



ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2000/11
19 June 2000

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
Подкомиссия по поощрению
и защите прав человека
Пятьдесят вторая сессия
Пункт 3 предварительной повестки дня

ВСЕОБЪЕМЛЮЩЕЕ РАССМОТРЕНИЕ ТЕМАТИЧЕСКИХ ВОПРОСОВ,
КАСАЮЩИХСЯ ЛИКВИДАЦИИ РАСОВОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ

Концепция и практика позитивных действий

Предварительный доклад, представленный Специальным докладчиком
г-ном Марком Боссайтом в соответствии с резолюцией 1998/5

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
Введение	1 – 3	2
I. КОНЦЕПЦИЯ ПОЗИТИВНЫХ ДЕЙСТВИЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ	4 – 40	2
II. ОГРАНИЧЕНИЯ, УСТАНОВЛЕННЫЕ В ОТНОШЕНИИ ПОЗИТИВНЫХ ДЕЙСТВИЙ	41 – 83	20
А. Запрещение дискриминации	42 – 65	20
В. Требование, касающееся временного характера позитивных действий	66 – 83	30
Приложение: Вопросник о позитивных действиях		37

Введение

1. В своем решении 1999/106 Подкомиссия по поощрению и защите прав человека, ссылаясь на свою резолюцию 1998/5 и принимая во внимание резолюцию 1999/81 Комиссии по правам человека и решение 1999/253 Экономического и Социального Совета, постановила возобновить полномочия Специального докладчика по вопросу о концепции и практике позитивных действий на обращение к Верховному комиссару Организации Объединенных Наций по правам человека с просьбой о рассылке правительствам, международным организациям и неправительственным организациям вопросника с предложением направить ему всю соответствующую национальную документацию по вопросу о позитивных действиях.
2. 6 июня 2000 года Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека (УВКПЧ) разослало вопросник (приложение) правительствам, международным организациям и неправительственным организациям.
3. Поскольку имевшийся период времени был слишком коротким, для того чтобы можно было ожидать от правительств ответов на разосланный им вопросник, в настоящий предварительный доклад включены два раздела: первый раздел, в котором приводится анализ международных конвенций, содержащих положения, связанные с концепцией позитивных действий, и второй раздел, основанный главным образом на рассмотрении правовой доктрины и посвященный вопросу об ограничениях, установленных международным правом в отношении позитивных действий.

I. КОНЦЕПЦИЯ ПОЗИТИВНЫХ ДЕЙСТВИЙ ВМЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

4. В международном праве под концепцией позитивных действий, как правило, понимаются "специальные меры". Эти "специальные меры" были впервые упомянуты правительством Индии в период разработки Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах. Индия предложила включить в текст статьи 2 разъяснительный пункт, который бы гласил следующее:

"Специальные меры по развитию тех или иных отсталых в социальной области и в области образования слоев общества не будут истолковываться как проведение различий по смыслу данной статьи. Быть может, Комитет предпочтет другой путь и пожелает включить в свой доклад заявление, разъясняющее это толкование"¹.

¹ Документ Организации Объединенных Наций A/C.3/SR.1182, пункт 17.

5. Представитель Индии указал, что проведение в жизнь принципов недискриминации порождает некоторые проблемы в случае особо отсталых групп населения, которые до сих пор существуют во многих слаборазвитых странах. В его собственной стране конституция и законодательство предусматривают специальные меры по улучшению социальных и культурных условий таких групп. Меры подобного рода совершенно необходимы для достижения подлинного социального равенства в чрезвычайно разнородных по своему составу обществах. Он выразил уверенность в том, что авторы проекта пакта не намеревались запретить такие меры, которые, по сути дела, являются мерами защитительного характера, и поэтому он счел важным разъяснить, что подобные защитительные меры не будут истолковываться как дискриминационные по смыслу данного пункта. Его предложение было снято с обсуждения, хотя оно было прямо поддержано другими представителями. Тем не менее было выражено мнение, что "затруднение, испытываемое представителем Индии, может быть лучше всего устранено путем включения пояснительного заявления в отчеты Комитета, а не путем добавления дополнительного пункта в проект пакта"².

6. По мнению Крейвена, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах не предусматривает абсолютного уравнивания результата, т.е. равного распределения материальных благ среди всех членов общества. Однако в нем признается необходимость процесса уравнивания, в рамках которого происходит перераспределение социальных ресурсов в целях реализации основных прав каждого члена общества на основе идеи равенства возможностей³. В своем первом замечании общего порядка Комитет по экономическим, социальным и культурным правам заявляет, что первым шагом в направлении осуществления закрепленных в Пакте прав является определение находящихся в неблагоприятном положении слоев населения, на которые должны быть сориентированы позитивные действия государства, направленные на обеспечение полной реализации их прав⁴.

7. Идея равенства возможностей конкретно сформулирована в статьях 7 с) и 13 (2) с) упомянутого Пакта. В статье 7 с), в частности, предусмотрено, что равенство возможностей для продвижения по службе законно обеспечивается исключительно на

² Документ Организации Объединенных Наций A/C.3/SR.1183, пункты 12 и 29.

³ M. Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, a perspective on its development, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 158.

⁴ Комитет по экономическим, социальным и культурным правам, Замечание общего порядка 1, пункт 3, в документе HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

основании трудового стажа и квалификации. Крейвен утверждает, что государства, как представляется, обязаны устранить все прочие препятствия на пути продвижения по службе, которые могут существовать как де-юре, так и де-факто. В частности, для этого может потребоваться принятие позитивных мер, направленных на содействие расширению возможностей тех слоев общества, которые недопредставлены на высоких управленческих постах. Пункт 2 с) статьи 13 предусматривает, что высшее образование должно быть сделано одинаково доступным для всех на основе способностей каждого. Тот факт, что в интересах некоторых слоев общества могут быть приняты позитивные меры, подтверждается текстом пунктов 2 и 3 статьи 10 Пакта, которые предусматривают предоставление особой охраны матерям до и после родов, а также детям, особенно на рабочем месте.

8. Однако далее Крейвен добавляет, что все эти статьи, по-видимому, исключают возможность введения квот в области продвижения по службе и получения доступа к высшему образованию. Они запрещают предоставление преимуществ на основаниях, иных, чем трудовой стаж, квалификация и способности. Тем не менее Крейвен полагает, что введение систем квот может быть оправданным в каждом случае на том основании, что положения упомянутых статей предполагают возможность "постепенного осуществления". Так, например, система, в рамках которой определенная доля мест в высших учебных заведениях резервируется для студентов, принадлежащих к той или иной группе, может быть оправданной, если можно доказать, что в конечном итоге на каком-то этапе в будущем она будет способствовать обеспечению равного доступа на основе способностей. Но даже в этом случае, тот факт, что более широкие соображения, касающиеся социальной полезности, не могут быть использованы в качестве оправдания, означает, что возможности для введения квот в системе высшего образования и занятости строго ограничены.

9. Особый интерес представляют также замечания общего порядка Комитета по экономическим, социальным и культурным правам. В Замечании общего порядка 5 "инвалидность" отнесена к основаниям, которые могут оправдывать особое обращение. В Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах не содержится однозначного положения, касающегося инвалидности, что, вероятно, объясняется недостаточной осведомленностью, однако в свое замечание общего порядка Комитет включил четкое заявление следующего содержания:

"Обязанность государств – участников Пакта поощрять постепенное осуществление соответствующих прав в максимальных пределах имеющихся у них ресурсов однозначно требует от правительств делать значительно больше, чем просто воздерживаться от принятия мер, могущих оказывать отрицательное воздействие на

лиц с какой-либо формой инвалидности. В случае такой уязвимой и обездоленной группы населения обязанностью государства является принятие позитивных мер по уменьшению структурных недостатков и обеспечению временного преференциального обращения с лицами, имеющими какую-либо форму инвалидности, для достижения целей полного участия и равноправия в рамках общества всех лиц с теми или иными формами инвалидности. Это неизбежно означает, что необходимо будет выделить дополнительные ресурсы для этой цели и что потребуются целый ряд специально ориентированных мер"⁵.

10. В Замечании общего порядка 13 утверждается, что принятие временных специальных мер по обеспечению фактического равенства для мужчин и женщин и для обездоленных групп не является нарушением права на недискриминацию в области образования, если такие меры не приводят к сохранению неравных или отдельных стандартов для различных групп и если действие этих мер не продолжается после достижения целей, ради которых они принимались. Поэтому при некоторых обстоятельствах наличие отдельных образовательных систем или учреждений для соответствующих групп не рассматривается как нарушение Пакта⁶.

11. Во время обсуждения в Третьем комитете Генеральной Ассамблеи положений Международного пакта о гражданских и политических правах, касающихся недискриминации, представитель Индии вновь затронул этот вопрос и предложил дополнить пункт 1 статьи 2 этого Пакта следующим разъяснительным пунктом: "Специальные меры для развития каких-либо слоев населения, отсталых с социальной точки зрения и с точки зрения образования, не должны рассматриваться как различия по смыслу настоящей статьи".

12. Он заявил, что, учитывая обращение с ними в прошлом или исторические обстоятельства, определенным слоям населения необходимо предоставить более широкие привилегии и защиту лишь на определенный период времени, чтобы содействовать осуществлению прав этих людей на восстановление их равенства и условий, в которых такие положения уже не будут требоваться и в которых для всех будут существовать равные возможности. Если Комитет не одобрит включение такого пункта в проект пакта, предложение аналогичного содержания следует включить в доклад Комитета. Комитет вновь одобрил замечания, сделанные представителем Индии, и заявил, что это

⁵ Там же, Замечание общего порядка 5, пункт 9.

⁶ Там же, Замечание общего порядка 13, пункты 32 и 33.

толкование, не вызывающее возражений, должно быть особо упомянуто в докладе⁷.
Такие же мнения были высказаны и в отношении статьи 26⁸.

13. В своем замечании общего порядка по статье 26 Международного пакта о гражданских и политических правах, содержащей общую оговорку о недискриминации, Комитет по правам человека указал, что:

"принцип равенства иногда требует, чтобы государства-участники принимали позитивные меры с целью сглаживания или устранения условий, которые приводят к дискриминации, запрещенной Пактом, или способствуют ее увековечению. Например, в государстве, где общее положение определенной части населения не допускает или затрудняет осуществление ею прав человека, государство должно принимать конкретные меры для исправления такого положения. Эти меры могут предполагать предоставление соответствующей части населения на какое-то время определенного преференциального режима по сравнению с остальной частью населения в конкретных областях. Однако когда такие меры необходимы для устранения фактической дискриминации, различие является законным согласно Пакту"⁹.

14. Практика Комитета по правам человека подтвердила его позицию по вопросу о позитивных действиях. В ходе рассмотрения доклада Швеции было отмечено, что в статье 26 речь идет не только о равенстве перед судами, но и о равной защите закона:

"В статье 26 Пакта говорится не только о чисто негативном или пассивном аспекте предотвращения дискриминации путем установления гарантий равенства перед законом, т.е. об аспекте, который уже предусмотрен в статье 14 Пакта, но и о позитивном аспекте "активной защиты против дискриминации" по различным перечисленным признакам".

⁷ Документы Организации Объединенных Наций A/C.3/SR.1257, пункт 18; A/C.3/SR.1258, пункты 18, 38, 45, 47; A/C.3/SR.1259, пункт 33. См. M. Bossuyet, Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 55.

⁸ Документ Организации Объединенных Наций E/CN.4/SR.122, pp. 8 and 11.

⁹ Комитет по правам человека, Замечание общего порядка 18, пункт 10, в документе HRI/GEN/1/Rev.4(2000).

15. Представитель правительства Швеции ответил, что он "согласен с тем, что в статье 26 содержится призыв к принятию позитивных мер в целях ликвидации дискриминации, которые выходят за рамки чисто пассивных мер по ее предупреждению"¹⁰.

16. В деле "Stalla Costa v. Uruguay" автор высказывал жалобу по поводу предоставления преференциального режима при восстановлении на государственной службе бывших государственных служащих, которые ранее были несправедливо уволены по идеологическим или политическим соображениям или соображениям, связанным с членством в профсоюзе. Автор утверждал, что вследствие этого преференциального режима были несправедливо ущемлены его собственные возможности для поступления на государственную службу. Дискриминация, которой он якобы подвергся, была сочтена допустимой позитивной мерой в пользу ранее ущемленной группы. Комитет решил, что закон, предоставляющий такой преференциальный режим, является "средством правовой защиты" для лиц, которые ранее пострадали в результате нарушений статьи 26¹¹.

17. При рассмотрении дела "Ballantyne, Davidson and McIntyre v. Canada", Комитет пришел к выводу о том, что для защиты уязвимого положения в Канаде франкоязычной группы нет необходимости в запрещении коммерческой рекламы на английском языке. Такая защита может быть обеспечена иными путями, не ущемляющими свободу выражения лицами, занимающимися таким видом деятельности, как торговля, своего мнения на выбранном ими самими языке¹². Таким образом, положение, касающееся позитивных действий, было сочтено в данном случае слишком далеко идущим и несоизмеримым с целями, которые оно преследовало.

¹⁰ Документ Организации Объединенных Наций CCPR/C/SR.189, пункты 15 и 16. Дж.Дж. Пост (J.J. Paust, "The permissibility of affirmative action in higher education under human rights law", New York City Law Review, 1998, pp. 95-96) соглашается с тем, что "равная защита" должна истолковываться в том смысле, что она допускает возможность принятия определенных мер в контексте позитивных действий для поощрения "равной" и эффективной "защиты" против имеющей место дискриминации.

¹¹ Сообщение № 198/1985, в документе Selected Decisions of the Human Rights Committee Under the Optional Protocol, vol. 2 (United Nations publication, Sales No. E.89.XIV.1).

¹² Сообщение № 385/1989, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок восьмая сессия, Дополнение № 40 (A/48/40), том II, приложение XII, раздел P.

18. На основании двух Международных пактов можно сделать следующие выводы. В ходе разработки Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах и Международного пакта о гражданских и политических правах было в целом признано, что запрещение соответственно дискриминации и различия не исключает возможности принятия позитивных мер в пользу групп, находящихся в неблагоприятном положении. Все были согласны с тем, что это запрещение касается только различия негативного характера, не имеющего под собой какой-либо объективной или разумной основы. Кроме того, широко признавалось также, что равенство не означает одинакового обращения и что возникают ситуации, когда закон справедливо проводит различие между отдельными лицами или группами.

19. Согласно Торнберри, на этом основании можно сделать вывод о том, что концепция позитивных действий не противоречит закрепленным в Пактах нормам права¹³. Придерживаясь той же позиции Виджапур утверждает, что принцип недискриминации в международном праве, касающемся прав человека, однозначно предполагает компенсирующее неравное обращение с отдельными лицами и группами, которые отличаются от большинства населения не в силу их национальности, языка или религии, а лишь в силу их социальной или экономической отсталости. В обоснование своего вывода он ссылается на включение в договоры по правам человека специальных защитительных оговорок¹⁴. Некоторые авторы полагают даже, что суть замечаний общего порядка сводится к тому, что позитивные действия, направленные на осуществление обязательств в отношении недискриминации, закрепленных в Международном пакте о гражданских и политических правах, являются обязательными¹⁵. Вместе с тем следует подчеркнуть, что ни в одном из Пактов нет ясно выраженного признания обязательного характера

¹³ P. Thornberry, International Law and the Rights of Minorities, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 284. Ссылаясь на статью 1 (4) Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации и статью 4 (1) Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, в которых содержатся четкие положения о законности позитивных действий, он указывает, что противоположное толкование в контексте Пактов продемонстрировало бы "полное отсутствие согласованности".

¹⁴ A.P. Vijapur, "The principle of non-discrimination in international human rights law: the meaning and scope of the concept", India Quarterly, A journal of international affairs, 1993, p. 91.

¹⁵ A.F. Beyafsky, "The principle of equality or non-discrimination in international law", Human Rights Law Journal, 1990, p. 27; Lord Lester of Herne Hill and S. Joseph, "Obligations of non-discrimination", in D. Harris and S. Joseph (eds.) The International Covenant on Civil and Political Rights and the United Kingdom Law, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 579.

позитивных действий¹⁶. Вследствие сложности данного вопроса в них также не определены ни форма позитивных действий, ни ситуация, в которой такие действия должны предприниматься.

20. Международная организация труда (МОТ) первой использовала в основном поощряющие по своему характеру конвенции для реализации определенных целей и политики. МОТ также установила стандарты, которые должны быть достигнуты, исходя из включенного в Устав МОТ принципа равной оплаты за равный труд, а также принципа равенства всех людей, независимо от расы, веры или пола, провозглашенного в Декларации о целях и задачах МОТ 1944 года, которая была принята Международной конференцией труда в Филадельфии.

21. Конвенция МОТ о дискриминации (в области труда и занятий) 1958 года (№ 111), которая была направлена главным образом на ликвидацию расовой дискриминации, но применяется также и к другим формам дискриминации, предусматривает, что каждое государство-член обязуется проводить национальную политику, направленную на поощрение равенства возможностей и обращения в отношении труда и занятий с целью искоренения всякой дискриминации, вводя соответствующее законодательство с этой целью и стремясь обеспечить сотрудничество организаций предпринимателей и трудящихся, а также других надлежащих органов (статьи 2 и 3). Статья 5 представляет собой одну из первых включенных в международные договоры статей, в которой прямо разрешаются "особые мероприятия по защите и помощи", направленные на удовлетворение особых нужд лиц, которые по соображениям пола, возраста, физической неполноценности, семейных обстоятельств или социального или культурного уровня обычно признаются нуждающимися в особой защите или помощи. В ней прямо указано, что эти особые мероприятия не считаются дискриминацией.

22. В 1960 году в рамках ЮНЕСКО была принята аналогичная конвенция, относящаяся к области образования. В статье 1 Конвенции ЮНЕСКО о борьбе с дискриминацией в области образования в качестве дискриминационного акта упомянуто создание или сохранение отдельных систем образования. Однако статья 2 ограничивает это запрещение. Она разрешает создание или сохранение: i) отдельных систем образования для учеников разного пола на равной основе; ii) отдельных систем образования, по

¹⁶ Признавая этот факт, М. Крейвен (op.cit., at note 3, p. 186) утверждает, что, хотя Комитет по экономическим, социальным и культурным правам прямо признает наличие обязательства посредством требования о том, что государства должны сосредоточить свое внимание на положении уязвимых и обездоленных слоев общества, разъяснению этого вопроса в идеале должно быть посвящено одно из будущих замечаний общего порядка.

мотивам религиозного или языкового характера, дающих образование, соответствующее выбору родителей или законных опекунов учащихся, на добровольной основе и в том случае, если даваемое ими образование соответствует определенным нормам;

iii) частных учебных заведений, когда их целью является не исключение какой-либо группы, а дополнение возможностей образования, предоставляемых государством, при определенных условиях. В этой статье не упоминаются специальные меры позитивной дискриминации, а лишь определяются случаи, когда отдельные системы образования не будут считаться дискриминацией. Кроме того, в ней нет прямого упоминания о специальных публичных школах.

23. Статья 5 той же Конвенции касается права лиц, принадлежащих к национальным меньшинствам, вести собственную просветительную работу, в том числе преподавать свой собственный язык, при условии, что осуществление этого права не мешает лицам, принадлежащим к этим меньшинствам, понимать культуру и язык всего коллектива и участвовать в его деятельности и что оно не подрывает суверенитета страны. Уровень такого образования не должен быть ниже общего уровня, и посещение такого рода школ должно быть факультативным. Государства-участники обязуются принять все необходимые меры, чтобы обеспечить осуществление этого права, однако в Конвенции не говорится о том, что государство обязано оказывать финансовую или иную помощь таким группам. Торнберри называет это примером скорее негативной, чем позитивной свободы¹⁷. Отчеты о подготовительной работе также свидетельствуют о том, что специальные меры, направленные на удовлетворение особых потребностей лиц, находящихся в особом положении, таких, как дети с умственными и физическими недостатками, слепые, иммигранты и неграмотное население, не являются

¹⁷ Торнберри заявляет далее, что эта идея подкрепляется статьей 3 d) Конвенции, согласно которой государство обязуется "не допускать – в случаях, когда государственные органы предоставляют учебным заведениям те или иные виды помощи, - никаких предпочтений или ограничений, основанных исключительно на принадлежности учащихся к какой-либо определенной группе". Он полагает, что равенство и недискриминация, предусмотренные Конвенцией для групп, принадлежащих к меньшинствам, - это равенство и недискриминация в отношении всего общества в целом независимо от культурных различий. При любом споре о нарушении прав, вытекающем из толкования Конвенции, в более выгодном положении, несомненно, находится государство, которое может найти широкие возможности для отказа от реализации этих прав на практике. Thornberry, *op.cit.*, at note 13, pp. 289-290. Он также ссылается на документ 11C/15 Генеральной конференции ЮНЕСКО (см. E/CN.4/ Sub.2/210), согласно которому в статье 5 не поддерживается идея о том, что государства обязаны обеспечивать наличие государственных или поддерживаемых государством школ.

"неоправданным" предпочтением, а скорее создают для ущемленных лиц условия подлинного равенства¹⁸.

24. В пункте 4 статьи 1 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации, принятой в 1966 году, говорится о так называемой "благоприятной дискриминации": мерах, принимаемых в интересах некоторых расовых или этнических групп или отдельных лиц для того, чтобы обеспечить им равное использование и осуществление прав человека и основных свобод:

"Принятие особых мер с исключительной целью обеспечения надлежащего прогресса некоторых расовых или этнических групп или отдельных лиц, нуждающихся в защите, которая может оказаться необходимой для того, чтобы обеспечить таким группам или лицам равное использование и осуществление прав человека и основных свобод, не рассматривается как расовая дискриминация при условии, однако, что такие меры не имеют своим последствием сохранение особых прав для различных расовых групп и что они не будут оставлены в силе по достижении тех целей, ради которых они были введены".

25. Этот пункт следует соотнести с пунктом 2 статьи 2 той же Конвенции, который возлагает на государства-участники обязанность принимать особые меры с целью обеспечения надлежащего развития и защиты некоторых расовых групп или лиц, к ним принадлежащих, с тем чтобы гарантировать им полное и равное использование прав человека и основных свобод. Было подчеркнуто, что защита некоторых групп не является дискриминацией при условии, что такие меры не будут сохранены по достижении тех целей, ради которых они были введены.

26. Обе эти статьи основаны на положениях пункта 3 статьи 2 Декларации Организации Объединенных Наций о ликвидации всех форм расовой дискриминации, которая была провозглашена в 1963 году. Причина того, что одна и та же проблема затрагивается в Конвенции дважды, заключается в том, что если в статье 1 содержится определение дискриминации и в ее пункте 4 рассматривается случай, когда применение неодинакового обращения не должно считаться дискриминационным, то статья 2 касается обязанностей, которые возлагаются Конвенцией на государства-участники; в обеих статьях подчеркивается временный характер особых мер, что было вызвано существованием в тот период системы апартеида. В ходе прений по пункту, касающемуся особых мер,

¹⁸ Документ ЮНЕСКО 11 С/15, приложение III, пункт 36, и документ Е/CN.4/Sub.2/210, приложение III, пункт 13.

некоторые представители высказали обеспокоенность в связи с тем, что особые меры могут использоваться в качестве орудия правительствами, желающими увековечить разделение между некоторыми группами и остальным населением или оправдать колониализм. Однако было ясно указано, что задача должна заключаться не в подчеркивании различий между разными расовыми группами, а в обеспечении того, чтобы лица, принадлежащие к таким группам, могли быть интегрированы в общество, ради достижения цели равного развития всех граждан¹⁹.

27. Пункт 4 статьи 1 был применен в Австралии при рассмотрении дела "Gerhardy v. Brown", которое сводилось к спору о том, является ли принятый в 1978 году Закон о правах на землю племени питжантжатжара дискриминационным в расовом отношении²⁰. Закон о правах на землю был направлен на то, чтобы запретить доступ на земли питжантжатжара, расположенные на северо-западе Южной Австралии, любого лица, кроме представителей народа питжантжатжара, без соответствующего разрешения, выданного органом, представляющим это племя. Ответчик Браун являлся аборигеном, хотя и не принадлежал к питжантжатжара, и поэтому не имел права доступа на эти земли. Высокий суд Австралии считал, что никакой дискриминации допущено не было, поскольку Закон о правах на землю рассматривался как особая мера по смыслу пункта 4 статьи 1 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации. Однако пять из семи судей заявили, что если бы пункта 4 статьи 1 не существовало, то положения этого закона были бы дискриминационными, так как в них проводилось различие между лицами, принадлежащими к питжантжатжара, и другими лицами, один из элементов которого заключался в том, что принадлежность к питжантжатжара означала принадлежность к расе. Таким образом, судьи отвергли довод о том, что Закон о правах на землю просто признавал традиционное право собственности, и заявили, что в силу этого он не был дискриминационным по признаку расы, а представлял собой разумную реакцию на традиционную связь с землей.

28. По мнению Брауна, австралийские судьи расценили пункт 1 статьи 1 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации как прямое

¹⁹ См. N. Lerner, The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1980, pp.32-39. Thornberry, *op.cit.*, at note 13, pp. 265-268. Индия, в частности, решительно высказалась в поддержку включения особых мер в Пакт и сослалась на внутреннее положение в самой Индии, где Конституция страны прямо санкционирует введение особых мер для защиты отсталых групп, т.е. каст и племен неприкасаемых.

²⁰ (1985) 57 ALR 472.

запрещение любой формальной дискриминации со ссылкой на критерий, содержащий любой расовый элемент, независимо от его законности²¹. Из этого следует, что любое положение, содержащее понятие принадлежности к аборигенам, будет *prima facie* дискриминационным, если оно не может быть отнесено к категории "особых мер". Однако, согласно Брауну, тот факт, что первичный критерий предполагает ссылку на расу, не делает норму дискриминационной по закону при условии, что ссылка на расу имеет под собой объективное и разумное основание. Только тогда, когда ссылка не имеет разумного основания и носит произвольный характер, соответствующая норма становится дискриминационной в правовом смысле. Однако в случае традиционных прав собственности племени питжантжатар важное значение имеют два других критерия: критерий племенного происхождения и критерий традиционной собственности. Тот факт, что эта традиционная собственность принадлежит той или иной конкретной группе аборигенов, не означает, что признание таких прав на землю является дискриминационным. Юридическое признание имеет под собой объективную основу; оно не является произвольным и является дискриминационным только в том смысле, что разумная и законная политика совпадает с критерием расового происхождения. Во-вторых, условия неодинакового обращения не должны быть непропорциональными с точки зрения последствий для других групп. Здесь необходима оценка ситуации с учетом конкретных фактов, особенно в случае признания прав на землю, когда в связи с ограничением свободы передвижения встает вопрос о пропорциональности. Иными словами, Браун утверждает, что даже тогда, когда неодинаковое обращение не является дискриминационным в юридическом смысле, условия и метод применения такого обращения могут оказаться неразумными и тем самым дискриминационными на этом втором уровне.

29. На Семинаре по вопросу о ликвидации всех форм расовой дискриминации, проходившем в 1968 году, состоялась серьезная дискуссия по проблеме законности системы резервирования мест и квот. Согласно одному мнению, резервирование мест и квоты являются важнейшим средством содействия достижению равенства по закону и на практике в интересах лиц, пострадавших от дискриминации, однако другие участники высказали мнение о том, что было бы целесообразнее предоставить отсталым группам особые возможности, с тем чтобы позволить им достичь качественного уровня, соответствующего общим стандартам. Несмотря на то, что вторая точка зрения является привлекательной, системы резервирования мест и квот отнюдь необязательно несовместимы с принципом равенства, если они носят сугубо временный характер и сохраняются лишь до тех пор, пока они необходимы для достижения целей, ради которых

²¹ I. Brown, "The rights of peoples in modern international law", in J. Crawford, The rights of peoples, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 8-10.

они были введены, т.е. до преодоления отсталыми группами их экономических и культурных недостатков. Важнейший вывод заключался в том, что, хотя при некоторых обстоятельствах система резервирования мест и квот может оказаться целесообразной, она всегда должна применяться в течение ограниченного периода времени²².

30. Важное значение имеет Декларация ЮНЕСКО о расе и расовых предрассудках 1978 года (хотя это всего лишь декларация), поскольку она получила широкую поддержку и была принята единодушно путем аккламации. Считается, что она стала частью международного права в области прав человека, так как в данном случае речь идет о всеобъемлющем международном документе, посвященном защите культурной и групповой самобытности и ценности разнообразия. В статье 1 Декларации заявлено, что все люди и группы людей имеют право отличаться друг от друга, рассматривать себя как таковых и считаться таковыми. Однако право на различие не должно служить предлогом для расовых предрассудков или оправданием дискриминационной практики либо основанием для проведения политики апартеида. Пункт 2 статьи 9 требует принятия особых мер в целях обеспечения равенства в достоинстве и правах отдельных лиц и групп людей везде, где это необходимо, не допуская того, чтобы эти меры принимали характер, который мог бы казаться дискриминационным в расовом отношении. "Адекватное развитие" не упоминается в этой статье в качестве одной из целей особых мер, что придает Декларации несколько менее покровительственный характер и демонстрирует должное уважение к различным группам.

31. Далее в вышеупомянутой статье говорится о том, что особое внимание следует уделять расовым или этническим группам, находящимся в неблагоприятных социальных или экономических условиях, с тем чтобы обеспечить им на основе полного равенства, без дискриминации и ограничений защиту путем принятия законов и постановлений, а также пользование существующими социальными благами, в частности в отношении жилья, обеспечения работой и здравоохранения, и содействовать, в частности посредством образования, их социальному и профессиональному прогрессу²³. Прямое упоминание в этой статье социальных и экономических мер является новым элементом; кроме того, эти меры включают также обязанность уважать самобытность культуры и ценностей лиц,

²² См. документ Организации Объединенных Наций ST/TAO/HR.34, пункты 147-155.

²³ См. также пункт 2 статьи 5, в котором указаны обязанности государств в области образования в целях борьбы с расизмом и содержится положение об общих позитивных действиях: государства должны принимать "меры, способные устранить ограничения, от которых страдают отдельные расовые или этнические группы как в отношении уровня образования, так и в отношении уровня жизни, и в особенности для того, чтобы избежать перенесения этих ограничений на детей".

в интересах которых принимаются такие меры. Точно так же в преамбуле решительно отвергается любая форма ассимиляции. Новаторский аспект этой Декларации заключается в том, что она подтверждает необходимость позитивных действий и в то же время признает право на различие.

32. Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 года опиралась на принцип, уже закрепленный в статье 3 Международных пактов:

"Участвующие в настоящем Пакте государства обязуются обеспечить равное для мужчин и женщин право пользования всеми экономическими, социальными и культурными (гражданскими и политическими) правами, предусмотренными в настоящем Пакте".

33. Многие представители полагали, что эта статья являлась лишь повторением общих положений о недискриминации, изложенных в статье 2 Международного пакта о гражданских и политических правах и Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах и в статье 26 Международного пакта о гражданских и политических правах. Тем не менее было отмечено, что статья 3 не просто устанавливает принцип равенства, но обязывает государства принять меры к тому, чтобы равенство стало фактической реальностью²⁴. В своем Замечании общего порядка 4 Комитет по правам человека заявил, что статья 3, как и статьи 2 (1) и 26, - поскольку в этих статьях прежде всего говорится о предотвращении дискриминации по ряду признаков, одним из которых является пол, - требуют не только принятия мер по защите, но и позитивных

²⁴ М. Bossuyt, *op.cit.*, at note 7, pp. 75-79. Такие же доводы использовались теми, кто считал нецелесообразным принимать отдельную конвенцию, касающуюся женщин, учитывая уже существующие документы. Маккин комментирует этот факт следующим образом: "Некоторые представители полагали, что этот пункт может восприниматься как предписывающий "абсолютное" или "четкое" равенство или "идентичность обращения", однако другие настаивали на том, что цель заключается в достижении эффективного равенства, предполагая не отмену различий между ролями мужчин и женщин в браке, а, скорее, обеспечение справедливых различий в правах и обязанностях". Несомненно имелась в виду необходимость расширения фактического равенства. Представитель СССР отметил, что Третий комитет "разрабатывает принципы равенства де-юре; эти принципы приведут к фактическому уравниванию прав человека". Далее он указал, что "равенство прав выходит за рамки просто недискриминации; оно подразумевает существование позитивных прав во всех сферах, рассматриваемых в проекте пакта". W. MacKean Equality and Discrimination under International Law, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 182.

действий, направленных на обеспечение безусловного пользования правами. Это нельзя сделать лишь путем издания законов²⁵.

34. В 1975 году МОТ приняла Декларацию о равенстве возможностей и обращения для трудящихся женщин²⁶. В пункте 2 статьи 1 недвусмысленно заявлено, что позитивное особое обращение в течение переходного периода, направленное на достижение эффективного равенства между полами, не рассматривается как дискриминационное²⁷. Согласно Маккину, эта формулировка четко передает в сжатом виде идею о том, что подлинное равенство, на достижение которого нацелены международные инструменты, необязательно требует для всех одинакового обращения, однако особые меры, направленные на улучшение положения, в полной мере совместимы с равенством и не представляют собой дискриминации, если они не сохраняются после исчезновения потребности в них. Действуя в том же направлении, ЮНЕСКО, принимая во внимание ограничения, с которыми сталкиваются девушки и женщины, постановила в 1979 году, что до тех пор, пока не будет обеспечено "полное равенство" возможностей в области образования и профессиональной подготовки, будет существовать потребность в особых программах для девушек и женщин, которые позволят им сократить, а в дальнейшем и ликвидировать этот разрыв²⁸.

35. В ходе разработки Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин обсуждался вопрос о специальных мерах. Было подчеркнуто, что создание для женщин временных условий, направленных на установление фактического равенства, не должно рассматриваться как дискриминационное. Статья 4 прямо предусматривает следующее:

"1. Принятие государствами-участниками временных специальных мер, направленных на ускорение установления фактического равенства между мужчинами и женщинами, не считается, как это определяется в настоящей

²⁵ Комитет по правам человека, Замечание общего порядка 4, пункт 2, в документе HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

²⁶ Принята 25 июня 1975 года на шестидесятой сессии Генеральной конференции Международной организации труда. См. документ Организации Объединенных Наций E/CN.6/603.

²⁷ Ранее МОТ уже прилагала усилия в области обеспечения равного вознаграждения за труд равной ценности. См. Конвенцию МОТ о равном вознаграждении, 1951 год (№ 100). I. Brownlie, Basic documents on human rights, Oxford, Clarendon Press, 1981, p. 200.

²⁸ См. документ Организации Объединенных Наций E/CN.6/632, пункт 92.

Конвенции, дискриминационным, однако оно ни в коей мере не должно влечь за собой сохранение неравноправных или дифференцированных стандартов; эти меры должны быть отменены, когда будут достигнуты цели равенства возможностей и равноправного отношения.

2. Принятие государствами-участниками специальных мер, направленных на охрану материнства, включая меры, содержащиеся в настоящей Конвенции, не считается дискриминационным".

36. О противоречивом характере этой статьи свидетельствуют реакция Франции и Соединенного Королевства, которые настаивали на том, что Конвенция не должна ни в коем случае требовать от правительств введения "обратной дискриминации", под которой они имели в виду "дискриминацию в пользу женщин", поскольку – за исключением некоторых четко определенных случаев – это представляло бы постоянный отход от цели равенства статуса и возможностей и не отвечало бы долгосрочным интересам самих женщин. С другой стороны, Конвенция должна была разрешить, но не требовать принятия временных позитивных мер в особых областях с целью создания равных возможностей для женщин в ситуациях, когда необходимо преодолеть нежелательную исторически сложившуюся зависимость. Государства признали, что, хотя это может показаться дискриминационным, необходимо исправить несправедливость, которая допускалась в прошлом в отношении женщин по признаку пола. Вместе с тем было подчеркнуто, что такие действия следует рассматривать по существу как временные меры, которые в перспективе должны стать ненужными²⁹.

37. Для некоторых государств проблематичными оказались также особые меры по охране материнства. Некоторые государства полагали, что физическое состояние человека не имеет отношения к вопросу пола, а касается как женщин, так и мужчин. Маккин считает, этот спор возник вследствие широко распространенной путаницы в терминологии: "Если выражение "равное обращение" всегда означает "одинаковое" или "идентичное", то в этом случае особые меры, несомненно, предполагают неравенство, но если равенство используется в нормативном смысле, то тогда эта проблема исчезает. Аналогичным образом, если дискриминация означает несправедливое или неразумное проведение различий, то тогда возникает вопрос, являются ли определенные меры объективно оправданными. В этом легко удостовериться на примере мер, направленных на защиту физиологических функций женщин, в частности детородной функции, однако,

²⁹ L.A. Rehof, Guide to the "Travaux Préparatoires" of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 66-76.

как свидетельствует МОТ, все более широкое признание получает тот факт, что меры, направленные на защиту женщин как таковых ввиду их физиологической природы, вполне могут в равной мере применяться и к некоторым мужчинам"³⁰. Кроме того, во время разработки Конвенции не существовало единого мнения в отношении того, должен ли в ней рассматриваться вопрос о равенстве между мужчинами и женщинами или вопрос о ликвидации дискриминации в отношении женщин.

38. В своем исследовании, заказанном Руководящим комитетом по вопросам равенства мужчин и женщин Совета Европы, Фогель-Польски отметила, что государства, ставшие участниками Конвенции без оговорок в отношении статьи 4, не только обязались ликвидировать дискриминацию в отношении женщин, но также взяли на себя обязательство восстановить баланс между мужчинами и женщинами во всех сферах общественной жизни путем принятия надлежащих мер, в частности позитивных действий³¹. Однако такая позиция представляется экстремальной. Важно отметить, что судя по подготовительной работе и замыслу авторов, эта Конвенция носит стимулирующий и программный характер и не устанавливает незамедлительно каких-либо юридических обязательств. Статья 4 просто создает возможность для достижения фактического равенства посредством позитивных действий и признает, что позитивные действия не должны рассматриваться как дискриминационные³². Тем не менее Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин принял во внимание по-прежнему существующую необходимость в усилиях, направленных на полное осуществление Конвенции путем реализации мер по обеспечению фактического равенства между мужчинами и женщинами. Он рекомендовал государствам-участникам шире использовать временные специальные меры, такие, как позитивные действия, преференциальное обращение или системы квот, в целях расширения участия женщин в областях образования, экономики, политики и занятости³³.

³⁰ W. MacKean, *op. cit.*, at note 24, pp. 190-191.

³¹ E. Vogel-Polsky, *Les actions positives et les contraintes constitutionnelles et legislatives qui pèsent sur leur mise en oeuvre dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*.

³² См. также A.W. Heringa, "Voorkeursbehandeling en moederschap", in A.W. Heringa, J. Hes and L. Lijnzaad, *Het Vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag...*, Antwerpen, Maklu, 1994, pp. 33-34.

³³ Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, *Общая рекомендация № 5 "Временные специальные меры"*, в документе HRI/GEN/1/Rev.4(2000).

39. В каждой из последующих статей Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, в которых гарантируются различные права, умышленно повторяется следующая идея: государства-участники принимают "все соответствующие" меры. Фогель-Польски утверждает, что, поскольку положения Конвенции о "всех соответствующих мерах" носят обязательный характер, временные специальные меры, упомянутые в статье 4, становятся ввиду этого не только абсолютно необходимыми, но и с учетом того, что Конвенция направлена на достижение фактического равенства, – наиболее подходящими для применения. Фогель-Польски утверждает, что такое толкование взаимосвязи между различными правами, предусмотренными в Конвенции, и статьей 4 (которая санкционирует позитивные действия во всеобщем масштабе) прямо основывается на принципе "надлежащего или полного действия" (*effet utile*) в международном праве³⁴. Как представляется, Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, согласен с таким толкованием.

40. В своей Общей рекомендации № 23 о политической и общественной жизни Комитет следующим образом ссылается на временные специальные меры:

"Хотя устранение препятствий де-юре является необходимым, этого далеко не достаточно. Отсутствие прогресса в обеспечении полного и равноправного участия женщин может быть непреднамеренным и являться результатом не отвечающих современным требованиям практики и процедур, которые подспудно ориентированы на мужчин. Согласно статье 4, для того чтобы обеспечить полное осуществление положений статей 7 и 8 в Конвенции, рекомендуется применение временных специальных мер. В тех случаях, когда страны разработали эффективную временную стратегию, стремясь обеспечить равноправие с точки зрения участия, осуществляется широкий круг мер, включая наем на работу, оказание финансовой помощи и профессиональную подготовку женщин-кандидатов, внесение изменений в процедуру выборов, осуществление кампаний, направленных на обеспечение равноправного участия, установление количественных целей и квот и отбор женщин для назначения на государственные посты, включая судей или представителей других профессиональных групп, которые играют важную роль в повседневной жизни каждого общества. Официальное устранение препятствий и применение временных специальных мер по поощрению равноправного участия как мужчин, так и женщин в общественной жизни их обществ является важной предпосылкой для обеспечения полного равноправия в политической жизни. Однако для того чтобы

³⁴ E. Vogel-Polsky, "Les actions positives dans la théorie juridique contemporaine", in B. De Grave (ed.), *Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangsbehandeling voor vrouwen*, Tegenspraak-Cahier 8, Antwerpen, Kluwer, 1990, pp. 79.

преодолеть сложившееся на протяжении веков господство мужчин в общественной сфере, женщинам требуется также поддержка и содействие со стороны всех секторов общества, с тем чтобы обеспечить их полное и эффективное участие - при этом руководящую роль на себя должны взять государства - участники Конвенции, а также политические партии и государственные должностные лица. Государства-участники обязаны обеспечить, чтобы временные специальные меры были четко определены, с тем чтобы обеспечить выполнение принципа равноправия и тем самым соблюдение конституционных принципов, гарантирующих равноправие всех граждан³⁵.

II. ОГРАНИЧЕНИЯ, УСТАНОВЛЕННЫЕ В ОТНОШЕНИИ ПОЗИТИВНЫХ ДЕЙСТВИЙ

41. Международное право устанавливает следующие основные ограничения в отношении позитивных действий:

- a) позитивные действия не должны приводить к дискриминации;
- b) позитивные действия должны носить временный характер.

A. Запрещение дискриминации

42. При оценке позитивных действий особенно важное значение имеет их взаимосвязь с принципом недискриминации, который является оборотной стороной принципа равенства и если не самым, то одним из самых основных прав человека. Принцип равенства был торжественно провозглашен во Всеобщей декларации прав человека 1948 года, которая гласит: "Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах", а также в статье 1 Устава Организации Объединенных Наций, в которой закреплена одна из целей Организации: "Осуществлять международное сотрудничество (...) в поощрении и развитии уважения к правам человека и основным свободам для всех, без различия расы, пола, языка и религии". Аналогичное положение содержится во всех договорах о правах человека, действующих в рамках международных региональных систем, таких, как Совет Европы, Организация американских государств и Организация африканского единства.

³⁵ Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, Общая рекомендация № 23 "Политическая и общественная жизнь", пункт 15, в документе HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

43. Недискриминация – это прежде всего юридический метод, используемый для борьбы против неоправданного неравенства и основанный на идее о том, что государство не может законным образом ущемлять права отдельного человека на произвольной основе³⁶. Положение о запрещении дискриминации можно найти во всех международных договорах.

44. Без четкого определения принципы недискриминации и позитивных действий могут вступать в противоречие друг с другом. Если принцип недискриминации исключает из процесса принятия решений в обществе такие факторы, как раса, пол, национальное происхождение и т.д., то позитивные действия направлены на обеспечение полного и реального равенства на основе учета этих же факторов³⁷. Однако позитивные действия, направленные на достижение равенства, могут иногда основываться на использовании крайних мер и тем самым нарушать принцип недискриминации. Поэтому политика в области позитивных действий должна тщательно контролироваться, и нельзя допускать, чтобы она подрывала сам принцип недискриминации. Для того чтобы понять, когда позитивные действия становятся дискриминацией, следует уделить пристальное внимание работе, которая велась при подготовке ряда международных документов, в которых закреплены принципы недискриминации.

³⁶ Недискриминация и равенство представляют собой сегодня основные необходимые принципы в области защиты прав человека. Поэтому они стали также принципами международного обычного права. Широкая поддержка этой точки зрения отражена в различных авторитетных международных документах, провозглашающих принцип недискриминации, таких, как Международный пакт о гражданских и политических правах, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации, Декларация ЮНЕСКО о расе и расовых предрассудках и т.д. Более того, заявления на этот счет были сделаны такими авторитетными в области права органами, как Комиссия международного права и Международный Суд. См., например, заявления Международного Суда, содержащиеся в его консультативном заключении о правовых последствиях для государств продолжающегося присутствия Южной Африки в Намибии в нарушение резолюции 276 (1970) Совета Безопасности, его заявления по делу "Barcelona Traction" (1970 год) и заявления, содержащиеся в его консультативном заключении по Намибии (1971 год). Эта точка зрения также подкрепляется практикой государств и взвешенными юридическими мнениями, высказывавшимися на различных международных конференциях и авторитетными экспертами.

³⁷ См. мнение судьи Верховного суда Соединенных Штатов Блэкмана: "Для того чтобы покончить с расизмом, мы должны сначала принять во внимание фактор расовой принадлежности". Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 1978.

45. В ходе подготовки положения о недискриминации, содержащегося в статье 7 Всеобщей декларации, Председатель Комиссии по правам человека Организации Объединенных Наций Элеанора Рузвельт заявила, что равенство не означает одинакового обращения для мужчин и женщин во всех вопросах, поскольку существуют определенные случаи, когда крайне важное значение приобретает дифференцированное обращение. Это высказывание явилось ясным подтверждением идеи о том, что "равенство" должно пониматься не только в его нормативном, но и в его формальном смысле³⁸. Согласно Лотерпакту, оно подразумевает равенство в конкретной ситуации³⁹.

46. Двухзначность терминологии, изложенной в положениях о недискриминации международных договоров о правах человека, в которых для обозначения одного и того же понятия взаимозаменяемо употреблялись термины "различие" и "дискриминация", создала большую путаницу⁴⁰. Например, в статье 2 Международных пактов наблюдается непоследовательность: Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах гарантирует, что "права, провозглашенные в настоящем Пакте, будут осуществляться без какой бы то ни было дискриминации", в то время как Международный

³⁸ См. документ Организации Объединенных Наций E/CN.4/SR.50, пункт 9. Анализ обсуждения вопроса о "различии" и "дискриминации", который вновь возник на более позднем этапе в ходе разработки Международных пактов, см. также в работе J.T. Möller, "Article 7", in A. Eide et al. (eds.), The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, pp. 115-141.

³⁹ Сэр Херш Лотерпакт (An International Bill of the Rights of Man, New York, Columbia University Press, 1945, pp. 116-119), ссылаясь на раздел 1 поправки XIV к Конституции Соединенных Штатов Америки, заявляет о том, что равная защита закона не исключает проведения различий между людьми и разделения их на категории, если такие различия и категории имеют под собой разумные основания. Поэтому ранние решения Верховного суда Соединенных Штатов, послужившие прецедентом, не запрещают сегрегацию чернокожих в школах, поездах, на железнодорожных вокзалах и в других общественных местах. Верховный суд заявил, что широкая свобода действий при проведении различий по различным признакам имеет важнейшее значение и не противоречит принципу подлинного равенства, если различия проводятся на разумной основе. Позднее эта аргументация была пересмотрена. Лотерпакт признает, что толкование равенства, воспринимаемого как механическое равенство возможностей и преимуществ, было расширено до предела.

⁴⁰ По поводу появления этой двухзначности см. M. Bossuyt, L'Interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 7-27; N. Lerner, Group rights and discrimination in international law, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 24-28; B.G. Ramcharan, "Equality and nondiscrimination", in L. Henkin (ed.), The International Bill of Rights, New York, Columbia University Press, 1981, pp. 258-259.

пакт о гражданских и политических правах гарантирует "права, признаваемые в настоящем Пакте, без какого бы то ни было различия".

47. Статья 14 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод гласит: "Пользование правами и свободами, изложенными в настоящей Конвенции, обеспечивается без какой-либо *дискриминации* по признакам пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или иным признакам". В английском варианте использован термин "discrimination", а во французском варианте - "distinction".

48. Хотя в отчетах о подготовительной работе нет прямого разъяснения этих несоответствий, следует признать, что, независимо от использованных терминов, авторы намеревались предусмотреть в обоих Пактах и в Европейской конвенции один и тот же уровень защиты. Оба термина явно исключают лишь "дискриминацию", понимаемую как "произвольное" или "несправедливое различие".

49. Идея о том, что не все различия являются неправомерными, имела решающее значение при разработке пункта 2 статьи 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, когда подавляющее большинство одобрило поправку, предложенную тремя государствами (Аргентиной, Италией и Мексикой), о замене слова "различие" словом "дискриминация"⁴¹. Как было заявлено, цель состояла в том, чтобы подтвердить, что некоторые различия могут быть оправданными с точки зрения содействия улучшению положения некоторых отсталых и ущемленных слоев населения.

50. Аналогичным образом, в своем замечании общего порядка по статье 26 Международного пакта о гражданских и политических правах, в которой изложен общий принцип недискриминации, Комитет по правам человека добавил, что "пользование правами и свободами на равных началах, однако, вовсе не означает одинакового обращения в любом случае" и что "не всякое различие в обращении представляет собой дискриминацию"⁴².

⁴¹ См. документ Организации Объединенных Наций A/5365, стр. 19.

⁴² Комитет по правам человека, Замечания общего порядка 18 "Недискриминация", пункты 8 и 13, в документе HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).

51. При рассмотрении дела "Belgian Linguistics" Европейский суд по правам человека сделал аналогичное заявление:

"Несмотря на весьма общую формулировку во французском варианте ("sans distinction aucune"), статья 14 не запрещает проведения любого различия в обращении при осуществлении признанных прав и свобод. Этот вариант надлежит истолковывать с учетом более ограничительного текста в английском варианте ("without discrimination")"⁴³

52. Концепция недискриминации была далее уточнена в ряде исследований, проведенных специальными докладчиками Подкомиссии⁴⁴. Выводы, сделанные на основе современной правовой доктрины, сводятся к следующему:

а) на современном этапе существует всеобщее признание того, что термин "дискриминация" должен относиться только к произвольным и незаконным различиям в обращении⁴⁵. С другой стороны, термин "различие" является нейтральным термином, который используется тогда, когда еще не определено, может ли неодинаковое обращение

⁴³ European Court of Human Rights, *Belgian Linguistics* case, 23 June 1968, Ser. A, p. 34. Суд признал, что подобный подход привел бы к абсурдным результатам: любое правовое положение, не обеспечивающее каждому равное обращение, противоречило бы статье 14. Такая позиция была бы несостоятельной, поскольку в праве неизбежно проводятся многочисленные различия.

⁴⁴ Обстоятельное резюме см. в VIJAPUR, *op. cit.* at note 14, p. 73-74. MacKean, *op. cit.* at note 24, pp. 94-96. Например, в 1949 году Генеральный секретарь в своем меморандуме об основных видах и причинах дискриминации заявил, что дискриминация представляет собой проведение причиняющего ущерб различия по признакам, которые не могут быть присвоены отдельному человеку и которые не влекут за собой оправданных последствий. См. документ Организации Объединенных Наций E/CN/Sub.2/40.

⁴⁵ Bossuyt, *op. cit.* at note 7, p. 27. MacKean, *ibid.*, pp. 8-11.

быть оправданным или неоправданным. Термин "дифференциация", напротив, указывает на различие в обращении, которое считается правомерным;⁴⁶

⁴⁶ Эти пояснения согласуются с международным определением, касающимся дискриминации. Ни во Всеобщей декларации, ни в двух Международных пактах не содержится определения "дискриминации". Первое определение дискриминации было включено в Международную конвенцию о ликвидации всех форм расовой дискриминации, в которой указывается, что выражение "расовая дискриминация" означает "любое различие, исключение, ограничение или предпочтение, основанное на признаках расы, цвета кожи, родового, национального или этнического происхождения, имеющие целью или следствием уничтожение или умаление признания, использования или осуществления на равных началах прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной или любых других областях общественной жизни". Аналогичным образом, Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин предусматривает, что "дискриминация в отношении женщин" означает "любое различие, исключение или ограничение по признаку пола, которое направлено на ослабление или сводит на нет признание, пользование или осуществление женщинами, независимо от их семейного положения, на основе равноправия мужчин и женщин, прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной, гражданской или любой другой области".

Комитет по правам человека использовал эти определения конкретных форм дискриминации для формулирования более общего определения. По мнению Комитета, дискриминацию следует понимать как означающую "любое различие, исключение, ограничение или предпочтение, которое основано на признаках расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства и которое имеет целью или следствием уничтожение или умаление признания, использования или осуществления всеми лицами, на равных началах, всех прав и свобод". Замечание общего порядка 18, пункт 7.

Существуют и другие определения. Конвенция МОТ о дискриминации в области труда и занятий 1958 года (№ 111) гласит: "В целях настоящей Конвенции термин "дискриминация" включает: а) всякое различие, недопущение или предпочтение, проводимое по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений, иностранного происхождения или социального происхождения, приводящее к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения в области труда и занятий...". В Конвенции ЮНЕСКО о борьбе с дискриминацией в области образования (1960 год) указывается: "В настоящей Конвенции выражение "дискриминация" охватывает всякое различие, исключение, ограничение или предпочтение по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, экономического положения или рождения, которое имеет целью или следствием уничтожение или нарушение равенства отношения в области образования...".

b) следовательно, запрещается не всякое неодинаковое обращение, а лишь то обращение, которое приводит к дискриминации. В связи с этим возникает вопрос о том, когда именно дифференцированное обращение становится неприемлемым или когда любого рода различие может быть оправданным⁴⁷.

53. Международные суды и авторы занимались поиском критериев, позволяющих определить, противоречит ли то или иное конкретное различие в обращении принципу недискриминации.

54. При рассмотрении дел "South West Africa" судья Танака подтвердил, что, поскольку равенство является принципом, а неодинаковое обращение – исключением, те, кто ссылается на неодинаковое обращение, должны доказать его обоснованность и разумность; такое обращение должно применяться не произвольно, а в соответствии с принципом справедливости⁴⁸.

55. По делу "Belgian Linguistics" Европейский суд, руководствуясь принципами, которые могут быть взяты из судебной практики большого числа демократических государств, выразил мнение о том, что

"принцип равенства нарушается, если различие не имеет объективного и разумного оправдания. Существование такого оправдания должно оцениваться исходя из цели и последствий рассматриваемой меры, с учетом принципов, обычно действующих в демократических обществах. Различие в обращении при осуществлении какого-либо закрепленного в Конвенции права должно не только преследовать законную цель: статья 14 также нарушается, если четко установлено отсутствие

⁴⁷ См. C.Tomuschat, "Equality and Non-Discrimination under the CCPR", in I. Von Munch, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer, Berlin, Walter de Gruyter, 1981, pp. 712-716.

⁴⁸ Dissenting Opinion of Judge Tanaka, South West Africa cases, (2nd phase), ICJ Report 1966, pp. 284-316. Судья Танака проницательно заметил, что принцип равенства требует одинакового обращения с равными и неодинакового обращения с теми, между кем существуют различия. Вместе с тем он заявил, что принцип равенства не означает абсолютного равенства, но признает относительное равенство, а именно неодинаковое обращение, соразмерное конкретным личным обстоятельствам. Хотя у людей есть определенные общие черты, им тем не менее присущи индивидуальные особенности и качества, которые могут законным образом учитываться при распределении социальных благ. Однако при этом без ответа остаются следующие основополагающие вопросы: в каких случаях можно говорить о людях как о равных или различающихся и какие соображения могут служить законным оправданием дифференцированного обращения?

разумной соразмерности между использованными средствами и преследуемой целью"⁴⁹.

56. Эти принципы неоднократно применялись позднее при рассмотрении весьма большого числа дел⁵⁰.

57. Комитет по правам человека Организации Объединенных Наций последовал примеру Европейского суда по правам человека и в своих мнениях и Замечании общего порядка 18 заявил следующее:

"не всякое различие в обращении представляет собой дискриминацию при условии, что критерии такого различия являются разумными и объективными, а задача состоит в том, чтобы достичь цель, которая допускается согласно Пакту"⁵¹.

⁴⁹ European court of Human Rights, op. cit., at. note 43; M. Bossuyt "Het discriminatieverbod van de Europese Conventie van de Rechten van de Mens in de Rechtspraak van de Commissie na het Belgisch taalarrest", Revue belge de droit international, 1972, pp. 503-528.

⁵⁰ Данный Европейским судом анализ принципа недискриминации был с одобрением процитирован Межамериканским судом по правам человека в его консультативном заключении ОС-4/84 "Предлагаемые поправки к положениям Конституции Коста-Рики, касающимся натурализации" от 19 января 1984 года, пункт 57 которого гласил: "Различия в обращении государства с отдельными лицами не будут дискриминационными, если выбор категорий основан на существенных фактических различиях и существует разумная соразмерность между этими различиями и целями рассматриваемой правовой нормы. Эти цели не могут быть несправедливыми или неразумными, т.е. они не могут быть произвольными, необоснованными, деспотическими или противоречащими принципам единства и достоинства человечества".

⁵¹ См. также T. Opsahl, "Equality in Human Rights Law, with special reference to article 26 of the ICCPR", in M. Novak, (ed.), Eestschrift für F. Ermacora, Kehl, N.P. Engel Verlag, 1988, pp. 51-65. Дела: "S.W.M. Broeks v. Netherlands", сообщение № 172/1984, "Zwaan-de Vries v. Netherlands", сообщение № 182/1984, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок вторая сессия, Дополнение № 48 (A/42/40), приложение VIII, разделы В и D. Поскольку в статье 26 изложен общий принцип недискриминации, весь широкий охват понятия недискриминации означает, что Комитет компетентен рассматривать любое неодинаковое обращение, даже в области экономических, социальных и культурных прав, для определения того, является ли такое обращение дискриминацией.

58. Разные авторы также анализировали различные составляющие элементы дискриминации⁵². Одним из этих элементов является признак, по которому проводится различие. Перечни запрещенных для проведения различия признаков, содержащиеся в общих нормативных документах по правам человека, не являются исчерпывающими. Это ясно следует из увеличения числа признаков: в Уставе указаны четыре признака (раса, язык, религия и пол), во Всеобщей декларации прав человека и в обоих Пактах – 12 признаков и в Европейской конвенции о правах человека – 13 признаков; об этом свидетельствует также использование слова "как-то" перед перечнем этих признаков.

59. Следовательно, различие по какому-либо другому признаку может быть произвольным, а некоторые различия, проводимые по некоторым из перечисленных признаков, не обязательно являются незаконными. Признак, по которому проводится различие, имеет, тем не менее, важное значение при определении того, является ли различие произвольным или нет. Однако решающую роль играет не сам признак, а взаимоотношение или связь между признаком и правом, в связи с которым проводится различие. Между правом и признаком основанием должна существовать "достаточная связь", или, другими словами, признак должен считаться "уместным" применительно к конкретному праву, в связи с которым проводится различие. Решающее значение имеет не общая задача или цель, преследуемая соответствующим законодательством, а уместность конкретного признака в связи с конкретными правами. Различие, устанавливаемое законодательством ради достижения абсолютно законной цели, может, тем не менее, быть дискриминационным и как таковое может представлять собой нарушение прав человека, если признак, по которому проводится это различие, не может считаться уместным в случае конкретного права.

60. Замена понятия "неуместный" понятием "произвольный" – это не просто замена одного слова другим. Разница заключается в том уровне, на котором должен оцениваться законный характер проводимого различия. Если этот уровень будет таким, что оценка будет проводиться исходя из общих задач и целей законодательства, то такая оценка будет носить чисто политический характер и явится неподходящей основой для принятия объективного решения. Однако вся идея состоит в том, что та или иная правовая норма отнюдь не обязательно является законной в силу того, что она преследует законную цель. Закон как средство, используемое для достижения определенных целей, должен обеспечивать соблюдение некоторых основополагающих требований. Главным из них

⁵² M. Bossuyt, op.cit. at note 7, p. 262; M. Bossuyt, "The principle of equality in article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", in A. De Mestral (ed.), The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law, Cowansville, Edition Yvon Blais, 1986, pp. 283-284; E.W. Vierdag, The Concept of Discrimination in International Law with Special Reference to Human Rights, The Hague, Martinus Nijhoff, 1973, p. 176.

является уважение принципа равенства, который запрещает установление различий по признакам, не имеющим никакого отношения к конкретному праву или конкретной свободе.

61. Несмотря на то, что оценка уместности конкретного признака, основанная на анализе связи между этим признаком и соответствующим правом или свободой предполагает все же определенную субъективность мнения, на которое могут повлиять политические соображения, эта оценка носит объективный характер. Принятые ранее решения, признающие признак (по которому проводится различие) и квалифицирующие вопрос (в связи с которым проводится различие) в качестве права, сводят политический элемент к абсолютному минимуму и гарантируют объективный характер оценки. Подход к оценке различий, устанавливаемых в рамках политики "позитивных действий", в принципе должен быть таким же.

62. Нет сомнений в том, что специальные меры могут оказаться необходимыми для обеспечения полного равенства для тех категорий населения, которые - иногда на протяжении нескольких столетий - находились в неблагоприятном положении в обществе. Однако при этом должно быть ясно, что не каждая мера, принятая в рамках такой политики, должна признаваться законной вне зависимости от признака, по которому проводится различие, или характера предоставленного права. Даже если установлено, что различия, проведенные в рамках политики позитивных действий, основываются на том же признаке, что и различие, являвшееся причиной ранее существовавших условий неравенства, соответствующие правовые нормы должны по-прежнему оцениваться с точки зрения их соответствия принципу равенства.

63. Тот факт, что та или иная конкретная категория населения находилась в неблагоприятных экономических или социальных условиях, сам по себе не означает, что для улучшения материального положения этой категории любое различие, основанное на присущем этой группе признаке, должно считаться законным, даже если этот признак неуместен в качестве основы для проведения различия в связи с конкретным правом. Было бы неоправданным предоставлять особые социальные блага лицам, которые в них не нуждаются, но принадлежат к категории лиц, находившихся ранее в неблагоприятном положении, и отказывать в тех же благах лицам, которые в них нуждаются, но не принадлежат к категории лиц, ранее пользовавшихся в обществе более благоприятными условиями.

64. Позитивные действия должны быть ориентированы на принятии мер, призванных удовлетворить особые потребности той категории населения, в интересах которой предпринимаются эти позитивные действия, а не на ограничение выгод от этих мер на

основании признака, отличающего данную категорию от остального населения, но не уместного в контексте соответствующего права. Такая политика может принести пользу категории населения, на которую она ориентирована благодаря правильному выбору мер, времени и места их осуществления без нарушения при этом прав лиц, не принадлежащих к этой категории, включая их право на равную защиту закона без какой-либо дискриминации. Ни при каких обстоятельствах никто не может быть лишен того или иного основного права на том основании, что это поможет группам, находящимся в особенно неблагоприятном положении, эффективнее преодолеть последствия дискриминации, которой они ранее подвергались⁵³.

65. Программы позитивных действий не должны рассматриваться как оправдывающие проведение любого различия по любому признаку в связи с тем или иным правом только потому, что их цель заключается в улучшении положения ущемленных лиц или групп. Такое толкование оправдывало бы принятие абсурдного законодательства, полностью игнорирующего права человека и основополагающий принцип равенства или недискриминации.

В. Требование, касающееся временного характера позитивных действий

66. Требование, касающееся "ограниченной продолжительности" специальных мер, постоянно подчеркивается в международном праве. Утверждается, что, хотя признание позитивных действий не противоречит международному праву, оно не допускает игнорирования ограничений, установленных Пактами в отношении позитивных действий⁵⁴. Осуществление мер, связанных с позитивными действиями, не должно иметь своим

⁵³ Лорд Деннинг: "Итак, если бы этот орган системы образования решил распределить мальчиков по отдельным школам в зависимости от цвета их волос или фактически цвета их кожи, это было бы настолько неразумным, произвольным и неуместным для любой нормальной системы образования, что такая мера была бы абсолютно *ultra vires* и суд сразу же отменил бы ее. Но если бы имелись связанные с образованием веские основания для проведения определенной политики, например в каком-либо районе, где дети иммигрантов отставали бы в изучении английского языка и нуждались бы в специальном обучении, то в этом случае было бы абсолютно правильным направить таких нуждающихся детей в специальные школы, где им были бы предоставлены дополнительные возможности для изучения английского языка". Цитируется по MacKean, *op. cit.* at note 24, p. 246.

⁵⁴ Tomuschat, *op. cit.* at note 47, pp. 715-716, and Thornberry, *op. cit.* at note 13, pp. 281-286. Эти авторы ссылаются на подготовительную работу в связи с Международными пактами и дискуссией по вопросу о временных ограничениях, касающихся позитивных действий.

следствием сохранение неодинаковых или отдельных стандартов и должно быть прекращено после достижения целей, ради которых эти меры были введены⁵⁵.

67. Необходимо избегать того, чтобы позитивные действия приводили к закреплению неравенства или к ситуации, основанной на концепции "раздельного, но равного" обращения, которая ранее использовалась в Соединенных Штатах и в соответствии с которой чернокожему населению предоставлялись те же права, что и белому населению, но при этом его заставляли реализовывать эти права в условиях изоляции, либо, что еще хуже, приводили к созданию новой системы апартеида⁵⁶. Требование об "ограниченной продолжительности" выявляет различие между двумя параллельными понятиями в международном праве, а именно: понятием "защиты меньшинств" и понятием "предотвращения дискриминации".

68. Очевидно то, что, как меньшинства, так и ущемленные группы могут ссылаться на принцип недискриминации, защищающий их от дискриминации по признаку расы, цвета кожи, родового происхождения, национального или этнического происхождения, языка. Аналогичным образом, и те и другие могут пользоваться специальными мерами при соблюдении вышеупомянутых условий, т.е. при ограниченной продолжительности и при том условии, что меры, направленные на устранение существовавших ранее

⁵⁵ См. также пункт 4 статьи 1 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации и пункт 1 статьи 4 Конвенции о ликвидации дискриминации в отношении женщин. В ходе обсуждения четвертого периодического доклада Фиджи Комитет по ликвидации расовой дискриминации указал, что особый режим, предоставленный некоторым расовым группам, не был ограничен, по всей видимости, конкретными сроками; для выполнения положений Конвенции необходимо было бы сформировать более категоричное обязательство в отношении того, что неравенство прав различных расовых групп не будет сохранено после достижения целей, которые оно преследовало. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать седьмая сессия, Дополнение № 18 (A/37/18), пункт 101.

⁵⁶ Несмотря на то, что концепция "раздельного, но равного" обращения явно нарушала поправку XIV к Конституции Соединенных Штатов Америки, Верховный суд в 1896 году при рассмотрении дела "Plessy v. Ferguson" (163 U.S. 537, 1896) высказал иное мнение. Это дело касалось мужчины, который был арестован за нарушение закона Луизианы, требовавшего, чтобы в железнодорожных поездах "белым и цветным" пассажирам предоставлялись "одинаковые, но отдельные места". Спустя полвека эта доктрина была оспорена при рассмотрении дела "Brown v. Board of Education" (347 U.S. 483, 1954), по которому Верховный суд постановил, что отдельные школы порождают у чернокожих учащихся чувство неполноценности и по этой причине нарушают поправку XIV.

дискриминационного обращения или структурной дискриминации, не должны сами приводить к дискриминации.

69. Вместе с тем представляется очевидным, что такого рода специальные меры недостаточно полно охватывают вопросы, возникающие в связи с осуществлением прав лиц, принадлежащих к меньшинствам, на пользование собственной культурой, исповедание и отправление обрядов собственной религии или пользование собственным языком. Осуществление этих прав требует принятия государствами постоянных мер защиты, что является более широким понятием.

70. Концепция "защиты меньшинств" является одной из старейших концепций международного права, возникшей в период появления национальных государств в XVI и XVII веках, когда возникла необходимость учета интересов групп, принадлежащих к меньшинствам⁵⁷. В интересах отдельных групп было заключено множество договоров, например Парижский договор от 30 марта 1856 года, содержащий положения о защите христианских меньшинств в Османской империи. Особый интерес представляет собой Берлинский трактат от 13 июля 1878 года ввиду особого правового режима, предоставленного им некоторым религиозным группам. Эти договоры обеспечивали лишь частичную защиту и не предусматривали какого-либо механизма. Тем не менее они послужили образцом для "системы меньшинств", которая была впоследствии создана в рамках Лиги наций⁵⁸.

71. Договоры, заключенные в рамках "системы меньшинств", характеризовались сложными формулировками, однако анализ их положений показывает, что они преследовали две цели⁵⁹:

1. Принцип недискриминации гарантировал гражданам, принадлежащим к расовым, языковым или религиозным меньшинствам, одинаковое обращение при осуществлении гражданских и политических прав.

⁵⁷ См. Tornberry, *op. cit.* at note 13, pp. 25-54, где дается обширный исторический экскурс.

⁵⁸ После Венского конгресса договорные положения о защите меньшинств стали более подробными, и был отмечен сдвиг от защиты религиозных групп к защите национальных меньшинств.

⁵⁹ P. de Azcárate, League of Nations and National Minorities: an experiment, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1945, 216 p; MacKean, *op. cit.* at note 24, pp. 14-45.

2. Принцип, согласно которому лицам, принадлежащим к меньшинствам, должен гарантироваться ряд особых прав, позволяющих меньшинствам сохранять и развивать свою национальную культуру и сознание. В частности, они имели равное право создавать школы и религиозные, благотворительные и социальные учреждения, финансируемые ими самими. Они могли пользоваться своим собственным языком, в том числе в суде, и свободно исповедовать свою собственную религию. Более того, в городах и округах, где значительная доля населения разговаривала не на официальном языке государства, а на другом языке, были созданы надлежащие возможности для обучения на этом языке в начальных школах детей, принадлежащих к таким группам. И наконец, эти договоры предусматривали, что в тех городах и округах, где проживала значительная часть граждан страны, принадлежащих к расовым, религиозным или языковым меньшинствам, им гарантировалось получение и использование справедливой доли общественных средств, выделяемых из государственных, муниципальных или иных бюджетов на образовательные, религиозные или благотворительные цели. В некоторых договорах упоминалось также ограниченное право на автономию.

72. Таким образом, идея, положенная в основу договоров о меньшинствах, подписанных в рамках Лиги наций, преследовала две цели: позволить меньшинствам проживать вместе с остальным населением в условиях равенства и сохранить особенности и самобытность меньшинств.

73. Важный юридический прецедент в связи с особыми правами был создан Постоянной палатой международного правосудия, которая закрепила эту двойственную систему. Совет Лиги передал на рассмотрение Постоянной палаты пять дел для вынесения консультативных заключений: три дела касались немецких меньшинств в Польше, одно – польского меньшинства в Данциге и одно – греческого меньшинства в Албании.

74. Большое значение имеет решение Палаты по делу "Minority Schools in Albania". Спор возник из-за внесенной в албанскую конституцию поправки, в соответствии с которой на всей территории страны ликвидировались все частные школы. Греческое меньшинство заявило, что эта поправка являлась нарушением Албанской декларации 1921 года, касающейся защиты меньшинств. Правительство Албании утверждало, что, поскольку упразднение частных школ представляет собой общую меру, касающуюся как большинства, так и меньшинства, оно соответствует Декларации.

75. В общем плане Постоянная палата заявила следующее:

"Равенство по закону исключает любого рода дискриминацию, в то время как фактическое равенство может предполагать необходимость неодинакового обращения ради достижения некоего результата, устанавливающего баланс между различными ситуациями. Легко представить себе случаи, когда равенство в обращении для большинства и меньшинства, положение и потребности которых неодинаковы, может привести к фактическому неравенству... Равенство между представителями большинства и меньшинства должно быть эффективным, подлинным равенством"⁶⁰.

76. Что касается частных школ греческого меньшинства в Албании, то Палата высказала следующее мнение:

"Упомянутые учреждения необходимы для того, чтобы соответствующее меньшинство могло пользоваться не только юридически, но и фактически таким же обращением, как и большинство. Упразднение этих учреждений, которые, как никакие иные учреждения, могут удовлетворить особые потребности принадлежащих к меньшинству групп, и их замена государственными учреждениями означали бы ликвидацию равенства в обращении, поскольку их следствием стало бы лишение меньшинства этих отвечающих их нуждам учреждений, в то время как большинство продолжало бы пользоваться услугами учреждений, созданных государством".

77. Поскольку исторический опыт показал, что государства, такие, как Германия, использовали включенные в договоры положения о меньшинствах для осуществления военного вмешательства, в большинство мирных договоров, подписанных после второй мировой войны, были включены оговорки о недискриминации. Положения о защите меньшинств содержались лишь в нескольких договорах, поскольку из-за нарушений Германией договоров о меньшинствах и неспособности Лиги наций отреагировать на эти нарушения, за оговорками в отношении меньшинств закрепилась плохая репутация.

78. В рамках усилий по защите прав человека акцент сместился с защиты групп к защите индивидуальных прав и свобод человека. Этот новый подход основывался только на принципе недискриминации, который означал, что в случае нарушения прав любого лица по какому-либо групповому признаку, будь то раса, религия, национальность и т.д., проблема должна была решаться посредством защиты прав отдельного лица исключительно на индивидуальной основе. Принципы равенства и недискриминации стали основополагающими принципами, закрепленными во всех нормативных документах

⁶⁰ Minority Schools in Albania, Advisory Opinion, PCIJ, 1935, Ser A/B No. 64, 19.

о правах человека, принятых после второй мировой войны. Этот новый подход был в полной мере использован при создании Организации Объединенных Наций и в ее деятельности. Однако в некоторых международных документах по-прежнему использовалась концепция защиты меньшинств.

79. В ходе состоявшейся в 1947 году первой сессии Подкомиссии по предупреждению дискриминации и защите меньшинств Организации Объединенных Наций была проведена дискуссия по вопросу о значении терминов "предупреждение дискриминации" и "защита меньшинств"⁶¹. Было указано, что между этими терминами существует основополагающее различие. "Дискриминация" подразумевает любой акт или любое поведение, лишаящее отдельных лиц или группы лиц равенства в обращении, которое может быть желательным для них. Защита меньшинств рассматривалась как защита недоминирующих групп, которые, стремясь в целом к достижению равного по сравнению с большинством обращения, желают добиться для себя некоего дифференцированного режима, с тем чтобы сохранить присущие им основные особенности, отличающие их от большинства населения. Такая защита распространяется также на принадлежащих к таким группам отдельных лиц, желающих пользоваться такой же защитой. Из этого следует, что дифференцированное обращение применительно к таким группам и отдельным лицам, принадлежащим к таким группам, является оправданным, когда оно применяется для удовлетворения их собственных интересов и ради благосостояния общества в целом.

80. Понятие "защита меньшинств" получило дальнейшее развитие в меморандуме Генерального секретаря, озаглавленном "Основные виды и причины дискриминации"⁶². Генеральный секретарь утверждал, что защита меньшинств, хотя она также опирается на принцип равенства всех людей в обращении, требует позитивных действий, таких, как создание школ, где преподавание ведется на национальном языке, когда соответствующие меньшинства желают сохранить свою языковую и культурную самобытность⁶³.

81. Далее Генеральный секретарь утверждал, что, хотя цель защиты меньшинств отличается, по-видимому, от цели предупреждения дискриминации, в реальной жизни

⁶¹ Эта двойственная система опиралась на консультативное заключение Постоянной палаты международного правосудия по делу "Minority Schools in Albania", *ibid.* См. документы Организации Объединенных Наций E/CN.4/Sub.2/36 и E/CN.4/Sub.2/SR.14 и 15.

⁶² *Op. cit.* at note 44.

⁶³ *Ibid.*

не существует противоречия между одновременным стремлением к защите меньшинств и предупреждением дискриминации. Действительно, в каждом случае желательно обеспечить и эффективно поддерживать равное обращение со всеми людьми.

Предупреждение дискриминации и защита меньшинств представляют собой две стороны одной и той же идеи, касающейся равного для всех людей обращения. Для первого из этих понятий требуется устранение каких бы то ни было различий, а для второго – гарантии сохранения некоторых специально установленных различий.

82. В своем докладе по вопросу о защите меньшинств А. Эйде⁶⁴ предложил использовать позитивные действия для решения проблем, касающихся меньшинств. Однако он добавил, что позитивные действия могут привести к конфликту между группами и что по этой причине осуществление таких мер не должно продолжаться после достижения равенства⁶⁵.

83. Позитивные действия носят временный и компенсирующий характер и направлены на устранение условий, препятствующих пользованию равными правами, в то время как меры по защите меньшинств нацелены на сохранение самобытности соответствующих групп⁶⁶.

⁶⁴ А. Эйде, "Защита меньшинств: возможные пути и средства облегчения мирного и конструктивного решения проблем, связанных с меньшинствами" (E/CN.4/Sub.2/1993/34, пункт 172).

⁶⁵ В своем Замечании общего порядка 18 относительно принципа недискриминации Комитет по правам человека заявил, что позитивные действия, т.е. специальные меры, могут предприниматься только в течение периода времени, когда они необходимы для исправления фактической дискриминации. С другой стороны, в своем Замечании общего порядка 23 по статье 27, касающейся меньшинств, Комитет признает, что, хотя права, закрепленные в статье 27, сформулированы в отрицательной форме, могут быть также необходимы позитивные меры со стороны государств для защиты самобытности какого-либо меньшинства, и поскольку эти меры направлены лишь на предоставление защиты, они могут представлять собой законную дифференциацию в соответствии с Пактом. В данном случае не устанавливается никаких временных ограничений. Кроме того, следует отметить различное употребление терминов. Такое различие проводится также в практике государств: например, в Индии существуют различные системы защиты для меньшинств, которые пользуются постоянными правами, в том числе и для каст и племен неприкасаемых, чьи особые права предусмотрены в качестве временной и исключительной меры, направленной на уменьшение неравенства между общинами.

⁶⁶ A.S. Akermark, Justifications of Minority Protection in International Law, London, Kluwer Law International, 1997, pp. 23-28.

Приложение

ВОПРОСНИК О ПОЗИТИВНЫХ ДЕЙСТВИЯХ

1. Каковы основные конституционные и законодательные положения, связанные с принципом равенства и запрещением дискриминации? Просьба представить копии текстов соответствующих положений.
2. Сообщите о принципиальных решениях, связанных с принципом равенства и запрещением дискриминации.
3. Существуют ли какие-либо конституционные, законодательные или административные положения, касающиеся концепции "позитивных действий" и/или так называемой "позитивной" или "обратной" дискриминации? В случае положительного ответа просьба представить копии текстов соответствующих положений.
4. Какая взаимосвязь, согласно этим положениям или национальному прецедентному праву, существует между запрещением дискриминации и концепцией позитивных действий?
5. Представьте примеры национальных программ позитивных действий, осуществляемых в соответствии с этими положениями.
6. На какие группы нацелены эти программы позитивных действий (мужчины/женщины, расовые группы, отдельные меньшинства, коренные народы, мигранты, инвалиды, ветераны и т.д.)?
7. Какие области охватываются этими программами позитивных действий (образование, занятость, жилье, выборы, профессиональная подготовка, назначение на политические, исполнительные или судебные должности, заключение договоров или предоставление стипендий, другие области)?
8. В каком историческом контексте вводились эти программы позитивных действий?
9. Каковы заявленные цели этих программ позитивных действий?
10. Установлены ли какие-либо ограничения в отношении этих программ позитивных действий и каким образом будет определяться, достигнуты ли цели этих программ позитивных действий и когда?

11. Применяются ли программы позитивных действий на равных началах ко всем группам или проводится ли какое-то различие в пользу одной или нескольких конкретных групп по сравнению с другими группами? Каким образом определяются эти конкретные группы?
12. Существуют ли какие-либо национальные юридические прецеденты, связанные с этими программами позитивных действий? В случае положительного ответа просьба представить копии текстов принципиальных решений.
13. Существуют ли какие-либо конкретные органы власти, организации комиссии, трибуналы или суды, компетентные заслушивать жалобы, касающиеся введения и осуществления программ позитивных действий?
14. Кто имеет право подавать жалобы и возбуждать разбирательство в таких органах?
15. Представить, в случае наличия, статические данные, свидетельствующие об успешном осуществлении программ позитивных действий, и в частности о прогрессе, достигнутом после введения таких программ.

Примечание: В том случае, если принятые программы позитивных действий касаются различных групп, ответы следует представить по каждой конкретной группе в отдельности.
