Emek, Uğur, and Muhittin Acar. "Public Procurement in Infrastructure: The Case of Turkey." In *Government Favouritism in Europe: The Anticorruption Report 3*, edited by Alina Mungiu-Pippidi. Verlag Barbara Budrich, 2015.
- Fazekas, Mihály, and Luciana Cingolani. "Breaking the Cycle? How (Not) to Use Political Finance Regulations to Counter Public Procurement Corruption," *The Slavonic and East European Review* 95 (2017).
- Fazekas, Mihály, István János Tóth, and King Lawrence P. "Corruption Manual for Beginners: 'Corruption Techniques' in Public Procurement with Examples from Hungary." *Corruption Research Center Budapest Working Paper no. CRCB-WP/2013 1* (2013).
- Fazekas, Mihály, Péter András Lukács, and Tóth István János. "The Political Economy of Grand Corruption in Public Procurement in the Construction Sector of Hungary." In *Government Favouritism of Europe: The Anticorruption Report 3*, edited by Alina Mungiu-Pippidi. Verlag Barbara Budrich, 2015.
- Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework 2011, A/HRC/17/31.
- "How Large Is Public Procurement?" World bank blogs. Accessed February 9, 2021. <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/how-large-public-procurement>.
- Martin-Ortega, Olga. "Public Procurement as a Tool for the Protection and Promotion of Human Rights: A Study of Collaboration, Due Diligence and Leverage in the Electronics Industry." *Business and Human Rights Journal* 3 (2018).
- Martin-Ortega, Olga, and Claire Methven O'Brien. *Public Procurement and Human Rights*. Edward Elgar Publishing, 2019.
- Martin-Ortega, Olga, and O'Brien Claire Methven. "Public Procurement and Human Rights: Interrogating the Role of the State as Buyer." In *Public Procurement and Human Rights*. Edward Elgar Publishing, 2019.
- O'Brien, Claire Methven, and Olga Martin-Ortega. "Discretion, Divergence, Paradox: Public and Private Supply Chain Standards on Human Rights" (Social Science Research Network 2018) SSRN Scholarly Paper ID 3197615 2–3. Accessed February 15, 2021. <https://papers.ssrn.com/abstract=3197615>.

- O'Brien, Claire Methven, and Olga Martin-Ortega. "Human Rights and Public Procurement of Goods and Services." In *Research Handbook on Human Rights and Business*, edited by Surya Deva and David Birchall. Edward Elgar Publishing, 2020.
- OECD, '1. Public Procurement – Supporting Responsible Business Conduct | Integrating Responsible Business Conduct in Public Procurement' (*OECD iLibrary*, 22 December 2020). Accessed February 16, 2021. [https://www.oecd-ilibrary.org/sites/02682b01-en/1/3/1/1/index.html?itemId=/content/publication/02682b01-en&\\_csp\\_=e1facecd62f7ae24f03312574370f56e&itemIGO=oecd&itemContentType=book](https://www.oecd-ilibrary.org/sites/02682b01-en/1/3/1/1/index.html?itemId=/content/publication/02682b01-en&_csp_=e1facecd62f7ae24f03312574370f56e&itemIGO=oecd&itemContentType=book).
- Olaniyan, Kolawole. "The Implications of Corruption for Social Rights." In *Research Handbook on International Law and Social Rights*, edited by Christina Binder and others. Edward Elgar Publishing, 2020.
- Parker, Christine, and John Howe. "Ruggie's Diplomatic Project and its Missing Regulatory Infrastructure." In *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Brill Nijhoff, 2012.
- Peirone, Franco. "Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply to Anne Peters." *European Journal of International Law* 29 (2018).
- Peters, Anne. "Corruption and Human Rights." *Basel Institute on Governance Working Paper* (2015).
- Peters, Anne. "Corruption as a Violation of International Human Rights." *European Journal of International Law* 29 (2018).
- Podumljak, Munir, and Elizabeth David-Barrett. "Political Favouritism in Croatian Public Procurement." In *Government Favouritism in Europe: The Anticorruption Report 3*, edited by Alina Mungiu-Pippidi. 2015.
- Preventing Corruption in Public Procurement* (OECD, 2016). <http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>.
- "Public Procurement," European Commission. Accessed February 10, 2021. [https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement_en).
- "Public Procurement." National Action Plans on Business and Human Rights. Accessed February 16, 2021. <https://globalnaps.org/issue/public-procurement/>.
- "Public Procurement – OECD," OECD. Accessed February 10, 2021. <http://www.oecd.org/governance/public-procurement/>.
- Quinot, Geo. "Constitutionalising Public Procurement through Human Rights: Lessons from South Africa." In *Public Procurement and Human Rights*, edited by Olga Martin-Ortega and Claire Methven O'Brien. Edward Elgar Publishing, 2019.
- Rose-Ackerman, Susan. "The Challenge of Poor Governance and Corruption." *DIREITO GV L. Rev. Especial* 1 (2005).
- Schoenherr, David. "Political Connections and Allocative Distortions." *The Journal of Finance* 74 (2019).
- Søreide, Tina. *Corruption in Public Procurement. Causes, Consequences and Cures*. Chr Michelsen Institute, 2002.
- The Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, "Privatisation, Extreme Poverty and Human Rights" (2018) A/73/396. Accessed February 11, 2021. <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Poverty/Pages/Privatisation.aspx>.

- Titl, Vitezslav, and Benny Geys. "Political Donations and the Allocation of Public Procurement Contracts." *European Economic Review* 111 (2019).
- UN, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *CESCR General Comment no. 14 The Right to the Highest Attainable Standard of Health*, E/C.12/2000/4 (2000). Accessed February 9, 2021. <https://digitallibrary.un.org/record/425041?ln=en>.
- UN, Human Rights Council, *Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights*, A/HRC/28/73 (2015).
- UN, Human Rights Council, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework 2011*, A/HRC/17/31.
- UN, Human Rights Council, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Challenges Faced and Best Practices Applied by States in Integrating Human Rights into Their National Strategies and Policies to Fight against Corruption, Including Those Addressing Non-State Actors, Such as the Private Sector*, A/HRC/44/27 (2020).
- UN, Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises on Connecting the Business and Human Rights and the Anticorruption Agendas*, A/HRC/44/43 (2020).
- UN, The Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, *Privatisation, Extreme Poverty and Human Rights*, A/73/396 (2018). Accessed February, 11, 2021. <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Poverty/Pages/Privatisation.aspx>.
- Wensink, Wim, and Jan Maarten de Vet. "Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU" (Made for the European Commission by PwC and Ecorys with support of Utrecht university, 2013). [https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying\\_reducing\\_corruption\\_in\\_public\\_procurement\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf).
- Williams-Elegbe, Sope. "Systemic Corruption and Public Procurement in Developing Countries: Are There Any Solutions?" *Journal of Public Procurement* (2018).

### **Ніка Аревадзе. Корупція з голови: вплив політичного фаворитизму на права людини в державних закупівлях**

**Анотація.** Державні закупівлі становлять значну частину світової економіки та впливають на характер і якість суспільних благ та послуг. Отже, мають значні прямі та непрямі зв'язки з правами людини. Проте системи державних закупівель рідко відображають ці зв'язки і залишаються "глухими" до закликів з боку міжнародних організацій та наукових досліджень щодо інтеграції прав людини. Хоча це питання часто обговорюється загалом, але воно все ж залишається недостатньо вивченим в аспекті управління, які створює розрив між державними закупівлями та правами людини і сприяє відсутності прогресу. У статті досліджується питання щодо управління у сфері державних закупівель, зокрема корупційні схеми політиків та їхня роль у парадоксальній відсутності прогресу у приведенні систем державних закупівель у відповідність до вимог прав людини. Аналізуючи первинні та вторинні джерела, продемонстровано зв'язки між корупційною практикою та поширеними проблемами прав людини у державних закупівлях. Стверджується, що підриваючи системи державних закупівель, політична фаворитизація ставить під загрозу первинні економічні та вторинні соціальні цілі закупівель і спричиняє несприятливі наслідки для прав людини. Ці наслідки завдають шкоди громадянським і політичним, а також економічним,

соціальним і культурним правам людини у національному контексті зокрема та перешкоджають розвитку загалом. Крім того, ця корупційна домовленість є перешкодою для сприяння інтеграції прав людини у сферу державних закупівель, а отже, гальмує прогрес у новому підході Керівних принципів ООН з питань бізнесу і прав людини, а також положень, що стосуються зв'язку між державою та бізнесом. Висвітлюючи необхідність подальших міждисциплінарних та емпіричних досліджень, які вивчатимуть це питання з точки зору бізнесу та прав людини, запропоновано системний аналіз першопричин, стану та потенційних рішень.

**Ключові слова:** державні закупівлі; бізнес; права людини; Керівні принципи ООН з питань бізнесу і прав людини; корупція; фаворитизм; управління.

### **Nika Arevadze. Коррупция с головы: влияние политического фаворитизма на права человека в государственных закупках**

**Аннотация.** Государственные закупки составляют значительную часть мировой экономики и влияют на характер и качество общественных благ и услуг. Итак, имеют значительные прямые и косвенные связи с правами человека. Однако системы государственных закупок редко отражают эти связи и остаются “глухими” к призывам со стороны международных организаций и научных исследований по интеграции прав человека. Хотя этот вопрос часто обсуждается в общем, но он все же остается недостаточно изученным в аспекте управления, создает разрыв между государственными закупками и правами человека и способствует отсутствию прогресса. В статье исследуется вопрос по управлению в сфере государственных закупок, в частности коррупционные схемы политиков и их роль в парадоксальном отсутствии прогресса в приведении систем государственных закупок в соответствие с требованиями прав человека. Анализируя первичные и вторичные источники, продемонстрировано связи между коррупционной практикой и распространенными проблемами прав человека в государственных закупках. Утверждается, что, подрывая системы государственных закупок, политическая фаворитизация ставит под угрозу первичные экономические и вторичные социальные цели закупок и вызывает неблагоприятные последствия для прав человека. Эти последствия наносят ущерб гражданским и политическим, а также экономическим, социальным и культурным правам человека в национальном контексте в частности и препятствуют развитию в целом. Кроме того, эта коррупционная договоренность является препятствием для содействия интеграции прав человека в сферу государственных закупок, а следовательно, тормозит прогресс в новом подходе Руководящих принципов ООН по вопросам бизнеса и прав человека, а также положений, касающихся связи между государством и бизнесом. Освещая необходимость дальнейших междисциплинарных и эмпирических исследований, которые будут изучать этот вопрос с точки зрения бизнеса и прав человека, предложено системный анализ первопричин, состояния и потенциальных решений.

**Ключевые слова:** государственные закупки; бизнес; права человека; Руководящие принципы ООН по вопросам бизнеса и прав человека; коррупция; фаворитизм; управления.

### **Nika Arevadze. Corrupt from the Head Down: Human Rights Impacts of Political Favouritism in Public Procurement**

**Abstract.** Public procurement represents a significant part of the global economy and influences the nature and quality of public goods and services. Consequently, it has substantial direct and indirect links with the human rights of a wide array of rightsholders. However, public procurement systems rarely reflect these links and remain resistant to calls on human rights integration from international organizations and academic scholarship. While this divergence is often discussed, the root governance

issues that create the gap between public procurement and human rights and contribute to the lack of progress remain relatively unexplored. This paper investigates a prevalent governance issue in public procurement – political favouritist corruption schemes – and their role in the paradoxical lack of progress in aligning public procurement systems with human rights requirements. Through the analysis of primary and secondary sources, the paper demonstrates the links between such corrupt practices and prevalent human rights issues in public procurement. It argues that by undermining public procurement systems, political favouritism jeopardizes primary economic and secondary social objectives of procurement and brings about adverse human rights impacts. These impacts harm civil and political, as well as economic, social and cultural human rights in national contexts and obstruct the development at large. Moreover, this corrupt arrangement represents a roadblock for promoting human rights integration in public procurement and, hence, hampers the progress for the novel approach of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in general, and its provisions concerning the state-business nexus in particular. The paper concludes by outlining the need for further interdisciplinary and empirical research which will explore this issue through the lens of business and human rights, and offer a systemic analysis of root causes, the state of play and potential solutions.

**Keywords:** public procurement; business; human rights; UNGPs; corruption; favouritism; governance.

Одержано/Received 10.03.2021

## ПРАВА ПРАЦІВНИКІВ, ПРАЦІВНИКІВ-МІГРАНТІВ ТА ПРОФСПІЛОК ЗА КОНВЕНЦІЄЮ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД<sup>1</sup>

### Вступ

Європейський суд з прав людини (Суд, ЄСПЛ) зробив значний внесок у захист соціальних прав загалом і трудових прав зокрема. Я хотів би акцентувати увагу на чотирьох особливих напрямках, які демонструють багатство прецедентної практики в цій сфері. По-перше, я зупинюся на індивідуальних проблемах, пов'язаних із загальними правами працівників, звернувши увагу на несправедливе звільнення, право на повагу до приватного і сімейного життя, свободу релігії та свободу вираження поглядів. По-друге, я зупинюся на посиленні захисту прав працівників-мігрантів Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (Конвенція). По-третє, я розгляну права профспілок у світлі свободи об'єднань. І, врешті-решт, віддзеркалюючи економічний ландшафт минулого десятиліття, я наведу прецедентну практику задля демонстрації того, як заходи жорсткої економії можуть вплинути на права людини, та як Суд відповів на це проблемне питання.

### І. Права працівників

В основі інтеграції трудових прав у сферу Конвенції лежить принцип неподільності прав людини, підтверджений Віденською декларацією 1993 р.<sup>2</sup> Неподільність вимагає

---

\* Пауло Пінто де Альбукерке, суддя Європейського суду з прав людини; професор факультету права, Католицький університет, Лісабон.

Paulo Pinto de Albuquerque, Judge at the European Court of Human Rights; Full Professor at Lisbon School of Law, Universidade Católica Portuguesa.

e-mail: Paulo.PINTODEALBUQUERQUE@echr.coe.int

<sup>1</sup> Переклад здійснений Владиславою Капліною з оригінального тексту, який відповідає промові, зробленій з нагоди вручення Пауло Пінто де Альбукерке звання *Honoris Causa* в Університеті Едж Хілл (м. Ліверпуль, Сполучене Королівство) 6 грудня 2019 р. Думки, викладені в тексті, є особистою позицією автора та не відображають позицію Європейського суду з прав людини. Стаття "The Rights of Workers, Migrant Workers and Trade Unions in the light of the European Convention on Human Rights," *European Human Rights Law Review* 1 (2020): 24–37.

<sup>2</sup> Див.: Генеральна Асамблея Організації Об'єднаних Націй, Віденська декларація та Програма дій, A/CONF.157/23 (12.03.1993), яка проголошує: "Всі права людини універсальні, неподільні, взаємозалежні та взаємопов'язані <... >." Схожим чином Хартія основних прав Європейського Союзу визнає, що Європейський Союз засновується на "неподільних та універсальних цінностях – людській



“комплексного підходу до тлумачення,”<sup>3</sup> з метою “інтеграції певних соціально-економічних прав у документи про громадянські та політичні права.”<sup>4</sup> Тлумачення Конвенції з її основним акцентом на громадянських і політичних правах як інструменті, здатному охопити соціальні права, базується на еволюційному характері Конвенції, яка функціонує як “живий інструмент”<sup>5</sup> і гарантує “практичні та ефективні” права, на відміну від “теоретичних та ілюзорних.”<sup>6</sup> Доктрина “живого інструменту” підкріплюється принципами тлумачення, що стосуються не лише європейського консенсусу,<sup>7</sup> а й справжньою увагою до інструментів м’якого права, які лежать в основі легітимності ухвалення рішень Судом.<sup>8</sup> Застосування принципів м’якого права є особливо важливим у випадках, коли Суд стикається з відсутністю європейського консенсусу. Крім того, відмінною рисою прецедентного права Страсбурга є те, що воно накладає позитивні зобов’язання на договірні сторони Конвенції, з яких з’являється своєрідний горизонтальний ефект прав Конвенції у приватних спорах, таких як трудові,<sup>9</sup> та інші види приватних спорів.<sup>10</sup> Ці загальновідомі принципи не представляють нових, активістичних підходів Суду. Вони використовуються ним понад чотири десятиліття і мають принципове значення для забезпечення ефективного захисту відповідно до Конвенції. Обговорення наступних справ про права працівників зробить це очевидним.

*Право працівників на захист від тимчасового відсторонення та звільнення з роботи.* Призупинення та припинення трудових відносин повинно відповідати захисту цивільних прав, передбачених ст. 6 Конвенції.<sup>11</sup> Сюди входить право працівників, серед іншого, на ефективний доступ до суду, судовий розгляд у розумний строк і без судових затримок, а також на виконання остаточного рішення.<sup>12</sup> Ця стаття також стосується прав працівників на захист від звільнення, що суперечить презумпції невинуватості.<sup>13</sup>

гідності, свободі, рівності та солідарності; <...>” див. Європейський Союз, Хартія основних прав Європейського Союзу, 2012/C326/02 (26.10.2012).

<sup>3</sup> Virginia Mantouvalou, “Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation,” *Human Rights Law Review* 13(3) (2013): 1.

<sup>4</sup> Franz Ebert and Martin Oelz, “Bridging the Gap between Labour Rights and Human Rights: The Role of ILO Law in Regional Human Rights Courts,” *ILO, Discussion paper, International Institute for Labour Studies*, DP/212/2012.

<sup>5</sup> *Tyler v. United Kingdom* (1978) 2 EHRR 1.

<sup>6</sup> *Airey v. Ireland* (1979–80) 2 EHRR 305.

<sup>7</sup> *Glor v. Switzerland* App no 13444/04 (ECHR, 30 April 2009).

<sup>8</sup> *Shtukaturov v. Russia* (2012) 54 EHRR 27.

<sup>9</sup> *Young, James and Webster v United Kingdom* (1981) 4 EHRR 38.

<sup>10</sup> *Lopez-Ostra v Spain* (1995) 20 EHRR 277.

<sup>11</sup> Див., серед іншого, *König v Germany* (1979–80) 2 EHRR 170; *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v Belgium* (1982) 4 EHRR 1; *Obermeier v Austria* (1991) 13 EHRR 290; *Frydlander v France* (2001) 31 EHRR 52.

<sup>12</sup> *Pramov v. Bulgaria* App no 42986/98 (ECHR, 30 September 2004); *Delgado v. France* App no 38437/97 (ECHR, 12 June 2001); *Aurelia Popa v. Romania* App no 1690/05 (ECHR, 26 January 2010); *Sabeh El Leil v. France* [GC] 34869/05 (29 June 2011).

<sup>13</sup> *Teodor v Romania* App no 46878/06 (ECHR, 4 June 2013).

Крім того, вона вимагає наведення причин у разі звільнення роботодавцем. У справі “Ломбарді Валлаурі проти Італії” звільнення на підставі висловлення поглядів, які “явно суперечать католицькій доктрині”<sup>14</sup> і подальша відмова національних судів розглянути нездатність Ради факультету вказати причини свого рішення суперечить необхідності наявності достатніх причин, а також можливості оскарження у компетентному органі.<sup>15</sup> Отже, автономія релігійних громад не є абсолютною, її слід ретельно зважувати з урахуванням конкуруючих інтересів, поставлених на карту.<sup>16</sup>

*Право працівників на приватне та сімейне життя.* Відповідно до ст. 8 Конвенції Суд розглядав справи, що стосуються перевірки працівника, моніторингу комунікацій співробітника та професійних ризиків для здоров’я працівника, а також звільнення за особистим вибором співробітника.<sup>17</sup> Я коротко зупинюся на них по черзі.

Що стосується обов’язкового тестування працівників на наркотики, ЄСПЛ у справах “Мадсен проти Данії,” а також “Вретлунд проти Швеції” зазначив, що порушення права на приватне життя за обмежених обставин може бути виправданим, якщо було досягнуто ретельного балансу між “дискомфортом < ... > для окремого працівника”<sup>18</sup> та інтересом захисту особистої цілісності проти інтересів громадської безпеки та захисту прав і свобод інших людей.<sup>19</sup>

Стаття 8 також перетинається зі статтями 9 та 11 Конвенції, про що свідчать контрастуючі справи Обст і Шют проти Німеччини щодо звільнення заявників з роботи в релігійному закладі через наявність позашлюбних стосунків. Світогляд установи значною мірою визначає значення, що надається рівню лояльності й очікувань від поведінки співробітника щодо церкви.<sup>20</sup> Очікування бути лояльними до роботодавця є ще глибшим для працівників, що займають більш високі посади, як це демонструє справа “Обст проти Німеччини.”<sup>21</sup> Проте Суд застосовує ретельний збалансовуючий тест. Отже, у справі “Шют проти Німеччини” він встановив, що в аргументації національного суду пропущені вагомі міркування щодо фактичного сімейного життя, позашлюбних відносин і наданого їм правового захисту. На відміну від заявника у справі “Обст проти Німеччини,” заявник у “Шют проти Німеччини” зіткнувся

---

<sup>14</sup> *Lombardi Vallauri v Italy* App no 39128/05 (ECHR, 20 October 2009).

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> Див., серед іншого, *Madsen v. Denmark* (dec.) (2003) про вимогу працівника проходити випадкові дослідження сечі для тестування на наркотики (*Madsen v Denmark* (dec.) (2003) 36 EHRR CD61). Подальше обговорення тестування на наркотики на робочому місці див. *Wretlund v Sweden* (dec.) (2004) 39 EHRR SE5.

<sup>18</sup> *Wretlund v. Sweden*.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Lombardi Vallauri v. Italy* App no 39128/05 (ECHR, 20 October 2009). Див. також про загальне сподівання бути лояльним і добросовісним стосовно роботодавця, *Pay v United Kingdom* (dec.) (2009) 48 EHRR SE2.

<sup>21</sup> *Obst v. Germany* App no 425/03 (ECHR, 23 September 2010).

б зі значними труднощами під час пошуку іншого місця роботи.<sup>22</sup> Зважаючи на це Суд стосовно ст. 8 повинен ретельно вивчити точну функцію працівника, ступінь труднощів, які зазнає заявник через саме втручання, а також наслідки, що настають після цього, включаючи ступінь порушення приватного та сімейного життя, для того щоб не становити “однозначне особисте зобов’язання жити у стриманості у разі роздільного проживання або розлучення,” яке вплине на саму суть права на повагу до приватного життя.<sup>23</sup>

Спираючись на цю прецедентну практику, справа “Фернандес Мартінес проти Іспанії” продемонструвала переплетення приватного та професійного життя, оскільки міркування щодо приватного життя фактично визначали можливість бути працевлаштованим церквою. Незначна більшість наголосила на обізнаності заявника в тому, що його приватна діяльність суперечить церковному світогляду. Зайнявши шанобливе ставлення, одночасно врівноважуючи конкуруючі інтереси,<sup>24</sup> Суд надає великого значення здатності особи “вільно залишати громаду.”<sup>25</sup> У справі “І. Б. проти Греції” ЄСПЛ застосував підхід соціальної моделі, дійшовши висновку, що звільнення внаслідок дискримінації на основі питань особистого здоров’я фактично дискримінувало та стигматизувало заявника, що призвело переважно до соціальної шкоди.<sup>26</sup> Суд підтвердив свою позицію у справі “Кіютін проти Росії,” визначивши, що “державна повинна мати лише вузьку свободу розсуду при виборі заходів, що виділяють цю групу для інакшого ставлення на основі їх ВІЛ-статусу < ... >.”<sup>27</sup> Звільнення за статевою ознакою у світлі повної відсутності ознак того, що офіцер не в змозі виконувати свої обов’язки, як свідчить справа “Емель Бойраз проти Туреччини,” призвело до ще більш однозначного осуду з боку Суду.<sup>28</sup> Ці дві попередні справи наголошують на підвищеній чутливості ЄСПЛ до згубного характеру стигматизації, стереотипності та диференційованого ставлення до працівників. Отже, у знаковій справі “Костянтин Маркін проти Росії” Суд підтвердив свою позицію щодо диференційованого ставлення:

Різне ставлення до чоловіків-військовослужбовців та жінок-військовослужбовців щодо права на батьківську відпустку явно не призначене для виправлення неблагополучного становища жінок у суспільстві або “фактичної нерівності” між чоловіками та жінками < ... >. Суд погоджується із заявником та третьою стороною, що така різниця впливає на збереження гендерних стереотипів та є не вигідною як для кар’єри жінок, так і для сімейного життя чоловіків.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> *Schüth v Germany* (2011) 52 EHRR 32.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Fernandez Martinez v Spain* (2015) 60 EHRR 3.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *I. B. v. Greece* App no 552/10 (ECHR, 3 October 2013).

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Emel Boyraz v. Turkey* App no 61960/08 (ECHR, 2 December 2014).

<sup>29</sup> *Konstantin Markin v. Russia* App no 30078/06 (ECHR, 22 March 2012).

Справа не лише суттєво вплинула на судову практику щодо дискримінації за ознакою статі, більше того, вона об'єднала соціальне право на захист положення працівника щодо працевлаштування з цивільним правом на сімейне життя, захищеним Конвенцією.

Що стосується ризиків для здоров'я, які виникають внаслідок конкретної сфери роботи, Суд наголосив на важливості держави “забезпечити отримання заявниками важливої інформації < ... >, що дає їм змогу оцінювати ризики для їхнього здоров'я та безпеки.”<sup>30</sup> Ненадання доступу до інформації щодо ризиків може призвести до порушення ст. 8 Конвенції, про що свідчить справа “Вільнес та інші проти Норвегії.”<sup>31</sup> Подібним чином у справі “Брінкет та інші проти Мальти” наголошувалося, що уряди зобов'язані зробити доступними та зрозумілими загальновідомі наукові докази щодо ризиків азбесту.<sup>32</sup>

Поширюючись за межі приватної сфери в галузь праці, ст. 8 також стає все більш актуальною для досить проблемної сфери заходів спостереження на робочому місці.<sup>33</sup> Справа “Копланд проти Сполученого Королівства” створила основу для захисту прав працівника щодо моніторингу його комунікаційних пристроїв.<sup>34</sup> Тут Суд наголосив на необхідності національних регуляторних заходів, які встановлюють межі законного втручання у право на приватне життя шляхом контролю за працівниками, але він утримався від надання точних вказівок із цього питання. Справа “Бербулеску проти Румунії” представляла чудову можливість пояснити вимоги щодо законного втручання у право на приватне життя, особливо щодо політики спостереження в мережі Інтернет. Після невтішного рішення палати Велика палата підтвердила, що збереження комунікаційних даних співробітника є втручанням у право на приватне життя,<sup>35</sup> та розкритикувала національні органи влади, які не визначили, чи отримував заявник попереднє повідомлення щодо моніторингу, включаючи ступінь моніторингу його приватних повідомлень.<sup>36</sup> Виявивши порушення права на приватне життя, Суд широко використав відповідне міжнародне законодавство та м'яке право. Найважливіше, що Велика палата встановила вимоги, які дають змогу національним судам перевірити, чи порушив роботодавець право на приватність працівника.<sup>37</sup> Ці настанови давно назріли через постійну розмитість робочого та приватного життя. Співробітники не відмовляються від свого права на недоторканість особистого життя, переступаючи поріг свого робочого місця. Користуючись

<sup>30</sup> *Vilnes and Others v. Norway* App nos 52806/09 and 22703/10 (ECHR, 24 March 2014).

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Brincat and Others v. Malta* App nos 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 and 62338/11 (ECHR, 24 July 2014).

<sup>33</sup> Див., серед іншого, *Niemietz v Germany* (1993) 16 EHRR 97; *Köpke v Germany* (dec.) (2011) 53 EHRR SE26, *Halford v United Kingdom* (1997) 24 EHRR 523.

<sup>34</sup> *Copland v United Kingdom* (2007) 45 EHRR 37.

<sup>35</sup> *Barbulescu v. Romania* App no 61496/08 (ECHR, 5 September 2017).

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*

інтернетом на робочому місці, у співробітника зберігається “правомірне очікування недоторканності особистого життя.”<sup>38</sup>

Незважаючи на вказівки, передбачені у справі Бербулеску, Суд повинен проявляти “підвищену пильність”<sup>39</sup> щодо постійного спостереження за працівниками з боку роботодавців. Постійне спостереження неминуче має самоцензуру, а то й “охолоджувальний ефект,”<sup>40</sup> що може обмежувати право людини на свободу вираження поглядів, а також право на недоторканність особистого життя.<sup>41</sup> У зв’язку з цим Пол Бернал наголосив, що “приватність є не просто важливою для журналістів, а вирішальною для вільного вираження поглядів у широкому діапазоні інших ситуацій < ... >. Без правомірного очікування недоторканності особистого життя багато з них просто вирішили б не висловлюватися.”<sup>42</sup> Нещодавня справа “Лопес Рібальда та інші проти Іспанії” стосовно прихованого відеоспостереження за працівниками,<sup>43</sup> що призвели до звільнення заявників, на жаль, демонструє, що Суд все ще готовий широко тлумачити свободу розсуду держави. “Обґрунтована підозра у серйозних порушеннях,”<sup>44</sup> якою більшість має намір виправдати законне втручання ст. 8 Конвенції без попереднього спостереження, не може виправдати обхід внутрішніх і міжнародних правових стандартів. Незгодні в цій справі висловили невдоволення нездатністю досягти справедливого балансу.<sup>45</sup> Вони попередили про “легкість, з якою відеоспостереження може як здійснюватися, так і передаватися, таким чином значно примножуючи потенційні порушення прав на конфіденційність згідно зі статтею 8 Конвенції.”<sup>46</sup> Зокрема, було аргументовано, що існуюча законодавча база, яка вимагає попереднього юридичного попередження про застосування заходів нагляду, не допускає винятків із цього правила. Це особливо важливо в контексті відносин між роботодавцем і працівником, що неминуче створює дисбаланс влади та підвищує

<sup>38</sup> *Halford v United Kingdom; Copland v United Kingdom*.

<sup>39</sup> *Köpke v Germany* (dec.) (2011) 53 EHRR SE26.

<sup>40</sup> Поняття “охолоджувальний ефект” було визнано в 1978 р., коли Шауер намагався визначити його як те, що “відбувається, коли осіб, які прагнуть займатися діяльністю, захищеною першою поправкою, стримує від цього державне регулювання, не спрямоване спеціально на цю захищену діяльність” (Frederick Schauer, “Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect,” *Boston University Law Review* 58(685) (1978): 693. Див. також Elisabeth Eide, “Chilling Effects on Free Expression: Surveillance, Threats and Harassment,” in R. Krøvel and M. Thowsen, *Making Transparency Possible. An Interdisciplinary Dialogue* (Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2019), 228; Jon Penney, “Internet Surveillance, Regulation and Chilling Effects Online: A Comparative Case Study,” *Internet Policy Review* 6(2) (2017): 13).

<sup>41</sup> Див. стосовно цього *Klass and others v Germany* (1979) 2 EHRR 214.

<sup>42</sup> Paul Bernal, “Data Gathering, Surveillance and Human Rights: Recasting the Debate,” *Journal of Cyber Policy* 1(2) (2016): 2.

<sup>43</sup> *López Ribalda and Others v. Spain* App nos 1874/13 and 8567/13 (ECHR, 17 October 2019).

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Див. окрему думку, яка не збігається, суддів де Гаetano, Юдківської та Грозева в рішенні “López Ribalda and Others v. Spain.”

<sup>46</sup> *Ibid.*

імовірність зловживання такими повноваженнями.<sup>47</sup> Якщо роботодавці зможуть діяти поза існуючою законодавчою базою, це, швидше за все, призведе до свавілля і правової невизначеності.

**Свобода віросповідання робітників.** Далі я перейду до обговорення свободи віросповідання та її перетину з правами працівників. Дисциплінарні заходи щодо працівників із приводу використання релігійних символів розглядалися як у державній, так і в приватній сферах. У справі “Евейда та інші проти Сполученого Королівства” Суд, схоже, визнає, що роботодавці можуть виправдовувати звільнення працівника, якщо сповідування релігії суперечить інтересам роботодавця щодо захисту порядку на робочому місці. У цьому випадку ЄСПЛ виявив прихильність до першого заявника, беручи до уваги дискретність релігійного символу та подальшу гнучкість компанії в пристосуванні свого дрес-коду з урахуванням носіння релігійних символічних прикрас, вказуючи на відсутність реального посягання на інтереси роботодавця.<sup>48</sup> Що стосується другого заявника, Суд прийняв обґрунтування, а саме стан здоров’я заявника, щодо заборони носіння релігійних символів.<sup>49</sup>

Загалом можна зробити висновок, що свобода розсуду в приватному секторі суворіша, ніж у державному.<sup>50</sup> У своїх міркуваннях щодо виправданого втручання ст. 9, Суд виявив особливу чутливість до принципів секуляризму та рівності.<sup>51</sup> У справі “Лейла Шахін проти Туреччини” він встановив розсуд держави щодо “обмеження свободи сповідування релігії, наприклад, носіння ісламської хустки, якщо здійснення цієї свободи суперечить меті захисту прав і свобод інших, громадському порядку та громадській безпеці.”<sup>52</sup> У суперечливому рішенні “Далаб проти Швейцарії” ЄСПЛ надав державі широку свободу розсуду і, врівноважуючи конкуруючі інтереси, прийняв аргумент уряду про те, що носіння хустки вчителем початкової школи може, певною мірою, мати прозелітичну дію на молодих учнів.<sup>53</sup> Крім того, він зазначив, що хустку “важко прирівняти до принципу гендерної рівності,” а “повідомлення про толерантність,

<sup>47</sup> Див. окрему думку, яка не збігається, суддів де Гаetano, Юдківської та Грозева в рішенні “López Ribalda and Others v. Spain.”

<sup>48</sup> *Eweida and Others v United Kingdom* (2013) 57 EHRR 8.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Для порівняння *Eweida and Others v. United Kingdom* див. *Kurtulmus v. Turkey* App no 65500/01 (ECHR, 24 January 2006), стосовно дисциплінарного розслідування та догани за носіння релігійних символів у громадських приміщеннях, а саме в університетах. Також див.: *Ebrahimian v. France* App no 64846/11 (ECHR, 26 November 2015), щодо дисциплінарних заходів із приводу носіння хустки в лікарні. Суд висловив широке схвалення урядів щодо терпимості до заборон на хустки не лише стосовно вчителів, які можуть чинити вплив на вразливих дітей, а й до всіх державних службовців.

<sup>51</sup> Детальну дискусію щодо інколи суперечливої судової практики див.: Paulo Pinto de Albuquerque and Andrea Scoseria Katz, “Is Religion a Threat to Human Rights? Or Is It the Other Way Around?” In *Religion and International Law*, ed. R. Uerpmann-Witzzack, E. Lagrange, and S. Oeter (Leiden: Boston Brill Nijhoff, 2018), 277–93.

<sup>52</sup> *Leyla Şahin v Turkey* (2004) 44 EHRR 99 та *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v Turkey* (2003) 37 EHRR 1.

<sup>53</sup> *Ibid.*

повагу до інших і, перш за все, про рівність і недискримінацію <...><sup>54</sup> може бути несумісним із носінням хустки.<sup>55</sup> Закон збалансування вимагав оцінити, наскільки “релігійні вірування були повністю враховані стосовно вимог захисту прав і свобод інших людей та збереження громадського порядку та безпеки.”<sup>56</sup> Отже, справа Далаб обмежує захист певних релігійних груп у їхньому вираженні релігійної свободи, особливо коли вони працюють у публічній сфері. На практиці це може призвести до виключення певних релігійних меншин із публічних робочих місць.<sup>57</sup> Окрім розгляду Судом рівності та недискримінації, він також надає широку свободу оцінки державі у питаннях, що стосуються дотримання конституційного принципу секуляризму в державних навчальних закладах.<sup>58</sup> Цей принцип, закріплений у конституціях Франції, Швейцарії та Туреччини, розширює обмеження носіння символів від працівників до студентів.<sup>59</sup>

Увага Суду до здатності працівника вільно входити та виходити з трудових відносин також вплинула на розгляд ст. 9, як засвідчено у справі “Контіннен проти Фінляндії.” Отже, звільнення за дострокове залишення роботи через релігійні переконання заявника було виправданим, оскільки “заявник міг звільнитися з посади.”<sup>60</sup> Справа “Сесса Франческо проти Італії” аналогічним чином була вирішена на користь держави, оскільки заявнику, адвокату та віруючому єврею, який вимагав від італійських судів відкласти судові засідання через свої релігійні зобов’язання, не було заборонено

<sup>54</sup> *Dalhab v. Switzerland App* no 42393/98 (ECHR, 15 February 2001).

<sup>55</sup> Поза сферою навчальних закладів, див. приклад *SAS v France* (2015) 60 EHRR 11, де Суд прийняв аргумент французького уряду про те, що “за певних умов повага до мінімальних вимог життя в суспільстві” може служити законною метою захисту прав і свобод інших осіб, і тому може виправдати заборону на носіння фати на обличчі в громадському просторі.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Кілька авторів критикували це через виключення жінок, які носять хустки, від взаємодії з суспільством, а також доступу до робочих місць у суспільстві. Див.: Eva Brems, “Face veil bans in the European Court of Human Rights: The Importance of Empirical Findings,” *Journal of Law and Policy* (2014): 540: “<...> замість посиленої соціальної взаємодії, ефект заборони цих жінок – це погіршення їхнього соціального життя, їхньої взаємодії із суспільством загалом та їхньої мобільності;” Jane Freedman, “Women, Islam and Rights in Europe: Beyond a Universalist/Culturalist Dichotomy,” *Review of International Studies* 33(1) (2007): 43: “<...> підтримка заборони на хустки мусульманських жінок може насправді робити погану послугу цим жінкам, запобігаючи вираженню самобутності та повстання проти дискримінації, а також проводячи їх подальше виключення із суспільства і, таким чином, подальше заперечення їх соціальних та економічних прав;” Aala Abdelgadir and Vasiliki Fouka, “Political Secularism and Muslim Integration in the West: Assessing the Effects of the French Headscarf Ban,” *Stanford University Working Paper* (2019): 29, <https://vfouka.people.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj4871/f/abdelgadirfoukajan2019.pdf>: “Таким чином, прибравши цей сигнальний механізм, заборона носіння хусток може мати зворотній ефект, підвищуючи релігійність та знижуючи інтеграцію.”

<sup>58</sup> *Leyla Şahin v. Turkey* (2004). Див. також: *Dogru and Kervanci v. France App* nos 27058/05, 31645/04 (ECHR, 4 December 2008).

<sup>59</sup> *Ranjit Singh v. France App* no 27561/08 (ECHR, 30 June 2009).

<sup>60</sup> *Kontinnen v. Finland App* no 24950/94 (ECHR, 15 May 1996) 23 EHRR CD168.

вільно виявляти свою віру, і він не зазнавав тиску з метою змінити свою релігію або переконання, маючи можливість делегувати представлення свого клієнта іншому колезі-юристу.<sup>61</sup> Крім того, Суд дійшов висновку, що “навіть припускаючи, що мало місце втручання у права заявника відповідно до статті 9 (1), Суд вважає, що це було передбачено законом, виправдано на підставі захисту прав та свобод інших осіб – і зокрема, права громадськості на належне здійснення правосуддя та принцип розгляду справ у розумні строки.”<sup>62</sup>

Небажання ЄСПЛ втручатися у звільнення з релігійних організацій було також продемонстровано у справі “Дуда і Дудова проти Чехії.” Суд підкреслив свою некомпетентність прийняти рішення про звільнення священників з посад, щоб не суперечити “принципам автономії та незалежності церков.”<sup>63</sup> Цей підхід також був застосований щодо переведення парафіяльних священників, рішення про відправлення священнослужителя у відпустку, про дострокове відправлення на пенсію, а також припинення місіонерської служби двох офіцерів.<sup>64</sup> У справі “Зібенгаар проти Німеччини” Суд розглядав справи, подібні до *Обст та Шют*, за винятком того, що як заявник, так і уряд відповідача заявляли про своє право вільно сповідувати свою релігію. Він прийняв аргумент національних судів, згідно з яким підтримка авторитету протестантської церкви, поряд із ризиком впливу на дітей принципів, що суперечать протестантській церкві, має більшу вагу, ніж зацікавленість людини не бути звільненою за її членство в іншій церковній установі.<sup>65</sup> Проте Суд буде втручатися у справи, в яких існує прихована підстава для звільнення, наприклад, “політика нетерпимості” щодо релігійних переконань і приналежності працівника, і коли заявник іншим чином виявляв необхідні якості для виконання посадових обов’язків.<sup>66</sup>

**Свобода слова працівників.** Загалом працівники користуються широким захистом від загроз їх свободі вираження поглядів. Суд встановив недотримання урядом Іспанії свого позитивного зобов’язання, коли заявник був звільнений за критичне висловлювання своєї думки щодо свого роботодавця, іспанської телекомпанії.<sup>67</sup> Однак це зобов’язання захищати право на свободу вираження поглядів від втручання з боку приватних осіб зіставляється з обов’язком працівника бути лояльним, стриманим та дискретним стосовно свого роботодавця,<sup>68</sup> обов’язком, що застосовується як до державних, так і до приватних трудових відносин.<sup>69</sup> У справі Великої палати “Фогт

<sup>61</sup> *Sessa Francesco v. Italy* App no 28790/08 (ECHR, 3 April 2012).

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Dudova and Duda v. the Czech Republic* App no 40224/98 (ECHR, 30 January 2001).

<sup>64</sup> Див.: *Ahtinen v. Finland* App no 48907/99 (ECHR, 23 September 2008).

<sup>65</sup> *Siebenhaar v. Germany* App no 18136/02 (ECHR, 3 February 2011).

<sup>66</sup> *Ivanova v. Bulgaria* App no 52435/99 (ECHR, 12 April 2007).

<sup>67</sup> *Fuentes Bobo v. Spain* App no 39293/98 (ECHR, 27 February 2000).

<sup>68</sup> *Marchenko v. Ukraine* App no 4063/04 (ECHR, 19 February 2009).

<sup>69</sup> *Heinisch v Germany* (2014) 58 EHRR 31.



проти Німеччини,” що стосується шкільної вчительки, яку було відсторонено від викладацької роботи через її причетність до Комуністичної партії Німеччини, що, як стверджується, суперечило “обов’язку кожного державного службовця підтримувати вільну демократичну систему,”<sup>70</sup> розглядаючи питання особистого вибору та особистих переконань, Суд дійшов висновку, що “робота вчителем німецької та французької мови в середній школі, посада, яка, по суті, не передбачає жодних ризиків для безпеки,” підвищує поріг допустимого втручання у право, закріплене в статтях 10 та 11 Конвенції, через суворість санкції у вигляді звільнення, що призвело до заплямованої репутації, втрати засобів до існування та неможливості повторного працевлаштування на аналогічних посадах.<sup>71</sup>

На відміну від цього, справи “Косік та Глазенапп проти Німеччини” демонстрували більш обмежувальний підхід, застосований Судом при оцінці відмови у працевлаштуванні в державному секторі у світлі прав Конвенції. Раніше обидва співробітники проходили випробувальні терміни, і тому їм відмовляли у статусі постійних державних службовців. Зрештою їх звільнили з тимчасової посади. Ці справи відрізнялися від рішення у справі *Фогт*, оскільки вони стосувалися доступу до посад у державному секторі, на відміну від звільнення з давньої посади, як це було у справі “Фогт проти Німеччини.”<sup>72</sup>

У приватному секторі Суд визнав доречним ухвалити рішення у низці справ щодо звільнення як наслідку висловлення заявником думок, що суперечать інтересам роботодавця. У справі “Де Дієго Нафрія проти Іспанії” ЄСПЛ вжив дисциплінарні заходи як прийнятні відповідно до ст. 10 (2) Конвенції через образливі, серйозні та необґрунтовані звинувачення у порушеннях, висунутих проти директорів Банку Іспанії.<sup>73</sup> Незгідний Суддя Касадеваль провів паралелі зі справою “Фуентес Бобо проти Іспанії” та зазначив, що обвинувачення аналогічним чином намагалися пролити світло на порушення в поведінці високопоставлених громадських діячів Банку. Крім того, незгодні вказали, що Банк Іспанії як державна установа повинен більшою мірою сприймати критику, а також слід враховувати слабку позицію працівника щодо роботодавця.<sup>74</sup> Так само існує справжній суспільний інтерес до публікації податкової декларації лідера великої корпорації в контексті дебатів щодо прозорості заробітної плати та надмірної винагороди для людей, які керують великими компаніями.<sup>75</sup> У цих випадках викладаються параметри, коли держава законно сподівається отримати можливість обмежувати свободу вираження поглядів. Особисті напади, що несуть

<sup>70</sup> *Vogt v Germany* (1996) 21 EHRR 205.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Kosiek v Germany* (1987) 9 EHRR 328. Див. також *Glazenapp v Germany* (1986) 9 EHRR 25.

<sup>73</sup> *De Diego Nafria v Spain* App no 46833/99 (ECHR, 14 March 2002).

<sup>74</sup> Див. окрему думку Судді Касадеваля, до якої приєдналися Суддя Зупанчич у справі *De Diego Nafria v Spain*.

<sup>75</sup> *Fressoz and Roire v France* (1999) 31 EHRR 28.

образливий, непомірно безпричинний і непотрібний підтекст, не будуть захищені ст. 10.<sup>76</sup>

Що стосується інформаторів, Суд ясно дав зрозуміти, що повідомлення про незаконні чи протиправні дії на робочому місці повинні бути захищені. ЄСПЛ встановив шість відповідних вимог, які повинні бути виконані, щоб потрапити в сферу захисту згідно зі ст. 10 Конвенції:

- розкриття інформації має відповідати значним суспільним інтересам;<sup>77</sup>
- не повинно бути інших ефективних засобів виправлення правопорушень, які працівник має намір розкрити;
- щоб подолати законодавчо встановлене зобов'язання зберігати конфіденційність, інтерес, який може мати громадськість у цій конкретній інформації, має бути значним;
- збиток, якщо такий є, заподіяний внаслідок розголошення, не повинен перевищувати зацікавленість громадськості у розкритті інформації;
- розкриття інформації не повинно бути мотивоване особисто;<sup>78</sup> і нарешті;
- інформатор повинен діяти сумлінно і бути впевненим, що інформація була достовірною і що її розголошення відповідає інтересам суспільства.<sup>79</sup>

У рішенні 2008 р. Суд одноголосно визнав порушення ст. 10 Конвенції щодо звільнення керівника відділу преси Генеральної прокуратури Молдови після публікації двох листів у газеті, які раніше були надіслані до Генеральної прокуратури. Він визначив, що відсутність законодавчого регулювання щодо повідомлень про порушення працівників, а також продовження правопорушень службовців, виправдовує зовнішнє оприлюднення, здійснене заявником.<sup>80</sup> У справі “Матуз проти Угорщини” Суд аналогічним чином встановив порушення після звільнення журналіста за публікацію книги, в якій критикується його роботодавець, за нібито цензуру. ЄСПЛ наголосив на ролі журналістів у демократичному суспільстві та їхньому обов'язку заохочувати громадські обговорення. Незважаючи на домовленість про конфіденційність між роботодавцем

---

<sup>76</sup> *Aguilera Jiménez and Others v. Spain* App nos 28389/06 and others (ECHR, 8 December 2009), та *Palomo Sanchez and Others v. Spain [GC]* App nos 28955/06 and others (ECHR, 12 September 2011), в якому Велика Палата посилалася на попереднє рішення у справі Агілера Хіменес і, аналогічним чином, не виявила порушення ст. 10, хоча вона не погодилася з урядом у тому, що справа не мала суспільних інтересів. Натомість вона повторила свою обмежувальну позицію щодо образливих проявів права на свободу вираження поглядів та заявила, що такі серйозні порушення не захищаються статтею 10 Конвенції.

<sup>77</sup> *Guja v. Moldova* App no 14277/04 (ECHR, 12 February 2008).

<sup>78</sup> *Langner v. Germany* App no 14464/11 (ECHR, 17 September 2015), в якому Суд встановив, що мотивація базується на особистій ворожнечі, а не на інтересах сприяння змістовній публічній дискусії.

<sup>79</sup> *Heimisch v Germany* (2014) 58 EHRR 31, де Суд взяв до уваги вразливість пацієнтів, якими знехтували, хоча громадськість не зважала на цей факт. Це демонструє вагому аргументацію суспільної зацікавленості у розкритті конфіденційної інформації, що стосується інших питань.

<sup>80</sup> *Guja v. Moldova*.

і працівником, це не могло стримати заявника від передачі ідей та інформації, особливо з огляду на вагу суспільного інтересу в отриманні інформації про ідеї працівника.<sup>81</sup> Нарешті, я хотів би згадати справу “Хайніш проти Німеччини,” яка продемонструвала, що принципи, встановлені у справі “Гуджа проти Молдови” стосовно співробітників державного сектору, застосовуються так само до приватного сектору.

## II. Права трудящих-мігрантів

Далі я хотів би обговорити, як права трудящих-мігрантів захищаються Конвенцією. Легко згадуються кілька випадків, які можуть продемонструвати здатність Конвенції відстоювати основні права трудящих-мігрантів. Перший випадок – справа “Ранцев проти Кіпру та Росії.” Суд розширив сферу застосування Конвенції, посилаючись на міжнародно-правові норми та принципи м’якого права.<sup>82</sup> Завдяки цьому він зміг застосовувати Конвенцію “в гармонії з іншими нормами міжнародного права, частиною яких вона є,”<sup>83</sup> ефективно допомагаючи виявити ситуацію, що склалася, а саме ситуацію жертви торгівлі людьми, яка померла внаслідок процесуальної неможливості захистити її від небезпек, пов’язаних із торгівлею людьми. Як наслідок, ЄСПА зміг одностайно погодитися з тим, що торгівля людьми, хоч це і не було прямо зазначено, підпадала під дію ст. 4 Конвенції. До цього висновку Суд лише один раз розглядав питання торгівлі людьми в рамках Конвенції, а саме: у справі “Сіліадін проти Франції.”<sup>84</sup> Тут також він спирався на висновки Парламентської Асамблеї, яка вказала, що “сьогоднішні раби – це переважно жінки, і вони працюють, як правило, у приватних домашніх господарствах, починаючи як домашні працівники-мігранти <... >.”<sup>85</sup> Крім того, Суд повторив, що, оскільки “Конвенція не визначає терміни сервітуту або ‘примусової чи обов’язкової праці,’ для визначення значення цих понять слід зробити посилання на відповідні міжнародні конвенції в цій галузі <... >.”<sup>86</sup>

Справою, яка аналогічним чином визнавала права трудящих-мігрантів, застосовуючи принципи м’якого права, була справа “Чоудхурі та інші проти Греції.” Стрілянина по робочим-мігрантам, які оголосили страйк з метою отримання своєї простроченої заробітної плати на полуничній фермі, і подальше виправдання обвинувачених у національних судах Греції є кричущою і неприйнятною відсутністю захисту для робочих-мігрантів. Більш конкретно Суд встановив вимоги, передбачені ст. 4 Конвенції, яка включала як профілактичні, так і захисні заходи:

<sup>81</sup> *Matuz v. Hungary* App no 73571/10 (ECHR, 21 October 2014).

<sup>82</sup> Критику щодо розширення сфери застосування ст. 4 Конвенції див.: Jean Allain, “Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery,” *Human Rights Law Review* 10(3) (2010): 555.

<sup>83</sup> *Rantsev v Cyprus and Russia* (2010) 51 EHRR 1.

<sup>84</sup> *Siliadin v France* (2006) 43 EHRR 16.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*

Держави повинні, по-перше, взяти на себе відповідальність за створення законодавчої та адміністративної бази, що забезпечує реальний та ефективний захист прав жертв торгівлі людьми. Крім того, внутрішнє імміграційне законодавство держав повинно реагувати на занепокоєння щодо підбурювання, сприяння торгівлі людьми або терпимості до неї < ... > за певних обставин держава буде зобов'язана вжити оперативних заходів для захисту реальних або потенційних жертв звернення, що суперечить статті 4.<sup>87</sup>

У справі “Дж. та інші проти Австрії” Суд застосував більш обмежувачий підхід і дійшов висновку, що австрійський уряд не зобов'язаний розслідувати вербування та ймовірну експлуатацію заявників за межами австрійської території.<sup>88</sup> Він позитивно оцінив зобов'язання національних органів влади, а саме організацію співбесід зі спеціально навченими поліцейськими та врегулювання перебування заявників в Австрії.<sup>89</sup> Дійшов висновку, що “для цілей статті 4 Конвенції надзвичайно важливо, щоб вимоги заявників у цілому сприймалися серйозно і застосовувалася відповідна законодавча база < ... >.”<sup>90</sup>

### III. Права профспілок

Третім напрямом, що ілюструє включення трудових прав до Конвенції, є колективний захист працівників. Колективний вимір значною мірою спирається на ст. 11 Конвенції, а саме: право на свободу об'єднання. Згідно зі справою Демір та Байкара воно включає “право створювати профспілки та вступати до них (див., як нещодавній авторитет, Тюм Габер Сен та Чинар < ... >), заборону угод про закриті магазини (див., наприклад, Сьоренсен та Расмуссен < ... >), право профспілки намагатися переконати роботодавця почути, що вона має сказати від імені своїх членів (Вільсон, Національна спілка журналістів та інші < ... >).”<sup>91</sup> Крім того, невичерпний перелік включає право не вступати до профспілки,<sup>92</sup> і право профспілок “складати свої власні правила та керувати своїми справами.”<sup>93</sup>

---

<sup>87</sup> *Chowdhury and Others v. Greece* App no 21884/15 (ECHR, 30 March 2017).

<sup>88</sup> *J. and others v. Austria* App no 5821612 (ECHR, 17 January 2017). Доходячи такого висновку, Суд посилався на Палермський протокол та Конвенцію про боротьбу з торгівлею людьми, які обмежують юрисдикцію “будь-яким правопорушенням, пов'язаним з торгівлею людьми, вчиненим на їхній власній території, їхнім або проти їхнього громадянина < ... >.”

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Demir and Baykara v Turkey* (2009) 48 EHRR 54. Див. також *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey* App no 68959/01 (ECHR, 21 April 2009).

<sup>92</sup> *Sorensen and Rasmussen v. Denmark* App nos 52562/99 and 52620/99 (ECHR, 11 January 2006); контрастує з *Ahmed and Others v. United Kingdom* App no 22954/93 (ECHR, 2 September 1998), в якому обмеження, передбачене ст. 11 Конвенції, було визнано доцільним для збереження політичного нейтралітету вищих посадових осіб місцевого самоврядування. Отже, абсолютна заборона профспілок не є виправданою згідно зі ст. 11, але можуть застосовуватися обмеження, зокрема, для підтримання політичної неупередженості.

<sup>93</sup> *Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen (Aslef) v. United Kingdom* App no 11002/05 (ECHR, 27 February 2007).

Колективний аспект прав трудящих стикається з особливо пильним контролем з боку національних і міжнародних судів. Частково це пов'язано з тим, що профспілки здатні чинити значний тиск на роботодавців, що дає їм змогу домагатися змін. У деяких випадках Суд виявив готовність терпіти правопорушення, що підпадають під сферу дії ст. 11, на користь законних обґрунтувань із боку національної влади. Це, зі свого боку, призвело до “збірної солянки.” У практиці Суду проявляються як прогресивні, так і обмежувальні риси, – явище, яке Рорі О’Коннелл охарактеризував як “гойдалки.”<sup>94</sup> Це призвело до невизначеності щодо належного підходу Суду. Однак з’ясувалося, що ст. 11 застосовується не лише до осіб чи асоціацій, які мають сприятливі чи необразливі погляди, але повинна, аналогічно вимогам, передбаченим ст. 10, також забезпечувати захист особам чи асоціаціям, чий погляд ображають, шокують або заважають.<sup>95</sup> Так само держави повинні забезпечити, щоб вітчизняна судова система могла гарантувати реальний та ефективний захист від дискримінації на підставі членства в профспілках.<sup>96</sup> Наприклад, у справі “Даниленков та інші проти Росії” члени профспілки Союзу докерів Росії, які працювали в приватній компанії, провели невдалий страйк і, як наслідок, були звільнені відповідно до структурної реорганізації компанії. Оскільки заявники не змогли розпочати розслідування через національні суди, Суд наголосив на важливості недискримінації на основі членства в профспілці та здатності продовжувати судовий процес.<sup>97</sup>

Перш ніж згадувати випадки, що продемонстрували посилення тиску на колективні права профспілок, я хотів би виділити деякі знакові випадки, які здійснили революцію в правах робітників і дали можливість розширити свої можливості більш слабкій стороні робочих відносин.

Основним прикладом прогресивного підходу є справа “Демір та Байкара проти Туреччини.” Президент і член профспілки Тьом Бел Сен безуспішно скаржився на невиконання роботодавцем дворічного колективного договору, оскільки профспілка “не мала права укладати колективні договори відповідно до закону.”<sup>98</sup> За відсутності послідовного, єдиного підходу європейських держав-членів Суд

може і повинен брати до уваги елементи міжнародного права, відмінні від Конвенції, тлумачення таких елементів компетентними органами та практику європейських держав, що відображатиме їхні спільні цінності. Консенсус, який випливає зі спеціалізованих міжнародних документів та практики Договірних Держав, може становити відповідну увагу Суду при тлумаченні ним положення Конвенції в конкретних випадках.<sup>99</sup>

<sup>94</sup> Rory O’Connell, “Judges of the World United? Collective Aspects of the Right to Work in Regional Human Rights Systems,” in *Buckley and Others, Towards Convergence in International Human Rights Law* (Leiden: Brill, 2016), 223.

<sup>95</sup> *Redfearn v United Kingdom* (2013) 57 EHRR; *Vona v. Hungary* App no 35943/10 (ECHR, 9 July 2013).

<sup>96</sup> *Danilenkov and Others v. Russia* App no 67336/01 (ECHR, 30 July 2009).

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Demir and Baykara v Turkey* (2009) 48 EHRR 54.

<sup>99</sup> *Ibid.*

ЕСПЛ одногосно визнав порушення ст. 11 “через втручання у право заявників як муніципальних державних службовців на створення профспілки <... >” та “через скасування із самого початку колективного договору, укладеного профспілкою заявника після колективних переговорів з владою.”<sup>100</sup>

Справа “Демір та Байкара проти Туреччини” мала вирішальний вплив на низку справ, де можна засвідчити, що соціальні права та відповідні підходи міжнародного та порівняльного права ефективно використовувались для прогресу судової практики.<sup>101</sup> По суті, “суд відкрив двері до більш соціального виміру, змінивши свою попередню (дуже обмежувальну) практику.”<sup>102</sup> Цей розширений обсяг, розроблений згідно з судовою практикою щодо прав профспілок, призводить до горизонтальних, а також вертикальних наслідків, “що має наслідки для національних судів у справах, пов’язаних з обмеженням права на страйк через принцип пропорційності.”<sup>103</sup> Відповідно до цього широкого тлумачення прав профспілок згідно з правами Конвенції та визнаючи життєво важливе значення колективних трудових прав, Суд визнав порушення ст. 11 Конвенції у справі “Хорватський медичний синдикат проти Хорватії,” зазначивши, що “за відсутності будь-яких виняткових обставин, Суду важко визнати, що дотримання принципу паритетності в колективних переговорах є законною метою <... >, яка може виправдати позбавлення профспілки на три роки та вісім місяців найпотужнішого інструменту захисту професійних інтересів її членів.”<sup>104</sup>

Незважаючи на ці уявлення Суду про прогресивні тенденції розвитку соціальних прав, він одночасно виявляв регресивні тенденції, які ефективно протидіяли деяким досягненням вищезазначеної юриспруденції. Одним із таких прикладів є справа “Національна спілка залізничних, морських та транспортних працівників проти Сполученого Королівства,” в якій заборона Великої Британії на вторинні дії протягом двох десятиліть викликала критичні відгуки з боку Комітету експертів Міжнародної організації праці, а також Європейського комітету з соціальних прав.<sup>105</sup> Суд взяв до уваги порівняльне законодавство та зазначив, що “вторинні дії захищені або дозволені, з урахуванням різних обмежень та умов, у переважній більшості держав-

<sup>100</sup> *Demir and Baykara v Turkey* (2009) 48 EHRR 54.

<sup>101</sup> Див., серед іншого, *N. K. M. v Hungary* (2016) 62 EHRR 33; *Gáll v. Hungary* App no 49570/11 (ECHR, 25 June 2013), і *R. SZ v. Hungary* App no 41838/11 (ECHR, 2 July 2013).

<sup>102</sup> Filip Dorsemont, Klaus Lorcher, and Isabelle Schömann, *The European Convention on Human Rights and the Employment relation* (London: Bloomsbury Publishing, 2013), 418.

<sup>103</sup> Julia Lopez, *Collective Bargaining and Collective Action: Labour Agency* (London: Bloomsbury Publishing, 2019), 47. Для подальших коментарів щодо впливу рішення в *Demir and Baykara*, див. Keith Ewing and John Hendy, “The Dramatic Implications of *Demir and Baykara*,” *Industrial Law Journal* 39(1) (2010): 41. Вони стверджують, що “це рішення, при якому соціальні та економічні права постійно поєднуються з громадянськими та політичними правами, в процесі, який потенційно є нічим іншим, як соціалізацією цивільних та політичних прав,” та Charles Barrow, “*Demir and Baykara v Turkey*: Breathing Life into Article 11,” *European Human Rights Law Review* (2010): 419.

<sup>104</sup> *Hrvatski Lijecnicki Sindikat v. Croatia* App no 36701/09 (ECHR, 27 November 2014).

<sup>105</sup> *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v United Kingdom* (2015) 60 EHRR 10.

членів Європейського Союзу.”<sup>106</sup> Розглядаючи справу, ЄСПЛ також визнав існування відповідного міжнародного права та тлумачення підключених до нього органів. Однак його висновок відображав надто широку залежність від свободи розсуду національної влади. Цей висновок був зроблений, незважаючи на усвідомлення Судом того, що пряма заборона Великої Британії на вторинні промислові дії відображає найбільш обмежувальну форму національних регуляторних підходів.<sup>107</sup> Суд зазначив, що заявник значною мірою покладається на застереження справи Демір і Байкара щодо планів національної влади обмежити свободу об’єднання профспілок, але дистанціювався від цієї аргументації, зазначивши, що справа Демір і Байкара посилялася на більш далекосяжне втручання у свободу об’єднань, а саме розпуск профспілки.<sup>108</sup> ЄСПЛ заявив, що “якщо це є не основним, а вторинним або допоміжним аспектом діяльності профспілок, маржа є ширшою, і втручання за своєю природою, швидше за все, буде пропорційним, що стосується його наслідків для здійснення свободи профспілок.”<sup>109</sup> Широкомасштабне втручання та вплив цієї заборони на вторинні страйки, які фактично мінімізували здатність профспілки захищати інтереси своїх членів, не враховувалися. Крім того, Суд дистанціювався від висновків міжнародних органів, завданням яких було тлумачити відповідні міжнародні документи.<sup>110</sup>

Ці висновки суперечать попередньо розробленій прецедентній практиці, яка враховувала, що в демократичному суспільстві найвищим практичним засобом переконання роботодавця почути вимоги робітників є, очевидно, страйкові дії. Результатом у цій нещодавній справі справді є обмеженням прав профспілок, і це лише зміцнює сильну сторону за переговорним столом – роботодавців, які отримають вигоду від широкої свободи розсуду, встановленої національними органами влади в галузі економіки та соціальної політики. Ефект цієї регресивної тенденції буде також очевидний у моїй останній темі, а саме в галузі заходів жорсткої економії.

#### **IV. Заходи жорсткої економії та права працівників**

Останніми роками спостерігається зростання кількості заяв, що стосуються наслідків заходів жорсткої економії, запроваджених урядами в рамках програм структурної перебудови, включаючи підвищення оподаткування і скорочення програм суспільного добробуту. Заходи жорсткої економії значно зіпсували похвальний імідж Суду як “фортеці захисту соціально-економічних прав.”<sup>111</sup> Заходи жорсткої економії не тільки можуть потенційно послабити захист прав за Конвенцією, вони

<sup>106</sup> *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v United Kingdom* (2015) 60 EHRR 10.

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> Antonia Baraggia and Maria Etena Gennusa, “Social Rights Protection in Europe in Times of Crisis? A Tale of Two Cities,” *Vienna Journal on International Constitutional Law* 11(4) (2017): 479.

також можуть охоплювати і тим самим посилювати якість захисту найслабших членів суспільства.<sup>112</sup>

ЄСПА намагався встановити межі, вказуючи на те, що певними правами не можна нехтувати, незалежно від існування економічних труднощів внаслідок внутрішньої або навіть світової фінансової кризи.<sup>113</sup> Проте деякі його останні рішення не дають особливо яскравого уявлення про готовність Суду включити до Конвенції міркування щодо соціальних прав. Я хотів би підкреслити, чому необхідно, особливо під час кризи, щоб Суд усвідомлював свою роль щодо захисту конвенційних прав, включаючи встановлений соціальний аспект Конвенції.

Незалежний експерт Організації Об'єднаних Націй (ООН) стосовно впливу зовнішнього боргу та інших пов'язаних із ним міжнародних фінансових зобов'язань держав на повне здійснення прав людини, зокрема економічних, соціальних і культурних, підкреслив неподільність прав людини та зазначив, що заходи жорсткої економії не тільки потенційно шкідливі для захисту економічних і соціальних прав, а, крім того, можуть суттєво вплинути на громадянські та політичні права: "Скорочення бюджету на державні послуги <...> може призвести до неможливості гарантувати громадянські права на справедливий судовий розгляд, сімейне життя, недискримінацію, свободу від катувань та жорстокого, нелюдського і такого, що принижує гідність, поводження, або навіть права на життя."<sup>114</sup>

Ці висновки відповідають справам, які виникли в Суді внаслідок заходів жорсткої економії. Справа "Куфакі та АДЕДІ проти Греції" стосувалася невідбиркового скорочення зарплат та пенсій на 20% працівникам державного сектору.<sup>115</sup> ЄСПА ухвалив рішення на користь держави-відповідачки і стверджував, що Греція діяла

---

<sup>112</sup> Див. Nicholas J. Lusiani and Sergio Chaparro, "Assessing Austerity: Monitoring the Human Rights Impacts of Fiscal Consolidation," *Center for Economic and Social Rights* (2018): 20: "Кінцевою метою будь-яких фіскальних заходів, як експансивних, так і суперечливих, має бути реалізація прав людини."

<sup>113</sup> Див., серед іншого, *Nencheva and Others v. Bulgaria* App no 48609/06 (ECHR, 18 June 2013), стосовно смерті 15 дітей у дитячому будинку в умовах економічної кризи та позбавлення їх основних потреб для виживання.

<sup>114</sup> Далі було зазначено, що держави повинні "керуватися існуючими міжнародними правами людини <...>, що включає основні міжнародні договори про права людини, а також їх авторитетне тлумачення в загальних коментарях, заявах, відкритих листах, рішеннях, заключних зауваженнях та рекомендаціях, виданих органами моніторингу договорів." Див.: *Guiding principles on human rights impact assessments of economic reforms* Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of human rights, particularly economic, social and cultural rights, A/HRC/40/57, 19 December 2018, Principle 5, <https://www.undocs.org/A/HRC/40/57>. Також див.: *The Council of Europe's Feasibility Study on the Impact of the Economic Crisis and Austerity Measures on Human Rights in Europe*, adopted by the Steering Committee for Human Rights (CDDH), 11 December 2015, para. 20, <https://rm.coe.int/the-impact-of-the-economic-crisis-and-austerity-measures-on-human-righ/16806f2030>.

<sup>115</sup> *Koufaki and ADEDY v. Greece* App nos 57665/12 and. 57657/12 (ECHR, 7 May 2013).



у межах своєї свободи розсуду.<sup>116</sup> Він вирішив, що зменшення зарплати першого заявника не було драконівською мірою, яка поставила б заявника в положення нижче загальноприйнятого прожиткового мінімуму.<sup>117</sup> Відзначаючи “існування виняткової кризи без прецедентів в грецькій історії”,<sup>118</sup> визнав, що втручання у ст. 1 Першого Протоколу мало місце, але було виправдане правильним зважуванням суспільних інтересів щодо заявників.

Іоанна Перву критикувала точку зору Суду, заявляючи, що “як суд з прав людини, Європейський суд з прав людини повинен був використати сферу застосування права як вихідну точку, а потім оцінити ступінь втручання. Зрештою, втручання повинно бути винятком, тоді як захист прав людини є правилом у системі Європейського суду з прав людини.”<sup>119</sup> Також прикро, що Суд проігнорував висновки інших міжнародних органів. Раніше Європейський комітет із соціальних прав оцінив заходи жорсткої економії, вжиті Грецією, та виявив порушення прав, яке є результатом “кумулятивного ефекту обмежувальних заходів та процедур, прийнятих для їхнього застосування.”<sup>120</sup> Таким чином, рішення у справі Куфакі було прийнято шляхом підкреслювання свободи розсуду національних держав і особливо вагомих суспільних інтересів. Цей акцент зменшує обтяжливе порушення особою її права володіння згідно зі ст. 1 Першого Протоколу, а крім того, не враховує міжнародну м’яку практику, яка могла б допомогти в оцінці впливу заходів. Лоерчер також зазначив відсутність розгляду стосовно інших національних конституційних рішень у Європі.<sup>121</sup> Підхід Суду, по суті, суперечить справі Демір та Байкара та послаблює захист, передбачений Конвенцією. Подібним чином, справа “Джаві проти Греції”<sup>122</sup> є показовою для регресивної тенденції усвідомлення Судом нерозривно переплетеного характеру громадянських, політичних, економічних та соціальних прав.

На відміну від карт-бланшу, виданого у справі Куфакі, рішення у справі “Сільва Карвалю Ріку проти Португалії” пропонувало більш тонкий підхід до реалізації заходів жорсткої економії. Хоча в кінцевому результаті Суд визнав заяву непринятною, він ретельно проаналізував наслідки заходів жорсткої економії та, крім того, виклав дві

<sup>116</sup> *Koufaki and ADEDY v. Greece* App nos 57665/12 and. 57657/12 (ECHR, 7 May 2013).

<sup>117</sup> *Kjartan Asmundsson v. Iceland* App no 60669/00 (ECHR, 12 October 2004). Зниження пенсій може бути виправданим, якщо воно являє собою “розумне і пропорційне зменшення, а не повне позбавлення.”

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> Joanna Pervou, “Human Rights in Times of Crisis: The Greek Cases before the ECtHR, or the Polarisation of a Democratic Society,” *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 5(1) (2016): 113, 119–20.

<sup>120</sup> *European Committee on Social Rights, Pensioners’ Union of the Agricultural Bank of Greece (ATE) v. Greece* App no 80/2012 (ECHR, 24 September 2012).

<sup>121</sup> Klaus Loercher, “EGMR prüft drastische Sparmaßnahmen,” <https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-newsletter/europaeisches-arbeitsrecht/2013/newsletter-022013.html>.

<sup>122</sup> *Giavi v. Greece* App no 25816/2009 (ECHR, 3 October 2013) – щодо зменшення надбавок до заробітної плати.

важливі вимоги, які були виконані урядом Португалії. По-перше, на відміну від справи Куфакі, обмежувальні заходи відбувались як тимчасові. По-друге, заходи жорсткої економії не застосовувалися рівномірно, що непропорційно обтяжувало б найменш забезпечене населення. Крім того, Конституційний суд Португалії покладався на інтегровану німецьку концепцію “за умови можливого,” відому німецькою мовою як *Vorbehalt des Möglichen*,<sup>123</sup> що, зі свого боку, лежить в основі принципу пропорційності.<sup>124</sup> Відповідно, економічні, соціальні та культурні права реалізуються “за умови можливого,” а отже, відповідно до наявних економічних ресурсів. Принцип базується на передумові, що держава не завжди суворо виконує однакові обов’язки щодо захисту соціальних прав, оскільки на цей обов’язок впливатиме загальний контекст бюджетного добробуту держави. Принцип обмежує порушення соціальних прав, передбачаючи, що основне соціальне право не продається. Отже, навіть у кризові періоди повинен бути забезпечений мінімальний захист соціальних прав, а принципи рівності та людської гідності повинні залишатися недоторканими. Суд визнав це, оцінивши, чи призведуть обмеження до “повного позбавлення права, що призведе до втрати засобів до існування.”<sup>125</sup> У справі “Сільва Карвалю Ріку проти Португалії” цей рівень не був досягнутий, і ЄСПЛ дійшов висновку, що в моменти надзвичайної фінансової кризи, як це було в Португалії на той час, заходи, що зменшують розмір пенсії, базуються на законних суспільних інтересах.<sup>126</sup> Детальна оцінка Судом заходів суворої економії отримала подальший розвиток у справі “Н. К. М. проти Угорщини.”<sup>127</sup> Заявниця, довгострокова державна службовиця, стикалася з податком у розмірі 98% з виплати вихідної допомоги через нове положення, яке було введене незадовго до звільнення. Суд визнав “істотне позбавлення доходу,” якого зазнала заявниця, що становило “надмірне та індивідуальне навантаження на сторону заявниці.”<sup>128</sup> Отже, він визначив, що працівники повинні бути захищені від звільнення, і тому держава не має необмеженої можливості для оподаткування компенсацій працівникам за припинення трудових відносин навіть у кризові періоди. Суд цілком справедливо висловив думку, що “залишаються серйозні сумніви щодо того, чи застосовуються загальні обґрунтування до заявниці, оскільки вона не могла бути відповідальною за фінансові проблеми, які держава мала намір усунути.”<sup>129</sup> Ця справа разом зі справою

<sup>123</sup> Див., наприклад, *Decisions by the official collection (BVerfGE) 43, 291 (314f); 33, 303 (333)*, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Entscheidungen/Entscheidungen/Amtliche%20Sammlung%20BVerfGE.html>: “*Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann*” – “Застереження щодо того, що людина може обґрунтовано вимагати від суспільства.”

<sup>124</sup> *Da Silva Cavalho Rico v. Portugal* App no 13341/14 (ECHR, 1 September 2015).

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> *N. K. M. v Hungary* (2016) 62 EHRR 33.

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> *Ibid.*

“Р. С. проти Угорщини”<sup>130</sup> виділяється тим, що Суд врахував соціальний вимір права власності та підтверджує, що право власності є визначальним у захисті прав працівників, особливо у випадку звільнення. Розглядаючи заходи жорсткої економії, ЄСПЛ доклав певних зусиль, намагаючись пролити світло на процес його аргументації при розгляді порушень прав у результаті криз. Прогресивне оподаткування домогосподарств із вищими доходами частіше відповідає принципу пропорційності,<sup>131</sup> тоді як соціально “сліпі” заходи, які ефективно спрямовані на всіх громадян, як якби всі вони перебували в однаковому фінансовому становищі, не будуть прийматись як такі, що потрапляють у межі розсуду держави.

## V. Висновки: Регресивні тенденції у судовій практиці та подальший шлях

Тенденція до регресу прецедентної практики Суду є помітною, але її не можна зупинити. Трьома знаковими справами, які суттєво сприяли соціальному виміру прав працівників у світі Конвенції, є: “Демір і Байкара проти Туреччини,” “Костянтин Маркін проти Росії” та “Бербулеску проти Румунії.” Після цих знакових справ судова практика не була лінійною, і регресивні елементи проникли у низку справ, зокрема у галузі прав профспілок та заходів жорсткої економії. Як правило, можна помітити, що, коли Суд застосовує гармонійний, інтегрований підхід до тлумачення права Конвенції та справді враховує сучасні висновки міжнародних органів, а також європейські тенденції, він постане перед викликами дотримання конвенційних прав – особливо в часи потрясінь, які зіпсовані соціальними та економічними заворушеннями. Роберт Алексі цілком слушно стверджує: “Саме в часи кризи навіть мінімальний конституційний захист соціальних прав здається необхідним.”<sup>132</sup>

© Пауло Пінто де Альбукерке, 2021

## Bibliography

- Abdelgadir, Aala, and Vasiliki Fouka. “Political Secularism and Muslim Integration in the West: Assessing the Effects of the French Headscarf Ban.” *Stanford University Working Paper* (2019): 29.
- Albuquerque, Paulo Pinto de, and Andrea Scoseria Katz. “Is Religion a Threat to Human Rights? Or Is It the Other Way Around?” In *Religion and International Law*, edited by R. Uerpmann-Witzzack, E. Lagrange and S. Oeter, 277–93. Leiden: Boston Brill Nijhoff, 2018.
- Alexy, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Allain, Jean. “Rantsev v Cyprus and Russia: the European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery.” *Human Rights Law Review* 10(3) (2010): 555.

<sup>130</sup> *R. Sz. v. Hungary* App no 41838/11 (ECtHR, 2 July 2013).

<sup>131</sup> *Mateus and Others v. Portugal* App no 62235/12 and 57725/12 (ECHR, 8 October 2013); *Da Silva Cavalho Rico v. Portugal* App no 13341/14 (ECHR, 24 September 2015).

<sup>132</sup> Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 344.

- Baraggia, Antonia, and Maria Etena Gennusa. "Social Rights Protection in Europe in Times of Crisis? A Tale of Two Cities." *Vienna Journal on International Constitutional Law* 11(4) (2017): 479.
- Barrow, Charles. "Demir and Baykara v Turkey: Breathing Life into Article 11." *European Human Rights Law Review* (2010): 419.
- Bernal, Paul. "Data Gathering, Surveillance and Human Rights: Recasting the Debate." *Journal of Cyber Policy* 1(2) (2016): 2.
- Brems, Eva. "Face Vail Bans in the European Court of Human Rights: The Importance of Empirical Findings." *Journal of Law and Policy* (2014): 540.
- Dorssemont, Filip, Lorcher, Klaus, and Isabelle Schömann. *The European Convention on Human Rights and the Employment relation*. London: Bloomsbury Publishing, 2013.
- Ebert, Franz, and Martin Oelz. "Bridging the Gap between Labour Rights and Human Rights: The Role of ILO Law in Regional Human Rights Courts." ILO, Discussion paper, International Institute for Labour Studies, DP/212/2012.
- Eide, Elisabeth. "Chilling Effects on Free Expression: Surveillance, Threats and Harassment." In *Making Transparency Possible. An Interdisciplinary Dialogue*, edited by R. Krøvel and M. Thowsen. Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2019.
- Ewing, Keith, and John Hendy. "The Dramatic Implications of Demir and Baykara." *Industrial Law Journal* 39(1) (2010): 41.
- Freedman, Jane. "Women, Islam and Rights in Europe: Beyond a Universalist/Culturalist Dichotomy." *Review of International Studies* 33(1) (2007): 43.
- Guiding principles on human rights impact assessments of economic reforms Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of human rights, particularly economic, social and cultural rights, A/HRC/40/57 (19 December 2018). <https://www.undocs.org/A/HRC/40/57>.
- Loercher, Klaus. "EGMR prüft drastische Sparmaßnahmen." <https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-newsletter/europaeisches-arbeitsrecht/2013/newsletter-022013.html>.
- Lopez, Julia. *Collective Bargaining and Collective Action: Labour Agency*. London: Bloomsbury Publishing, 2019.
- Lusiani, Nicholas J., and Sergio Chaparro. "Assessing Austerity: Monitoring the Human Rights Impacts of Fiscal Consolidation." *Center for Economic and Social Rights* (2018): 20.
- Mantouvalou, Virginia. "Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation." *Human Rights Law Review* 13(3) (2013).
- O'Connell, Rory. "Judges of the World United? Collective Aspects of the Right to Work in Regional Human Rights Systems." In *Buckley and Others, Towards Convergence in International Human Rights Law*. Leiden: Brill, 2016.
- Penney, Jon. "Internet Surveillance, Regulation and Chilling Effects Online: A Comparative Case Study." *Internet Policy Review* 6(2) (2017).
- Pervou, Ioanna. "Human Rights in Times of Crisis: The Greek Cases before the ECtHR, or the Polarisation of a Democratic Society." *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 5(1) (2016).

Schauer, Frederick. "Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect." *Boston University Law Review* 58(685) (1978).

The Council of Europe's Feasibility Study on the Impact of the Economic Crisis and Austerity Measures on Human Rights in Europe, adopted by the Steering Committee for Human Rights (CDDH) (11 December 2015). <https://rm.coe.int/the-impact-of-the-economic-crisis-and-austerity-measures-on-human-righ/16806f2030>.

UN, General Assembly, *Vienna Declaration and Program of Action*, A/CONF.157/23 (12.03.1993).

### **Пауло Пінто де Альбукерке. Права працівників, працівників-мігрантів та профспілок за Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод**

**Анотація.** Європейський суд з прав людини (Суд, ЄСПЛ) зробив значний внесок у захист соціальних прав загалом і трудових прав зокрема. У статті акцентується увага на чотирьох особливих напрямках, які демонструють багатство прецедентної практики в цій сфері. По-перше, автор зупиняється на індивідуальних проблемах, пов'язаних із загальними правами працівників, звертаючи увагу на питання несправедливого звільнення, право на повагу до приватного й сімейного життя, свободу релігії та свободу вираження поглядів. По-друге, автор зупиняється на захисті прав працівників-мігрантів Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. По-третє, в статті розглядається права профспілок у світлі свободи об'єднань. І, врешті-решт, віддзеркалюючи економічний ландшафт минулого десятиліття, наводиться прецедентна практика задля демонстрації того, як заходи жорсткої економії можуть вплинути на права людини, та як Суд відповів на це проблемне питання.

Соціальні права, зокрема трудові, отримали багато переваг від того, що вони були розглянуті в прецедентній практиці Суду, оскільки його практика уточнила кордони та обмежила державну безмежну дискрецію в управлінні цими правами. Водночас сформувалася певна тенденція. Якщо спочатку захист прав і свобод працівників різко посилювався, що підтверджується деякими хрестоматійними справами ЄСПЛ, зараз не можна не помітити регресивну тенденцію, яка більш пов'язана з трудовим законодавством, розширює свободу розсуду урядів та значно обмежує ефективність Суду при розгляді трудових прав. Утім, цей регресивний тренд не варто розглядати як незворотний. У статті підкреслюється, як змістовний розгляд принципів м'якого права дає змогу Суду зайняти прогресивну позицію, яка сприяє трудовим правам, і як він може продовжувати допомагати захищати права робітників.

**Ключові слова:** Європейський суд з прав людини; свобода об'єднань; свобода вираження поглядів, свобода думки, совісті і релігії; права людини; працівники-мігранти; дефіцит ресурсів; право на повагу до приватного та сімейного життя; профспілки; працівники.

### **Пауло Пінто де Альбукерке. Права работников, работников-мигрантов и профсоюзов согласно Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод**

**Аннотация.** Европейский суд по правам человека (Суд, ЕСПЧ) внес значительный вклад в защиту социальных прав в целом и трудовых прав в частности. В статье акцентируется внимание на четырех особых направлениях, которые демонстрируют богатство прецедентной практики в этой сфере. Во-первых, обращая внимание на вопросы несправедливого увольнения, право на уважение частной и семейной жизни, свободу религии и свободу выражения мнений. Во-вторых, автор останавливается на защите прав работников-мигрантов согласно Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В-третьих, в статье рассматривается права профсоюзов в свете свободы объединений. И, в конце концов, отражая экономический ландшафт прошлого

десятилетия, приводится прецедентная практика для демонстрации того, как меры жесткой экономии могут повлиять на права человека, и как Суд ответил на этот проблемный вопрос.

Социальные права, в том числе трудовые, получили много преимуществ от того, что они были рассмотрены в прецедентной практике Суда, поскольку его практика уточнила границы и ограничила безграничную дискрецию государства в управлении этими правами. В то же время сформировалась определенная тенденция. Если сначала защита прав и свобод работников резко усилилась, что подтверждается некоторыми хрестоматийными делами ЕСПЧ, сейчас нельзя не заметить регрессивную тенденцию, которая связана с трудовым законодательством, расширяет свободу усмотрения правительств и значительно ограничивает эффективность Суда при рассмотрении трудовых прав. Впрочем, этот регрессивный тренд не стоит рассматривать как необратимый. В статье подчеркивается, как содержательное рассмотрение принципов мягкого права позволяет Суду занять прогрессивную позицию, которая способствует трудовым правам, и как он может продолжать помогать защищать права рабочих.

**Ключевые слова:** Европейский суд по правам человека; свобода объединений; свобода выражения мнений; свобода мысли, совести и религии; права человека; работники-мигранты; дефицит ресурсов; право на уважение частной и семейной жизни; профсоюзы; работники.

### **Paulo Pinto de Albuquerque. The Rights of Workers, Migrant Workers and Trade Unions in the Light of the European Convention on Human Rights**

**Abstract.** The European Court of Human Rights (the Court, the ECHR) has made a significant contribution to the protection of social rights in general and labor rights in particular. The article focuses on four specific areas that demonstrate the richness of case-law in this area. First of all, the author focuses on individual issues related to the general rights of workers, drawing attention to issues of unfair dismissal, the right to respect for private and family life, freedom of religion and freedom of expression. Secondly, the author dwells on the protection of the rights of migrant workers under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Third, the article examines trade union rights in the light of freedom of association. Finally, reflecting the economic landscape of the past decade, case-law is provided to demonstrate how austerity measures can affect human rights and how the Court has responded to this problematic issue.

Social rights, including labor rights, have received many advantages from the fact that they were considered in the case-law of the Court, since its practice clarified the boundaries and limited the state's unlimited discretion in the management of these rights. At the same time, a certain trend has formed. If at first the protection of workers' rights and freedoms sharply increased, which is confirmed by some textbook cases of the ECHR, now it is impossible not to notice a regressive trend that is associated with labor legislation, expands the discretion of governments and significantly limits the effectiveness of the Court when considering labor rights. However, this regressive trend should not be regarded as irreversible. The article highlights how meaningful consideration of soft law principles allows the Court to take a progressive position that promotes labor rights and how it can continue to help protect workers' rights.

**Keywords:** European Court of Human Rights; freedom of association; freedom of expression; freedom of thought; conscience and religion; human rights; migrant workers; scarcity of resources; right to respect for private and family life; trade unions; workers.

Одержано/Received 15.05.2021

## PROTECTING THE FREEDOM OF CORPORATE COMMERCIAL EXPRESSION AND ADVERTISING

“Corporations have neither bodies to be punished,  
nor souls to be condemned; they therefore do as they like”  
*Edward Thurlow, 1st Baron Thurlow*

### Introduction

**T**he topic of Business and Human Rights is relevant in the context of providing maximum guarantees to protect a person from abuse by corporations of their dominant position. Now exist the first universally recognized global international standard for human rights and business is The Business Guidelines for Human Rights (Guidelines) which include 31 principles created by the United Nations that govern the corporate responsibility to respect human rights and access to legal remedies for victims of business abuse.

These Guidelines, which apply to all states and to all business enterprises, both transnational and other, regardless of their size, sector, location, ownership and structure, are based on the recognition of: (a) the state’s obligation to respect, protect and exercise human rights and fundamental freedoms from violations by third parties, including business entities (Section I of the Guidelines); (b) the obligation of businesses to comply with the law and respect human rights (Section II of the Guidelines).

According to these Guidelines, the state, in order to fulfill its obligation to ensure the protection of human rights from violations by business, must: 1) ensure compliance with laws that require companies to respect human rights and periodically assess the adequacy of such laws and eliminate any gaps; 2) ensure that the rules of corporate law, did not restrain, but, on the contrary, promoted respect for human rights by business; 3) provide business with effective guidance on ensuring respect for human rights in business; 4) require undertakings to provide information on how in this way they solve the problem of their impact on human rights.

---

\* Mariia Lukan, PhD in Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine.

Марія Олександрівна Лукань, докторка філософії у галузі “Право,” Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна.

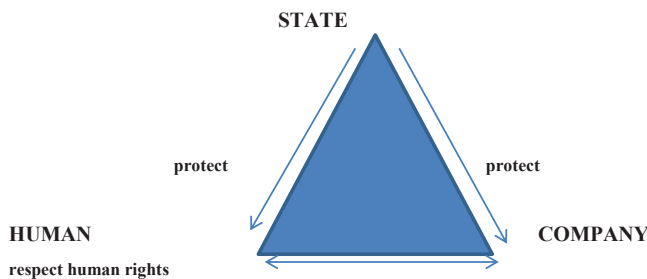
email: m.lukan1991@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2771-9544>

In turn, companies should avoid realizing or promoting the negative impact on human rights caused by the activities of enterprises, and eliminate the consequences of such influence and seek to prevent or mitigate adverse effects on human rights that are directly related to the activities of the enterprise, its products or services, or due to the business relationship of the enterprise, even if they did not contribute to the occurrence of such consequences.

Ultimately, the individual must be provided with effective and appropriate judicial and extrajudicial mechanisms for the legal protection of human rights by the state, and businesses must establish procedures to ensure due diligence on human rights and ensure adequate redress. But what if corporations also need to protect their human rights? It sounds unusual, but it seems to have become a serious topic for philosophical and legal research.

This crystallizes a very interesting architecture for building human rights protection: the state-man-business. On the one hand, the state has a positive obligation to protect human rights from violations by third parties, including business, so how can the state balance this obligation with the protection of the “human rights” of business. On the other hand, business has a duty to respect human rights, but at the same time it can become vulnerable to both human activity and the state.



In our opinion, the concept of human rights protection of a company is perceived more clearly if we think about the fact that the activity of any company in any business is based on human activity. In essence, business is a form of human activity. Since one person can harm another person, so a person can harm a certain form of human activity – the company, encroaching on, for example, business reputation in order to destroy the company, so companies also have the right to protect human rights.

Or, for example, restricting the company’s freedom of speech (freedom of speech to certain people acting in the form of a company).

The topic of Business and Human Rights is multifaceted and has many aspects. It has been covered in scientific articles and monographs such as Angelica Bonfanti,<sup>1</sup> Marius Emerald,<sup>2</sup> Andreas Kulick, Adam Winkler and others.

<sup>1</sup> Angelica Bonfanti, *Business and Human Rights in Europe International Law Challenges* (London: Routledge, 2020).

<sup>2</sup> Marius Emerald, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection* (Oxford: Oxford University Press, 2006).



Within the framework of this article, the human right of corporation to freedom of expression will be considered in the context of the practice of the ECHR.

The European Convention on Human Rights in its first article says that, “the High Contracting Parties shall secure to ‘everyone’ within their jurisdiction the rights and freedoms defined in this Convention.”

This means, that the Convention extends its protection to the right of everyone, any natural person or legal entity. So, do corporations have human rights? Yes, they have.

Also, Article 1 of the Protocol 1 of the Convention speaks of a right to property for “every natural or legal person.” In addition, various articles of the European Convention on Human Rights have been interpreted by the Court in a way that accommodates corporations and other legal persons as rights-holders.

Through the Court’s jurisprudence, the Convention is a living instrument, interpreted in the light of present-day conditions and understandings.

Thus, the norms of the Convention are not some kind of “dry, strict theoretical provisions,” on the contrary, as the European Court of Human Rights has repeatedly stated in its decisions, the norms of the Convention are a “living instrument” that should be interpreted in the light of modern conditions as required by the modern world.

As Andreas Kulick noted, we should take seriously the corporate form and the social reality of corporations. Through the corporate form, by creating an entity separate from human beings, corporations enable human activity that otherwise would not be possible and that in itself has a considerable impact on economic, social and political life. However, what should distinguish protecting human rights of corporations from protecting human rights of human beings is the underlying background justification why a law-maker bestows them with such status. While in the case of human beings such justification should be ontological – they are protected because they exist – in the case of corporations such justification can only be teleological: The law creates such social realities because they serve certain socio-economic functions. Consequently, the approach to determining the scope of corporate human rights must be functional.<sup>3</sup>

The fundamental value system of the European Convention on Human Rights is Democracy and the Rule of Law. The principles of effective and dynamic interpretation are the two main methods and interpretations by the Court of the Convention, aimed at bringing fundamental values to the fore and eliminating textualism and intentionalism.<sup>4</sup> The principle of effective interpretation, states that the Convention must be interpreted in such a way that its rights are “practical and effective” and not “theoretical or illusory.”

---

<sup>3</sup> Andreas Kulick, “Corporate Human Rights?” *European Journal of International Law* 32 (2) (2021): 537–70, <https://doi.org/10.1093/ejil/chab040>.

<sup>4</sup> The theory of intentionalism holds that the laws of statutes are determined by the enacting legislators’ subjective law-making intentions (author’s note. – M. L.).

The principle of dynamic interpretation sees the Convention not as a static document, but as a “living instrument” that “should be interpreted in the light of modern conditions.”<sup>5</sup>

Of course, not all articles of the Convention that proclaim the protection of human rights can be applied to the protection of corporate rights. For example, corporations don’t have coequal rights as living, so they cannot claim the protection of rights under Article 2 of the Convention (Right to life), or Article 3 (Prohibition of torture). But, they can claim protection for such rights as free speech (Article 10 “Freedom of expression”), privacy rights (Article 8 “Right to respect for private and family life”), due process, equal protection, property rights – rights that corporations use to challenge laws regulating the economy and the marketplace.

The Court’s acceptance of corporations as beneficiaries of human rights has not escaped criticism. The criticism ranges from conceptual incompatibilities (human rights can only be extended to human beings and not to corporations), to *quid pro quo*<sup>6</sup> assertions (if companies refuse to accept human rights obligations, they should not be able to benefit from their protection).<sup>7</sup>

This implies that in accordance with the existing legal science approach, according to which the responsibility for protecting human rights lies with the “vertical” obligations of the state, then corporations should also be responsible for protecting human rights. In other words, if corporations want to benefit from human rights protection, then they must respect human rights themselves.

Corporations can seriously interfere with the exercise by individuals of their rights. It is clear that the domestic legislation of individual states is not sufficient or effective to regulate corporate behavior concerning human rights. There are many initiatives now exploring ways to hold corporations accountable for interfering with human rights, such as the UN Guidelines on Business and Human Rights.<sup>8</sup> A central question in international human rights law is whether the issue of corporation’s interference in human rights should be addressed through the international legal framework, or whether non-legal approaches can better protect people, whether we need to go beyond the existing legal framework to achieve a *de facto* “horizontal effect”?<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Winfried H. van den Muijsenbergh and Sam Rezai, “Corporations and the European Convention on Human Rights,” *McGeorge Global Bus. & Dev. L. J.* 25(1) (2012): 43–68.

<sup>6</sup> *Quid pro quo* – “something for something” is a phraseological unit used in English in the meaning of “one good turn deserves another” (author’s note).

<sup>7</sup> Muijsenbergh and Rezai, “Corporations and the European Convention.”

<sup>8</sup> UN, *The Business Guidelines for Human Rights* (2011), [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf).

<sup>9</sup> Lane Lottie, “The Horizontal Effect of International Human Rights Law in Practice. A Comparative Analysis of the General Comments and Jurisprudence of Selected United Nations Human Rights Treaty Monitoring Bodies,” *European Journal of Comparative Law and Governance* 5 (2018): 6, [https://brill.com/view/journals/ejcl/5/1/article-p5\\_5.xml?language=en&body=citedBy-39140](https://brill.com/view/journals/ejcl/5/1/article-p5_5.xml?language=en&body=citedBy-39140).

It should be noted that the history of the formation of corporate rights is not some kind of ultramodern approach.<sup>10</sup> It is known, for example, that in the USA there is such a concept as “corporate personhood” that means the legal notion that a corporation, separately from its associated human beings (like owners, managers, or employees), has at least some of the legal rights and responsibilities enjoyed by individual. In 1886 the first time that the Supreme Court holds the equal protection clause granted constitutional protections to corporations as well as to individuals in the case “Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.”<sup>11</sup> The case arose when several railroads refused to follow a California state law that gave less favorable tax treatment to some assets owned by corporations as compared to assets owned by individuals.

This article is about protection of corporate rights to freedom of expression and advertising.

### **Protection of Corporate Rights to Freedom of Expression and Advertising**

Article 10 of the European Convention on Human Rights states, that everyone has the right to freedom of expression.<sup>12</sup> This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.<sup>13</sup>

The European Court first considered the right to freedom of expression in the case of *De Becker v. Belgium*, decided in 1962. In the 50 years since then, the Court has decided in the region of 1000 cases under Article 10, often along with other articles of the Convention. This impressive body of jurisprudence reflects a dynamic and evolving appreciation of the scope and nature of freedom of expression by the Court.

It is a fair assessment of the work of the European Court to say that the scope of protection afforded to freedom of expression has, in general, expanded during those

---

<sup>10</sup> Adam Winkler, “The Long History of Corporate Rights,” Boston University Law Review Online 98:64 (2018), <http://www.bu.edu/bulawreview/files/2018/11/WINKLER-4.pdf>.

<sup>11</sup> *Reports: Santa Clara Co. v. South Pac. Railroad*, 118 U. S. 394 (1886), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep118/usrep118394/usrep118394.pdf>.

<sup>12</sup> European Convention on Human Rights, [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf).

<sup>13</sup> See Monica Macovei, *A Guide to the Implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed. (Strasbourg: Council of Europe, 2004), <https://rm.coe.int/168007ff48>.

50 years, both due to its treatment of new freedom of expression issues and due to a more robust understanding of the nature of this right.<sup>14</sup>

The fundamental principles concerning freedom of expression are well established in the Court's case-law – case “Stoll v. Switzerland” and “Steel and Morris v. the United Kingdom:”

1. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfillment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favorably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society.” As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly.

2. The adjective “necessary,” within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a “pressing social need.” The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a “restriction” is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

3. The Court's task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they delivered pursuant to their power of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was “proportionate to the legitimate aim pursued” and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient.” In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they relied on an acceptable assessment of the relevant facts.

The ECHR formulated some principles for the protection corporate commercial expression and advertising in its practice. Consider some cases.

In case “Pablo Casado Coca v. Spain” (1994)<sup>15</sup> Mr. Pablo Casado Coca, a Spanish national, lives and practices as a lawyer in Barcelona. After setting up his practice in 1979, he regularly placed notices advertising it in the “miscellaneous advertisements” pages of several Barcelona newspapers. Notices giving details of the applicant's legal practice were published in the newsletter of the “Valldoreitx” Residents' and Property Owners'

<sup>14</sup> Toby Mendel, *A Guide to the Interpretation and Meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights* (Strasbourg: Council of Europe, 2012), 4.

<sup>15</sup> *Casado Coca v. Spain* App no 15450/89 (ECHR, 24 February 1994).

Association. They took up approximately one-third of a page and gave the applicant's name, with the title "lawyer," and his office address and telephone number. The Barcelona Bar Council brought disciplinary proceedings against him four times on this account.

Mr. Casado Coca complained of the disciplinary sanction imposed on him by the Barcelona Bar Council for having published a notice about his practice in several issues of a local newsletter. He relied on Article 10 (art. 10) of the Convention.

The Government disputed the applicability of Article 10 (art. 10). They contended that the applicant's notices did not in any way constitute information of a commercial nature but were simply advertising. He had paid for them with the sole aim of securing more clients. Advertising as such did not come within the ambit of freedom of expression; an advertisement did not serve the public interest but the private interests of the individuals concerned. Applying the guarantees of Article 10 (art. 10) to advertising would be tantamount to altering the scope of that Article (art. 10).

The court in this case indicated that the first point out that Article 10 (art. 10) guarantees freedom of expression to "everyone." No distinction is made in it according to whether the type of aim pursued is profit-making or not. Article 10 (art. 10) does not apply solely to certain types of information or ideas or forms of expression, in particular those of a political nature; it also encompasses artistic expression, information of a commercial nature and even light music and commercials transmitted by cable. In the instant case the impugned notices merely gave the applicant's name, profession, address and telephone number. They were clearly published with the aim of advertising, but they provided persons requiring legal assistance with information that was of definite use and likely to facilitate their access to justice. Article 10 (art. 10) is therefore applicable.

Further, the ECHR established the main criteria, which the court evaluates when judging the legality of the national authorities of states in restricting freedom of expression and advertising, these are:

- "prescribed by law" (The Court interprets that a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his or her conduct and that he or she must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail);

- "legitimate aim" (The Court may find that an interference does not serve to advance the legitimate aim relied on);

- "necessary in a democratic society" (The Court has developed in its case-law the autonomous concept of whether an interference is "proportionate to the legitimate aim pursued," which is determined having regard to all the circumstances of the case using criteria established in the Court's case-law and with the assistance of various principles and interpretation tools);

Thus, the court carries out "so-called" the three "tests:" the lawfulness of the interference, its legitimacy, and its necessity in a democratic society. The Court then analyses whether the

interference was “prescribed by law” and whether it “pursued one of the legitimate aims” within the meaning of Article 10 § 2, and lastly whether the interference was “necessary in a democratic society:” in the majority of cases, this is the question which determines the Court’s conclusion in a given case.<sup>16</sup>

For example, the Court also applied such a three-step test in the case “VgT Verein Gegen Tierfabriken v. Switzerland”<sup>17</sup> where as a reaction to various television commercials of the meat industry, the applicant association prepared a television commercial lasting fifty-five seconds and consisting of two scenes. The first scene of the film showed a sow building a shelter for her piglets in the forest. Soft orchestrated music was played in the background, and the accompanying voice referred, inter alia, to the sense of family which sows had. The second scene showed a noisy hall with pigs in small pens, gnawing nervously at the iron bars. The accompanying voice stated, inter alia, that the rearing of pigs in such circumstances resembled concentration camps, and that the animals were pumped full of medicaments. The film concluded with the exhortation: “Eat less meat, for the sake of your health, the animals and the environment!”

The applicant association, wishing this film to be broadcast in the programs of the Swiss Radio and Television Company sent a videocassette to the then Commercial Television Company responsible for television advertising which informed the applicant association that it would not broadcast the commercial in view of its “clear political character.”

The ECHR found a violation of Article 10 of the Convention.

For example, case of “Sekmadienis v. Lithuania.”<sup>18</sup> The Lithuanian clothing company Sekmadienis ran an advertising campaign introducing a clothing line by designer R. K. The campaign featured three visual advertisements which were displayed on twenty advertising hoardings in public areas in Vilnius and on R. K.’s website (“the advertisements”). The first of the three advertisements showed a young man with long hair, a headband, a halo around his head and several tattoos wearing a pair of jeans. A caption at the bottom of the image read “Jesus, what trousers!”

The second advertisement showed a young woman wearing a white dress and a headdress with white and red flowers in it. She had a halo around her head and was holding a string of beads. The caption at the bottom of the image read “Dear Mary, what a dress!”

The third advertisement showed the man and the woman together, wearing the same clothes and accessories as in the previous advertisements. The man was reclining and the woman was standing next to him with one hand placed on his head and the other on his shoulder. The caption at the bottom of the image read “Jesus [and] Mary, what are you wearing!”

<sup>16</sup> Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights Freedom of expression (Council of Europe/European Court of Human Rights, 2020), 19, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_10\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_ENG.pdf).

<sup>17</sup> Case of VgT Verein Gegen Tierfabriken v. Switzerland App no 24699/94 (28 June 2001).

<sup>18</sup> *Sekmadienis v. Lithuania* App no 69317/14 (30 January 2018).

The State Consumer Rights Protection Authority (“the SCRPA”) received four individual complaints by telephone concerning the advertisements. The individuals complained that the advertisements were unethical and offensive to religious people. Then, the SCRPA received a complaint from a law firm in Kaunas concerning the advertisements. The complaint stated that the advertisements degraded religious symbols, offended the feelings of religious people and created “a danger that society might lose the necessary sense of sacredness and basic respect for spirituality.” Sekmadienis was fined for this and challenged it all the way to the highest European court, the ECHR.

In its ruling, the ECHR repeated the principle that there was more scope available for restricting freedom of expression in commercial publications, but also held that this scope had its limits. The Court held that the adverts had not patently gone too far and went on to find that the Lithuanian authorities had not provided convincing reasons why the posters were in breach of public morality. The ECHR felt the arguments were too vague and general:

Court concluded that the domestic authorities failed to strike a fair balance between, on the one hand, the protection of public morals and the rights of religious people, and, on the other hand, the applicant company’s right to freedom of expression. The wording of their decisions – such as “in this case the game has gone too far,” “the basic respect for spirituality is disappearing,” “inappropriate use of religious symbols demeans them and is contrary to universally accepted moral and ethical norms” and “religious people react very sensitively to any use of religious symbols or religious persons in advertising” – demonstrate that the authorities gave absolute primacy to protecting the feelings of religious people, without adequately taking into account the applicant company’s right to freedom of expression.<sup>19</sup>

The *Sekmadienis v. Lithuania* decision makes it clear that there have to be logical and comprehensible reasons for restricting commercial freedom of expression. Generalizations are not enough.

According to the factual circumstances of another case “*Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*”<sup>20</sup> – according to constitution non-profit association “Raël,” its aim is to make the first contacts and establish good relations with extraterrestrials. According to the information available on the applicant association’s website at the time of the adoption of the present judgment, the Raelian Movement’s doctrine is based on Raël’s alleged contact with the “Elohim,” extraterrestrials with “advanced technology,” who are said to have created life on earth and a number of world religions, including Christianity, Judaism and Islam. The Raelian Movement’s followers believe that scientific and technical progress is of fundamental importance and that cloning and the “transfer of conscience” will enable man to become immortal. In that connection the Raelian Movement has expressed opinions in favour of human cloning.

---

<sup>19</sup> *Sekmadienis v. Lithuania* App no 69317/14 (30 January 2018).

<sup>20</sup> *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* App no 16354/06 (13 July 2012).

“Raël,” requested authorization from the police administration for the city of Neuchâtel (the “police administration”) to conduct a poster campaign, featured in the upper part the following wording in large yellow characters on a dark blue background: “The Message from Extraterrestrials;” in the lower part of the poster, in characters of the same size but in bolder type, the address of the Raëlian Movement’s website, together with a telephone number in France, could be seen; at the very bottom was the phrase “Science at last replaces religion.” The middle of the poster was taken up by pictures of extraterrestrials’ faces and a pyramid, together with a flying saucer and the Earth. The police administration denied authorization, referring to two previous refusals. It had been indicated in a French parliamentary report on sects, dating from 1995, and in a judgment of the president of the Civil Court for the district of La Sarine (Canton of Fribourg), that the Raëlian Movement engaged in activities that were contrary to public order (“*ordre public*”) and immoral. In a decision of 19 December 2001 the municipal council of the city of Neuchâtel dismissed an appeal from the applicant association, finding that it could not rely on the protection of religious freedom because it was to be regarded as a dangerous sect. The interference with freedom of expression had been based on Article 19 of the Administrative Regulations for the City of Neuchâtel (the “Regulations”); its purpose was to protect the public interest and it was proportionate, since the organization advocated, among other things, human cloning, “geniocracy” and “sensual meditation.”

The ECHR in this case ruled that the very purpose of Article 10 of the Convention is to preclude the State from assuming the role of watchman for truth and from prescribing what is orthodox in matters of opinion. The State must strictly adhere to the principle of content-neutrality when it decides how to make a public space available; refraining from banning a campaign on the pretext that authorization could imply approval or tolerance of the opinions in question. Such prohibitions are not compatible with the pluralism inherent in democratic societies, where ideas are freely exchanged in a public space and truth and error emerge from an unrestricted confrontation of ideas. As John Stuart Mill put it, “The peculiar evil of silencing the expression of an opinion is that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error.”

In the instant case, having regard to the State’s negative obligation to refrain from interfering with the applicant association’s freedom of expression, the mixed nature of the association’s speech, the legality of the speech, the association’s website and statutory purposes at the material time, the inexistence of any clear and imminent danger resulting from this speech and the contradictory and arbitrary scope of the poster ban, and after examining the decisions given by the competent authorities in the light of the narrow margin of appreciation applicable to the case, the court cannot but conclude, that the



reasons on which the impugned ban was based were not sufficient and that the interference did not correspond to a pressing social need.

### Conclusion

In author's opinion, the criteria developed by the court for assessing the protection of the right to freedom of corporate commercial expression and advertising are fair and effective. In view of the fact that the Convention is a living mechanism, interpreted in the light of present-day conditions and understandings, the emergence of new improved approaches in determining the degree and presence of a violation in this area is not excluded.

It is true that in today's marketplace, corporations have the right to defend their rights, including freedom of expression and advertising, to defend themselves, for example, from the unfair competition when a corporation is attacked by unfair accusations or is subjected to unfounded allegations that affect the business reputation of the corporation.

Together with that, corporations must also respect and not violate human rights. Creating a truly effective mechanism for monitoring corporate human rights compliance can balance the scales of "opponents" and "supporters" of recognizing the right of corporations to defending themselves by invoking the European Convention on Human Rights.

© M. Lukan

### Bibliography

- Bonfanti, Angelica. *Business and Human Rights in Europe International Law Challenges*. London: Routledge, 2020.
- Emberland, Marius. *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. *Freedom of expression*. Council of Europe/European Court of Human Rights, 2020. [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_10\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_ENG.pdf).
- Kulick, Andreas. "Corporate Human Rights?" *European Journal of International Law* 32 (2) (2021): 537–70. <https://doi.org/10.1093/ejil/chab040>.
- Lane, Lottie. "The Horizontal Effect of International Human Rights Law in Practice. A Comparative Analysis of the General Comments and Jurisprudence of Selected United Nations Human Rights Treaty Monitoring Bodies." *European Journal of Comparative Law and Governance* 5 (2018): 5–88. [https://brill.com/view/journals/ejcl/5/1/article-p5\\_5.xml?language=en&body=citedBy-39140](https://brill.com/view/journals/ejcl/5/1/article-p5_5.xml?language=en&body=citedBy-39140).
- Macovei, Monica. *A Guide to the Implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*. 2nd ed. Strasbourg: Council of Europe, 2004. <https://rm.coe.int/168007ff48>.
- Mendel, Toby. *A Guide to the Interpretation and Meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe, 2012. <https://rm.coe.int/16806f5bb3>.
- Muijsenbergh, Winfried H. van den, and Rezai Sam. "Corporations and the European Convention on Human Rights." *McGeorge Global Bus. & Dev. L. J.* 25(1) (2012): 43–68.

UN, *The Business Guidelines for Human Rights* (2011). [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf).

Winkler, Adam. "The Long History of Corporate Rights." *Boston University Law Review Online* 98:64 (2018): 64–69. <http://www.bu.edu/bulawreview/files/2018/11/WINKLER-4.pdf>.

### **Марія Лукань. Захист свободи корпоративного комерційного висловлювання та реклами**

**Анотація.** Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ, Суд) послідовно у своїй практиці визнає корпорації суб'єктами, що підпадають під сферу захисту Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Конвенція.)

Сприйняття ЄСПЛ корпорацій "бенефіціарами" прав людини піддається критиці, пов'язаній із концептуальною несумісністю (права людини можуть поширюватися лише на людей), та звинуваченнями у тому, що поки компанії відмовляються приймати зобов'язання щодо дотримання прав людини, вони не повинні мати змогу отримувати вигоду від їхнього захисту.

У науковій літературі існує дискусія, пов'язана з філософським та юридичним обґрунтуванням надання корпораціям прав людини. Є зрозумілим, що права людини – для людини. Тому потребують філософського осмислення і теоретичного обґрунтування питання екстраполяції захисту прав людини на корпорації, оскільки корпорації мають певний вплив на економічне та соціальне життя людей, людина в цьому контексті є слабшою стороною. До яких наслідків це призведе?

У цій статті буде розглянуто підходи ЄСПЛ до захисту корпорацій на свободу вираження і реклами на підставі ст. 10 Конвенції.

Основними принципами захисту свободи корпоративного вираження поглядів та реклами є: 1) корпорація має право не лише на захист свободи вираження поглядів та реклами, що застосовується не лише до "інформації" чи "ідеї", які сприятливо (позитивно) сприймаються суспільством, а й на ті, що розцінюються як образливі чи шокуючі. Такими є вимоги плюралізму, толерантності та широкого мислення, без яких не існує "демократичного суспільства;" 2) захист свободи вираження корпорацій підлягає виняткам, які, однак, повинні тлумачитися суворо, а необхідність будь-яких обмежень повинна бути достатньо переконливою; 3) винятки із захисту свободи вираження поглядів передбачають існування "нагальної соціальної потреби," яка визначає, чи сумісне "обмеження" зі свободою вираження поглядів, яка захищена ст. 10 Конвенції; 4) завданням Європейського суду з прав людини під час здійснення правосуддя є визначення того, чи були обмеження "пропорційні законній меті, яка ставиться," і чи підстави, наведені національними органами влади для їх обґрунтування, є "актуальними та достатніми." Роблячи це, Суд повинен переконатися у тому, що національні органи влади застосовували стандарти, які відповідали принципам, закріпленим у ст. 10 Конвенції, і, крім того, що вони спиралися на прийнятну оцінку відповідних фактів.

На думку авторки, розроблені ЄСПЛ критерії оцінки захисту права на свободу корпоративного комерційного вираження та реклами є справедливими й ефективними. З огляду на той факт, що Конвенція є живим механізмом, який слід інтерпретувати в "світлі" сучасних умов, не слід виключати і появу нових вдосконалених підходів до визначення ступеня та наявності порушення в цій галузі. Це правда, що в умовах сучасного ринку корпорації мають право захищати свої права, включаючи свободу вираження поглядів та реклами, зокрема від недобросовісної конкуренції, коли корпорацію "атакують" несправедливі звинувачення або висуваються необґрунтовані звинувачення, що псують її ділову репутацію. Поряд із цим корпорації також повинні поважати і дотримуватися прав людини. На думку авторки, створення насправді ефективного механізму контролю за дотриманням корпораціями прав людини може збалансувати ваги "опонентів" та

“прихильників” визнання права корпорацій на захист, посилаючись на принципи Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

**Ключові слова:** права корпорацій; захист прав корпорацій; право на свободу вираження та реклами; ЄСПЛ; ст. 10 ЄКПЛ.

### **Марія Лукань. Защита свободы корпоративного коммерческого высказывания и рекламы**

**Аннотация.** Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ, Суд) последовательно в своей практике признает корпорации субъектами, которые подпадают под сферу защиты Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Конвенция.)

Восприятие Судом корпораций “бенефициарами” прав человека подвергается критике, связанной с концептуальной несовместимостью (права человека могут распространяться только на людей). И обвинениями в том, что пока компании отказываются принимать обязательства по соблюдению прав человека, они не должны иметь возможности получать выгоду от их защиты.

В научной литературе существует дискуссия, связанная с философским и юридическим обоснованием предоставления корпорациям прав человека. Является понятным, что права человека – существуют для человека. Поэтому требуют философского осмысления и теоретического обоснования вопросы экстраполяции защиты прав человека на корпорации, поскольку корпорации имеют определенное влияние на экономическую и социальную жизнь людей, а человек в данном контексте выступает слабой стороной. К каким последствиям это приведет?

В данной статье будут рассмотрены подходы Европейского суда по правам человека к защите прав корпораций на свободу выражения и рекламы на основании ст. 10 Конвенции.

Основными принципами защиты свободы корпоративного выражения и рекламы являются: 1) корпорация имеет право не только на защиту свободы слова и рекламы, применяется не только к “информации” или “идее,” которые благоприятно (положительно) воспринимаются обществом, но и на те, которые расцениваются как оскорбительные или шокирующие. Таковы требования плюрализма, толерантности без которых не может существовать “демократическое общество;” 2) защита свободы выражения корпораций подлежит исключениям, которые, однако, должны толковаться строго, а необходимость каких-либо ограничений должна быть достаточно убедительной; 3) исключения из защиты свободы слова предусматривают существование “неотложной социальной потребности,” которая определяет, совместное “ограничения” со свободой выражения мнений, которая защищена ст. 10 Конвенции; 4) задачей Суда является определение того, были ли ограничения, “пропорциональны преследуемой законной цели”. А основания, приведенные национальными органами власти для их обоснования – “актуальными и достаточными.” Делая это, Суд должен убедиться в том, что национальные органы власти применяли стандарты, которые соответствовали принципам, закрепленным в ст. 10 Конвенции, и, кроме того, что они опирались на приемлемую оценку соответствующих фактов.

По мнению автора, разработанные ЕСПЧ критерии оценки защиты права на свободу корпоративного коммерческого выражения и рекламы справедливы и эффективны. Учитывая тот факт, что Конвенция является живым механизмом, который следует интерпретировать в “свете” современных условий, не следует исключать и появление новых усовершенствованных подходов к определению степени и наличия нарушений в этой области. Это правда, что в условиях современного рынка корпорации имеют право защищать свои права, включая свободу слова и рекламы, защищаться, например, от недобросовестной конкуренции, когда корпорацию “атакуют” несправедливые обвинения или выдвигаются необоснованные обвинения, которые портят ее деловую репутацию. Наряду с этим корпорации также должны уважать и соблюдать

права человека. По мнению автора, создание на самом деле эффективного механизма контроля над соблюдением корпорациями прав человека поможет сбалансировать веса “оппонентов” и “сторонников” признание права корпораций на защиту, ссылаясь на принципы Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

**Ключевые слова:** права корпораций; защита прав корпораций; право на свободу выражения и рекламы; ЕСПЧ; ст. 10 ЕКПЧ.

**Mariia Lukan. Protecting the Freedom of Corporate Commercial Expression and Advertising**

**Abstract.** The European Court of Human Rights (ECHR) has consistently recognized corporations as entities falling within the scope of protection of the European Convention on Human Rights. The ECHR's perception of corporations as “beneficiaries” of human rights is subject to criticism for conceptual incompatibility (human rights can only apply to people) and accusations that as long as companies refuse to commit to human rights, they should not be able to benefit from their protection).

There is a discussion in the scientific literature about the philosophical and legal rationale for granting corporations human rights. It is clear that human rights are for man. Therefore, they need a philosophical understanding and theoretical substantiation of the issue of extrapolation of human rights protection to corporations; because corporations have a certain impact on the economic and social life of people, people in this context are the weaker sides. What are the consequences?

This article will consider the European Court of Human Rights' approaches to protecting corporations for freedom of expression and advertising under Article 10 of the Convention on Human Rights.

The main principles of protection of freedom of corporate expression and advertising are: 1) the corporation has the right not only to protect freedom of expression and advertising, which applies not only to “information” or “ideas” that are favorably (positively) perceived by society, but also those that are considered offensive or shocking. Such are the demands of pluralism, tolerance and broad-mindedness, without which there is no “democratic society;” 2) the protection of freedom of expression of corporations is subject to exceptions, which, however, must be interpreted strictly, and the need for any restrictions must be sufficiently convincing; 3) exceptions to the protection of freedom of expression presuppose the existence of an “urgent social need” which determines whether a “restriction” is compatible with freedom of expression, which is protected by Article 10 of the ECHR; 4) The task of the European Court of Human Rights in the administration of justice is to determine whether the restrictions were “proportionate to the legitimate aim pursued” and whether the grounds given by the national authorities to justify them were “relevant and sufficient.” In doing so, the Court must satisfy itself that the domestic authorities applied standards which complied with the principles enshrined in Article 10 of the Convention and, in addition, relied on an acceptable assessment of the relevant facts.

According to the author, the criteria developed by the ECHR for assessing the protection of the right to freedom of corporate commercial expression and advertising are fair and effective. Given the fact that the European Convention on Human Rights is a living mechanism that should be interpreted in the “light” of modern conditions, the emergence of new improved approaches to determining the extent and existence of violations in this area should not be ruled out. It is true that in today's marketplace, corporations have the right to defend their rights, including freedom of expression and advertising, and to protect themselves, for example, from unfair competition, when a corporation is “attacked” by unfair accusations or baseless accusations that damage its business reputation. In addition, corporations must also respect and respect human rights. According to the author, the creation of a truly effective mechanism for monitoring the observance of human rights by corporations

can balance the weights of “opponents” and “supporters” of recognizing the right of corporations to protection by referring to the principles of the European Convention on Human Rights.

**Keywords:** rights of corporations; protection of the rights of corporations; the right to freedom of expression and advertising; ECHR; Art. 10 ECHR.

Одержано/Received 01.03.2021

## ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ПРИВАТНИХ ОХОРОННИХ ТА ВІЙСЬКОВИХ КОМПАНІЙ У СФЕРІ ПРАВ ЛЮДИНИ: ОГЛЯД СУЧАСНОЇ ПРАВОВОЇ РАМКИ ТА ПРАКТИК

### Вступ

Поняття “приватизація війни” (“privatization of war”<sup>1</sup>), “приватизація сили” (“privatization of force”<sup>2</sup>), “приватизація насильства” чи “висхідне насильство” (“privatization of violence” and “bottom-up violence”<sup>3</sup>) уже щонайменше три десятиліття не є новими для світу. Ці поняття стали відображенням таких процесів, як аутсорс державних функцій у сфері оборони, скорочення регулярних збройних сил у країнах; заміщення традиційних міждержавних війн із чіткими лініями фронту збройними конфліктами низької інтенсивності, з використанням легкої зброї та інших незбройних способів, що отримало назву “гібридна війна.”<sup>4</sup> У цих умовах зросла роль приватних військових та охоронних компаній (далі – ПВОК), з якими уряди держав, а також міжнародні організації укладають не тільки угоди про надання технічних, логістичних та інших послуг з метою допомоги регулярним збройним силам у війнах, а й для проведення бойових операцій з використанням зброї. Як зазначає П. Сінгер, відтоді як ринкова економіка стала фактично “міжнародною моделлю ефективної державної та бізнесової діяльності,” держави стали звертатися до неї і при прийнятті рішення як про організацію збирання сміття, так і у сфері безпеки й оборони.<sup>5</sup>

\* Катерина Олександрівна Буряковська, кандидатка юридичних наук, асистентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна.

Kateryna Buriakovska, Candidate of Legal Sciences, Assistant at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine.

e-mail: k.o.buryakovska@nlu.edu.ua

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8342-157X>

<sup>1</sup> Robert Mandel, *Armies without States: The Privatization of Security* (Boulder & London: Lynne Rienner Publishers, 2002).

<sup>2</sup> Joakim Berndtsson, *The Privatisation of Security and State Control of Force: Changes, Challenges and the Case of Iraq* (PhD diss., University of Gothenburg, 2009).

<sup>3</sup> Herbert, Wulf, “The Privatization of Violence: A Challenge to State-Building and the Monopoly on Force,” *The Brown Journal of World Affairs* 18, no. 1 (2011): 137–49.

<sup>4</sup> PACE Resolution 2217, *Legal Challenges Related to Hybrid War and Human Rights Obligations* (2018), accessed March 28, 2021, <https://pace.coe.int/en/files/24762/html>.

<sup>5</sup> *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, ed. P. W. Singer (Ithaca, NY: Cornell University Press, 2003).

За оцінками дослідників, у 2018 р. глобальний обсяг ринку приватних військових послуг становив 174 981 млн доларів США, і очікується, що він досягне 239 814 млн доларів США до кінця 2025 р., а сукупний приріст доходів у цій галузі (CAGR) становитиме 4,41% протягом 2019–2025 рр.<sup>6</sup> Кількість нових компаній зростає із кожним роком, як і кількість осіб, працевлаштованих у них. Наприклад, китайська галузь приватної охорони стала нараховувати 5–8 тис. компаній, в яких працює близько 2 млн людей.<sup>7</sup>

Діяльність ПВОК є предметом активних наукових, експертних і політичних дискусій у межах міжнародного гуманітарного права, права прав людини, а також із точки зору державного управління та вчення про безпеку. Так, висловлюється думка про те, що використання приватних компаній у військових цілях суперечить основам теорії справедливої війни, зокрема принципу правильного (належного) наміру, принципу оголошення війни легітимною владою, а також принципу *jus in bello* щодо розмежування комбатантів і некомбатантів, що є часто доволі проблематичним щодо персоналу ПВОК.<sup>8</sup> Парадокс полягає у тому, що в ситуаціях збройних конфліктів приватні військові компанії укладають контракти як цивільні суб'єкти, але виконують умови цих контрактів, будучи озброєними й одягненими у військову форму, і це створює плутанину у питаннях безпосередньої участі працівників цих компаній у бойових діях і відповідальності, та створює загрози захисту цивільних осіб.<sup>9</sup> З цієї точки зору найбільш резонансний випадок стався у 2007 р., коли підрядники приватної військової компанії “Blackwater” (zareestrovana u SSHA, i zdійsnjuvala vійсьkovu operacіju v Іраку), відкрили вогонь у центральному сквері Багдаду, внаслідок чого загинули сімнадцять мирних жителів і десятки постраждали. Посилання на самооборону американські слідчі відкинули, та довели, що постріли були зроблені без провокації. У 2020 р. підрядники “Blackwater” були помилені Президентом США Дональдом Трампом, що експерти ООН назвали “приниженням правосуддя, жертв стрілянини та їхніх сімей.”<sup>10</sup>

У статті зроблена спроба висвітлити проблематику потенційних загроз діяльності приватних військових та охоронних компаній для прав людини і стан сучасної правової рамки, яка визначає зобов'язання ПВОК у сфері прав людини. Це вельми актуально для

<sup>6</sup> International Convention Against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries (UN, New York, 4 December 1989).

<sup>7</sup> Recap of the Seventh Annual General Assembly. Press-release, 06 January 2021, accessed March 28, 2021, <https://icoca.ch/2021/01/06/ Recap-of-the-seventh-annual-general-assembly/>.

<sup>8</sup> James Pattison, “Just War Theory and the Privatization of Military Force,” *Ethics & International Affairs* 22, no. 2 (2008): 143–62.

<sup>9</sup> UN Working Group on the Use of Mercenaries, José L. Gómez del Prado, Impact in Human Rights of Private Military and Security Companies' Activities, accessed March 28, 2021, <http://www.privatesecurityregulation.net/files/Impact%20in%20Human%20Rights%20of%20Private%20Military%20and%20Security%20Companies%27%20Activities.pdf>.

<sup>10</sup> “US Pardons Blackwater Guards: An ‘Affront to Justice’ – UN Experts,” UN News, December 30, 2020, <https://news.un.org/en/story/2020/12/1081152>.

Україні й українського читача з декількох різнопланових причин. По-перше, на сході України триває збройний конфлікт та окупація Криму, і у цих подіях, за попередніми даними, використовувалися приватні військові компанії, які причетні до порушень прав людини у цих регіонах. По-друге, нещодавно до Верховної Ради України внесено законопроект “Про військово-консалтингову діяльність,”<sup>11</sup> який у редакції станом на 25 березня 2021 р. виглядає абсолютно нечутливим до прав людини та суперечить Керівному принципам ООН щодо бізнесу і прав людини, згідно з яким “держави повинні чітко заявити свої очікування щодо дотримання прав людини всіма бізнес-структурами, які доміліцьовані на їхній території та/або перебувають у межах їхньої юрисдикції, у діяльності таких структур.”

На сторінках українських фахових видань небагато уваги присвячено корпоративній соціальній відповідальності ПВОК, натомість в опублікованих працях таких авторів, як Іван Аблазов, Костянтин Громовенко, Наталя Матюхіна, Андрій Сачаво, та акцент здебільшого зроблений на організаційних аспектах діяльності та місці ПВОК у сучасному безпековому дискурсі.<sup>12</sup> Водночас англomовна література дуже багата на правові та міждисциплінарні дослідження щодо відповідальності й підзвітності ПВОК у сфері прав людини; наявний величезний перелік експертних матеріалів за цією темою, що є особливо важливим для розуміння розвитку стандартів діяльності ПВОК.

## I. Огляд міжнародно-правової рамки для приватної та охоронної діяльності

Довгий час відсутність конкретного розуміння, що таке “приватні військові” та “приватні військові компанії” відкривало можливості для маніпуляцій на кшталт тих, якими виправдовувалися контактори “Blackwater” (використання зброї для самооборони), що узаконювало насильство та порушення прав людини такими компаніями. Це також доповнювалося тим, що такі компанії часто сприймалися як найманці (англ. – mercenaries), які заборонені міжнародним гуманітарним правом (ст. 47 Додаткового Протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 р.), а також Міжнародною конвенцією ООН про вербування, використання,

---

<sup>11</sup> Проект Закону “Про військово-консалтингову діяльність” № 3005 від 04.02.2020, [https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=68041](https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68041).

<sup>12</sup> Андрій Сачаво, “Адміністративно-правові основи діяльності приватних охоронних структур та їх взаємодія з ОВС України” (Дис... канд. юрид. наук, Національна академія внутрішніх справ, 2004); Наталя Матюхіна, “Приватизація безпекової функції держави: сутність та окремі проблеми,” в *Сучасний стан та перспективи розвитку сектору безпеки України: публічно-приватні аспекти* (2015), 51; Костянтин Громовенко, “Генеца доктрини міжнародного права щодо міжнародно-правового регулювання діяльності недержавних акторів у охоронній та військовій сфері,” *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України* 5 (2015); Іван Аблазов, “Приватні військові компанії у сфері національної безпеки,” в *Історія, сучасність та перспективи розвитку Державної прикордонної служби України та охорони державного кордону* (2015), 72–74.



фінансування та навчання найманців 1989 р.<sup>13</sup> На відміну від найманців, які також надають урядам, повстанським групам та всім, хто забажає, військові та безпекові послуги за гроші, ПВОК відрізняються тим, що вони є офіційно зареєстрованими підприємствами (у своїй більшості великими<sup>14</sup>), високоорганізованими та надають професійні послуги широкого спектру.

### **Документ Монтре**

У 2008 р., після кількох дипломатичних ініціатив, розпочатих з метою з'ясування того, якою є і яка повинна бути роль ПВОК у збройних конфліктах, у межах спільної ініціативи уряду Швейцарії та Міжнародного комітету Червоного Хреста було видано Документ Монтре про відповідні міжнародно-правові зобов'язання і передові практичні методи для держав щодо функціонування приватних військових і охоронних компаній під час збройного конфлікту (далі – Документ Монтре).<sup>15</sup> ПВОК, відповідно до Документа Монтре, визначені як суб'єкти підприємницької діяльності, які надають військові послуги та/або послуги безпеки, незалежно від того, як вони описують себе. До таких послуг Документ Монтре відносить: 1) збройну охорону та захист людей і предметів, таких як транспортні колонни, будівлі та інші місця; 2) технічне обслуговування та експлуатація систем озброєння; утримання в'язнів; 3) консультування або навчання місцевих сил і персоналу безпеки. Цим актом уперше визначено коло суб'єктів відносин, пов'язаних із залученням ПВОК до збройних конфліктів – а) держави-контрагенти; б) держави територіальної юрисдикції; в) держави походження; г) власне ПВОК і коло їхніх зобов'язань.

Не оцінюючи легітимності приватних військових та охоронних компаній, Документ Монтре акцентує увагу насамперед на чинних міжнародно-правових зобов'язаннях держав і пропонує низку практичних методів як орієнтир зі здійснення державами національних заходів на виконання своїх зобов'язань, переважно щодо застосування міжнародного гуманітарного права в умовах збройного конфлікту, залишаючись майже осторонь ситуацій, які не стосуються збройного конфлікту, де застосовується право прав людини. Amnesty International<sup>16</sup> у своїй оцінці зробила низку зауважень

<sup>13</sup> International Convention Against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries (UN, New York, 4 December 1989).

<sup>14</sup> Багато окремих підприємств – це “трохи більше ніж тимчасові об'єднання, що працюють із невеликих орендованих кімнат, де є лише телефон і факс,” а отже, багато в чому навряд чи можна відрізнити від найманців-фрілансерів. James Larry Taulbee, “The Privatization of Security: Modern Conflict, Globalization and Weak States,” *Civil Wars* 5, no. 2 (2002): 1–24.

<sup>15</sup> The Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies During Armed Conflict (International Committee of the Red Cross, epartment of Foreign Affairs of Switzerland, 2008), accessed March 28, 2021, <https://www.icrc.org/en/publication/0996-montreux-document-private-military-and-security-companies>.

<sup>16</sup> Amnesty International Public Statement on the Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States related to the Operations of Private Military and Security

щодо Документа Монтре, зокрема про: відсутність достатньою деталізації та точності щодо застосовного міжнародного права, що обмежує його цінність як керівництва для держав і ПВОК та як надійної правової бази для імплементації рекомендацій із належної практики, які викладені у другій частині документа (“Передові практичні методи для держав щодо функціонування приватних військових і охоронних компаній під час збройного конфлікту”); ігнорування відповідних положень міжнародного права, загально визнаних переважною більшістю держав; відсутність чіткого посилення на обов’язок держави “захищати” й обов’язок ПВОК “поважати” та на необхідність доступу до ефективних засобів правового захисту для жертв порушень прав людини ПВОК у сенсі рамки “Захист, повага, засоби захисту” (2008 р.).<sup>17</sup> Так, наприклад, у Документі Монтре була закладена ще одна ідея, яка, як видається, значно звужує сферу зобов’язань ПВОК щодо прав людини. У пункті 22 вказується на зобов’язання ПВОК дотримуватися норм міжнародного гуманітарного права або стандартів у галузі прав людини відповідно до законодавства, що підлягає застосуванню, а також іншого відповідного національного права. Водночас опублікована у 2008 р. доповідь Джона Ратті, містила положення про відповідальність підприємств щодо дотримання прав людини в обсязі, визнаному на міжнародному рівні права людини, як мінімум тих, які закріплені в Міжнародному Біллі прав людини, а також принципів, що стосуються основоположних прав, названих у Декларації Міжнародної організації праці (МОП) основних принципів та прав у світі праці.<sup>18</sup>

### ***Міжнародний кодекс поведінки постачальників приватної охорони***

Подальша робота експертів щодо з’ясування зобов’язань і відповідальності самих ПВОК призвела до розроблення та ухвалення у 2011 р. Міжнародного кодексу поведінки постачальників приватної охорони (далі – ІСоС) та створення у 2013 р. багатостороннього наглядового органу – Міжнародної асоціації кодексів поведінки (далі – ІСоСА). У межах цієї системи дотримання стандартів прав людини забезпечується завдяки сертифікації або аудиту ПВОК, що супроводжується інституційними наглядами та заходами дотримання.<sup>19</sup> У Преамбулі ІСоС відзначено, що під час постачання послуг

---

Companies during Armed Conflict, accessed March 28, 2021, <https://www.amnesty.org/download/Documents/56000/ior300102008en.pdf>.

<sup>17</sup> Ця рамка на 2008 р. була відображена у Доповіді Спеціального доповідача Генерального Секретаря ООН з питань прав людини та транснаціональних корпорацій та інших підприємств Джона Ратті, а пізніше була втілена у Керівних принципах ООН щодо бізнесу і прав людини.

<sup>18</sup> UN, John Ruggie, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, A/HRC/8/5 (07 April 2008), accessed March 28, 2021, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/61/PDF/G0812861.pdf?OpenElement>.

<sup>19</sup> International Code of Conduct for Private Security Service Providers’ Association: Articles of Association, accessed March 28, 2021, <https://icoca.ch/wp-content/uploads/2020/10/ICoCA-Articles-of-Association.pdf>.

з охорони та безпеки приватні охоронні компанії та інші приватні постачальники послуг з охорони та безпеки (усі разом у ІСоС названі ПОК) можуть потенційно мати як позитивні, так і негативні наслідки для своїх замовників, місцевого населення у зоні проведення операцій, загальної ситуації в аспекті безпеки, дотримання прав людини та верховенства права. Важливо, що компанії, які підписують Міжнародний кодекс поведінки приватних постачальників послуг з охорони та безпеки, схвалюють принципи Документа Монтре та Рамкову програму “Захист, повага та засоби правового захисту,” яка втілена у Керівних принципах ООН щодо бізнесу і прав людини (далі – Керівні принципи),<sup>20</sup> тобто “зобов’язуються забезпечити відповідальне постачання послуг з охорони та безпеки для підтримання верховенства права, поваги прав людини всіх осіб та захисту інтересів своїх замовників.”

Нині ІСоС та ІСоСА є єдиною та безпрецедентною мульти-стейкхолдерною ініціативою (multi-stakeholder initiative), яка об’єднує понад 140 ПВОК, 13 організацій громадянського суспільства та б урядів, зусилля якої спрямовані на “створення як набору очікувань, так і механізму забезпечення, в якому всі зацікавлені сторони – промисловість, організації громадянського суспільства, уряди та недержавні клієнти – мають роль у підвищенні стандартів ефективності та забезпеченні відповідальності перед ними.”<sup>21</sup> Як слушно відзначає Нілс Розманн, Документ Монтре є вираженням першого стовпа Керівних принципів – обов’язку держави захищати права людини від зазіхань бізнесу, а ІСоС втілює (конкретно у пунктах 17–19) другий і третій стовпи – корпоративну відповідальність поважати права людини й обов’язок держави та бізнесу створити засоби захисту для жертв.<sup>22</sup> Аніта Рамасастрі, заступниця голови Робочої групи ООН з бізнесу та прав людини, зазначає, що ІСоС вийшов за межі інструменту м’якого права і став “інноваційним гібридом м’якого і жорсткого права,” більш ефективним, аніж централізоване регулювання (top-down regulation), хоча б тому, що вимоги ІСоС вбудовані в державні закупівлі приватних служб охорони.<sup>23</sup>

Утім, існують деякі обставини, що певною мірою обмежують потенціал цього документа. Зокрема, спектр послуг, які надають ПВОК за ІСоС, обумовлюється критеріями “носіння та використання зброї” та “складні умови,”<sup>24</sup> що забирає із його

<sup>20</sup> Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework (UN Office of the High Commissioner for Human Rights, 2011), accessed March 28, 2021, [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf).

<sup>21</sup> Nils Rosemann, International Code of Conduct for Private Security Providers, Institute for Human Rights and Business, accessed March 28, 2021, <https://www.ihrb.org/focus-areas/commodities/commentary-international-code-of-conduct-for-private-security-providers>.

<sup>22</sup> Там само.

<sup>23</sup> Recap of the Seventh Annual General Assembly. Press-release, 06 January 2021, accessed March 28, 2021, <https://icoca.ch/2021/01/06/recap-of-the-seventh-annual-general-assembly/>.

<sup>24</sup> Складні умови – будь-які регіони, в яких відбуваються чи які оговтуються від соціальних заворушень або нестабільності внаслідок стихійних лих чи збройних конфліктів, в яких суттєво підірвано верховенство права, обмежується або відсутня спроможність державної влади владнати ситуацію.

поля зору деякі “беззбройні” послуги з безпеки, які, як свідчить практика, можуть призводити до грубих порушень прав людини. Так, за результатами дослідження Комітету з питань розвідки Сенату США, після подій 11 вересня 2001 р. Центральне розвідувальне управління (ЦРУ) у межах Програми затримання та допиту було укладено контракти з приватними компаніями, які надавали йому консультації з розробки “посилених методів допиту” щодо підозрюваних у тероризмі.<sup>25</sup> Інший приклад таких практик “беззбройних” послуг із безпеки й охорони пов’язаний із подіями антинаркотичної кампанії, яку здійснював уряд США, під час якої контрактівана ПВОК розпилювала з літаків гербіцид гліфосат, чим завдала шкоди двом тисячам громадян Еквадору та їхньому майну.<sup>26</sup>

## II. Зобов’язання ПВОК у сфері прав людини

Сорча МакЛеод, незалежна експертка ООН з прав людини Робочої групи ООН з використання найманців як засобу порушення прав людини, підкреслює, що факт того, що ПВОК часто працюють в умовах високого ризику та в складних і неоднозначних умовах, а також, що споживачами цих послуг нерідко є недержавні суб’єкти, означає, що традиційна концепція міжнародної (державної) відповідальності у сфері прав людини (яка фокусується на неправомірних діях *expro facto*) тут є незастосовною. Це, на її думку, підтверджує актуальність “альтернативного профілактичного підходу” до відповідальності за порушення прав людини ПВОК, а саме, через режим “саморегулювання-плюс” галузі (“self-regulation-plus”), який втілює ICoC та ICoSA.<sup>27</sup> Ідея корпоративної відповідальності (зобов’язань бізнесу) у сфері прав людини, як відзначає Джон Раггі – батько-засновник Керівних принципів ООН щодо бізнесу і прав людини, закладена не у національному законодавстві і не у міжнародно-правовій нормі, а у “транснаціональній соціальній нормі,” відповідність якій є запорукою отримання бізнесом так званої “соціальної ліцензії.” Тобто бізнеси, які демонструють повагу до права людини та втілюють цей принцип на практиці, відповідають розумним суспільним очікуванням і поводять себе добросовісно. Така норма є імперативною щодо чинних законодавчих вимог і застосовується незалежно від того, чи виконує держава свої зобов’язання.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Senate Select Committee on Intelligence Committee Study of the Central Intelligence Agency’s Detention and Interrogation Program, accessed March 28, 2021, [https://fas.org/irp/congress/2014\\_rpt/ssci-rdi.pdf](https://fas.org/irp/congress/2014_rpt/ssci-rdi.pdf).

<sup>26</sup> *Venancio Aguasanta Arias and others v. Dyncorp and others*, [2007], United States District Court for the District of Columbia, No. 01–1908, accessed March 28, 2021, [https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-dcd-1\\_01-cv-01908/pdf/USCOURTS-dcd-1\\_01-cv-01908-7.pdf](https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-dcd-1_01-cv-01908/pdf/USCOURTS-dcd-1_01-cv-01908-7.pdf).

<sup>27</sup> Sorcha MacLeod, “Private Security Companies and Shared Responsibility: The Turn to Multistakeholder Standard-Setting and Monitoring through Self-Regulation-Plus,” *Neth Int Law Rev* 62 (2015): 119–40.

<sup>28</sup> John Gerard Ruggie and John F. Sherman III, “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale,” *European Journal of International Law* 28, no. 3 (August 2017): 921–28.

Як відомо, Керівні принципи передбачають три засоби, завдяки яким підприємства забезпечують виконання зобов'язань у сфері прав: 1) демонстрація прихильності до поваги прав людини шляхом утвердження відповідної політики; 2) запровадження процедури належної обачності щодо прав людини; 3) запровадження процедур відшкодування шкоди, що завдана негативними впливами на права людини, які підприємства вчиняють або сприяють такому (Керівний принцип 15).

Конфліктні регіони та пост конфліктні суспільства, зони стихійних лих тощо характеризуються нестабільністю правопорядку, занепадом верховенства права та слабкістю державних інституцій (див. Керівний принцип 7). У коментарі до Керівного принципу 23 зазначається, що у випадку, якщо контекст держави унеможливає реалізацію повною мірою відповідальності у сфері прав людини, то підприємства повинні дотримуватися принципів визнаних на міжнародному рівні прав людини максимально можливою мірою за таких обставин і бути готовими продемонструвати свої зусилля у цьому напрямі.

ІСоС є керівництвом у сфері корпоративної відповідальності для ПВОК щодо втілення принципу поваги до прав людини. З цієї точки зору цікаво простежити співвідношення ІСоС із принципами корпоративної відповідальності, що передбачена Керівними принципами, та проаналізувати приклади належних практик діяльності сучасних ПВОК.

*Прихильність і впровадження політики: розробка та формулювання зобов'язань щодо політики в галузі прав людини та впровадження її через керівництво, підзвітність та навчання у всій компанії.* Ці зобов'язання також містяться у пунктах 16–19 ІСоС. Найчастіше компанії демонструють це у окремих політиках або у заявах керівництва під час процедури сертифікації у ІСоСА. Так, на офіційному сайті ПВОК Constellis, яка власне першою отримала сертифікацію ІСоС, розміщено розділ “Відданість захисту прав людини,” де вказано, що дотримання принципів гуманітарного права та прав людини є основою цінностей та переконань компанії, що втілено у Політиці з прав людини, а також у Політиці з протидії торгівлі людьми та в Акті з протидії сучасним формам рабства. Ці вимоги адресується усьому персоналу компанії та будь-кому, хто діє від імені Компанії.<sup>29</sup>

Прикладом неналежної практики є опублікований у 2020 р. Кодекс етики Dynsorp – однієї із найбільших ПВОК у світі з реєстрацією у США, у якому узагалі немає згадок ні про “права людини,” ані про інструменти міжнародного та національного характеру, до гармонізації із якими компанія прагне.<sup>30</sup> Справедливо відзначити, що у Кодексі присутня заява про “нульову толерантність” до дискримінації, харасменту та насилля, але проблема полягає у тому, що незрозумілим видається обсяг цих понять та

<sup>29</sup> Ethics, Policies and Certifications. Costellis, accessed March 28, 2021, <https://www.constellis.com/who-we-are/ethics-policies-certifications/>.

<sup>30</sup> Code of Ethics and Business Conduct, Costellis, accessed 28 March 2021, [https://www.dyn-intl.com/media/Code\\_of\\_Ethics\\_2020.pdf](https://www.dyn-intl.com/media/Code_of_Ethics_2020.pdf).

відповідні вимоги, що випливають із недискримінації. Брак такої визначеності також підкріплюється тим, що Кодексом етики Dunsogr відповідальність своїх службовців обмежено національним та місцевим законодавством країни, де компанія здійснює операції, якщо “це не суперечить законодавству США.”

*Процедура належної обачності* запроваджується на підприємстві задля запобігання наслідків негативного впливу на права людини та їх пом'якшення. Ця процедура передбачає: а) оцінку реальних та потенційних впливів на права людини; б) урахування результатів оцінювання та вжиття заходів на підставі отриманих висновків; в) відстеження змін та розповсюдження інформації про наслідки впливу (Керівний принцип 17). На самому початку діяльності будь-яке підприємство повинно відповідально поставитись до визначення сфер діяльності, де ризики несприятливих наслідків для прав людини є найбільш значними; динамічна оцінка цих ризиків повинна також проводитись при встановленні ділових відносин, при прийнятті серйозних рішень або при зміні напрямку діяльності, в умовах зростання соціальної напруженості, та періодично протягом свого існування. Це допомагає приймати обґрунтовані рішення про подальші кроки в реалізації належної обачності щодо прав людини (Керівний принцип 18), коли вимагає від компаній-підписантів розробити об'єктивні та вимірні стандарти постачання послуг з охорони та безпеки та встановити зовнішні незалежні механізми ефективного управління та нагляду, зокрема, звітність і впровадження механізму розгляду заявлених порушень принципів Кодексу чи стандартів, викладених у Кодексі (п. 7 ІСоС).

Варто відзначити, що у тексті ІСоС не так виразно відображено концепцію належної обачності щодо прав людини, як у Керівних принципах. Однак можна зробити висновок про те, що у розумінні ІСоС така процедура втілена у розділі “F,” де перелічені основні принципи поведінки ПВОК при провадженні конкретних видів діяльності, які можуть створювати ризики негативного впливу на прав людини, ураховуючи сферу приватних послуг охоронного та безпекового напрямку. До таких відносяться: застосування сили та правила (пункти 28–30), затримання осіб та утримання осіб (пункти 33–34), тортури, катування та нелюдське поводження (пункти 35–37), сексуальна експлуатація, наруга, гендерне насильство (п. 38), торгівля людьми (п. 39), заборона рабства (п. 40), заборона дитячої праці (п. 41), дискримінація (п. 42), правила ідентифікації та реєстрація небезпечних матеріалів та засобів (п. 43). У всіх перелічених випадках ІСоС закликає компанії утримуватись від таких порушень прав людини, не отримувати вигоди від порушень прав людини іншими суб'єктами та повідомляти про такі факти замовнику та в один або кілька компетентних органів країни, в якій це діяння відбулося, країни громадянства жертви або країни громадянства винуватця (п. 37).

У 2020 р. ІСоСА було опубліковано Керівні принципи для постачальників приватних охоронних послуг щодо попередження та боротьби із сексуальною експлуатацією та

насильством (далі – СЕН),<sup>31</sup> де представлені більш детальні практичні рекомендації у цій сфері. Окрім рекомендацій щодо розробки відповідних політик, ухвалення окремих кодексів або імплементації в існуючі, йдеться про необхідність включати питання запобігання сексуальній експлуатації та насильства у процеси найму, процедури оцінки діяльності компанії, про необхідність проведення початкової та періодичної підготовки персоналу у сфері СЕН, про необхідність проведення оцінки ризиків СЕН перед кожною операцією та укладанням контракту та вибору контрагентів, залучення підтримки з боку місцевих організацій громадянського суспільства для виявлення ризиків СЕН та оцінки ступеня доцільності й ефективності заходів щодо зменшення ризику, здійснення швидкого, ретельного, неупередженого, задокументованого та безпечного розслідування випадків СЕН, попередження повторного виникнення, надання негайної допомоги постраждалим від СЕН та в окремих випадках – тривалої підтримки, упевнитися, що допомога є доцільною та ефективною.

Українською важливою складовою належної обачності у ПВОК є ретельний і добросовісний добір персоналу. У ІСоС указується, що компанії-підписанти проявляють належну обачність під час відбору особового складу, що полягає у перевірці необхідної кваліфікації, первинної та регулярних перевірок фізичного та психологічного стану, наявності судимості, розірвання попередніх контрактів через задокументовані порушення одного або кількох принципів, що містяться у цьому Кодексі, та інших обставин, які ставлять під сумнів здатність персоналу носити зброю. Так, ігнорування такими принципами призвело до убивства людей Денні Фітсмонсом, якого у серпні 2009 р. найняли в ArmorGroup. Нехтуючи медичним обстеженням, його було відправлено до Іраку, хоча він страждав посттравматичним стресовим розладом після попереднього досвіду участі у військових діях. Він був першим військовим із Заходу, якого іракський суд засудив до 20 років в'язниці після початку військових операцій в Іраку 2003 р.<sup>32</sup>

ІСоС також акцентує увагу на необхідності забезпечення охорони й безпеки праці, а також проведення: а) оцінки ризиків завдання шкоди здоров'ю особовому складу; б) необхідної підготовки до операцій у надскладних умовах; в) забезпечення належним індивідуальним захисним спорядженням, зброєю та боеприпасами, медичне обслуговування; г) прийняття політики, що передбачає охорону й безпеку служби всередині компанії, наприклад політики, що стосується психологічного здоров'я, запобігання насильству на робочому місці, порушення поведінки, зловживання алкоголем і наркотиками, сексуальних домагань та іншої неналежної поведінки (п. 64).

В усіх випадках завдання негативного впливу компанією або сприяння такому впливу, жертвам такого впливу має бути забезпечене *відшкодування шкоди* (Керівний

<sup>31</sup> Guidelines for Private Security Providers on Preventing and Addressing Sexual Exploitation and Abuse, accessed March 28, 2021, [https://icoca.ch/wp-content/uploads/2020/07/ICoCA\\_PSEA\\_Guidelines\\_A4\\_web\\_1.pdf](https://icoca.ch/wp-content/uploads/2020/07/ICoCA_PSEA_Guidelines_A4_web_1.pdf).

<sup>32</sup> Danny Fitzsimons, *International Criminal Database*, accessed March 28, 2021, <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/984/Fitzsimons/>.

принцип 22). Керівні принципи визначають три різні способи залучення компанії до несприятливого впливу на права людини: 1) безпосереднє завдання несприятливого впливу; 2) сприяння несприятливому впливу, або 3) коли несприятливий вплив безпосередньо пов'язаний із діяльністю, продукцією чи послугами компанії, або зумовлений діловими відносинами. Кожен із цих видів впливів має різні наслідки й обумовлює відповідь на питання про те, що є належним відшкодуванням.<sup>33</sup>

У пункті 63 ІСоС містяться рекомендації для компаній у випадку виникнення конкретних інцидентів порушення принципів та стандартів, а саме – підготовка звітів, що вимагаються замовником, і проведення внутрішнього розслідування для з'ясування обставин і причини інциденту та вжитих компанією-підписантом заходів для реагування на події інциденту. Звіт у письмовій формі надається замовнику та, у межах передбачених законодавством, компетентним органам. Цей підхід видається значно вужчим, ніж той, що передбачений Керівними принципами, де йдеться про публічну комунікацію (із зацікавленими сторонами, зокрема, і жертвами правопорушень) щодо усунення негативного впливу як способу демонстрації поваги прав людини, особливо, коли йдеться про серйозні впливи (коментар до Керівного принципу 21). Брак транспарентності присутній і у межах системи розгляду скарг у самій асоціації ІСоСА, адже у розділі “Скарги” представлені лише статистичні дані щодо кількості розглянутих скарг, що не є інформативним.<sup>34</sup>

*Механізм розгляду скарг* (англ. – grievance mechanism) за ІСоС передбачає, що компанії-підписанти зобов'язуються створити прозорий, доступний та ефективний засіб правового захисту, у вигляді скарги на неприйнятну чи незаконну поведінку працівника компанії, яка подається як особовим складом, так і третіми особами відповідальному співробітнику компанії та, у відповідних випадках, компетентним органам, що передбачає вироблення рекомендацій щодо запобігання повторюванню цього. Передбачені у п. 67 зобов'язання щодо механізму подачі скарг, порівняно з критеріями ефективності позасудових механізмів розгляду скарг Керівних принципів, є явно такими, що потенційно знижують ефективність цього засобу захисту. Йдеться про вимоги ІСоС публікувати лише інформацію про порядок подачі скарг на загальнодоступному вебсайті; вести лише журнал реєстрації заяв, висновків або дисциплінарних заходів і надавати його за запитом, надаються компетентним органам гарантування лише особовому складу, який добросовісно доповідає про правопорушення, безпеку та свободу від подальших переслідувань.

Керівні принципи натомість рекомендують, що ефективний механізм розгляду скарг повинен бути: законним, доступним, передбачуваним, справедливим, прозорим, відповідав правам людини, був джерелом постійного навчання та вдосконалення і базувався на взаємодії та діалозі. Ці критерії, які є взаємозалежними, спрямовані на те, щоб забезпечити зацікавленим сторонам впевненість у тому, що несудові механізми

---

<sup>33</sup> Guiding Principles on Business and Human Rights.

<sup>34</sup> Complaints. ICoCA, accessed March 28, 2021, <https://icoca.ch/registering-a-complaint/>.



ефективно надають засоби правового захисту відповідно до міжнародно визнаних прав людини. Механізм, який відповідає лише деяким із цих критеріїв, може бути не в змозі надати відповідні засоби правового захисту. Деякі вибрані приклади ПВОК демонструють, що компанії на своїх офіційних сайтах публікують різного роду документи і політики, де указують номери гарячих ліній та/або електронні адреси, за якими можуть подаватись скарги на порушення прав людини як з боку працівників, так і з боку третіх осіб. Такі документи можуть мати назви “Whistleblower Policy”<sup>35</sup> або “Ethics Hotline and Complaint & Grievance Procedures;”<sup>36</sup> зазвичай у цих політиках бракує визначеності щодо процедур розгляду скарг компаніями та норм про звітування і комунікацію з приводу конкретної скарги.

Реальні ситуації порушення ПВОК прав людини, як виявляється, є у рази складнішими. Так, у доповіді Робочої групи ООН з використання найманців як засобу порушення прав людини та протидії реалізації прав народів на самовизначення, ідеться про те, що ПВОК, яких видобувні компанії використовують на місцях проведення видобутку, порушують права місцевих жителів, вчиняють злочини. При цьому ПВОК часто не мають розпізнавальних знаків або уніформи – це ускладнює процеси документування порушень і подання скарг. У таких випадках скарги спрямовують у самі видобувні компанії, які часто, за повідомленням Робочої групи, розцінюються як “необґрунтовані” або “непереконливі,” або жертв просять підписати відмову, що автоматично позбавляє їх прав користуватися засобами державного, зокрема, судового захисту.<sup>37</sup>

## Висновки

Попри експертні й наукові дискусії навколо легітимності та справедливості участі приватних військових й охоронних компаній у виконанні функцій, які традиційно належали державам, факт розвитку індустрії приватних послуг охоронного та безпекового характеру є беззаперечною частиною реальності. Ці послуги стали справжніми бізнес-ідеями, які пропонують неабиякі привабливі економічні вигоди для їх власників та виконавців.

Небезпека та ризики є апіорними складовими приватних військових чи охоронних послуг. Сучасне міжнародно-правове регулювання відповідальності ПВОК у сфері прав людини представлено інструментами м'якого права. Першою

<sup>35</sup> Whistleblowing Policy. G4S Group, accessed March 28, 2021, <https://www.g4s.com/-/media/g4s/corporate/files/csr/g4s-whistleblowing-policy-2017.ashx?la=en&hash=065E466B56D6FF97E66E74D29D37A4EB>.

<sup>36</sup> Ethics, Policies and Certifications. Costellis, accessed March 28, 2021, <https://www.constellis.com/who-we-are/ethics-policies-certifications/>.

<sup>37</sup> UN, *Relationship between Private Military and Security Companies and the Extractive Industry from a Human Rights Perspective* – Report of the Working Group on the Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination, A/HRC/42/42 (29 July 2019), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/228/61/PDF/G1922861.pdf?OpenElement>.

спробою охопити цю сферу став Документ Монтре, який концентрувався навколо відповідальності та зобов'язань держави поважати міжнародне гуманітарне право у договірних відносинах із ПВОК. ICoS створив підстави для отримання ПВОК “соціальної ліцензії” у розумінні Керівних принципів ООН щодо бізнесу і прав людини, запровадивши механізми сертифікації та аудиту для компаній-підписантів, а також відтворивши у своїх положеннях принцип належної обачності у сфері прав людини як стандарту діяльності для компаній. Проте у цьому стандарті багато чого бракує – зокрема, втілення принципу транспарентності, акценту на процедури відстеження та постійного аналізу впливу діяльності компанії на права людини, більшої визначеності механізму розгляду скарг і комунікації із жертвами порушень прав людини як складової цього механізму. Посилення цих позицій є украй важливим з точки зору життєздатності та ефективності ICoS як одного зі стандартів захисту прав людини від порушень із боку ПВОК. Через це, хоча і не тільки, дослідження динаміки впливу концепції корпоративної відповідальності на діяльність приватних військових та охоронних компаній видається достатньо цікавим із погляду наукової перспективи.

© К. Буряковська, 2021

## Bibliography

- Ablazov, Ivan. “Private Military Companies in the Field of National Security.” [In Ukrainian.] In *History, Modernity and Prospects of Development of the State Border Guard Service of Ukraine and Protection of the State Border*, 72–74. 2015.
- Amnesty International Public Statement on the Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States related to the Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict. Accessed March 28, 2021. <https://www.amnesty.org/download/Documents/56000/ior300102008en.pdf>.
- Berndtsson, Joakim. “The Privatisation of Security and State Control of Force: Changes, Challenges and the Case of Iraq.” PhD diss., University of Gothenburg, 2009.
- Code of Ethics and Business Conduct. Accessed March 28, 2021. [https://www.dyn-intl.com/media/Code\\_of\\_Ethics\\_2020.pdf](https://www.dyn-intl.com/media/Code_of_Ethics_2020.pdf).
- Communication from the Commission Guidelines concerning the exercise of the free movement of workers during COVID-19 outbreak 2020/C 102 I/03*. Accessed March 28, 2021. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:52020XC0330\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:52020XC0330(03)).
- Complaints. ICoCA. Accessed March 28, 2021. <https://icoca.ch/registering-a-complaint/>.
- Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, edited by P. W. Singer. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2003.
- Crowe, Jonathan, and John Anna. “The Status of Private Military Security Companies in United Nations Peacekeeping Operations under the International Law of Armed Conflict.” *Melbourne Journal of International Law* 18, no. 1 (2017): 16–44.
- Ethics, Policies and Certifications. Costellis. Accessed March 28, 2021. <https://www.constellis.com/who-we-are/ethics-policies-certifications/>.

- Fitzsimons, Danny. *International Criminal Database*. Accessed March 28, 2021, <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/984/Fitzsimons/>.
- Gromovenko, Konstantin. "Genesis of the Doctrine of International Law on the International Legal Regulation of Non-State Actors in the Security and Military Spheres" [In Ukrainian.] *Bulletin of the Southern Regional Center of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine* 5 (2015): 247–53.
- Guidelines for Private Security Providers on Preventing and Addressing Sexual Exploitation and Abuse. Accessed March 28, 2021. [https://icoca.ch/wp-content/uploads/2020/07/ICoCA\\_PSEA\\_Guidelines\\_A4\\_web\\_1.pdf](https://icoca.ch/wp-content/uploads/2020/07/ICoCA_PSEA_Guidelines_A4_web_1.pdf).
- Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework (UN Office of the High Commissioner for Human Rights, 2011). Accessed March 28, 2021. [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf).
- International Code of Conduct for Private Security Service Providers' Association: Articles of Association. Accessed March 28, 2021. <https://icoca.ch/wp-content/uploads/2020/10/ICoCA-Articles-of-Association.pdf>.
- MacLeod, Sorcha. "Private Security Companies and Shared Responsibility: The Turn to Multistakeholder Standard-Setting and Monitoring through Self-Regulation-Plus." *Neth Int Law Rev* 62 (2015): 119–40.
- MacLeod, Sorcha. "Private Security, Human Rights, and Covid-19." *EJIL: Talk!*. 2 July 2020. <https://www.ejiltalk.org/private-security-human-rights-and-covid-19/>.
- Mandel, Robert. *Armies Without States: The Privatization Of Security*. Boulder & London: Lynne Rienner Publishers, 2002.
- Matyukhina, Natalia. "Privatization of the Security Function of the State: Essence and Separate Problems." [In Ukrainian.] In *Current State and Prospects of Development of the Security Sector of Ukraine: Public-private Aspects*. 2015.
- PACE Resolution 2217, *Legal Challenges Related to Hybrid War and Human Rights Obligations* (2018). Accessed March 28, 2021. <https://pace.coe.int/en/files/24762/html>.
- Pattison, James. "Just War Theory and the Privatization of Military Force." *Ethics & International Affairs* 22, no. 2 (2008): 143–62.
- "Private Military Companies and Their Role in Modern Regional Conflicts," presentation delivered by the Representative of the Ministry of Defence of Ukraine, Major General Vadym Skibitskyi to the 949th Meeting of the OSCE Forum for Security Co-operation, 17 June 2020. <https://vienna.mfa.gov.ua/en/news/vistup-na-temu-privatni-vijskovi-kompaniyi-ta-yih-rol-u-suchasnih-regionalnih-konfliktah>.
- Recap of the Seventh Annual General Assembly. Press-release, 06 January 2021. Accessed March 28, 2021. <https://icoca.ch/2021/01/06/recap-of-the-seventh-annual-general-assembly/>.
- Rosemann, Nils. International Code of Conduct for Private Security Providers, *Institute for Human Rights and Business*. Accessed March 28, 2021. <https://www.ihrb.org/focus-areas/commodities/commentary-international-code-of-conduct-for-private-security-providers>.
- Ruggie, John Gerard, and John F. Sherman III. "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale." *European Journal of International Law* 28, no. 3 (August 2017): 921–28.

- Sachavo, Andriy. "Administrative and Legal Bases of Activity of Private Security Structures and Their Interaction with the Police of Ukraine." [In Ukrainian.] Candidate of legal sciences diss., National Academy of Internal Affairs of Ukraine, 2004.
- Senate Select Committee on Intelligence Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program. Accessed March 28, 2021. [https://fas.org/irp/congress/2014\\_rpt/ssci-rdi.pdf](https://fas.org/irp/congress/2014_rpt/ssci-rdi.pdf).
- Taulbee, James Larry. "The Privatization of Security: Modern Conflict, Globalization and Weak States." *Civil Wars* 5, no. 2 (2002): 1–24.
- The Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies During Armed Conflict (International Committee of the Red Cross, Department of Foreign Affairs of Switzerland, 2008). Accessed March 28, 2021. <https://www.icrc.org/en/publication/0996-montreux-document-private-military-and-security-companies>.
- UN, John Ruggie, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, A/HRC/8/5 (07 April 2008), accessed March 28, 2021. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/61/PDF/G0812861.pdf?OpenElement>.
- UN, *Relationship between Private Military and Security Companies and the Extractive Industry from a Human Rights Perspective* – Report of the Working Group on the Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination, A/HRC/42/42 (29 July 2019). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/228/61/PDF/G1922861.pdf?OpenElement>.
- UN Working Group on the Use of Mercenaries, José L. Gómez del Prado, *Impact in Human Rights of Private Military and Security Companies' Activities*, accessed March 28, 2021. <http://www.privatesecurityregulation.net/files/Impact%20in%20Human%20Rights%20of%20Private%20Military%20and%20Security%20Companies%27%20Activities.pdf>.
- "US Pardons Blackwater Guards: An 'Affront to Justice' – UN Experts." *UN News*, December 30, 2020. <https://news.un.org/en/story/2020/12/1081152>.
- Whistleblowing Policy. *G4S Group*. Accessed March 28, 2021. <https://www.g4s.com/-/media/g4s/corporate/files/csr/g4s-whistleblowing-policy-2017.ashx?la=en&hash=065E466B56D6FF97E66E74D29D37A4EB>.
- Wulf, Herbert. "The Privatization of Violence: A Challenge to State-Building and the Monopoly on Force." *The Brown Journal of World Affairs* 18, no. 1 (2011): 137–49.

**Катерина Буряковська. Зобов'язання приватних охоронних і військових компаній у сфері прав людини: огляд сучасної правової рамки та практик**

**Анотація.** Стрімке зростання попиту на приватні послуги військового й охоронного характеру серед держав, міжнародних організацій та недержавних суб'єктів перетворило цю діяльність на потужну індустрію із мільйонами людей, які на підставі контракту та в обмін на грошову винагороду виконують дії, які, однак, часто створюють ризики для прав інших людей, місцевих громад і держав по всьому світові. Авторка пояснює актуальність теми статті резонансними справами про ймовірну участь приватних військових компаній у подіях окупації

Криму та збройного конфлікту на Донбасі, ініціацією в Україні нового законодавства про військово-консалтингову діяльність й одночасно скромною увагою української юридичної науки до проблем зобов'язань щодо прав людини приватних компаній, які надають послуги безпекового напрямку. Досліджує еволюцію деяких підходів міжнародно-правового регулювання приватної військової та охоронної діяльності, а також їхню відповідність сучасним підходам щодо прав людини. У статті аналізуються особливості корпоративної відповідальності у сфері прав людини приватних військових та охоронних компаній, зміст якої втілено у Міжнародному кодексі поведінки постачальників приватної охорони (ІСоС). Зіставлено підходи Міжнародного кодексу поведінки постачальників приватної охорони та Керівних принципів ООН щодо бізнесу і прав людини.

**Ключові слова:** приватні військові й охоронні компанії; права людини; корпоративна відповідальність; належна обачність.

### **Екатерина Буряковская. Обязательства частных охранных и военных компаний в сфере прав человека: обзор современной правовой рамки и практик**

**Аннотация.** Стремительный рост спроса на частные услуги военного и охранного характера среди государств, международных организаций и негосударственных субъектов превратило эту деятельность в мощную индустрию с миллионами людей, которые на основании контракта и в обмен на денежное вознаграждение выполняют действия, которые, однако, часто создают риски для прав других людей, местных общин и государств по всему миру. Автор объясняет актуальность темы статьи резонансными делами о вероятном участии частных военных компаний в событиях оккупации Крыма и вооруженного конфликта на Донбассе, инициацией в Украине нового законодательства о военно-консалтинговой деятельности и одновременно скромным вниманием, которое уделяется украинской юридической наукой проблемам обязательств по правам человека частных компаний, предоставляющих услуги безопасности. Исследует эволюцию некоторых подходов международно-правового регулирования частной военной и охранный деятельности и их соответствие современным подходам по правам человека. В статье анализируются особенности корпоративной ответственности в области прав человека частных военных и охранных компаний, содержание которой воплощено в Международном кодексе поведения поставщиков частной охраны (ІСоС). В ходе анализа проведено сопоставление подходов Международного кодекса поведения поставщиков частной охраны и Руководящих принципов ООН в отношении бизнеса и прав человека.

**Ключевые слова:** частные военные и охранные компании; права человека; корпоративная ответственность; должная осмотрительность.

### **Kateryna Buriakovska. Human Rights Obligations of Private Security and Military Companies: A Review of the Current Legal Framework and Practices**

**Abstract.** The rapid growth in demand for private military and security services among states, international organizations and non-state actors has turned this activity into a powerful industry with millions of people who perform – on a contractual basis and in exchange for monetary rewards – actions, which, however, often pose risks to the rights of others, local communities and nations around the world. The author explains the urgency of the article by high-profile cases of possible participation of private military companies in the events of the occupation of Crimea and the armed conflict in Donbas, initiation of new legislation on military consulting in Ukraine and, at the same time, by the modest attention of Ukrainian jurisprudence to human rights obligations of companies providing security services as non-governmental entities.

The author examines the evolution of some approaches to the international legal regulation of private military and security activities and their compliance with modern approaches to human rights. The author analyzes the features of corporate responsibility in the field of human rights of private military and security companies, the content of which is embodied in the International Code of Conduct for Private Security Providers (ICoC). The analysis compares the approaches of the International Code of Conduct for Private Security Providers and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights.

**Keywords:** private military and security companies; human rights; corporate responsibility; due diligence.

Одержано/Received 15.05.2021

## ПРАВА ЛЮДИНИ І БІЗНЕС: ДИНАМІЧНИЙ РОЗВИТОК МІЖДИСЦИПЛІНАРНОЇ КОНЦЕПЦІЇ

(Рецензія на дослідницький посібник з прав людини і бізнесу<sup>1</sup>)

**Ц**я книга з'явилася наприкінці 2020 р., і сьогодні вона є виданням, яке можна сміливо рекомендувати як тим, хто тільки хоче ознайомитися з проблематикою бізнесу і прав людини й не знає, з чого краще почати, так і тим, хто вже давно і глибоко в темі. Більш ніж на 500 сторінках авторський колектив із 24 учених із різних континентів і різним професійним досвідом виклав, напевно, найповніший натепер загальний огляд проблематики з бізнесу і прав людини – від історії самої концепції, її протистояння з концепцією корпоративної соціальної відповідальності та філософського підґрунтя до таких спеціальних питань, як відповідальність материнської компанії за порушення в сфері прав людини з боку дочірньої, доступу до засобів правового захисту для жертв порушень суб'єктами господарювання прав людини в межах процедури кримінального судочинства та ін.

Видання слідує загальній логіці Керівних принципів ООН з бізнесу і прав людини, розкриваючи обов'язок держави захищати права людини від порушення з боку третіх осіб, зокрема і з боку бізнесу, корпоративну відповідальність поважати права людини й доступ до засобів правового захисту. Частина перша розкриває історію й еволюцію розвитку концепції бізнесу і прав людини, зокрема, ідеться про її співвідношення з концепцією корпоративної соціальної відповідальності, а також про “соціальну конструкцію Керівних принципів ООН з бізнесу і прав людини.” Автором цієї глави став Джон Геральд Раггі, Спеціальний представник Генерального секретаря ООН з питань бізнесу і прав людини, виступив свого часу розробником Керівних принципів ООН з бізнесу і прав людини. Друга частина присвячена корпоративній належній

---

\* Олена Олександрівна Уварова, кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна.

Olena Uvarova, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine.

e-mail: o.o.uvarova@nlu.edu.ua

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3199-7790>

<sup>1</sup> *Research Handbook on Human Rights and Business*, ed. Surya Deva and David Birchall (Edward Elgar, 2020).

обачності в сфері прав людини. Окрім загальних питань, у цій главі розглядається також специфіка забезпечення належної обачності в ланцюгах постачання і у видобувній промисловості. Регулятивна роль держави й інструменти, які можуть використовуватися для забезпечення захисту прав людини від порушень із боку бізнесу, – предмет уваги третьої частини видання. Серед спеціальних питань – юрисдикція держави щодо транснаціональної підприємницької діяльності, що впливає на права людини, обов'язки державних підприємств у сфері прав людини та ін. Окрема частина присвячена впливу фінансових інституцій та інвестиційних договорів на права людини. Захист уразливих груп та дія зобов'язань бізнесу в складному середовищі, зокрема в умовах конфлікту, розкрито в п'ятій частині. Шоста частина присвячена доступу до засобів правового захисту і питанням корпоративної відповідальності.

Деякі ключові ідеї, які пронизують всю книгу і на які необхідно звернути особливу увагу.

*“Права людини і бізнес” замість “бізнес і права людини.”* У назві посібника використано саме такий порядок слів (права людини на початку), хоча усталеним є словосполучення “бізнес і права людини:” воно фігурує в назві центрального документа – Керівні принципи ООН з бізнесу і прав людини, які було схвалено резолюцією Ради з прав людини ООН у червні 2011 р., використовується в інших документах ООН, ЄС, Ради Європи тощо.

Але використання іншого порядку слід не є випадковим, воно несе глибоке змістовне навантаження – права людини мають визначати норми, за якими працює бізнес. З цієї думки починає книгу один із її редакторів, Сурія Дева.<sup>2</sup>

Сурія Дева є членом Робочої групи ООН з бізнесу і прав людини, а також доцентом Школи права Університету міста Гонконгу. Основні наукові інтереси професора полягають у бізнесі та правах людини, конституційному праві Індії та Китаю і сталому розвитку. Він багато опублікував праць із цієї проблематики, консультував агентства ООН, уряди, транснаціональні корпорації та організації громадянського суспільства з питань, пов'язаних із бізнесом і правами людини. Він є одним із головних редакторів журналу “Бізнес та права людини” і входить до складу Редакційної/Консультативної ради Нідерландського кварталного журналу з прав людини та Віденського журналу з міжнародного конституційного права.

Професор Дева умовно виділяє три ери у “співіснуванні” бізнесу і прав людини. Першу еру він умовно назвав “бізнес або права людини” (“business or human rights” era), другу – ерою бізнесу і прав людини (“business and human rights” (BHR) era), третю – справою прав людини (“business of human rights” era). Як зауважує Сурія Дева, третя ера, яка настає зараз, випробовує серйозність погляду бізнесу на права людини. Адже “надмірний акцент на бізнес-аргументи щодо прав людини з боку різних суб'єктів, включаючи установи та уряди ООН, є проблематичним: це, по суті,

---

<sup>2</sup> Surya Deva, “From ‘business or human rights’ to ‘business and human rights:’ What Next?” In *Research Handbook on Human Rights and Business*, 1–22.



робить дотримання прав людини з боку бізнесу залежним від економічних інтересів. Підтримувати та відстоювати права людини набагато легше, коли це відповідає інтересам бізнесу. Справжнє випробування прихильності бізнесу до прав людини – це ситуації, коли корпорації стають на бік прав людини, навіть якщо це не має економічного сенсу.”

*Обов'язки, які кореспондують правам.* Ще одне важливе з точки зору теорії права питання, яке ставить Сурія Дева: чи дійсно “права” в межах “бізнесу і прав людини” є правами людини? Адже “право” має означати, як мінімум, дві речі: по-перше, праву має кореспондувати юридично обов'язкові зобов'язання, по-друге, право має бути захищено ефективним засобом захисту, яким може скористатися носій такого права у випадку його порушення.

Професор Дева звертає увагу на те, що концепція бізнесу і прав людини змушує дещо переглянути цю класичну для теорії права тезу. Бізнес, а не тільки держава, має розглядатися як носій обов'язків у сфері прав людини, виконання яких має бути передумовою ведення будь-якої господарської діяльності. Але на практиці сьогодні ця теза практично не знаходить реального втілення, часто зводяться до дискусії про юридичну силу таких обов'язків в умовах відсутності (або слабкості) юридично обов'язкового державного регулювання. Сурія Дева наголошує на тому, що обов'язки бізнесу в сфері прав людини не мають бути пов'язані виключно з традиційною моделлю державної нормотворчості та забезпечення державою виконання встановлених правил.

*Сучасна модель економічного розвитку як загроза правам людини.* Суворая реальність полягає в тому, що нинішня модель (економічного) розвитку не ґрунтується на правах людини. Держави розглядають права людини як “рушійну силу швидкого розвитку,” не наділяючи їх власною цінністю. Держави не тільки зосереджуються на підвищенні рейтингу “зручності (простоти) ведення бізнесу,” які не розглядають права людини як критерій, що підлягає врахуванню для залучення іноземних інвестицій, а й позначають “громади та організації громадянського суспільства, що протидіють розвитку” (а отже, є “антинаціональними”).

*“Комерційний аргумент” на користь прав людини.* У публікації приділяється також увага поширеній сьогодні ситуації, коли експерти в сфері бізнесу і прав людини, зокрема й організації громадянського суспільства і міжнародні організації, переконують бізнес у корисності для нього поведінки, заснованій на повазі до прав людини. Такий підхід є небезпечним для самої ідеї прав людини.

Концепція бізнесу і прав людини, по суті, вказує на необхідність переорієнтації ролі та цілей корпорацій у суспільстві. Пріоритет інтересів акціонерів та максимізація прибутку продовжують залишатися визначальною метою ведення бізнесу. Протягом останніх років до корпоративного законодавства в кількох країнах було внесено певні зміни, однак ці зміни не змогли забезпечити фундаментальних структурних змін.

З цього приводу Сурія Дева зазначає, що необхідно є докорінна зміна в усіх правових нормах, які регламентують діяльність суб'єктів господарювання на різних етапах ведення бізнесу: на етапі реєстрації, формування складу правління,

визначення обов'язків директора, правил розкриття інформації та прозорості, порядку проведення закупівель, злиття і поглинань, стандартів бухгалтерського обліку та розподілу відповідальності всередині корпоративних груп тощо. Підприємства, безсумнівно, є спеціалізованими органами суспільства. Однак цей особливий статус – який є привілеєм, наданим державою, а не правом – не повинен становити загрозу правам людини.

Саме тому необхідно вийти за межі комерційної аргументації прав людини. У певних ситуаціях права людини можуть дійсно бути комерційно обґрунтованими: корпорації, які відповідально ставляться до прав людини, можуть уникнути репутаційних ризиків, заощадити гроші та час на реалізацію проектів, залучити більше співробітників та інвесторів і скористатися унікальними ринками збуту своєї продукції чи послуг. Однак не існує універсального, абсолютного бізнес-аргументу щодо прав людини для всіх підприємств, які працюють у всіх секторах. Бізнес має поважати права людини навіть в тих ситуаціях, коли це не вигідно з комерційної точки зору.

*Неліберальний характер концепції бізнесу і прав людини.* Концепцію бізнесу і прав людини традиційно протиставляють концепції корпоративної соціальної відповідальності (КСВ). І одне з домінуючих припущень, що лежить в основі більшої частини нинішнього мислення щодо КСВ, полягає в тому, що ми, по суті, маємо справу з приватною відповідальністю.<sup>3</sup> Дві суттєві риси визначають погляд на корпоративну відповідальність як на приватну. Це її очікуваний аполітичний і добровільний характер. Як “продукт” неоліберальної думки, загальноприйняті уявлення про КСВ підкоряються приватно-публічній дихотомії, що визначає ліберальну теорію. Таким чином, держави розглядаються як єдині належні політичні суб'єкти, тоді як корпорації належать до приватної сфери. Така ліберальна модель проводить чітку межу між приватною економічною діяльністю, з одного боку, та публічною політичною діяльністю, з другого. Політичний порядок має на меті гарантувати стабільність, щоб свобода особистості була захищена як щодо держави, так і щодо співгромадян.

Значна частина теорії КСВ впливає з цього теоретичного припущення, і таким чином концептуалізує корпоративну відповідальність як суто приватну.

У цьому припущенні про приватну природу корпоративної відповідальності вбачається основна прірва між традиційними підходами до КСВ та бізнесу і прав людини: тоді як точка зору КСВ на відповідальність за права людини в корпорації передбачає їхній перехід у сферу приватної відповідальності, точка зору бізнесу і прав людини виступає за зміну у зворотному напрямку, тобто за поширення корпоративної відповідальності на суспільну сферу і, таким чином, за переосмислення корпоративної відповідальності як такої, що за своєю суттю є публічною. Або дещо інакше: замість

---

<sup>3</sup> Florian Wettstein, “The History of ‘business and human rights’ and Its Relationship with Corporate Social Responsibility,” in *Research Handbook on Human Rights and Business*, 23–45.

поширення приватної відповідальності на публічну сферу, бізнес і права людини поширює публічну відповідальність за права людини на приватну сферу.

Різниця між двома точками зору не лише семантична, а й фундаментальна: замість приватизації прав людини, перспектива бізнесу і прав людини вимагає політизації корпоративної відповідальності.

Розгляд прав людини крізь призму приватної відповідальності, як це відбувається у межах корпоративної соціальної відповідальності, перетворює права людини лише на одне з добровільних, аполітичних питань КСВ серед багатьох інших питань, без чіткої ієрархії чи розподілу пріоритетів, залишаючи значну свободу дій і, насправді, дискреційне право для компаній щодо того, що, коли і як вирішувати. Такий підхід, який відповідає ліберальній ідеї свободи підприємницької діяльності, не вимагає зміни бізнес-моделей компаній або способу ведення бізнесу загалом. Концепція бізнесу і прав людини вказує на бізнес як на носія обов'язків у сфері прав людини, що вимагає перегляду бізнес-моделей, які створюють ризики порушень прав людини.

© О. Уварова, 2021

## Bibliography

*Research Handbook on Human Rights and Business*, edited by Surya Deva and David Birchall. Edward Elgar, 2020.

**Олена Уварова. Права людини і бізнес: динамічний розвиток міждисциплінарної концепції**

**Анотація.** Рецензія на дослідницький посібник з бізнесу і прав людини за редакцією Сурії Дева і Девіда Бірчала (*Research Handbook on Human Rights and Business*, edited by Surya Deva and David Birchall. Edward Elgar, 2020).

**Ключові слова:** дослідницький посібник; бізнес і права людини; міждисциплінарність.

**Елена Уварова. Права человека и бизнес: динамическое развитие междисциплинарной концепции**

**Аннотация.** Рецензия на исследовательское пособие по бизнесу и правам человека под редакцией Сурии Дева и Дэвида Бирчала (*Research Handbook on Human Rights and Business*, edited by Surya Deva and David Birchall. Edward Elgar, 2020).

**Ключевые слова:** исследовательское пособие; бизнес и права человека; междисциплинарность.

**Olena Uvarova. Human Rights and Business: A Dynamic Development of an Interdisciplinary Concept**

**Abstract.** Review of research handbook on human rights and business edited by Surya Deva and David Birchall (*Research Handbook on Human Rights and Business*, edited by Surya Deva and David Birchall. Edward Elgar, 2020).

**Keywords:** research handbook; human rights and business; multidisciplinary.

Одержано/Received 25.01.2021

## БІЗНЕС І ПРАВА ЛЮДИНИ: ВІДНОВЛЕННЯ ДОВІРИ ЯК УМОВА НОВОГО СУСПІЛЬНОГО ДОГОВОРУ

(Серія заходів у межах  
IV Харківського міжнародного юридичного форуму)

23–25 вересня 2020 р. відбувся IV Харківський міжнародний юридичний форум, до програми якого щорічно входять заходи з бізнесу і прав людини.<sup>1</sup> Цього року незалежні експерти та експертки, вчені, представники та представниці бізнес-асоціацій та урядів із 30 країн світу, які відповідальні за імплементацію Керівних принципів ООН з бізнесу і прав людини в своїх країнах, взяли участь в обговоренні, що дало можливість порівняти досвід, набутий різними регіонами світу.

Центральне питання, до якого упродовж трьох днів Форуму поверталися учасники та учасниці і яке має стати предметом подальшого наукового осмислення, – це питання про можливість (або невідворотність) нового суспільного договору, стороною якого, поряд із суспільством і державою, має стати бізнес, вплив якого на повсякденне життя людей і навіть на саму державу стає все більш суттєвим. Бізнес розглядається як безпосередній носій обов'язків у сфері прав людини, особливо в ситуаціях, коли держава є надто слабкою, щоб забезпечити захист прав людини, або коли йдеться про сферу автономного простору, до якого держава не повинна втручатися. Суспільство потребує вироблення механізмів, які б гарантували відповідність недержавного регулювання, що походить від бізнесу, фундаментальним правовим цінностям – поваги до гідності людини, справедливості, свободи, рівності. Актуалізуються питання щодо застосування вимог верховенства права до сфери такого недержавного регулювання, його ролі в моменти демократичних перетворень у суспільствах,

---

\* Олена Олександрівна Уварова, кандидатка юридичних наук, доцентка кафедри теорії і філософії права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна.

Olena Uvarova, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine.

e-mail: o.o.uvarova@nlu.edu.ua

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3199-7790>

<sup>1</sup> З повною програмою можна ознайомитися за посиланням: <https://legalforum.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2020/08/program-business-and-human-rightsukr-1.pdf> (українською) і <https://legalforum.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2020/08/program-business-and-human-rights-13.pdf> (англійською).

а також щодо механізму “стримувань і противаг” у ситуації, коли бізнес перебуває поза державним контролем. Окремого аналізу потребують зобов’язання бізнесу в ситуаціях глобальних небезпек. Корпоративна відповідальність поважати права людини, забезпечення належної обачності в сфері прав людини (*human rights due diligence*), недержавні механізми правового захисту – ці та інші поняття, які стають невід’ємною частиною юридичної практики сьогодні, потребують свого осмислення з точки зору юридичної науки.

## **I. Бізнес і права людини: потреба наукового осмислення нової реальності**

Носієм обов’язків щодо прав людини традиційно вважається держава. Первісно це було пов’язано з тим, що саме вона розглядалась як головна загроза правам людини, а тому виступила адресатом, якому спрямовується вимога поважати права людини. Цей аспект взаємовідносин людини і держави, який зберігає свою актуальність і сьогодні, поступово було доповнено вимогами захищати (зокрема і від порушень із боку третіх осіб) і забезпечувати реалізацію прав людини.

Протягом другої половини ХХ ст. під впливом різних процесів, насамперед глобалізаційних, все більш помітним ставав вплив недержавних суб’єктів на права людини. Особливо гостро питання такого впливу поставало у ті моменти, коли держави виявлялися неспроможними виконувати свою роль інструменту захисту прав людини. “Абсолютно очевидно, що компанії – незалежно від того, локальні чи мультинаціональні, публічні чи приватні – значно впливають на права людини, як позитивно, так і негативно.”<sup>2</sup> З цієї думки починаються численні наукові публікації, аналітичні огляди, експертні доповіді, методичні рекомендації, присвячені проблематиці бізнесу і прав людини. Адже “бізнес відіграє важливу роль у житті усіх людей, і те нагромадження питань, пов’язаних із правами людини, які ставляться перед бізнесом сьогодні, ніколи ще не було таким значним.”<sup>3</sup>

Ухвалення Радою ООН з прав людини у червні 2011 р. Керівних принципів ООН щодо бізнесу та прав людини<sup>4</sup> стало важливим етапом у процесі розвитку нормативних стандартів відповідальності та підзвітності бізнесу.

Керівні принципи ООН щодо бізнесу і прав людини включають у себе три основи (*pillars*):

I. Обов’язок держави захищати права людини від порушень з боку третіх осіб, зокрема з боку бізнесу. Цей обов’язок передбачає необхідність забезпечувати ефективну імплементацію міжнародно визнаних стандартів прав людини на національному рівні.

<sup>2</sup> Business and Human Rights, the Danish Institute for Human Rights, <https://www.humanrights.dk/business-human-rights>.

<sup>3</sup> Platform for Human Rights Indicators for Business – HRIB, <https://old.business-humanrights.org/en/platform-for-human-rights-indicators-for-business-hrib>.

<sup>4</sup> Керівні принципи ООН з бізнесу і прав людини, <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/sehl/profile-law/ker%D1%96vn%D1%96-princzipi-oon-z-pitan-b%D1%96znesu-%D1%96-prav-lyudini.html>.

II. Обов'язок бізнесу поважати права людини, що включає в себе також необхідність проявляти належну обачність щодо можливого негативного впливу тієї чи іншої бізнес-діяльності на права людини (права працівників, споживачів, місцевої громади, працівників постачальників тощо).

III. Забезпечення ефективних засобів захисту – судових, державних позасудових і недержавних.

Станом на вересень 2020 р. 24 країни світу прийняли Національні плани дій щодо реалізації Керівних принципів ООН з бізнесу і прав людини, у багатьох країнах, зокрема і в Україні, ведеться робота з підготовки таких планів. Міжурядова група на рівні ООН завершує обговорення проекту міжнародного договору щодо бізнесу і прав людини. На рівні Європейського Союзу ініціюється питання щодо ведення обов'язкової процедури забезпечення належної обачності у сфері прав людини для суб'єктів господарювання. Національні судові інстанції в різних країнах світу розглядають справи, пов'язані з порушеннями прав людини бізнесом, зокрема і в ситуаціях, коли таке порушення відбувалося на території іншої держави і не самою компанією-відповідачкою, а в її ланцюгу поставок. Все більше міжнародних і регіональних організацій, експертних ініціатив видають рекомендації із забезпечення корпоративної поваги до прав людини. Цим питанням було присвячено Панельну дискусію щодо викликів і нових можливостей імплементації Керівних принципів ООН з бізнесу і прав людини, яка відбулася за участі посла *Генріка Вілладсена*, Координатора проектів ОБСЄ в Україні, *Аніти Рамасастрі*, голови Робочої групи ООН, професорки права і директорки програми післядипломного навчання зі стійкого розвитку в Школі права Університету Вашингтона (США), *Елжбієти Карскої*, членкині Робочої групи ООН, професорки і завідувачки кафедри захисту прав людини і міжнародного гуманітарного права, директорки Інституту міжнародного права, права ЄС і міжнародних відносин факультету права і управління Університету Кардинала Стефана Вижинського (Польща), *Людмили Денісової*, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, *Ольги Бойко*, Європейська Бізнес Асоціація, представників урядових органів України, Литви, Словенії, Грузії, незалежних експертів зі Словенії, Польщі, Словаччини, Грузії, Білорусі, Молдови, Казахстану.

Секретаріат Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини презентував дослідження з бізнесу і прав людини в часи COVID-19, розроблене у співпраці з Данським інститутом прав людини. *Тетяна Сахарук*, виконавча директорка Глобального договору ООН в Україні, надала характеристику стану імплементації Цілей сталого розвитку в Україні у взаємозв'язку зі стандартами у сфері бізнесу і прав людини. *Ніколай Сондербай*, старший радник з питань демократії і прав людини, UNDP Ukraine, розкрив у своєму виступі потенціал ПРООН щодо підтримки України у просуванні стандартів з бізнесу і прав людини. *Ганна Христова*, докторка юридичних наук, старша проектна менеджерка проекту Ради Європи "Внутрішнє переміщення в Україні:

розробка тривалих рішень,” звернула увагу на шляхи забезпечення корпоративної відповідальності поважати права внутрішньо переміщених осіб.

Активний розвиток тематики бізнесу та прав людини у нормотворчій і правозастосовній практиці різних держав світу не знаходить адекватного доктринального осмислення. У межах Харківського юридичного форуму відбулася наукова дискусія щодо дослідницьких перспектив у сфері бізнесу і прав людини в країнах Центральної та Східної Європи.

Йерней Летнар Чернич, PhD, доцент факультету управління і європейських студій Нового університету (Nova Univerza), Словенія, виступив із доповіддю “Верховенство права в концепції бізнесу і прав людини,”<sup>5</sup> звернувши увагу на основні виклики щодо реалізації вимог верховенства права в державах регіону і те, як відсутність довіри до правових механізмів захисту впливає на стан реалізації стандартів відповідальної поведінки бізнесу. Крім того, поведінка самого бізнесу також значною мірою впливає на стан реалізації верховенства права, вимоги якого мають бути адресовані не тільки державі, а й самим суб’єктам господарювання тією мірою, якою вони здійснюють владний вплив на інших учасників суспільних відносин, встановлюють обов’язкові для них вимоги.

Доповідь Беати Фарачик, голови Польського інституту прав людини і бізнесу, Польща, було присвячено змістовним елементам потенційного законодавства щодо Human Rights Due Diligence в праві ЄС.<sup>6</sup> Сам механізм забезпечення належної обачності у сфері прав людини (human rights due diligence) ґрунтується на адресованій до бізнесу вимозі поважати права людини, для чого бізнес має не просто утримуватися від порушень прав людини, а й докладати необхідні зусилля для попередження можливого негативного впливу на права людини у своїй діяльності. Відповідно, він має запроваджувати процедури, які даватимуть змогу виявляти ризики такого негативного впливу на працівників, споживачів, жителів громади, де здійснює свою діяльність відповідний суб’єкт господарювання. Такі процедури не можуть бути уніфікованими, оскільки мають враховувати специфіку конкретного бізнесу, тому визначення чітких процедур є сферою розсуду самих суб’єктів господарювання.

Екатерина Дейкало, кандидатка юридичних наук, доцентка кафедри міжнародного права факультету міжнародних відносин Білоруського державного університету, Білорусь, презентувала доповідь “Вибори і протестний рух – 2020 в Білорусі: виклики і нові перспективи для досліджень у сфері бізнесу і прав людини,” окрему увагу

<sup>5</sup> Особливий інтерес також становлять такі праці Йернея Чернича: Jernej Letnar Černič, *Corporate Accountability under Socio-Economic Rights* (New York: Routledge, 2018); Matej Avbelj and Jernej Letnar Černič, *The Impact of European Institutions on the Rule of Law and Democracy: Slovenia and Beyond* (Oxford: Hart Publishing, 2020).

<sup>6</sup> Markus Krajewski and Beata Faracik, “Substantive Elements of Potential Legislation on Human Rights Due Diligence,” [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/DROI/DV/2020/06-22/DGEXPObriefingHumanRightsDueDiligence\\_EN.pdf#page=6](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/DROI/DV/2020/06-22/DGEXPObriefingHumanRightsDueDiligence_EN.pdf#page=6).

приділивши ролі бізнесу в моменти демократичних перетворень у державі, а також факторам, що впливають на формування активної громадянської позиції суб'єктів господарювання.<sup>7</sup>

Робота Лабораторії з прав людини Університету Миколаса Ромеріса, Литва, була представлена *Арнасом Ляуксмінасом*. У доповіді “Доступ до засобів правового захисту у сфері бізнесу і прав людини” було розкрито бар'єри у доступі як державних, так і недержавних засобів правового захисту у сфері бізнесу і прав людини. Окрема увага була приділена гарантіям ефективності правового захисту для жертв порушень прав людини з боку бізнесу, закладеним до міжнародного договору з бізнесу і прав людини, нині проєкт якого перебуває на міжурядових обговореннях в ООН.

*Юлія Разметаєва*, кандидатка юридичних наук, асистентка кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, поглянула на проблематику бізнесу і прав людини крізь глобальну перспективу цифрової епохи.<sup>8</sup> Предметом обговорення, зокрема, стало виникнення низки прав, які претендують на статус фундаментальних – право бути забутим, право на інтернет, право на анонімність. Ті ж права, що визнані фундаментальними й успішно утвердились як цінності в багатьох суспільствах, отримують новий зміст і тлумачення. Це, наприклад, приватність і свобода вираження, право на інформацію. Усі названі права у своїй реалізації залежать від добросовісної поведінки бізнесу в сфері прав людини.

## II. Розвиток концепції бізнесу і прав людини в Східній Європі

Основний фокус уваги Форуму було зосереджено на країнах Східної Європи, де рівень імплементації Керівних принципів ООН з бізнесу і прав людини залишається вкрай низьким. У регіоні є лише декілька позитивних прикладів розроблення і прийняття Національних планів дій з бізнесу і прав людини (Литва, Чехія, Польща, Словенія, Грузія). Але їхня реалізація на практиці є бідною на історії успіху.

Частково така ситуація пояснюється тим, що багато країн регіону довгий час входили до складу, перебували під владою або зазнавали з боку СРСР значного політичного й економічного впливу. Відповідно, незважаючи на доволі різний історичний бекграунд, ситуація щодо забезпечення корпоративної відповідальності поважати права людини в країнах регіону є схожою.

За результатами обговорень, які відбулися у межах Харківського форуму, було визначено ті фактори, які є спільними для регіону й які пояснюють низький рівень корпоративної поваги прав людини і відповідальної бізнес-поведінки:

---

<sup>7</sup> Див. також Катерина Дейкало, Елена Воробьева и Кирил Томашевский, “Бизнес и права человека: постановка проблемы,” в *Междисциплинарные исследования в области прав человека* (Минск: Экоперспектива, 2020), 158–219.

<sup>8</sup> Див. також Юлія Разметаєва, “Теоретичні аспекти зобов'язань бізнесу у сфері приватності: виклики цифрової епохи,” *Підприємництво, господарство і право* 6 (2019): 235–39.



Упродовж тривалого періоду часу була відсутня свобода підприємницької діяльності. Господарська діяльність концентрувалася у державному секторі. Існував значний державний контроль за всіма економічними процесами, держава мала переважаючу частку своєї участі в економічних процесах, у результаті чого були відсутні умови для формування у суб'єктів господарської діяльності відчуття відповідальності за вплив на суспільні відносини. Це й зумовило вкрай низький рівень очікувань суспільства щодо відповідальної бізнес-поведінки.

Довгий період розвитку в умовах недемократичних політичних режимів у регіоні або перебування під значним впливом таких режимів призвели до низького рівня розуміння цінностей людської гідності та персональної автономії, які є базовими для формування відповідальної бізнес-поведінки; ідея прав людини була підпорядкована державній політиці; колективний інтерес превалював над індивідуальним/приватним, правове регулювання базувалося на принципі верховенства державної волі, а не на принципі верховенства права.

Падіння недемократичних режимів стало передумовою розвитку та посилення громадянського суспільства, але головним фокусом уваги організацій громадянського суспільства залишається державна діяльність, оскільки саме держава продовжує розглядатись як головна (і часто єдина) загроза для прав людини. Це зумовлює те, що в регіоні можна знайти дуже небагато прикладів, коли правозахисні організації спрямовують свою роботу на випадки порушення прав людини з боку бізнесу. Політизація питань, пов'язаних із правами людини, залишається вкрай поширеною в регіоні.

Керівні принципи ООН з бізнесу і прав людини є загальним інструментом, який може використовуватися по-різному, щоб забезпечити врахування локального контексту. Для багатьох країн регіону актуальними є такі бар'єри для ефективної імплементації стандартів у сфері бізнесу і прав людини:

Низький рівень обізнаності державних інституцій, академічної спільноти, неурядових організацій, бізнесу з Керівними принципами ООН з бізнесу і прав людини, виробленими стандартами відповідальної бізнес-поведінки й ініціативами, гарними практиками. У суспільства та бізнесу загалом низький рівень розуміння того, що стійка економічна діяльність потребує відповідальної поведінки бізнесу в сфері прав людини. У регіоні дуже поширений підхід, коли стандарти бізнесу та прав людини ототожнюються з благодійністю і розглядаються в контексті корпоративної соціальної відповідальності.

Недостатній рівень економічного розвитку, зокрема, низький рівень доходів значної частини населення, зумовлює ситуацію, коли відповідальна бізнес-поведінка не розглядається суспільством як основний пріоритет. Люди пов'язують свої очікування переважно з державою.

Є актуальними ризики і виклики, зумовлені відсутністю стійких демократичних традицій: слабе громадянське суспільство, відсутність або низький рівень забезпечення верховенства права, високий рівень корупції у публічному і приватному секторах, і, як результат, – низький рівень довіри людей до правових інструментів і відсутність запиту з боку суспільства на новий суспільний договір, стороною якого мала б стати не тільки держава, а й бізнес. Продовжує переважати патерналістський підхід до забезпечення поваги, захисту й забезпечення прав людини. Сфера прав людини і далі ототожнюється зі сферою обов'язків держави.

Надзвичайно сильний зв'язок між бізнесом і державою. Держава володіє значним контролем над бізнесом, великий бізнес, за свого боку, намагається бути “вбудованим” до інституцій державної влади. Значною є система публічних закупівель, яка часто непрозора. Квазідержавний сектор економіки призводить до відсутності реальної змагальності й дійсної мотивації для бізнесу імплементувати стандарти відповідальної поведінки.

Загальним став висновок про те, що для країн Східної Європи важливим є розуміння того, що моделі правового регулювання, які включають у себе стандарти відповідальної бізнес-поведінки, мають більше можливостей для ефективного балансування конкуруючих інтересів різних недержавних акторів, пропонують більш гнучкі й дієві інструменти для реагування на глобальні виклики, такі як COVID-19.

© О. Уварова, 2021

## Bibliography

- Avbelj, Matej, and Jernej Letnar Cernic. *The Impact of European Institutions on the Rule of Law and Democracy: Slovenia and Beyond*. New York: Hart Publishing, 2020.
- Business and Human Rights in Central and Eastern Europe. [In Ukrainian.] <https://legalforum.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2020/08/program-business-and-human-rightsukr-1.pdf>.
- Business and Human Rights in Central and Eastern Europe. <https://legalforum.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2020/08/program-business-and-human-rights-13.pdf>.
- Business and Human Rights, the Danish Institute for Human Rights. <https://humanrights.dk/business-human-rights>.
- Černič, Jernej Letnar. *Corporate Accountability under Socio-Economic Rights*. Oxford: Routledge, 2018.
- Deikalo, Ekaterina, Elena Vorobieva, and Kirill Tomashevsky. “Business and Human Rights: Statement of the Problem.” [In Russian.] In *Interdisciplinary Human Rights Studies*, 158–219. Minsk: Ekoperspektiva, 2020.
- Krajewski, Markus, and Beata Faracik. *Substantive Elements of Potential Legislation on Human Rights Due Diligence*. [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/DROI/DV/2020/06-22/DGEXPObriefingHumanRightsDueDiligence\\_EN.pdf#page=6](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/DROI/DV/2020/06-22/DGEXPObriefingHumanRightsDueDiligence_EN.pdf#page=6).
- Platform for Human Rights Indicators for Business – HRIB. <https://old.business-humanrights.org/en/platform-for-human-rights-indicators-for-business-hrib>.

Razmetaeva, Yulia. "Theoretical Aspects of Business Commitment to Privacy: The Challenges of the Digital Age." [In Ukrainian.] *Pidpriyemnytstvo, hospodavrstvo i pravo* 6 (2019): 235–39.

UN Guiding Principles on Business and Human Rights. [In Ukrainian.] <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/sehl/profile-law/ker%D1%96vn%D1%96-princzipi-oon-z-pitan-b%D1%96znesu-%D1%96-prav-lyudini.html>.

### **Олена Уварова. Бізнес і права людини: відновлення довіри як умова нового суспільного договору**

**Анотація.** Наведено огляд серії заходів з бізнесу і прав людини, які відбулися у межах IV Харківського міжнародного юридичного форуму у вересні 2020 р.

Центральне питання дискусій, які тривали упродовж Форуму, – питання про можливість (або невідворотність) нового суспільного договору, стороною якого, поряд із суспільством і державою, має стати бізнес, чий вплив на повсякденне життя людей і навіть на саму державу стає все більш суттєвим. Бізнес розглядається як безпосередній носій обов'язків у сфері прав людини, особливо в ситуаціях, коли держава є надто слабкою, щоб забезпечити захист прав людини, або коли йдеться про сферу автономного простору, до якого держава не повинна втручатися.

Участь у заходах взяли науковці, представники державних органів і бізнесу, громадських організацій із 30 країн світу.

**Ключові слова:** бізнес і права людини; відповідальна поведінка бізнесу; зобов'язання у сфері прав людини; новий суспільний договір.

### **Елена Уварова. Бизнес и права человека: восстановление доверия как условие нового общественного договора**

**Аннотация.** Приведен обзор серии мероприятий по бизнесу и правам человека, которые состоялись в рамках IV Харьковского международного юридического форума в сентябре 2020 г.

Центральный вопрос дискуссий, продолжавшихся в течение Форума, – вопрос о возможности (или неотвратимости) нового общественного договора, стороной которого, наряду с обществом и государством, должен стать бизнес, чье влияние на повседневную жизнь людей и даже на само государство становится все более существенным. Бизнес рассматривается как непосредственный носитель обязанностей в области прав человека, особенно в ситуациях, когда государство является слишком слабым, чтобы обеспечить защиту прав человека, или когда речь идет о сфере автономного пространства, в которое государство не должно вмешиваться.

В мероприятиях приняли участие ученые, представители государственных органов и бизнеса, общественных организаций из 30 стран мира.

**Ключевые слова:** бизнес и права человека; ответственное поведение бизнеса; обязательства в области прав человека; новый общественный договор.

### **Olena Uvarova. Business and Human Rights: Rebuilding Trust for a New Social Contract**

**Abstract.** A series of events on business and human rights that took place during the IV Kharkiv International Legal Forum in September 2020 is overviewed.

The central topic of the discussions is the question of the possibility (or inevitability) of a new social contract, where, along with society and the state, business should become a party. The business's impact on the daily people life and even on the state itself is becoming more and more significant. Business is seen as a direct bearer of human rights responsibilities, especially in situations where the

state is too weak to protect human rights, or when it comes to an area of autonomous space in which the state should not interfere.

Society needs to develop mechanisms that would guarantee the compliance of non-state regulation established by business with fundamental legal values – respect for human dignity, justice, freedom, equality. The questions of the application of the requirements of the rule of law to the sphere of such non-state regulation, its role in the moments of democratic transformations in societies, as well as on the mechanism of “checks and balances” in a situation when business is outside state control are actualized. Business responsibilities in situations of global dangers should be the subject of an analysis as well. Corporate responsibility to respect human rights, human rights due diligence, non-state remedies to protect human rights – these and other concepts that are becoming an integral part of legal practice today require rethinking from legal theory.

Scientists, representatives of government entities and business, civil society organizations from 30 countries took part in the events.

**Keywords:** business and human rights; responsible business conduct; human rights obligations; new social contract.

Одержано/Received 17.11.2020

## ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ

Редколегія приймає до розгляду статті, переклади, рецензії, огляди, інформацію про події у царині філософії права та загальної теорії права.

Статті мають містити наукову новизну, враховувати провідні сучасні публікації з відповідної проблематики й історію її розгляду, відповідати науковому профілю журналу. З тексту має бути зрозуміло, яку проблему поставлено, якою є мета статті та які висновки з поставленої проблеми зроблено.

Рішення щодо можливості прийняття до друку здійснюється за результатами “подвійного сліпого” рецензування.

Передрук опублікованих матеріалів журналу здійснюється тільки з дозволу автора і редакції.

### **Підготовка та подання рукопису**

Рукопис подається українською, англійською або російською мовами.

Рукопис повинен містити:

1) інформацію про автора українською та англійською мовами (прізвище, ім'я, по батькові, науковий ступінь, учене звання, місце основної роботи, посада, поштова адреса, електронна адреса, номер телефону, ORCID ID);

2) основний текст статті;

3) бібліографію;

4) ім'я та прізвище автора, назву статті, анотацію та ключові слова (5–10 слів) трьома мовами (українська, російська, англійська).

Уся інформація повинна міститись в одному файлі у форматі .doc або .docx. Назва файлу має складатися з прізвища автора та перших 3–4 слів назви.

Рекомендований обсяг рукопису – від 20 до 40 тис. знаків (за погодженням з редакцією – до 60 тис. знаків).

Якщо у статті виокремлено тематичні розділи (бажано), то слід застосовувати нумерування римськими цифрами.

Поля – 2 см, відступ від лівого краю – 1 см, шрифт *Times New Roman*, розмір шрифту 14, міжрядковий інтервал – 1,5. Бібліографія та анотації подаються шрифтом 12.

Матеріали подаються електронною поштою [philosophyoflawjournal@gmail.com](mailto:philosophyoflawjournal@gmail.com).

### **Написання анотації**

Публікація не англійською мовою супроводжується анотацією англійською мовою обсягом не менш як 1 800 знаків, включаючи ключові слова; публікація не українською мовою супроводжується анотацією українською мовою обсягом не менш як 1 800 знаків, включаючи ключові слова. З тексту анотації має бути зрозуміло, яку проблему поставлено, у чому полягає особливість дослідницького підходу, які

висновки зроблено та в чому полягає їх наукова новизна. Анотація до полемічної статті має містити опис полемічних позицій.

### **Оформлення бібліографії**

Бібліографію необхідно розміщувати після тексту статті та складати згідно з *Чикаго стиль: виноски та бібліографія* (*Chicago style: notes and bibliography*). Див. [https://www.chicagomanualofstyle.org/tools\\_citationguide/citation-guide-1.html](https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html). Джерела розміщуються за алфавітом. Назви журналів скорочувати не потрібно. Список використаних джерел має бути надрукований з виступом 0,5 см. Бібліографія подається латиницею. Опис кирилических джерел необхідно перекласти англійською та зазначити мову оригіналу. Назви періодичних видань та видавництва не перекладаються, а транслітеруються. Наприклад:

Sartre, Jean-Paul. *Being and Nothingness: An Essay on Phenomenological Ontology*. [In Ukrainian.] Kyiv: Osnovy, 2001.

Назви джерел мовами, які використовують латиницю, на англійську не перекладаються. Після списку джерел латиницею подається той самий список мовами оригіналу.

### **Правила цитування й посилання на джерела**

У тексті статті мають бути дотримані загальні правила цитування й посилання на використані джерела згідно з *Чикаго стиль: виноски та бібліографія*. Посилання на нормативні акти та судові справи подаються згідно з міжнародним стилем цитування та посилання в наукових роботах *Оскола стиль* (*OSCOLA Style*). Див. [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf) (с. 13–32).

Необхідно використовувати підрядкові бібліографічні посилання, які подаються мовою оригіналу. Під час нумерування підрядкових бібліографічних посилань потрібно застосовувати наскрізне нумерування в межах усієї статті арабськими цифрами. Підрядкові бібліографічні посилання повинні бути надруковані з вирівнюванням по ширині; шрифт *Times New Roman*, розмір шрифту – 10, міжрядковий інтервал – 1,0.

Для виділення в тексті цитат використовуються лапки "...". Якщо в цитованому тексті, узятому у лапки, є інші цитування та інші слова або вислови, що мають уживатися в лапках, доцільно використовувати різні лапки – зовнішні "...", і внутрішні '...'. Цитата, яка складається з п'яти і більше рядків тексту (блокова цитата), подається в тексті з нового рядка 12 шрифтом з абзацним відступом зліва для всієї цитати і не береться в лапки. Перед блоковою цитатою та після неї йде один рядок відступу.

Якщо автор статті, наводячи цитату, виділяє у ній деякі слова, робиться спеціальне застереження, напр.: (курсив мій. – С. І.).

Редагування і коректура *О. П. Красненко*

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації  
серія КВ № 23923-13763 Р від 03.04.2019

Підписано до друку 01.12.2021.

Формат 70×100/16. Папір офсетний. Гарнітура Arno Pro.

Ум. друк. арк. 24. Обл.-вид. арк. 19. Тираж 100 прим.

Вид. № 2902

Видавець – видавництво “Право”

Національної академії правових наук України  
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,  
вул. Чернишевська, 80-А, Харків, 61002, Україна

Тел./факс (057) 716-45-53

Сайт: <https://pravo-izdat.com.ua>

E-mail для авторів: [verstka@pravo-izdat.com.ua](mailto:verstka@pravo-izdat.com.ua)

E-mail для замовлень: [sales@pravo-izdat.com.ua](mailto:sales@pravo-izdat.com.ua)

Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів  
видавничої продукції – серія ДК № 4219 від 01.12.2011

Виготовлювач – ТОВ “ПРОМАРТ”,

вул. Весніна, 12, Харків, 61023, Україна

Тел. (057) 717-28-80

Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів  
видавничої продукції – серія ДК № 5748 від 06.11.2017

***ДЛЯ НОТАТОК***

---