



ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1998/5
3 June 1998

RUSSIAN
Original: ENGLISH/FRENCH

КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
Подкомиссия по предупреждению дискриминации
и защите меньшинств
Пятидесятая сессия
Пункт 3 предварительной повестки дня

ВСЕОБЪЕМЛЮЩЕЕ РАССМОТРЕНИЕ ТЕМАТИЧЕСКИХ ВОПРОСОВ, КАСАЮЩИХСЯ
ЛИКВИДАЦИИ РАСОВОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ

Подготовленный г-ном Марком Боссайтом рабочий документ
по концепции позитивных действий

1. В своем решении 1997/118 от 28 августа 1997 года Подкомиссия по предупреждению дискриминации и защите меньшинств, принимая к сведению предложение Комитета по ликвидации расовой дискриминации относительно подготовки исследования по концепции позитивных действий (см. E/CN.4/Sub.2/1997/31, приложение), постановила поручить г-ну Марку Боссайту подготовку рабочего документа по концепции позитивной дискриминации.

I. Международные договоры

2. Следует кратко проанализировать наиболее важные положения международных договоров, которые касаются позитивных действий и запрещения дискриминации.

A. Положения международных договоров о запрещении дискриминации

3. В каждом из международных пактов о правах человека содержится статья 2: так, в пункте 2 статьи 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах предусматривается, что "права, провозглашенные в настоящем Пакте, будут осуществляться без какой бы то ни было дискриминации", а в пункте 1 статьи 2 Международного пакта о гражданских и политических правах гарантируются "права, признаваемые в настоящем Пакте, без какого бы то ни было различия". Как показывает анализ подготовки этих документов, Международный пакт о гражданских и политических правах, в котором используется термин "различие", запрещает то же самое, что и Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, где используется (более подходящий) термин "дискриминация".

4. В статье 14 Европейской конвенции о правах человека

("Пользование правами и свободами, признаваемыми в настоящей Конвенции, гарантируется без дискриминации по какому бы то ни было признаку (подчеркнуто автором), как-то: пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических и иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальному меньшинству, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства".)

запрещение дискриминации ограничивается лишь правами и свободами, признаваемыми в этой Конвенции.

5. Статья 14 Европейской конвенции, как и статья 2 обоих международных пактов, запрещает дискриминацию лишь в отношении пользования правами, которые "провозглашаются" или "признаются" в этих документах. Таким образом, речь идет о запрещении дискриминации применительно лишь к правам, закрепленным в рассматриваемых конвенциях. Следует отметить, что, хотя статья 14 Европейской конвенции на французском языке запрещает любое "различие" ("distinction"), при рассмотрении дела *Affaire linguistique belge* (Série A, p.34) Европейский суд по правам человека отметил, что:

"Несмотря на весьма общую формулировку текста на французском языке ("sans distinction aucune") [...] это положение следует толковать в свете более ограничительного текста на английском языке ("without discrimination")."

6. Пункт 1 статьи 1 Американской конвенции о правах человека гласит:

"Государства - участники настоящей Конвенции обязуются уважать права и свободы, признанные в ней, и обеспечивать для всех лиц, находящихся под их юрисдикцией, свободное и полное осуществление этих прав и свобод без какой-либо дискриминации (подчеркнуто автором) по признаку...";

а в статье 2 Африканской хартии прав человека и народов говорится:

"Каждый человек имеет право пользоваться правами и свободами, признаваемыми и гарантируемыми настоящей Хартией, без какого бы то ни было различия (подчеркнуто автором), как-то...".

7. Кроме того, в статье 26 Международного пакта о гражданских и политических правах закреплено общее запрещение дискриминации:

"Все люди равны перед законом и имеют право без всякой дискриминации на равную защиту закона. В этом отношении всякого рода дискриминация должна быть запрещена законом и закон должен гарантировать всем лицам равную и эффективную защиту против дискриминации по какому бы то ни было признаку...".

8. Рассматривая два дела, касавшиеся гражданок Нидерландов г-жи С.В.М. Брукс (А/42/40, стр. 147-158) и г-жи А.Г. Зваан-де Вриес (там же, стр. 169-178), Комитет по правам человека констатировал 9 апреля 1987 года нарушение статьи 26 Международного пакта о гражданских и политических правах, применив его положения на сферу социального обеспечения.

9. По мнению Комитета, Международный пакт о гражданских и политических правах применяется даже в тех случаях, когда тот или иной из изложенных в нем вопросов упоминается или затрагивается в положениях других международных договоров.

10. В своем решении от 23 июля 1968 года по делу "Affaire linguistique belge" (Série A, p. 34) Европейский суд по правам человека постановил:

"Принцип равного обращения нарушается, если проводимое различие не имеет объективного и разумного обоснования (подчеркнуто автором). Наличие подобного обоснования следует определять с учетом целей и последствий рассматриваемого действия, принимая во внимание сложившиеся в демократическом обществе общепринятые принципы. Различия в обращении при осуществлении какого-либо провозглашенного в Конвенции права не только должны преследовать законную цель: имеет место нарушение статьи 14 также в тех случаях, когда точно установлено отсутствие разумной соразмерности между используемыми средствами и поставленной целью (подчеркнуто автором)".

В. Положения о позитивных действиях

11. Ниже излагаются наиболее важные положения международных договоров, касающиеся "позитивных действий".

12. Статья 5 Конвенции (№ 111) о дискриминации в области труда и занятости, принятой 25 июня 1958 года Международной организацией труда, гласит:

"1. Особые мероприятия по защите и помощи, предусмотренные в других принятых Международной конференцией труда конвенциях и рекомендациях, не считаются дискриминацией.

2. Каждый член Организации может по консультации с представительными организациями предпринимателей и трудящихся, где таковые существуют, установить, что любые другие особые мероприятия, направленные на удовлетворение особых нужд лиц (подчеркнуто автором), которые по соображениям пола, возраста, физической неполноценности, семейных обстоятельств или социального или культурного уровня обычно признаются нуждающимися в особой защите или помощи, не будут считаться дискриминацией".

13. Пункт 3 статьи 2 принятой 20 ноября 1963 года Декларации Организации Объединенных Наций о ликвидации всех форм расовой дискриминации гласит:

"Особые конкретные меры должны быть приняты при соответствующих обстоятельствах для обеспечения надлежащего развития или защиты лиц, принадлежащих к определенным расовым группам, с целью обеспечения таким лицам полного осуществления прав человека и основных свобод. Такие меры ни в коем случае не должны приводить к установлению неравных или особых прав для различных расовых групп".

14. Пункт 4 статьи 1 принятой 21 декабря 1965 года Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации гласит:

"Принятие особых мер с исключительной целью обеспечения надлежащего прогресса некоторых расовых или этнических групп или отдельных лиц, нуждающихся в защите, которая может оказаться необходимой (подчеркнуто автором) 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 достижению тех целей, ради которых они были введены".

15. Пункт 2 статьи 9 принятой ЮНЕСКО 27 ноября 1978 года Декларации о расе и расовых предрассудках гласит:

"Особые меры должны приниматься 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. В этой связи особое внимание следует уделять расовым или этническим группам, находящимся в неблагоприятных социальных или экономических условиях (подчеркнуто автором), 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, уважать самобытность их культуры и их ценностей, содействовать, в частности, посредством образования, их социальному и профессиональному прогрессу".

16. Статья 4 принятой 18 декабря 1979 года Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин гласит:

"1. Принятие государствами-участниками временных специальных мер, направленных на ускорение установления фактического равенства между мужчинами и женщинами (подчеркнуто автором), не считается, как это определяется настоящей Конвенцией, дискриминационным, однако оно ни в коей мере не должно влечь за собой сохранения 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".

II. Понятие "позитивных действий" в судебной практике

17. В прошлом возникали ситуации, когда некоторые группы лиц, которые можно определить по одному из признаков, упоминаемых в положениях о запрещении дискриминации, подвергались систематической дискриминации. Подобные ситуации могут оправдывать или даже требовать принятия позитивных мер, направленных на оказание этим группам помощи в выходе из того неблагоприятного положения, в котором они находятся.

A. Позитивные действия в практике Верховного суда Соединенных Штатов Америки

18. Нельзя рассматривать вопрос о "позитивных действиях" без упоминания решений Верховного суда Соединенных Штатов Америки по делам, касающимся дискриминации и, особенно, расовой дискриминации.

19. Рассмотрение этой практики следует начать с решения, вынесенного в 1896 году по известному делу "Plessy v. Ferguson" (163 U.S. 537), в котором Верховный суд Соединенных Штатов Америки признал легитимной концепцию "раздельного, но равного образования". Почти 60 лет спустя эта концепция была осуждена решением, вынесенным в 1954 году по не менее известному делу "Brown v. Board of Education" (374 U.S. 483), в котором Верховный суд постановил, что раздельные школы неизбежно порождают чувство неполноценности.

20. Еще до рассмотрения этого дела в своем решении, вынесенном в 1944 году по делу "Korematsu v. United States" (323 U.S. 214) Верховный суд отметил, что все

юридические ограничения гражданских прав какой-либо одной расовой группы должны сразу же вызывать сомнения в их обоснованности и подвергаться весьма тщательному рассмотрению ("strict scrutiny"). Вместе с тем ограничения, введенные по признаку пола, позднее рассматривались Верховным судом лишь со средней степенью тщательности ("intermediate scrutiny").

21. В американском законодательстве выражение "позитивные действия" ("affirmative action") впервые употребляется в директиве 10925, подписанной в 1961 году президентом Кеннеди, который потребовал от федеральных органов принимать на работу больше лиц, принадлежащих к меньшинствам. Два важных закона о гражданских правах были подписаны в 1964 году - президентом Джонсоном и в 1972 году - президентом Никсоном.

22. В 1974 году Верховный суд, рассматривая дело "De Funis v. Odegaard" (416 U.S. 312), счел нецелесообразным выносить решение в связи со случаем позитивных действий в отношении приема в университет, поскольку абитуриент, белокожий еврей, которому было отказано в приеме на юридический факультет Вашингтонского университета, был затем зачислен в это учебное заведение.

23. По делу "Regents of the University of California v. Bakke" (438 U.S. 265) мнения членов Верховного суда разделились. Судья Люис Ф. Пауэлл, который частично согласился с четырьмя судьями, поддержавшими программу позитивных действий на медицинском факультете Калифорнийского университета в Дейвисе, и с четырьмя судьями, выступившими против этой программы, вынес в 1978 году решение, в котором он отметил, что, хотя такая программа должна быть предметом самого тщательного рассмотрения, один из аргументов, выдвинутых в ее поддержку, а именно стремление получить преимущества, которые дает многоэтничный состав студентов, является достаточно важным (compelling) для того, чтобы Университет мог применять эту программу в качестве одного из критериев отбора абитуриентов.

24. В последующие годы Верховный суд вынес большое число решений, некоторые из которых поддерживали, а другие осуждали вынесенные на его рассмотрение программы позитивных действий. Решения, допускавшие программы позитивных действий, были приняты по следующим делам:

- "Steelworkers v. Weber", 443 U.S. 193 (1979);
- "Fullilove v. Klutznick", 448 U.S. 448 (1980);
- "Sheet Metal Workers v. EEOC (Equal Employment Opportunity Commission)", 478 U.S. 421 (1986);
- "United States v. Paradise", 480 U.S. 149 (1987);
- "Johnson v. Santa Clara County", 480 U.S. 1442 (1987);

- "Metro Broadcasting Inc. v. FCC (Federal Communications Commission)", 497 U.S. 547 (1990).

25. По делу "Steelworkers" (1979) Верховный суд признал обоснованной программу позитивных действий, которая предусматривала бронирование учебных мест для чернокожих рабочих, поскольку эти меры были введены частным работодателем и охватывали те категории рабочих, которые традиционно были жертвами сегрегации.

26. По делам "Sheet Metal Workers" (1986), "Paradise" (1987) и "Johnson" (1987) программы позитивных действий были признаны обоснованными, поскольку они были направлены на ликвидацию той намеренной дискриминации, которая ранее применялась в отношении чернокожих в профсоюзе рабочих металлургических предприятий города Нью-Йорк и в полиции Алабамы, а также в отношении женщин, относящихся к категории "квалифицированных работников", в округе Санта-Клара в штате Калифорния.

В других своих решениях Верховный суд осудил вынесенные на его рассмотрение программы позитивных действий. Речь идет о следующих делах:

- "Firefighters v. Stotts", 467 U.S. 561 (1984);
- "Wygant v. Jackson board of Education", 476 U.S. 267 (1986)
- "City of Richmond v. Croson", 488 U.S. 469 (1989).

28. В делах "Firefighters" (1984) и в деле "Wygant" (1986) программа позитивных действий предусматривала увольнение пожарных города Мемфис и учителей одной из школ Мичигана - все они были белокожими и имели больший трудовой стаж, чем их чернокожие коллеги. В деле "Croson" (1989) в соответствии с программой 30% контрактов города Ричмонда (штат Виргиния) резервировалось за предприятиями, принадлежавшими меньшинствам, а именно "чернокожим, испаноговорящим, выходцам из восточных стран, индейцам, эскимосам и алеутам". Суд счел, что эта мера не является вполне соразмерной ("narrowly tailored") преследуемой цели и что ее принятие не обусловлено какой-либо дискриминацией, которой бы ранее в штате Виргиния подвергались эскимосы.

29. В 1995 году Верховный суд принял решение по важному делу "Adarand Constructors v. Pena" (115 St. Ct. 2097). Фирма "Адеренд" пожаловалась на то, что у нее отняли контракт на выполнение общественных работ, который был передан принадлежащей некому испаноговорящему лицу компании в соответствии с федеральным законом, предусматривающим, что 10% таких контрактов должны быть зарезервированы за меньшинствами.

30. Выступая от имени шести составивших большинство судей, судья Сандра О'Коннор отметила три вытекающих из прошлых решений Суда аспекта программ, касающихся вопросов расы:

а) критический подход - предпочтения, основанные на расовых или этнических критериях, обязательно подлежат самому тщательному рассмотрению;

б) последовательность - норма, которой следует руководствоваться, не должна зависеть от расовой принадлежности лиц, в интересах или в ущерб которым принимается программа;

с) согласованность - должна обеспечиваться одинаковая и равная защита, независимо от административного (федерального или иного) уровня.

В. Позитивные действия в практике Суда Европейских сообществ

31. Что касается практики Суда Европейских сообществ, то 17 октября 1995 года Суд Люксембурга вынес по делу "Kalanke с. Freie Hansestadt Bremen" решение, в котором он постановил, что:

"национальные правила, которые гарантируют абсолютную и безусловную приоритетность (подчеркнуто автором) женщин при назначении на должность или служебном продвижении, идут дальше принципа содействия обеспечению равенства возможностей и выходят за рамки исключения, предусмотренного в пункте 4 статьи 2 Директивы".

32. В соответствии с пунктом 4 статьи 2 Директивы 76/207/СВЕС Совета Европейского союза от 9 февраля 1976 года не запрещается принятия "мер, направленных на содействие обеспечению равенства возможностей между мужчинами и женщинами, в частности посредством устранения фактического неравенства, которое ограничивает возможности женщин" в вопросах, касающихся приема на работу, служебного продвижения и профессиональной подготовки.

33. Между тем, оспариваемый закон о равенстве мужчин и женщин на государственной службе отдавал

"автоматически (подчеркнуто автором) - при условии одинаковой квалификации разнополых кандидатов на служебное продвижение - приоритет женщинам в секторах, в которых женщины недостаточно представлены, т.е. когда на женщин приходится менее половины занимаемых различных должностей соответствующей категории сотрудников и должностного уровня штатного расписания".

34. В то же время по делу "Marschall с. Land Nordrhein-Westfalen" Суд Европейских сообществ вынес 11 ноября 1997 года решение, в котором он отметил, что упомянутая выше Директива не препятствует принятию

"национального нормативного акта, который обязывает, при равной квалификации, компетенции и профессиональной эффективности разнополых кандидатов, отдавать предпочтение в плане служебного продвижения кандидатам-женщинам в сферах

деятельности государственных органов, где женщин меньше, чем мужчин, на данном должностном уровне, если только чашу весов в пользу кандидата-мужчины не перевесят соображения, учитывающие его личные качества (подчеркнуто автором), при том условии, что:

- этот нормативный акт в каждом отдельном случае гарантирует кандидатам-мужчинам, имеющим такую же квалификацию, как и женщины, что все кандидатуры станут предметом объективного рассмотрения, в ходе которого будут приняты во внимание все критерии, учитывающие личные качества кандидатов, и не будет отдано предпочтение кандидатам-женщинам, когда один или несколько из этих критериев перевешивают чашу весов в пользу кандидата-мужчины; и
- такие критерии не являются дискриминационными в отношении кандидатов-женщин".

35. Оспариваемое положение (вторая фраза в пункте 5 статьи 25 Закона о служащих от 1 мая 1991 года с последними поправками, внесенными 7 февраля 1995 года) гласит:

"В тех случаях, когда в сфере деятельности органа, полномочного решать вопросы служебного продвижения, численность женщин на соответствующих должностях меньше численности мужчин, женщины должны продвигаться по служебной лестнице на приоритетной основе, при условии равной квалификации, компетенции и профессиональной эффективности, если только чашу весов в пользу какого-либо кандидата не перевесят соображения, учитывающие личные качества этого кандидата" (подчеркнуто автором).

36. По мнению Суда, подобная "клаузула открытости" ("Öffnungsklausel") не отдает автоматически предпочтение женщинам и позволяет отступить от такого предпочтения, если "чашу весов в пользу кандидата-мужчины перевесят соображения, учитывающие его личные качества", в чем и заключается основное отличие данного случая от дела "Kalanke".

III. Выводы

37. Цель настоящей записки состоит лишь в том, чтобы привлечь внимание к некоторым основополагающим элементам, которые могут послужить отправным моментом при исследовании вопроса о позитивных действиях.

38. Помимо более углубленного анализа этих основополагающих элементов, следует провести обзор положений национальных конституций и законодательных актов о позитивных действиях, а также судебных решений, касающихся этих положений.

39. Предлагается поручить возможному специальному докладчику по этому вопросу обратиться к Верховному комиссару по правам человека с просьбой распространить краткий вопросник по данной проблеме среди государств-членов, международных и

неправительственных организаций с предложением направить ему соответствующие национальные материалы по этому вопросу.

40. Среди вопросов, требующих рассмотрения, можно, например, упомянуть следующие:

- a) взаимосвязь между запрещением дискриминации и позитивными действиями;
- b) рамки (временные? предметные? и т.д.) позитивных действий;
- c) наличие различий в области позитивных действий по критериям (расы, пола, языка и т.д.), позволяющим выделять группы, для которых предназначаются такие действия.

Список литературы

BOSSUYT, Marc, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, Bruxelles, 1976, 262 p.

_____, "The Principle of Equality in Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", de MESTRAL, Armand, The Limitations of Human Rights in Comparative Constitutional Law, Cowansville, Québec, 1986, pp. 269-290.

_____, "Article 14" in PETTITI, L. E., DECAUX, E & IMBERT, P-H., La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, Paris, Economica, 1995, p. 475 à 488.

RAMCHARAN, B G., "Equality and Non-Discrimination", HENKIN, Louis, The International Bill of Human Rights: The Covenant on Civil and Political Rights, New York, 1981, pp. 246-269.

TOMUSCHAT, Christian, "Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights", von MUENCH, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer, Berlin, 1981, pp. 691-716.

McKEAN, William, Equality and Discrimination under International Law, Oxford, 1983, 333 p.

McWHIRTER, Darie A., The End of Affirmative Action: Where do we go from there ?, New York, Birch Lane Press book, 1996, 188 p._

OPSAHL, Torkel, "Equality in Human Rights Law with particular reference to Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", Festschrift für F. Ermacora, Kehl, 1988, pp. 51-64.

RENAULD, Bernadette, "Les discriminations positives: Plus ou moins d'égalité ?", Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1997, p. 425 à 460.

VIERDAG, Egbert, The Concept of Discrimination in International Law, La Haye, 1973, 176 p.