



**ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2001/15
26 June 2001

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Подкомиссия по поощрению и защите прав человека
Пятьдесят третья сессия
Пункт 5 предварительной повестки дня

**ПРЕДУПРЕЖДЕНИЕ ДИСКРИМИНАЦИИ И ЗАЩИТА
КОРЕННЫХ НАРОДОВ И МЕНЬШИНСТВ**

Концепция и практика позитивных действий

Доклад о ходе работы, представленный Специальным докладчиком г-ном Боссайтом
в соответствии с резолюцией 1998/5 Подкомиссии

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
Введение.....	1 - 5	2
I. КОНЦЕПЦИЯ ПОЗИТИВНЫХ ДЕЙСТВИЙ.....	6 - 9	3
II. ЦЕЛЕВЫЕ ГРУППЫ: ВОПРОСЫ ЧРЕЗМЕРНОГО И НЕДОСТАТОЧНОГО ОХВАТА.....	10 - 19	4
III. ОЦЕНКА ОПРАВДАНОСТИ ПОЗИТИВНЫХ ДЕЙСТВИЙ..	20 - 45	10
IV. ФОРМЫ ПОЗИТИВНЫХ ДЕЙСТВИЙ	46 - 94	25
<u>Приложение: Вопросник о позитивных действиях.....</u>		48

Введение

1. В своей резолюции 1998/5 Подкомиссия постановила в силу того, что данный вопрос требует тщательного и всеобъемлющего исследования, назначить Марка Боссайта Специальным докладчиком, возложив на него задачу подготовки исследования по вопросу о концепции и практике позитивных действий, и уполномочила его просить Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека разослать правительствам, международным организациям и неправительственным организациям вопросник с предложением направить всю соответствующую национальную документацию по вопросу о позитивных действиях.

2. В своем решении 1999/106 Подкомиссия возобновила полномочия Специального докладчика на обращение с этой просьбой. Вопросник был разослан правительствам, международным организациям и неправительственным организациям.

3. Настоящий доклад представляется в соответствии с решением 2000/104 Подкомиссии, в котором Подкомиссия, ссылаясь на решение 1999/253 Экономического и Социального Совета, выразила признательность Специальному докладчику за представленный им предварительный доклад (E/CN.4/Sub.2/2000/11) и постановила просить Генерального секретаря напомнить получившим вопросник правительствам, международным организациям и неправительственным организациям о представлении своих ответов. В этой связи Специальный докладчик хотел бы выразить свою глубокую признательность правительствам Боливии, Гватемалы, Греции, Израиля, Испании, Колумбии, Ливийской Арабской Джамахирии, Объединенной Республики Танзания, Пакистана, Парагвая и Словацкой Республики, Таиланда, Тринидада и Тобаго, а также Международному бюро труда и Всемирному почтовому союзу за их существенные ответы на данный вопросник. Специальный докладчик хотел бы начать работу с этими материалами после получения большего количества ответов, с тем чтобы его очередной доклад был основан на максимально возможной информации. В этой связи он призывает правительства, международные организации и неправительственные организации, которые еще не сделали этого, представить ответы на вопросник. Сам вопросник прилагается к настоящему докладу для упрощения ссылки.

4. В предыдущем предварительном докладе были указаны два ограничения, установленные международным правом в отношении позитивных действий:

а) позитивные действия не должны приводить к дискриминации; и б) позитивные действия должны быть ограничены сроком.

5. В данном докладе о ходе работы основное внимание будет уделяться главным образом вопросам о том, кто должен получить выгоду от позитивных действий (целевая группа), что является оправданием для позитивных действий и какие формы могут принять позитивные действия.

I. КОНЦЕПЦИЯ ПОЗИТИВНЫХ ДЕЙСТВИЙ

6. "Позитивные действия" (affirmative action) - это часто используемый термин, но, к сожалению, не всегда с одним и тем же значением. В то время как для некоторых концепция "позитивных действий" охвачена также термином "позитивная дискриминация", исключительно важно подчеркнуть, что последний термин лишен всякого смысла. В соответствии с современной общей практикой использования термина "дискриминация" исключительно для обозначения "спорных различий" термин "позитивная дискриминация" является *contradictio in terminis*: либо указанное различие является оправданным и законным, поскольку оно не является спорным и не может именоваться "дискриминацией", либо указанное различие является неоправданным или незаконным, поскольку оно спорно, и не должно называться "позитивным". Напротив, термин "позитивные меры" (positive action) - термин, который более часто используется в Соединенном Королевстве, представляет собой эквивалент термина "позитивные действия". Во многих других странах подобные действия известны под названием "преференциальная политика", "оговорки", "компенсационное или справедливое распределение благ", "преференциальный режим" и т.д.

7. В качестве правовой концепции "позитивным действиям" отводится место как в рамках международного, так и национального права. В то же время - это концепция, не имеющая общепринятого правового определения. Любое серьезное обсуждение концепции позитивных действий требует, однако, в качестве предпосылки наличия рабочего определения:

"Позитивные действия - это последовательный комплекс мер временного характера, предназначенных конкретно для исправления положения членов целевой группы по одному или более аспектам их социальной жизни, с тем чтобы обеспечить эффективное равенство".

8. Политика позитивных действий может осуществляться различными действующими лицами, принадлежащими к государственному сектору, такими, как федеральное правительство или правительство на уровне штата или местном уровне, а также частному сектору, такому, как работодатели или учебные заведения.

9. В некоторых странах политика в области позитивных действий является добровольной и поощряется. В других странах она носит обязательный характер и за невыполнение этой обязанности предусмотрено наказание. Данная политика не ограничена сферами занятости и образования: она может охватывать также вопросы жилья, транспорта, избирательных прав, учебной подготовки, назначение на политические, исполнительные и судебные должности, предоставления контрактов или стипендий и т.д.

II. ЦЕЛЕВЫЕ ГРУППЫ: ВОПРОСЫ ЧРЕЗМЕРНОГО ИЛИ НЕПОЛНОГО ОХВАТА

10. Позитивные действия всегда направлены на определенную целевую группу, в состав которой входят отдельные лица, обладающие общей характеристикой, которая определяет их членство в данной группе, и считающие, что они находятся в неблагоприятном положении. Хотя подобная характеристика нередко является врожденной и неотъемлемой, как, например, пол, цвет их кожи, национальность или принадлежность к этническому, религиозному или языковому меньшинству, она необязательно должна всегда быть именно таковой. Объектами прошлых и существующих программ позитивных действий как таковых были женщины, лица с черной кожей, иммигранты, бедняки, инвалиды, ветераны, коренные народы, другие расовые группы, конкретные меньшинства и т.п.

11. Критическим вопросом, который также вызовет большое расхождение во мнениях, будет вопрос о том, каким образом принимать решение в отношении того, которая из групп находится в настолько неблагоприятном положении, что заслуживает предоставления ей особого режима. Несмотря на то, что непосредственные отношения в данной ситуации имеют определенные международные договоры, такие, как

Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации и Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, нередко именно национальное законодательство будет определять тех, кто может воспользоваться положениями, предусматривающими позитивные действия¹.

12. Позитивные действия нередко являются результатом совместного влияния двух факторов: i) существования устойчивого состояния несправедливости, которое не всегда признается в качестве такового, и ii) четкого изложения законного права на помощь представителями находящейся в неблагоприятном положении группы². Нередко группам будет не хватать политического влияния и поддержки для того, чтобы их признали в качестве находящихся в неблагоприятном положении³. Это приводит к недостаточному охвату программами позитивных действий.

¹ Например, в Соединенных Штатах Америки к числу "охраняемых" групп, которые должны получить пользу от позитивных действий, относятся следующие группы: американские индейцы или коренные жители Аляски - лица, связанные происхождением с любым из коренных народов Северной Америки и сохраняющие культурную самобытность благодаря принадлежности к племени или признанию общины; азиаты и жители тихоокеанских островов - лица, связанные происхождением с любым из коренных народов Дальнего Востока, Юго-Восточной Азии, Южной Азии, или жители островов Тихого океана; лица с черной кожей - лица, связанные происхождением с любой из групп черной расы Африки; латиноамериканцы - лица, связанные своей культурой и происхождением с Мексикой, Пуэрто-Рико, Кубой, Центральной или Южной Америкой или другими испаноговорящими странами, независимо от расы. В Южной Африке к числу целевых групп относятся чернокожее население (африканцы), лица, отнесенные к категории "цветных", и южноафриканцы, являющиеся выходцами из Индии, женщины и инвалиды. Более подробно по вопросу расовой самобытности в Южной Африке см. P.E. Andrews, "Affirmative action in South Africa: transformation or tokenism", *Law in Context*, 1999, pp. 91-93.

² См. M.O. Chibundu, "Affirmative action and international law", *Law in Context*, 1999, p. 21.

³ В Индии зарегистрированные касты и племена, доля которых составляет 20% общей численности населения страны, наделены специальными правами. Еще одна группа - так называемые отсталые с точки зрения социального и образовательного уровня классы, также получают помощь благодаря позитивным действиям. В отличие от зарегистрированных каст и племен они никогда не относились к числу четко определенной категории. В этой связи вопрос об их самобытности является предметом серьезных споров и поэтому нередко подлежит пересмотру. Несколько групп настолько активно пытались претендовать на получение этих прав, что были учреждены две национальные комиссии по делам отсталых групп населения в 1953 и 1979 годах, соответственно. Они были уполномочены подготовить списки групп, подлежащие рассмотрению с точки зрения принятия позитивных действий. Несмотря на то, что Индия внесла положения относительно позитивных действий в свою Конституцию с целью

13. Может также иметь место обратная ситуация. Группы могут быть классифицированы в качестве находящихся в неблагоприятном положении даже в том случае, если они не хотят считаться таковыми из-за опасения стигматизации или поскольку они не поддерживают осуществление позитивных действий. В той связи исключительно важное значение имеет согласие со стороны членов данной целевой группы.

14. Отправной точкой национального законодательства обычно является политика позитивных действий, предназначенная для конкретной находящейся в неблагоприятном положении группы. В то же время подобная политика нередко распространяется на другие группы. В связи с этим возникает вопрос о чрезмерном охвате, поскольку в некоторых случаях принадлежность к определенным группам по признаку расы, этнического происхождения или пола используется в качестве предлога для включения в неблагоприятную категорию. Подлинный характер связи между позитивными действиями и компенсацией за прошлую или общественную дискриминацию зависит от того, в какой степени критерии расы, этнического или расового происхождения действительно являются показателем социального зла, для ликвидации которого предназначена программа позитивных действий, а также того, насколько учет фактора расы, этнического происхождения или пола является надлежащим методом борьбы с дискриминацией. Может случиться так, что позитивные действия принесут пользу определенным лицам даже несмотря на то, что сами они не оказались в неблагоприятном положении в результате прошлой или общественной дискриминации⁴. Подобная

ликвидации кастовой системы, позитивные действия в отношении отсталых групп населения практически способствовали возрождению этой системы. В конечном итоге списки отражают лишь постоянный процесс отбора каст, который ограничивается лишь решением суда индийского штата о том, что отсталые группы не могут составлять более 50% общей численности населения. См. F. Zwart, "Positieve discriminatie and identiteipolitiek in India: grenzen aan sociale constructies", *Tijdschrift voor beleid, politiek en maatschappij*, 1999, No. 4, pp. 262-274; W.F. Menski, "The Indian experience and its lessons for Britain", in B. Hepple and E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, London, Mansell, 1992, pp. 300-343; O. Mendelsohn, "Compensatory discrimination and India's untouchables", *Law in Context*, 1999, vol. 15, No. 4, pp. 51-79; D.W. Jackson, "Affirmative action in comparative perspective: India and the United States", in T. Loenen, and P.R. Rodrigues, *Non-discrimination Laws: Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 249-263.

⁴ G. Moens, *Affirmative Action, the New Discrimination*, Sydney, The Centre for Independent Studies, 1985, pp. 81-82.

ситуация явилась причиной определенного обсуждения, особенно в Соединенных Штатах Америки⁵. Хотя первоначальным объектом позитивных действий являлись афро-американцы, со временем целью этой деятельности стала ликвидация неравенства других обездоленных групп, главным образом иммигрантов⁶. Возникает вопрос о том, заслуживают ли эти иммигранты, которые добровольно прибыли в Соединенные Штаты Америки, такой же защиты, что и афро-американцы, которых вынудили стать рабами⁷. По существу к числу охраняемых групп в Соединенных Штатах Америки входит ряд отдельных лиц, которые имеют различные юридические причины для предъявления требований о возмещении: потомки свободных иммигрантов, побежденных народов и рабов.

15. Другой проблемой является теория двух классов, в связи с которой возникает вопрос о том, кто действительно получает выгоду от проведения преференциальной политики. Как представляется, ими являются наиболее удачливые лица из состава групп, определенных в качестве бенефициаров, которые получают, по-видимому, больше всего благодаря осуществлению позитивных мер. Например, позитивные действия, объектом которых являются женщины, в большей мере приносят пользу белым женщинам среднего класса по сравнению с женщинами более низкого класса, принадлежащих к иной этнической группе. Кроме того, в тех случаях, когда помощь в результате позитивных действий получает широкая категория лиц, таких, как латиноамериканцы или американцы азиатского происхождения, некоторые этнические группы в рамках этих категорий получают больше выгоды по сравнению с другими группами, поскольку они уже имеют более высокий экономический, образовательный и профессиональный статус. Иными словами, бенефициарами программ позитивных действий являются, как правило, более богатые и менее обездоленные члены группы.

⁵ L. Newton, "Reverse discrimination as unjustified", *International Journal of Ethics*, 1973, vol. 83, pp. 311-312.

⁶ См. С. Hamilton, "Affirmative action and the clash of experimental realities", *The Annals*, 1992, vol. 523, pp. 10-18. Противоречивый опыт афро-американцев и иммигрантов также является причиной выдвижения различных политических требований и мнений в отношении того, что является достоянием общества.

⁷ N. Glazer, *Affirmative Discrimination: Ethnic Inequality and Policy*, New York, Basic Books Inc. Publishers, 1978, pp. 198-200.

16. Подобная теория двух классов может привести к появлению в рамках большинства еще одного "находящегося в неблагоприятном положении" или "подвергаемого дискриминации" меньшинства. Благодаря программам позитивной преференции появляются, вероятно, новые находящиеся в неблагоприятном положении группы. Действительно, те члены большинства, которые не получают желаемого социального блага вследствие программы позитивной преференции, принадлежат, вероятно, к самой нижней прослойке группы белого или мужского населения, в то время, как члены меньшинства, получающие выгоду от подобных программ, принадлежат, вероятно, к самому верхнему слою данного меньшинства или женской группы⁸. Подобная позитивная преференция вполне может явиться причиной переноса социального бремени с одной группы на другую.

17. Довольно сложным может оказаться установление того, принадлежит ли отдельное лицо к данной целевой группе. Например, насколько "чернокожим" должно быть какое-либо лицо, для того чтобы его квалифицировали как "чернокожего", с тем чтобы оно имело право на получение помощи в рамках планов позитивных действий? В том что касается иммигрантов, не всегда ясно, какие лица все еще соответствуют категориям иммигрантов в тех случаях, когда они принадлежат ко второму, третьему или четвертому поколению иммигрантов. Что можно сказать о детях от смешанных браков? Кроме того,

⁸ В публикации G. Moens, *op. cit.*, pp. 82-83, приводится следующее высказывание Сауэлла: "Для того чтобы обеспечить возможности для предоставления квот, из списков будут исключены не Рокфеллер или Кеннеди; этим человеком будет Дефунис или Бэки. Даже помимо личного влияния на принятие решений о приеме богатые могут дать своим детям такое частное образование, которое фактически обеспечит им экзаменационные оценки гораздо выше того уровня исключения, на котором приносятся жертвы. Точно так же, как те учащиеся, которые приносятся в жертву, принадлежат, вероятно, к низшему слою белой группы, точно так же избранные учащиеся из состава меньшинства относятся, вероятно, к верхней прослойке группы меньшинства. Короче говоря - это насильственная передача льгот от тех лиц, которые меньше всего способны получить их, тем лицам, которые меньше всего нуждаются в них".

уже отмечались случаи, когда отдельные лица или целые группы дают себе новые определения и претендуют на определенный статус, с тем чтобы получить помощь за счет мер, принимаемых в рамках позитивных действий⁹.

18. Некоторые лица высказываются в пользу создания нового закона о личном этническом и расовом статусе для определения тех, кто имеет право на эти льготы. Другие лица утверждают, что решающее значение имеют самовосприятие данной группы, а также ее восприятие в рамках более широкой общины, в которых данная группа существует. Подробное восприятие может, естественно, меняться с течением времени. В подобной ситуации особый интерес представляет Общая рекомендация VIII Комитета по ликвидации расовой дискриминации относительно толкования и применения пунктов 1 и 4 статьи 1 Международной конвенции о ликвидации расовой дискриминации¹⁰. После рассмотрения информации, содержащейся в докладах государств-участников, относительно способов причисления индивидуумов к той или иной расовой или этнической группе, Комиссия заявила, что такое причисление - при отсутствии обстоятельств, делающих его неправомерным, - должно осуществляться с учетом мнения соответствующего индивидуума.

19. Очевидно, что отбор и определение целевых групп для программ позитивных действий являются большой проблемой. Это свидетельствует о важном значении того, чтобы основой для позитивных действий являлась не только исключительная принадлежность к группе, но также и учет других факторов, таких, как социально-экономические факторы, с тем чтобы осуществлять проверку соответствия какого-либо лица критерию позитивных действий. Это означает необходимость более индивидуального подхода к позитивным действиям, предоставление возможностей

⁹ Например, лицо, мать которого носит испанскую фамилию, считает выгодным для себя изменить свою фамилию, поскольку в Соединенных Штатах Америки позитивные действия распространяются также на американцев с испанской фамилией. N. Glazer, *op. cit.*, p. 200. Комиссия по делам индейцев, учрежденная в 1953 году с целью подготовки списка отсталых групп для предоставления им помощи в рамках позитивных действий, столкнулась с проблемой высокопоставленных каст, отказывающихся от своего статуса и положения, "чтобы не лишиться государственной помощи". F. de Zwart, *loc. cit.*, p. 268.

¹⁰ См. HRI/Gen/1/Rev.1 (1994 год), часть III.

индивидууму скорее на основе индивидуальных потребностей, а не только на основе принадлежности к группе¹¹.

III. ОЦЕНКА ОПРАВДАНОСТИ ПОЗИТИВНЫХ ДЕЙСТВИЙ

20. Перед началом осуществления политики позитивных действий государства будут пытаться оправдать ее целесообразность перед общественным мнением. Те основания, которые приводятся в качестве оправдания, будут главным образом зависеть от конкретной социальной ситуации в данном государстве. Некоторые из наиболее общих оправдательных оснований будут рассмотрены ниже наряду с контраргументами против них¹².

A. Исправление или ликвидация исторической несправедливости

21. Цель заключается в компенсации международной или конкретной дискриминации в прошлом, которая до сих пор имеет последствия. Определенные группы, находящиеся в неблагоприятном положении, подвергались дискриминации в течение длительных периодов времени, из-за чего их наследники оказались в непривилегированном положении в силу, например, плохого образования и профессиональной подготовки. Чибунду утверждает, что в подобном случае позитивные действия будут носить коллективный характер, восстанавливая для группы то положение, в котором она находилась бы, если бы в прошлом в отношении ее не была совершена несправедливость. В то же время он говорит далее о том, что в редких случаях можно с математической точностью убедительно показать причинную связь между причиненным в прошлом

¹¹ В Малайзии бедные китайцы и индийцы, работающие в сельской местности в качестве сельскохозяйственных рабочих, сборщиков каучука или шахтеров, а также в городах в качестве прислуги, эксплуатируются в такой же степени, что и выполняющие аналогичную работу малайцы. Все они являются жертвами внутрисетевой, а также межсетевой эксплуатации. Согласно Филиппу "Эксплуатация - это вопрос класса и власти, а также расы, вопрос в равной мере экономики и этнической принадлежности". Хотя малайцы получают выгоду от позитивных действий, последние предназначены в большей мере для малайских и немалайских верхних классов. В этой связи Филипп выступает за эффективную целенаправленность, основанную скорее на сочетании классовых принадлежности и месторасположения, а не принадлежности к этническим группировкам. E. Philips, "Positive discrimination in Malaysia: a cautionary tale for the United Kingdom", in B. Hepple and E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, London, Mansell, 1992, pp. 352-353.

¹² Общий обзор данного вопроса см. G. Pitt, "Can reverse discrimination be justified?" in B. Hepple and E. Szyszczak, op.cit, pp. 281-299; C. McCrudden, "Rethinking positive action", *Industrial Law Journal*, 1986, vol. 15, pp. 219-243.

вредом и нынешней недопредставленностью¹³. Тем не менее в тех случаях, когда можно показать наличие определенной причинной связи между неправомерными действиями в прошлом и нынешней недопредставленностью, могут быть предприняты позитивные действия, несмотря на то, что их прямыми конкретными бенефициарами необязательно должны быть лица, точно соответствующие фактическим жертвам дискриминации в прошлом¹⁴.

22. Подобное оправдание использовалось и по-прежнему используется главным образом в Соединенных Штатах Америки для поддержки государственной политики, направленной на "ликвидацию существующих последствий прошлой расовой дискриминации" в отношении афроамериканцев. В Соединенных Штатах Америки программы позитивных действий впервые появились в соответствии с Административным указом 10925 президента Джона Ф. Кеннеди от 1961 года и Административного указа 11426, подписанного президентом Линдоном Джонсоном в 1965 году¹⁵. В качестве таковой Комиссия по гражданским правам Соединенных Штатов Америки заявила следующее: "Позитивные действия включают любую меру помимо простого прекращения дискриминационной практики, которая принимается для исправления или компенсации прошлой или нынешней дискриминации или для

¹³ M.O. Chibundu, *loc.cit.*, pp. 18-19.

¹⁴ Например, планом позитивных действий может предусматриваться наем работодателем определенного процента новых принадлежащих к меньшинству работников в соответствии с определенным графиком. Хотя в прошлом данный работодатель мог, вероятно, осуществлять дискриминацию в отношении, например, афроамериканцев, новым, недавно принятым на работу афроамериканцам, которые ранее никогда не обращались с просьбой о получении работы у данного работодателя, нет необходимости быть именно теми лицами, которые пострадали от осуществляемой данным работодателем дискриминационной практики в прошлом, для того чтобы иметь право на получение льгот.

¹⁵ В выступлении президента Линдона Джонсона, посвященном цели программы позитивных действий, говорилось следующее: "Вы не уничтожите шрамы, которые наносились веками, заявляя: "А сейчас вы свободны идти в любом направлении и делать все, что вы пожелаете...". Вы не можете освободить человека, который в течение многих лет был закован в цепи, подведя его к стартовой линии забега, сказав ему после этого: "Вы свободны конкурировать со всеми остальными", и при этом справедливо полагать, что вы были абсолютно честными... Мы стремимся... не просто к равенству как праву и теории, а к равенству как факту и равенству как результату". Отрывок из выступления президента Джонсона перед выпускниками Университета Хауарда в июне 1965 года, приведенном в S.M. Cahn (ed.), *The Affirmative Action Debate*, London, Routledge, 1995, p. xii.

предотвращения повтора дискриминации в будущем"¹⁶. Такое же логическое обоснование используется, например, правительством Австралии в связи с его политикой позитивных действий в отношении австралийских аборигенов.

23. В то же время противники этой политики утверждают, что может, вероятно, возникнуть спор о том, является ли данная проблема неблагоприятного положения проблемой дискриминации в настоящее время или все еще существующих последствий дискриминации в прошлом. Хотя предпринимается попытка представить современные беды пострадавших в свое время групп в качестве результата этого причиненного зла, Сауэлл считает, что это причинная обусловленность моральными соображениями способствует внесению путаницы. Он полагает, что то социально-экономическое положение, в котором группы данного общества находятся в настоящее время, зачастую не имеют никакого отношения к тому вреду, который был им причинен в исторической перспективе¹⁷. Невозможно отрицать, что в рамках программ позитивных действий будет весьма трудно провести проверку степени приближения причин обусловленности, а стоимость установления подобной непосредственной причины вполне может свести на нет ту пользу, которая может быть, вероятно, извлечена¹⁸. Еще более трудно будет сделать это в рамках правовой системы, в которой иски рассматриваются скорее в качестве индивидуальных, а не коллективных, в результате чего трудно показать наличие связи между причинением вреда в прошлом и наличием прав в настоящее время. Кроме того, кто должен определять надлежащую компенсацию? И насколько далекое прошлое необходимо учитывать? Все это ставит под вопрос целесообразность политики, направленной на анализ прошлого.

24. В то же время Чибунду оспаривает тот факт, что наличие связи между прошлым вредом и настоящими потребностями не может быть быстро установлено, является доводом не против позитивных действий, а против их оправдания. Перспективное оправдание, на котором основаны, например, претензии афроамериканцев в отношении справедливого распределения благ исходя не из прошлых, а прагматических потребностей

¹⁶ Комиссия по гражданским правам США, Заявление по позитивным действиям, октябрь 1977 года, стр. 2, приведенное в W.L. Taylor and S.M. Liss, "Affirmative action in the 1990s: staying the course", *The Annals*, 1992, vol. 523, p. 31.

¹⁷ T. Sowell, *Preferential Policies, and International Perspective*, New York, William Morrow and Company Inc., pp. 148-150. Натан Глейзер (Nathan Glazer) (*op. cit.*, p. 201) утверждает, что компенсация за прошлое - это опасный принцип. Рамки его действия могут бесконечно расширяться, и он может стать причиной постоянных проблем.

¹⁸ M.O. Chibundu, *loc. cit.*, pp. 18-19.

сегодняшнего дня и будущих перспектив, создаст меньше проблем с точки зрения приемлемости позитивных действий¹⁹.

В. Ликвидация социальной/структурной дискриминации

25. Факт по-прежнему существующих несоответствий в образовательном, социальном, экономическом и прочем статусе свидетельствует о том, что предоставление равных прав всем лицам перед законом устанавливает формальное равенство, но является недостаточным для решения должным образом вопроса о существующей в обществе практике, которая ведет к структурной дискриминации. По существу понятие структурной дискриминации включает все виды мер, процедур, действий или правовых положений, которые являются номинально нейтральными в отношении расы, пола, этнической принадлежности и т.д., но которые имеют несоразмерно неблагоприятные последствия для находящихся в неблагоприятном положении групп без какого-либо объективного того оправдания. Подобная форма дискриминации может осуществляться двумя путями: можно умышленно скрывать свои собственные намерения, прикрываясь объективными критериями; или вполне можно действовать добросовестным образом при найме работников определенного профиля. Тем не менее результатом той и другой практики является косвенная или скрытая дискриминация. Например, требование о минимальном росте может поставить в несоразмерно неблагоприятное положение женщин и лиц азиатского происхождения и может являться неоправданным требованием при приеме на работу в тех случаях, когда нет никакой объективной необходимости в подобном требовании, равно как и в физических тестах или проверке умения писать. Подобная дискриминация не всегда поддается обнаружению по внешним проявлениям. Традиционная концепция принципа недискриминации характеризуется лишь нейтральной

¹⁹ *Ibid*, p. 34. См. также В. Parekh, "A case for positive discrimination" in В. Hepple and E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, London, Mansell, 1992, pp. 265-268: "Разделенное прошлое не может обеспечить общего настоящего и общего будущего, пока нынешнее поколение не найдет пути к умиротворению своих потерпевших ущерб и принявших мучения жертв".

позицией, т.е. равенством де-факто, и является основанием для возмещения лишь очевидной или прямой дискриминации²⁰.

²⁰ Верховный суд Соединенных Штатов Америки и Европейский суд разработали прецедентное право, в рамках которого успешно рассматриваются дела о косвенной дискриминации. При рассмотрении дела *Griggs v. Duke Power Co.* (401 U.S. 424, 1971) была создана теория неблагоприятных или несоизмеримых последствий, в соответствии с которой работодатели несут ответственность за разнообразные последствия неоправданной практики найма на работу независимо от конкретного намерения работодателя. Компания "Дьюк пауэр Ко." находилась в Северной Каролине - южном штате с существовавшей длительное время системой образования для афроамериканцев, которая характеризовалась сегрегацией и низким уровнем обучения. В результате подобной политики в области образования гораздо большее количество афроамериканцев по сравнению с белыми не получали аттестатов об окончании средней школы и в этой связи не подходили для многих видов предпочитаемой работы. В поданном истцами заявлении ничего не говорилось о том, что данная компания намеревалась осуществлять дискриминацию в отношении афроамериканцев, вместо этого они мотивировали свой иск последствиями данной практики. В единогласно принятом и кратком решении Верховный суд США определил, что подобная политика может быть оспорена в соответствии с разделом VII Закона о гражданских правах 1964 года, основанного на последствиях подобной практики. В разъяснении Суда говорилось: "Конгресс направлял действие данного закона на последствия практики найма на работу, а не просто на мотивировку. Помимо этого Конгресс возложил на работодателя бремя доказывания того, что любое данное требование должно характеризоваться четко выраженной связью с данным видом работы". В то же время Верховный суд ограничил действие теории "несоизмеримых последствий" в связи с делом *Wards Cove Packing Co. v. Antonio* (490 U.S. 642, 1989), в результате чего было затруднено доказывание заявлений о косвенной дискриминации, поскольку владельцам коммерческих предприятий стало легче оправдывать политику, имеющую несоизмеримые последствия. В то же время в 1991 году был принят Закон о гражданских правах, в который впервые в прямой форме была полностью включена теория несоизмеримых последствий, полностью соответствующая рамкам раздела VII Закона о гражданских правах 1964 года. Суд Люксембурга сделал ссылку в своем решении на дело *Griggs* в своем историческом решении по делу *Bilka Kaufhaus v. Weber von Hartz* (CJ 13 May 1986, case 170/84, ECR 1986, 1607). Это дело было связано с исключением занятых неполный день рабочих из плана пенсионного обеспечения крупного универмага. Г-жа Уэбер оспорила эту практику исключения на основании права на равную оплату, закрепленного в законодательстве Европейского сообщества. Хотя данная политика сама по себе является нейтральной в гендерном отношении, она в большей степени сказывается отрицательным образом на положении женщин по сравнению с мужчинами, поскольку большую часть работников, работающих неполный день, составляют женщины. Суд постановил, что право на равную оплату "нарушено владеющей универмагом компанией, которая исключает занятых неполный день работников из плана пенсионного обеспечения работающих в ней лиц, при этом подобное исключение в гораздо большей степени отрицательно сказывается на гораздо большем количестве женщин по сравнению с мужчинами, если только данное предприятие не докажет, что подобное исключение основано на объективно оправданных факторах, не связанных с какой-либо дискриминацией по признаку пола". Суд

квалифицировал далее подобное требование "объективного оправдания" на основе требования о том, чтобы данная мера или практика соответствовала "реальной потребности предприятия" и в этой связи была "надлежащей и необходимой". В последующих случаях этот критерий применялся аналогичным образом к косвенной дискриминации со стороны государства, например посредством дискриминационного законодательства, при этом требование "реальные потребности" было заменено более общим требованием о "законной цели". Вкратце установление факта косвенной дискриминации осуществляется в два этапа: представление доказательств неблагоприятных несоизмеримых последствий для конкретной группы и представление доказательств отсутствия какого-либо объективного оправдания. Доказанность прямой дискриминации определяется посредством проведения сравнения между индивидуумами, в то время как доказанность косвенной дискриминации связана с проведением сравнения между группами. Более подробно см. T. Loenen, "Indirect discrimination: oscillating between containment and revolution", in T. Loenen and P.R. Rodrigues, (eds), *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 195-211; M. Selmi, "Indirect discrimination: a perspective from the United States", in T. Loenen and P.R. Rodrigues, (eds), *op. cit.*, pp. 213-222; B. Vizkelety "Adverse effect discrimination in Canada: crossing the Rubicon from formal to substantive equality", in *op. cit.*, pp. 223-236; I. Sjerps, "Effects and justifications. Or how to establish a prima facie case of indirect sex discrimination", in *op. cit.*, pp. 237-263. В наиболее важных документах по правам человека, посвященных вопросу дискриминации, а именно Конвенции МОТ о дискриминации в области труда и занятий 1958 года, Конвенции ЮНЕСКО о борьбе с дискриминацией в области образования 1960 года и Международной конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, содержится запрет дискриминации, которая определяется как действие, которое имеет "дискриминационную цель" или "следствие". Таким образом, совершенно четко определяется, что "намерение" не является необходимым условием для установления факта дискриминации. Ссылка на "следствие" снимает необходимость доказывания дискриминационного намерения или "цели" и указывает на то, что косвенная дискриминация также запрещается в соответствии с законодательством в области прав человека. В своем особом мнении по делу *South West Africa* судья Танака заявил следующее: "Запрет произвола означает чисто объективный факт, а не субъективное условие соответствующих лиц. Соответственно, произвол может оцениваться без учета... мотива или цели" (Dissenting Opinion of Judge Tanaka, *South West Africa* (2nd phase), Judgement of 18 July 1966, I.C.J. Report, 1966, p. 306). Аналогичное мнение существует в отношении статьи 2 Международного пакта о гражданских и политических правах и статьи 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах. В своем Замечании общего порядка 18 Комитет по правам человека определяет понятие "дискриминация" как означающее "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" (HRI/GEN/1/Rev.1, часть I, Комитет по правам человека, Замечание общего порядка 18, пункт 7). Это определение нашло отражение в прецедентном праве Комитета, хотя не совсем последовательным образом. Например, его соображения по делу *K. Singh*

26. Оппоненты высказывают сомнение в отношении того, сводится ли вообще данная проблема к вопросу структурной дискриминации или она вызвана сочетанием других факторов. В тех случаях, когда социальная проблема имеет глубокие корни, ни принцип недискриминации, ни позитивные действия не будут способствовать интеграции находящихся в неблагоприятном положении групп. Например, почти полное отсутствие возможностей для получения доступа к образованию и особенно образованию высокого качества может привести к широко распространенной неспособности конкурировать эффективным образом при найме на работу. В рамках дополнительных мероприятий по улучшению положения, таких, как программы по уменьшению масштабов бедности, придется находить решение других аспектов данной социальной проблемы. В подобном случае государству приходится перераспределять ресурсы в целях обеспечения правоприменения, а также осуществления мероприятий, касающихся средств судебной защиты, и более масштабных мероприятий, с тем чтобы обеспечить, например, доступ к качественному образованию.

27. С точки зрения сторонников подобных действий этот аргумент о справедливом распределении благ сам по себе является разновидностью позитивных действий, поскольку ресурсы будут выделяться на благо определенной группы для обеспечения того, чтобы эта группа фактически была в равном положении. В этом случае перераспределение представляет собой политическое средство, осуществляемое в интересах находящихся в неблагоприятном положении групп. Кроме того, нельзя сказать, что оно связано с дискриминацией, поскольку экономическое бремя перераспределения ресурсов ложится на общество в целом.

Bhinder v. Canada свидетельствуют о том, что очевидные случаи косвенной дискриминации будут являться нарушением Международного пакта о гражданских и политических правах (A/45/40, том II, приложение IX, раздел E, Сообщение № 208/1986). И наконец, Комитет по ликвидации расовой дискриминации заявляет следующее: "Давая оценку результатам тех или иных действий с точки зрения их соответствия Конвенции, Комитет будет стремиться определить, не ставят ли такие действия в неоправданно неравное положение ту или иную группу, отличающуюся по признаку расы, цвета кожи, родового, национального или этнического происхождения". (HRI/GEN/1/Rev.1, часть III, Комитет по ликвидации расовой дискриминации, Общая рекомендация XIV относительно пункта 1 статьи 1 Конвенции, пункт 2). См. также Lord Lester of Herne Hill and S. Joseph, "Obligations of non-discrimination", in D. Harris and S. Joseph, *The International Covenant on Civil and Political Rights and the United Kingdom Law*, Oxford, Clarendon Press, pp. 575-576 and A.F. Bayefsky, "The principle of equality or non-discrimination in international law", *Human Rights Law Journal*, 1990, pp. 8-10.

C. Обеспечение разнообразия или пропорционального представительства групп

28. В последнее время американские ученые-теоретики и другие ученые в области расовых проблем выдвинули еще одно теоретическое обоснование для позитивных действий, суть которого заключается в том, что наличие расового и этнического разнообразия в рамках учебной и рабочей среды является необходимым компонентом справедливого общества²¹. Они считают фактически, что разнообразная в расовом и этническом отношении среда является отражением более масштабного общества и способствует более представительной и обширной концепции сообщества. "Позитивное разнообразие" является, по их мнению, более эффективным подходом к обеспечению справедливой компенсации для расовых и этнических меньшинств, и в этой связи они приводят довод о необходимости проводить различие между разнообразием как логическим обоснованием расовых преференций и позитивными действиями.

29. Понятие разнообразия в качестве оправдания расовых преференций в контексте высшего образования впервые появилось при рассмотрении дела *DeFunis v. Odegaard* (416 U.S. 312, 1974)²². В своем особом мнении судья Дуглас указал, что ему представляется очевидным то, что использование расовых преференций для целей судебной защиты противоречит практике Верховного суда, если "не учитываются нормы культуры скорее разнообразного, а не однородного общества". Это обоснование разнообразия было применено затем при рассмотрении дела *Regents of the University v. Bakke* (438 U.S. 265, 1978). Судья Пауэл, изложивший мнение большинства, выдвинул аргумент о том, что раса может быть использована в качестве одного из многочисленных факторов в процессе принятия решений о приеме в учебные заведения. Допустимая цель заключалась в том, что университет был заинтересован иметь разнообразный студенческий состав. Считалось, что к числу свобод учебного заведения относится право на выбор студентов, с тем чтобы благодаря различным студентам обеспечивался

²¹ Более подробно см. T.L. Banks, "Equality, affirmative action and diversity in the United States"; Lawrence C.R. and Matsuda M.J., *We Won't Go Back: Making the Case for Affirmative Action*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1997.

²² В данном случае Верховный суд отказался заниматься непосредственным рассмотрением вопроса о допустимости расовых преференций, приняв вместо этого постановление, согласно которому данный вопрос является спорным, поскольку истец - Марко Дефунис завершит свое юридическое образование даже в том случае, если проиграет дело.

разнообразный по своему происхождению состав учащихся в студенческом городке и чтобы любое лицо могло повысить свой образовательный уровень²³.

30. Аналогичным образом в Законе о гражданской службе Австралии 1978 года говорится о том, что его цель заключается в обеспечении "рабочей силы с учетом национального разнообразия", имея при этом в виду пропорциональное представительство групп²⁴.

²³ Концепция разнообразия позднее подверглась критике в нескольких федеральных судах. Обоснованность разнообразия как цели была поставлена под сомнение федеральным апелляционным судом при рассмотрении дела *Hopwood v. Texas* (78 F 3d 932, 5th Cir 1996, cert denied, 135 L Ed 1094, 1997). Суд пришел к выводу о том, что расовое разнообразие в системе высшего образования не является обязательной государственной необходимостью и не соответствует концепции приема в учебные заведения согласно критериям равенства рас или сообразно имеющимся достоинствам. См. также *Podberesky v. Kirwan* (38 F 3d 52, 4th Cir 1994, cert denied, 131 L Ed 1002, 1995). S. Thernstrom, "The scandal of the law schools", *Commentary*, December 1997, pp. 27-31. Кроме того, в 1996 году Совет регентов Университета Калифорнии проголосовал за запрет использования критериев расы, религии, пола, цвета кожи, этнического или национального происхождения при принятии решений о приеме на учебу, найме на работу или представлении контрактов в девяти публичных университетских городках Университета Калифорнии. См. также "Предложение 209" Калифорнии, запрещающее расовые предпочтения в системе высшего образования. См. также публикации ученых, имеющих противоположное мнение, которые заявляют, что использование расовых предпочтений в системе высшего образования является совершенно неэффективным и в большинстве случаев ведет к появлению вопиющего двойного стандарта. Предоставление студентам из числа меньшинств возможности добиться определенного положения в жизни благодаря их собственным достоинствам будет способствовать созданию более здорового расового климата. Кроме того, они считают, что обсуждение вопроса о предпочтениях в системе высшего образования отвлекает внимание от реальной проблемы, а именно все большего разрыва в показателях успеваемости учащихся разных рас в начальных и средних школах. По мнению этих ученых, до тех пор пока будет существовать подобный разрыв, усилия, направленные на обеспечение равных условий на уровне колледжа, будут обречены на провал. Еще одна проблема заключается в отсутствии согласованности в отношении вопроса о том, какой уровень "разнообразия" является достаточным и насколько большой ущерб может быть нанесен другим индивидуумам. S. Thernstrom and A. Thernstrom, "Racial preference: what we now know", *Commentary*, February 1999, pp 44-50.

²⁴ G. Moens, op. cit., pp. 30-31.

D. Аргументы в пользу социальной целесообразности²⁵

31. Сторонники позитивных действий нередко указывают на многочисленные социальные задачи, которым будет, вероятно, служить подобная политика. Четко сформулированная политика позитивных действий повысит благосостояние многих людей различным образом.
32. Позитивные действия могут, вероятно, привести к лучшему обслуживанию находящихся в неблагоприятном положении групп в том смысле, что специалисты из числа этих групп лучше знают и понимают проблемы, имеющие неблагоприятные последствия для этих групп. Кроме того, в тех случаях, когда представители находящихся в неблагоприятном положении групп занимают должности, дающие власть и влияние, интересы всех этих групп будут восприниматься и защищаться более эффективно. Справедливое и весомое представительство интересов указанных групп в различных областях, таких, как занятость или образование, будет способствовать повышению социальной и политической эффективности в этих областях.
33. Еще один аргумент заключается в том, что позитивные действия могут предоставить находящимся в неблагоприятном положении общинам образцы для подражания, благодаря которым у них появятся важные стимулы и мотивировка. Кроме того, более широкое участие членов находящихся в неблагоприятном положении групп в различных социальных системах разрушит порочный стереотип и предрассудки, которые до сих пор имеют глубокие корни во многих обществах.
34. В то же время имеются также контраргументы. Помимо вопросов более теоретического характера, таких, как необходимая процедура определения понятия социального благосостояния, существуют более практические вопросы. Многие лица утверждают, что позитивные действия подобного рода создают угрозу для качества. В случае преференциального отношения к менее квалифицированным работникам, основанного исключительно на их групповой принадлежности, возникает опасность усиления стереотипа вместо достижения обратного эффекта из-за, например, снижения эффективности в промышленности и сфере образования, вызванного понижением

²⁵ Более подробно см. К. Greenawalt, *Discrimination and Reverse Discrimination*, New York, Borzoi Books in Law and American Society, 1983, pp. 52-70; R.K. Fullinwider, *The Reverse Discrimination Controversy, a Moral and Legal Analysis*, New Jersey, Rowman and Littlefield, 1980, pp. 18-29; and I. Glasser, "Affirmative action and the legacy of racial injustice", in P.A. Katz and D.A. Taylor, *Eliminating Racism, Profiles in Controversy*, New York, Plenum Press, 1988.

квалификационных стандартов. Фактически это может привести к укоренению принципов мышления, основанных на расовых критериях.

Е. Предотвращение социальных беспорядков

35. Нельзя забывать о том, что программы позитивных действий - от специальных программ для неблагоприятных районов и программ преференций по гендерному признаку Европейского союза до программ региональных квот Индии и Нигерии - активно используются как для целей поощрения интересов неимущих членов общества, так и для уравнивания внутренних факторов неравенства экономической мощи и политической власти, с тем чтобы обеспечить предотвращение социальных беспорядков²⁶.

36. В 60-е годы Соединенным Штатам Америки пришлось столкнуться с различными социальными беспорядками, которые явились полной неожиданностью для многих американцев не только из-за того, что они происходили главным образом в городах северных штатов, но также и потому, что они имели место после вступления в силу Закона о гражданских правах, а также Закона об избирательных правах в 1964 и 1965 годах, соответственно. Этими законами было окончательно запрещено проводить какие-либо различия на основе расы, и сообществу чернокожих американцев было предоставлено право на участие в голосовании; тем не менее этого было все же недостаточно для многих воинственно настроенных черных лидеров. После весьма кровопролитных и насильственных волнений в Уоттсе в 1965 году политики Соединенных Штатов Америки сочли, что подобная ситуация является достаточно опасной для того, чтобы были приняты действия с их стороны. Как президент Джон Кеннеди, так и президент Линдон Джонсон понимали, что расовые отношения в Соединенных Штатах Америки никогда не доходили до столь опасной черты. Помимо разработки программ по борьбе с бедностью, таких, как знаменитая программа президента Джонсона под названием "Война с бедностью", была предпринята попытка снижения безработицы среди черного населения посредством осуществления масштабных программ позитивных действий, таких, как введение противоречивых квот. По словам президента Джонсона: "Вы можете предоставить этим людям работу, и у вас не будет революции из-за того, что о них позабыли. Если у них есть работа, они не будут бросать бомбы в

²⁶ См. M.O. Chibundu, loc. cit., pp. 31-32. См. также документ, подготовленный F. de Varenes, "*Minority rights and the prevention of ethnic conflicts*" (E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/CRP.3).

ваши дома и предприятия. Пусть они будут постоянно заняты, и у них не будет времени для того, чтобы сжигать ваши автомашины"²⁷.

37. В то же время Сауэлл отвергает мнение о том, что равномерное распределение групп по секторам экономики ведет к уменьшению социальных трений и враждебности. Он заявляет, что история показывает обратное и что подобная политика может быть даже чревата снижением производительности²⁸. Иллюстрацией подобного предупреждения являются события в Малайзии.

38. Приблизительно в 1969 году в Малайзии стало очевидно, что лишь небольшая группа правящей элиты извлекает выгоду из планов позитивных действий, в то время как общая экономическая ситуация в Малайзии является неблагоприятной. Вспыхнули различные серьезные расовые волнения, работа парламента была приостановлена и до 1971 год в Малайзии правил Национальный совет управления (НСУ). В 1971 году был принят Закон о поправке к Конституции. Он разрешил на постоянной основе определенные "чувствительные" вопросы, вокруг которых шли правовые публичные дебаты, такие, как язык, гражданство и особое положение малайцев, посредством включения положений по этим вопросам в статьи Конституции, а также внесения поправок в Закон о подстрекательстве к мятежу 1948 года, вследствие чего в настоящее время подстрекательским, причем даже в парламенте, считается оспаривание принципа, лежащего в основе решения этих "чувствительных" вопросов. Преступлением стало считаться даже обсуждение статьи 153 Конституции (см. пункт 41 ниже) и положений о позитивных действиях, сфера которых была распространена на Малайзию. Цель этих поправок, которые до сих пор поддерживаются судами²⁹, заключалась в "предотвращении расовой агитации, которая способствовала расовым беспорядкам".

²⁷ Цитируется по J.D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996, p. 113.

²⁸ T. Sowell, *op. cit.*, pp. 153-156.

²⁹ При рассмотрении дела *Fan Yew Teng v. Public Prosecutor*, Федеральный суд оставил в силе приговор за подстрекательскую публикацию статьи, в которой содержалась критика в адрес правительства за якобы пристрастную позицию в отношении малайцев. Суд постановил, что "эти положения не могут ставиться под сомнение и обязательно должны быть направлены на оказание помощи лицам, находящимся в менее благоприятном или удачном положении в свете тех обстоятельств, которые доминируют в стране в период независимости". Цитируется по публикации E. Philips "Positive discrimination in Malaysia: a cautionary tale for the United Kingdom", in B. Hepple and E. Szyssszak, *Discrimination: the Limits of the Law*, London, Mansell, 1992, p. 352.

F. Повышение эффективности социально-экономической системы

39. Некоторые экономисты утверждают, что ликвидация дискриминации в отношении находящихся в неблагоприятном положении групп будет служить повышению эффективности и большей справедливости социально-экономической системы. Функционирование рынка труда может быть оптимизировано, если будут исправлены существующие недостатки, вызванные неразумными предубеждениями³⁰. В Соединенных Штатах Америке и Канаде позитивные действия поощряются в качестве "полезных для предпринимательской деятельности", и несколько компаний поставили в качестве деловой задачи достижение равных возможностей³¹. В то же время не следует забывать о том факте, что такие финансовые льготы, как сокращение налогов, выплата компенсации или правительственные контракты, предоставляются компаниям или учреждениями, которые осуществляют политику позитивных действий; с другой стороны, следует помнить о том, что санкции могут применяться в отношении тех компаний или учреждений, которые не соответствуют критериям подобной политики³².

G. Средство создания нации

40. В момент появления нового государства предпринимаются усилия для создания более эгалитарного общества и введения общего гражданства для укрепления его суверенитета. Примерами подобных усилий являются государства, которые получили свою независимость после долгого периода колонизации. Эти государства оказались разделенными в результате этнического конфликта или столкнулись с наличием нескольких отсталых групп.

41. В 1957 году Конституционная комиссия Малайзии признала уязвимое положение малайцев по отношению к немалайцам, таким, как китайцы и индийцы, в руках которых было сосредоточено большое экономическое могущество. Интересным является тот факт, что Комиссия объяснила факт осуществления позитивных действий главным образом

³⁰ См. P.A. Samuelson, *Economics*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1970, pp. 780-794.

³¹ См. M. Triest, "Positieve actie en arbeidsmarkt" in de B. Graeve and others, *Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangbehandeling voor vrouwen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, p. 19.

³² См. G.C. Loury, "Incentive effects of affirmative action", *The Annals*, 1992, vol. 523, pp. 19-22; W.B. Reynolds, "Affirmative action and its negative repercussions", *The Annals*, op. cit., pp. 38-49.

колониальной политикой. Как отмечается Филиппом, это является хорошей иллюстрацией ситуации, когда позитивные действия применяются скорее в качестве компенсации за отсутствие развития, а не используются в качестве средства защиты от дискриминации в прошлом³³. Согласно рекомендации Конституционной комиссии необходимо было продолжать осуществление позитивных действий в силу доминирующих обстоятельств: "Малайцы оказались бы в весьма невыгодном положении по сравнению с другими общинами, если бы они неожиданно оказались в изоляции. Однако благодаря объединению различных общин в рамках единой национальной принадлежности, которая, как мы верим, постепенно образуется, будет поэтапно ликвидирована потребность в подобных преференциях". Конституционная комиссия сформулировала свои рекомендации на основе положений о позитивных действиях Конституции Индии, которые в настоящее время содержатся в статье 153 Федеральной конституции Малайзии. Ее положения главным образом касаются резервирования разрешений или лицензий на ведение любого вида торговли или предпринимательской деятельности для малайцев и коренных жителей штатов Сабах и Саравак, а также резервирования для них мест в любом университете, колледже или других учебных заведениях.

42. Филипс излагает свое мнение по поводу того, почему немалайцы согласились с введением в действие статьи 153. Оно явилось результатом неофициальной "сделки", заключенной между тремя основными политическими партиями. "Лидеры этих трех партий пришли к соглашению о том, что малайцы как коренная раса должны быть признаны в качестве "первых среди равных" и должны получить доминирующие позиции в плане политического контроля. В свою очередь немалайцам было обещано, что никто не будет вмешиваться в их экономическую деятельность. В качестве компенсации предоставления малайцам особых прав немалайцы получают право на пересмотр благоприятным образом положений относительно гражданства, включая введение принципа приобретения гражданства по месту рождения в Федерации после получения независимости". Было достигнуто соглашение о том, что содержащиеся в статье 153 положения "об особых правах" останутся в силе в течение 15 лет с даты получения независимости. Однако развитие событий и, в частности, расовые волнения в 1969 году привели к отмене 15-летнего срока. В настоящее время статья 153 является постоянной нормой Конституции.

³³ E. Philips, *op. cit.*, pp. 344-356.

43. В Конституции Нигерии 1979 года предусмотрено обязательство по активному поощрению национального объединения более чем 100 различных этнических групп. Для обеспечения предотвращения какого-либо доминирующего положения нескольких групп над всеми остальными действует система квот, которая обеспечивает распределение государственных должностей между гражданами 21 штата Федерации. Например, в составе правительства должно быть по одному представителю от каждого штата, а состав армии должен отражать федеральное устройство Нигерии. Наличие 21 штата не соответствует количеству различных этнических групп, поскольку цель заключалась в том, чтобы на место верности этническим интересам пришла верность на региональном и политическом уровне, основой которой являются органы местной власти³⁴.

44. После проведения имеющих историческое значение выборов 1994 года правительству Южной Африки пришлось столкнуться с колоссальными проблемами. Согласно Эндрюсу, "...новое южноафриканское правительство признало, что эйфория по поводу политических преобразований сменится полным разочарованием в том случае, если не изменится положение дел в области экономики. Короче говоря, результатом предоставления политических прав должны стать экономические выгоды для значительной доли населения, для того чтобы новая демократия смогла выжить. Поскольку политические реальности в период после окончания "холодной войны" полностью исключили любую социалистическую ориентацию, в рамках новых воззрений возможны были лишь определенные ограниченные варианты. Одним из таких вариантов, пришедшим со стороны, явились позитивные действия"³⁵. Применение позитивных действий в Южной Африке отличалось от других обществ, в которых они рассматривались главным образом в качестве компенсационного механизма, действие которого распространялось на меньшинства. Каким образом их применять и в каком случае в отношении большинства?³⁶

³⁴ См. J.G. Kellas, *The politics of Nationalism and Ethnicity*, London, McMillan, 1991, p. 125.

³⁵ См. P.E. Andrews, *Affirmative action in South Africa: transformation or tokenism? Law in Context*, 1999, p.80-81.

³⁶ См. замечания Нколо в "Equality and affirmative action in constitution-making: the Southern African case", in B. Hepple and E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, London, Mansell, 1992, pp. 412-432.

45. Из-за того наследия, которое оставил апартеид, в Южной Африке было резко ограничено накопление человеческого капитала, который является предварительным условием успешного экономического развития и роста. В этой связи в новой Конституции нельзя было не предусмотреть социально-экономические права, которые были включены в качестве полностью оправданных в Билль о правах. Именно в таком контексте находятся позитивные действия, рассматриваемые в качестве средства преобразования. Хотя в положениях Билля о правах предусмотрено обязательство о неприверженности расизму, в разделе 9 признается также необходимость позитивных действий как важного элемента в рамках общей цели политической и экономической перестройки общества. Как в конституционных директивах, так и в Программе перестройки и развития (ППР) позитивные действия становятся неотъемлемой частью проекта преобразования не только в отношении политического статуса-кво, но также и социально-экономической структуры. Цели ППР заключаются в обеспечении контроля за человеческим капиталом Южной Африки, с тем чтобы осуществить преобразование экономики и общества³⁷.

IV. ФОРМЫ ПОЗИТИВНЫХ ДЕЙСТВИЙ

46. Основная проблема позитивных действий будет заключаться в преобразовании вышеуказанных желаемых целей в юридически обязательные положения. Нередко позитивные действия рассматриваются в рамках общего названия как если бы меры, связанные с осуществлением позитивных действий, были однородными. Однако в исследовании МОТ, подготовленном Ходжес-Аберхардом и Раскином, показано, что на самом деле те методы, посредством которых осуществляются эти задачи, могут также быть весьма различными: о соответствии законодательству в области позитивных действий может свидетельствовать осуществление ряда политических мер, разработанных применительно к конкретному контексту³⁸. Некоторые формы позитивных действий будут более эффективными или соответствующими для поощрения равенства

³⁷ "Позитивные действия в Южной Африке не имеют ничего общего с созданием возможностей для меньшинства. Они направлены скорее на преобразование экономики, в которой в свое время 75% населения было лишено возможности играть какую-либо значимую роль". (Цитируется по P.E. Andrews, loc.cit., p. 82.)

³⁸ J. Hodges-Aeberhard and C. Raskin, *Affirmative Action in the Employment of Ethnic Minorities and Persons with Disabilities*, Geneva, International Labour Office. В качестве обоснования своего исследования авторы привели восемь тематических исследований, посвященных Индии, Канаде, Ливану, Малайзии, Норвегии, Российской Федерации, Уганде и Филиппинам.

по сравнению с другими, в зависимости от конкретного контекста и того политического выбора, который был сделан. Кроме того, как указывалось в предварительном докладе, позитивные действия всегда должны соответствовать принципу недискриминации.

A. Позитивная мобилизация

47. Благодаря позитивному охвату целевые группы активно поощряют и информируют, с тем чтобы они обращались с просьбой о получении социального блага, такого, как работа или место в учебном заведении³⁹. Это может быть сделано посредством явлений

³⁹ Алисон Шеридан разработала классификационную систему, которая является иллюстрацией широкого диапазона подобного вида мер "позитивной мобилизации" в конкретном контексте борьбы с дискриминацией и неравенством по признаку пола в области занятости. Она дает определение четырех видов стратегий в области позитивных действий: i) в рамках политики, связанной с особенностями характера, рассматриваются такие различия личных качеств женщин, их характеров, отношений, социальных навыков и привычек ("недостатки"), которые нередко мешают продвижению женщин (например, проводятся семинары по вопросам коммуникации и искусственного создания репутации, связанных с гендерной проблемой; поощряется создание возможностей для общения между женщинами), ii) в рамках политики, связанной с ролью женщин, рассматриваются проблемы двойственного подхода и определения своей роли, с которыми женщины сталкиваются в рамках работы и семьи, а именно: а) *политика в области занятости и семьи*, направленная на оказание содействия женщинам в выполнении одновременно роли получателя дохода и роли домашней хозяйки (например, уход за детьми, гибкие часы работы, расширение возможностей для работы в течение неполного рабочего дня, проведение профессиональной подготовки в рабочее время, более "щедрые" положения, касающиеся отпуска по беременности и родам, включение в профсоюзные договоры благоприятных для семьи условий, работа по совместительству), и б) *политика нетрадиционной работы* с целью обеспечения более широкого выбора для женщин (например, женщин привлекают к работе, связанной с мореплаванием, при помощи плакатов большого размера с изображением женщин, работающих на морских судах; готовится брошюра по обучению рабочей профессии для поощрения девушек к такому обучению; работники кадровых служб поощряют девушек к освоению технических профессий), iii) социальная и структурная политика, направленная на преодоление предвзятого отношения и практики исключения, которая относится к категории с самым широким диапазоном мер (например, принятие официальной политики по вопросам сексуального домогательства и ее реклама при помощи плакатов; пересмотр школьной программы для обеспечения того, чтобы главное внимание уделялось достоинствам учащихся; первоначальное объявление на внутреннем уровне о всех вакантных должностях; подготовка персонала с целью предотвращения предвзятости по признаку пола; активное поощрение женщин к подаче заявлений на должности, на которых ранее работали только мужчины), и iv) политика в области предоставления возможностей оказывает содействие тем служащим, которые хотят продвигаться вперед (например, постоянное консультирование по вопросам продвижения по службе; открытые курсы по вопросам продвижения по службе; поощрение женщин к участию в работе

или другой деятельности с целью охвата, когда появилась уверенность в том, что эти усилия действительно достигли целевых групп. Примером этого является создание программ по профессиональной подготовке, с тем чтобы дать возможность членам меньшинств приобрести навыки, которые позволят им принять участие в конкурсе на рабочие места и продвижение по службе. Обоснованием этой деятельности является то, что равенство фактически не будет достигнуто в том случае, если вследствие дискриминации люди были лишены возможностей для приобретения профессиональных навыков, которые необходимы для эффективного участия в конкурсе⁴⁰. В этой связи позитивный охват обеспечит конкурентоспособность тем лицам, которые находились в неблагоприятном положении, посредством таких защитных мероприятий, как профессиональная подготовка, пропаганда и другие программы в области повышения квалификации или обеспечения полномочий. Его суть может также заключаться в обеспечении и повышении информированности членов находящихся в неблагоприятном положении групп, которые могли, вероятно, не знать об имеющихся у них льготах в области предоставления жилья или других социальных благ.

2. Позитивная справедливость

48. Позитивная справедливость означает проведение тщательной проверки, с тем чтобы быть уверенным в том, что с членами целевых групп справедливо обошлись при распределении социальных благ, таких, как прием в учебные заведения, предоставление работы или продвижение по службе. Иными словами, были ли они оценены по достоинству или расизм или дискриминация по признаку пола являлись решающим фактором в процессе оценки? Четкий ответ на этот вопрос может быть получен посредством установления эффективных и пользующихся доверием процедур

профессиональных комитетов; предоставление секретариатскому персоналу возможности участвовать в программах по повышению технической и профессиональной квалификации). Некоторые из этих стратегий являются взаимозаменяемыми и используются для преодоления расового неравенства на рабочем месте. A. Cheridan, "Patterns in the policies: affirmative action in Australia", *Women in Management Review*, 1998, pp. 243-252.

⁴⁰ В соответствии с разделом 35 Закона о расовых отношениях Соединенного Королевства законным становится "любое совершенное действие, направленное на предоставление лицам из конкретной расовой группы доступа к средствам или услугам с целью удовлетворения особых потребностей членов этой группы, связанных с их образованием, профессиональной подготовкой или благосостоянием, или любых дополнительных выгод". В разделе 37 говорится о том, что позитивные действия могут быть предприняты для поощрения членов расовой группы или лиц одного пола к подаче заявлений на получение работы в сфере, в которой они были недопредставлены, или прохождению специальной профессиональной подготовки для этой работы.

представления жалоб или претензий для рассмотрения заявлений о дискриминации, процедур пересмотра для двойной проверки действий сотрудников кадровых служб, а также рассмотрения существующей практики с целью ликвидации неумышленной дискриминационной практики. Все это предназначено для обеспечения того, чтобы те критерии, которые применяются при найме на работу или продвижении по службе, служили для подтверждения соответствия данной работе и не использовались в качестве прикрытия расовой или гендерной дискриминации. Это означает, что в тех случаях, когда речь идет о том, каким образом людей принимают на работу или продвигают по службе, процесс принятия решений должен характеризоваться отсутствием расовых предрассудков и людей должны оценивать скорее на основе их индивидуальных достоинств, а не их принадлежности к конкретной группе. Из этого следует идея о том, что работу должны получать "наиболее квалифицированные".

49. Как позитивная мобилизация, так и позитивная справедливость направлены на принятие мер с целью решения социальных проблем определенной социальной группы, однако эти меры сами по себе не являются причиной дискриминации в отношении тех лиц, которые не являются членами данной группы. Напротив, из-за осуществления этих мер стоимость позитивных действий ложится на все общество. Благодаря этому эти меры характеризуются расовой непредвзятостью, однако когда речь идет о мотивировке этих мер или стратегического планирования или контроля за ними, данный подход, безусловно, учитывает расовый фактор. Это объясняет, вероятно, среди прочего, ту благожелательность, с которой были восприняты концепции позитивного охвата и позитивной справедливости.

3. Позитивная преференция

50. Позитивная преференция означает, что при предоставлении или лишении социальных благ будет учитываться пол или раса данного лица. Меры, связанные с позитивной преференцией, могут иметь двойное значение.

51. Во-первых, они могут означать, что в тех случаях, когда два в равной степени квалифицированных лица подают заявление о приеме на работу, продвижении, получении пособия и т.д., предпочтение будет отдано лицу, принадлежащему к установленной группе, которая является объектом позитивных действий.

52. Во-вторых, она может включать другие дополнительные радикальные меры⁴¹. Они могут обрести форму запрета на обращение за получением льгот членам тех групп, которые не имеют на это право, или же они могут получить разрешение на участие в конкурсе, однако даже в том случае, если уровень их подготовки выше, предпочтение будет отдано тем не менее установленным группам. Члены установленных групп могут автоматически получить дополнительные баллы на конкурсных экзаменах, что называется "расовым нормированием". К ним могут предъявляться более низкие требования при оценке в случае подачи заявлений о приеме в университет и на работу. Могут вводиться неофициальные процентные доли, инструкции, задачи, квоты или оговорки, посредством которых устанавливаются пропорциональные доли социальных благ, которые должны быть получены установленными группами⁴².

⁴¹ Это в первую очередь касается Соединенных Штатов Америки, где осуществление Административного указа 11246 было поручено Управлению федеральных программ по соблюдению договоров (УФПСД) и Комиссии по соблюдению равноправия при трудоустройстве (КСРТ). Согласно их толкованию позитивные действия представляют собой совокупность конкретных и ориентированных на достижение результата процедур, исходя при этом из определенных временных графиков и целей. При президенте Никсоне позитивные действия стали означать установление статистических критериев для служащих и учебных заведений по признаку расы, цвета кожи и национального происхождения. Различные федеральные управления разработали первые планы по основным "квотам". Эти планы по квотам являются весьма противоречивыми и явились объектом частого рассмотрения в рамках прецедентного права. Тем не менее приемлемость квот и оговорок будет зависеть от конкретной ситуации, в которой они применяются. Например, большинство американцев согласны, по-видимому, с их использованием для исправления положения, связанного конкретными случаями исторической дискриминации. Даже консервативно настроенные лица согласны с идеей введения квот на основании судебного постановления в тех случаях, когда судом доказывалась имевшая место в прошлом дискриминация.

⁴² Квоты - это задачи по обеспечению представительства персонала в рамках компании или учреждения, которые определяются количественными показателями и которые должны быть выполнены в течение конкретно установленного срока. Эти квоты вводятся государством или судебным постановлением. Так, например, компании или учреждения могут получить предписание обеспечить, чтобы в течение пяти лет доля работающих в них женщин составила 10%. Компаниям или учреждениям может быть предписано обеспечить также, чтобы на каждых четырех работающих мужчин нанималась одна женщина. Квоты характеризуются дискриминационной направленностью, связанной с ограничением доступа конкретной группы к определенному виду деятельности. С другой стороны задачи представляют собой цели в цифровых показателях, которые компании или учреждения пытаются выполнить; иными словами, требуется лишь "добросовестное усилие" для их выполнения. Подобная цель является не дискриминационной, а позитивной по своему содержанию: она заключается в содействии увеличению количества квалифицированных представителей находящейся в неблагоприятном положении группы в данной компании или учреждении. Тем не менее на практике эти

53. Позитивная преференция - это наиболее противоречивая разновидность позитивных действий. Оппоненты утверждают, что следствием этого вида позитивных действий является снижение производственных и профессиональных стандартов и что они могут даже привести к стигматизации. Кроме того, основное внимание в них уделяется средствам судебной защиты интересов группы как наилучшего способа улучшения положения целевых групп. Подобный групповой подход наталкивается на широко распространенное сопротивление. Предоставление права на получение льгот лишь на основании принадлежности к группе еще раз подчеркивает существование вопроса о выборе между правами индивидуума и правами группы, особенно в либеральных демократических государствах⁴³.

54. По словам Глейзера, "...если вся концепция законных прав была разработана с точки зрения права индивидуума, то каким образом мы обеспечиваем справедливость для определенной группы? И если мы обеспечиваем справедливость для данной группы, скажем, посредством квоты, которая определяет, что такое-то количество рабочих мест должно быть предоставлено членам данной группы, то разве мы не лишаем таким образом отдельных лиц из других групп, не включенных в число подвергающихся дискриминации групп, права на то, чтобы с ними обращались как с индивидуумами и их рассматривали в качестве таковых независимо от групповых характеристик?"⁴⁴. Он также считал, что подобные позитивные действия приведут к постоянному разделению нации на основе групповой принадлежности и самобытности. Это противоречит формальной структуре режима индивидуальных прав в результате сведения средств судебной защиты в групповые категории, что ведет к ликвидации стандартных понятий о равенстве индивидуумов.

задачи будут выполнять функции квот в результате перенесения бремени на плечи работодателя, с тем чтобы опровергнуть презумпцию дискриминации. См. N. Glazer "The future of preferential affirmative action", in P.A. Katz, D.A. Taylor, *Eliminating Racism, Profiles in Controversy*, New York, Plenum Press, 1988, pp, 329-339.

⁴³ Обсуждение данного вопроса см. R.T. Bron, *Affirmative Action at Work. Law, Politics and Ethics*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1991, pp. 37-59; J. Edwards, "Collective rights in the liberal state", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1999, pp. 259-275.

⁴⁴ Цитируется по G. Moens, *op. cit.*, p. 12.

55. Многие считают, что подобный вид позитивных действий является дискриминацией, поскольку он рассматривает людей в качестве членов групп или категорий без учета индивидуальных достоинств⁴⁵. Несмотря на должное соответствие лиц установленным критериям, они будут лишены тем не менее того, что в противном случае принадлежало бы им по справедливости. Дискриминация осуществляется посредством нормирования социальных благ, и это будет означать, что некоторые члены других групп не будут более учитываться при распределении этих социальных благ, которые в настоящее время предоставляются лишь в ограниченном количестве. В связи с этим расходы, связанные с осуществлением позитивных действий, возлагаются на конкретных индивидуумов. По существу, подобный вид позитивных действий наносит ущерб членам группы А ради того, чтобы повысить благосостояние членов группы В.

56. Это создает проблемы в рамках права прав человека, а) поскольку подобный ущерб обычно наносится в таких сферах жизни, как здравоохранение, образование, труд, участие в политической жизни, которые защищаются конкретными статьями международных договоров по правам человека, и б) поскольку критериями нанесения ущерба (основа для классификации принадлежности к группе А или В) обычно являются именно те основания, которые в прямой форме запрещены в соответствии с положениями о недискриминации. Будет весьма трудно таким образом ликвидировать противоречие между требованиями правовых стратегий, чутко реагирующих на проблемы целевых групп, и противоречивыми, по-видимому, требованиями справедливости в отношении отдельных лиц.

57. В *Докладе о мировом социальном положении 1997* года утверждалось, что правительства вводят квоты или другие обременительные преференции без предварительного достижения консенсуса, отчуждая таким образом тех граждан, которые лишились своего права на участие в конкуренции на равных условиях. Без консенсуса квоты превращаются в исключительно мощные факторы разделения населения. Авторы доклада обвиняют правительства в том, что они считают обременительные преференции привлекательными, поскольку они не требуют увеличения налогов или расходов. Вводить квоты гораздо проще, чем искоренять изначальные причины фактического неравенства между группами, включая дискриминацию, нищету, низкий уровень образования,

⁴⁵ См. S.M. Lipset, "Equal chances versus equal results", *The Annals*, 1992, vol. 523, pp. 63-74. Дилемма, с которой сталкиваются Соединенные Штаты Америки, по-прежнему заключается в том, каким образом наилучшим образом разрешить противоречие между эгалитарным кредо Соединенных Штатов Америки и наследием рабства.

недостаточное питание и географическую изоляцию, посредством перераспределения дохода⁴⁶.

58. В международном праве признается, что некоторые основания для различий в режиме обращения заслуживают самого пристального внимания. В первую очередь к числу требующих особой осторожности или характеризующихся наибольшей вероятностью неоправданности относятся различия, основанные на признаке расы, пола или религии⁴⁷.

59. При рассмотрении дел *South West Africa* судья Танака заявил следующее: "Мы считаем, что норма недискриминации или неразделения на основе расы стала правилом международного обычного права"⁴⁸. В своем консультативном мнении, изложенном в 1971 году по делу о *Намибии*, Международный суд заявил: "Принудительное введение различий, исключений, запретов и ограничений, исключительно основанных на признаках расы, цвета кожи, происхождения или национальной или этнической принадлежности, ведущее к лишению основных прав человека, является грубым нарушением целей и принципов Устава"⁴⁹.

⁴⁶ Организация Объединенных Наций, Департамент по экономической и социальной информации и анализу политики, Доклад о мировом социальном положении 1997 года (E/1997/15, пункты 105-106).

⁴⁷ Баевский (Bayefsky) утверждает, что религия также стала относиться к категории, требующей особенно осторожного подхода на международном уровне, однако другие авторы сомневаются в справедливости подобного утверждения. См. Lord Lester of Horne Hill and S. Joseph, *op. cit.* p. 590. Баер (Baer) указывает на наличие тревожной тенденции у некоторых членов Верховного суда Соединенных Штатов Америки строить свои рассуждения строго в рамках категорий, установленных на основе предыдущих решений, главным образом, исходя из того, что "раса является по сути своей требующей особой осторожности классификацией", т.е. факт любой расовой дискриминации может быть установлен лишь посредством "тщательного расследования". J.A. Baer, "Reverse discrimination, the dangers of hardened categories", *Law and Policy Quarterly*, 1982, pp. 71-94.

⁴⁸ *South West Africa Cases*, Second Phase, I.C.J. Report, 18 July 1966, § 293.

⁴⁹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council 276 (1970)*, Advisory Opinion, 1971, I.C.J. Reports 3, para 57. См. также *Barcelona Traction, Light and Power Co.*, I.C.J. Reports, 1970, paras 33-34.

60. Аналогичным образом Европейская комиссия по правам человека вынесла следующее решение по делу: *East African Asians v. United Kingdom*: "Комиссия напоминает о том, что в соответствии с общепринятым правилом необходимо придавать особое значение вопросу дискриминации по признаку расы; что в этой связи публичное выделение групп лиц для предоставления иного режима по признаку расы может привести к унижающему достоинство обращению в то время как предоставление иного режима по некоторым другим основаниям не вызовет подобного вопроса"⁵⁰.

61. В этом отношении невозможно не учитывать прецедентное право Верховного суда Соединенных Штатов Америки⁵¹. Из-за правовых неопределенностей, связанных с позитивными действиями, и вытекающим отсюда противоречием между политикой позитивных действий и конституционными положениями, предусматривающими запрет расовых предрассудков, Верховный суд разработал обширное прецедентное право. Исходной точкой явилось дело *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537), по которому Верховный суд поддержал в 1896 году доктрину "раздельные, но равные". Это решение было отменено решением по делу *Brown v. Board of Education* (374 U.S. 483) почти 60 лет спустя, когда в 1954 году Верховный суд постановил, что разделенные школы неизбежно вызывают чувство неполноценности. Еще в 1944 году Верховный суд постановил по делу *Korematsu v. United States*, что все правовые запреты, которые ограничивают гражданские права одной расовой группы, немедленно требуют особого отношения и должны стать предметом самого тщательного изучения.

62. В 1974 году ожидалось вынесение Верховным судом первого подобного постановления по делу *DeFunis v. Odegaard* (416 U.S. 312), связанного с позитивными действиями, имеющими отношение к приему в университет. Однако, поскольку белому

⁵⁰ European Commission of Human Rights, *East African Asian v. United Kingdom*, 14 December 1973, appl. 4403/70, para 270.

⁵¹ В качестве литературы см.: O. de Schutter, "Egalité et différence: le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, pp. 347-368; *The Annals*, 1992, vol. 523 on "Affirmative action revisited". Важное значение имеет также следующее заявление Комиссии по гражданским правам США, сделанное в 1984 году: "Простая справедливость не обеспечивается, однако, посредством преференциального обращения с лицами, не являющимися жертвами дискриминации работодателя по сравнению с безвинными третьими сторонами и исключительно на основе их расы в рамках любого плана позитивных действий. Подобные расовые преференции лишь порождают еще одну разновидность неоправданной дискриминации, создают новый класс пострадавших лиц, а в случае их применения при найме на работу в государственные учреждения являются нарушением конституционного принципа равной защиты законом все граждан". G. Moens, *op. cit.* pp. 30-31.

студенту, которому сначала было отказано в приеме на факультет права Вашингтонского университета, оставалось всего лишь несколько недель до получения диплома, решение по данному делу не было принято. В 1978 году мнения судей резко разошлись по делу *Regents of the University of California v. Bakke* (438 U.S. 265): пятью голосами против четырех было вынесено постановление о том, что, даже несмотря на программу позитивных действий, необходимо применять систему тщательного рассмотрения. Необходимо рассматривать аргументы в пользу программы позитивных действий, с тем чтобы быть уверенным в том, что любая из этих программ была достаточно "обязательной" для соответствия тесту тщательного рассмотрения.

63. В последующие годы Верховный суд выносил постановления по ряду дел, по которым позитивные действия были одобрены, например, *Steelworkers v. Weber* (443 U.S. 193 (1979)); *Fullilove v. Klutznick* (448 U.S. 448 (1980)); *Sheet Metal Workers v. EEOC* (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* (497 U.S. 547 (1990)).

64. При рассмотрении дела *Steelworkers* Верховный суд согласился с программой позитивных действий, в соответствии с которой учебные места резервировались для афро-американских служащих, поскольку данная программа осуществлялась частным работодателем и предназначалась для таких рабочих категорий, которые традиционно разделялись. При рассмотрении дела *Sheet Metal Workers, Paradise and Johnson* были приняты все три программы позитивных действий, поскольку их цель заключалась в исправлении ситуации, связанной с осуществлявшейся в прошлом практикой международной дискриминации в отношении, соответственно, афро-американского населения со стороны нью-йоркского профсоюза работников металлургической промышленности, органов полиции Алабамы, а также в отношении женщин "квалифицированной категории" в округе Санта-Клара.

65. Другие программы позитивных действий были аннулированы Верховным судом при рассмотрении следующих дел: *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)).

66. Оба дела - *Firefighters* и *Wygant* - были связаны с увольнением белых работников, имеющих большой стаж работы по сравнению с их афро-американскими коллегами, с тем чтобы освободить места для найма на работу женщин или представителей меньшинств. Эти позитивные действия не выдерживали теста посредством тщательного расследования. В деле *Croson* позитивными действиями предусматривалось резервирование 30% заключаемых городом контрактов для предприятий, владельцами которых являются

представители меньшинств. Верховный суд определил, что подобный план не имел исключительно целевой направленности для преодоления прошлой расовой дискриминации.

67. В 1995 году Верховный суд вынес важное решение по делу *Adarand Constructors v. Peña* (115 St.Ct. 2097). Это дело было связано с компанией "Adarand Constructors Company", которая была лишена контракта в пользу строительной компании, принадлежащей латиноамериканцам, даже несмотря на то, что "Adarand" предложила на торгах самые низкие цены, поскольку федеральным законом предусматривалось резервирование в пользу меньшинств 10% контрактов на осуществление общественных работ. Излагая мнение составляющих большинство шести судей судья О'Коннор сделал оговорку о том, что даже планы позитивных действий, разработанные федеральным правительством, должны соответствовать тесту тщательного рассмотрения. Необходимо ставить строго определенную цель, а план должен быть специально разработан для достижения этой строго определенной цели. По мнению судьи, в прошлых решениях Суда были сформулированы три предложения, касающиеся основанных на критериях расы программ:

- i) критическая оценка: предпочтения, основанные на расовых или этнических критериях, обязательно должны подвергаться самому тщательному изучению;
- ii) последовательность: требования пересмотра не должны зависеть от конкретной расы лиц, которые несут бремя, связанное с реализацией данного плана, или получают выгоду от него;
- iii) соответствие: анализ предоставления равной защиты должен быть одинаковым, независимо от того идет ли речь об участии на уровне штата или федерального правительства⁵².

⁵² Осуществляемые в последнее время меры в Калифорнии на основе "Предложения 209" с целью запрета расовых предпочтений в системе высшего образования являются, по мнению Пауста, несоответствующими положениям международных договоров, таких, как МПГПП и МКЛРД, а также высшей федеральной политике, сформулированной согласно этим договорам, и не могут иметь доминирующий характер. Согласно положению о верховенстве Калифорния должна согласиться с допустимостью позитивных действий, гарантированных международным договорным правом Соединенных Штатов Америки. Это не гарантирует того, что конкретные мероприятия в рамках позитивных действий не будут сведены на нет из-за противоречия конституционным положениям, однако оправданность позитивных действий в соответствии с международным договорным правом Соединенных Штатов Америки и связанные с ними обязательства обеспечивают обязательные интересы государства и

68. По делу *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* Европейский суд вынес следующее постановление: "Можно сказать, что оказание содействия обеспечению равенства полов является сегодня весьма важной целью государств-членов Совета Европы. Это значит, что необходимо будет выдвинуть весьма весомые причины, для того чтобы различие в обращении на основании пола может считаться совместимым с положениями Конвенции"⁵³. В то же время было бы неправильным делать вывод о последовательном изложении этих весомых причин для оправдания гендерной дискриминации⁵⁴.

69. Примечательным является тот факт, что в рамках своего прецедентного права Верховный суд Соединенных Штатов Америки применяет более низкий стандарт "промежуточного рассмотрения" в отношении позитивных действий, направленных на защиту от гендерной дискриминации. Было вынесено определение о том, что правительство может осуществлять дискриминацию на основе пола, если оно ставит важные задачи, а принятые правительством меры существенным образом связаны с выполнением этих задач. Очевидно, что понятие "важный" будет в некоторых случаях означать нечто меньшее по сравнению с понятием "обязательный" и что подобные меры необязательно должны быть "строго целенаправленными", как это предусматривается тестом тщательного рассмотрения.

70. В то же время в законодательстве Европейского сообщества (ЕС) большое внимание уделяется борьбе с гендерной дискриминацией, при этом в качестве основного права признается обеспечение равного режима для мужчин и женщин. В законодательстве ЕС признано, что для обеспечения равенства возможностей для женщин и мужчин необходимо выходить за рамки искоренения дискриминации и что позитивные действия могут оказаться целесообразными даже в тех случаях, когда их результатом является установление преференциального режима для группы, которая ранее находилась в неблагоприятном положении⁵⁵. В то же время только Суд может определять то,

могут способствовать преимущества или развитию значения Конституции в соответствии с общепринятыми ценностями и достоинством человека. J.J. Paust "Race-based affirmative action and international law", *Michigan Journal of International Law*, 1997, vol. 18, pp. 674-677.

⁵³ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, 18 December 1986, Ser. A No. 112, para. 80.

⁵⁴ Более подробно см. A.F. Bayefsky, loc. cit., pp. 22-24.

⁵⁵ Директива 76/207СЕЕ от 9 февраля 1976 года об осуществлении принципа предоставления равных возможностей мужчинам и женщинам в отношении доступа к приему на работу, профессиональной подготовке и служебному продвижению, а также условий работы. В пункте 4 статьи 2 Директивы говорится: "Эта Директива не запрещает

насколько далеко может распространяться политика национальных позитивных действий⁵⁶.

71. В решении по делу *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, Суд подтвердил, что статья 2 (4) Директивы о равном режиме обеспечивает осуществление мер, которые, хотя они и представляются дискриминационными, направлены на ликвидацию или уменьшение количества фактических случаев неравенства, которое может иметь место в реальной социальной жизни, и таким образом на повышение конкурентоспособности

меры, направленные на содействие обеспечению равных возможностей для мужчин и женщин, в частности посредством устранения фактического неравенства, которое ограничивает возможности женщин в областях, упомянутых в пункте 1 статьи 1". В 1984 году эта директива была дополнена Рекомендацией Совета от 13 декабря 1984 года относительно поощрения позитивных действий, объектом которых являются женщины. Эта рекомендация была мотивирована следующим соображением: "...правовые положения о равном режиме, которые предназначены для предоставления прав отдельным лицам, являются недостаточными для ликвидации всего существующего неравенства, если параллельные действия не будут осуществляться правительствами, обеими сторонами промышленной сферы и другими соответствующими органами, с тем чтобы противодействовать предосудительным последствиям для женщин при найме на работу, которые возникают в результате социальных подходов, поведения и структур", и содержала рекомендацию государствам-членам о "принятии политики позитивных мер, направленной на ликвидацию существующего неравенства, имеющего неблагоприятные последствия для женщин в трудовой деятельности, а также на поощрение обеспечения более эффективного равновесия между лицами разных полов в сфере трудоустройства, включая надлежащие общие и конкретные меры в рамках национальной политики и практики, соблюдаемая при этом в полной мере сферы компетенции обеих сторон промышленности".

⁵⁶ Более подробно см. E. Szyszczak, "Positive action after Kalanke", *Modern Law Review*, 1996, pp. 876-883; G.F. Mancini and S. O'Leary, "The new frontiers of sex equality law in the European Union", *European Law Review*, 1999, pp. 331-353; E. Ellis, "Recent developments in European Community sex equality law", *Common Market Law Review*, 1998, pp. 404-406; C. McCrudden, "The legal approach to equal opportunities in Europe: past, present and future", *International Journal of Discrimination and the Law*, 1998, pp. 200-201; A.G. Veldmann, "Preferential treatment in European Community law: current legal developments and the impact on national practices", in T. Loenen, and P.R. Rodrigues, *Non-discrimination laws: comparative perspectives*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 279-291. Статьи, касающиеся вопросов национального законодательства, см. V. Sacks, "Tackling discrimination positively in Britain" and J. Shaw, "Positive action for women in Germany", both in B. Hepple and E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, London, Mansell, 1992, respectively pp. 357-385 and pp. 386-411.

женщин на рынке труда и их продвижение по службе на равной основе с мужчинами⁵⁷. В качестве изъятия из индивидуального права, сформулированного в данной Директиве, это положение должно толковаться в строгом смысле: в этой связи оно не может быть понято в качестве легализующего национальные нормы, которые гарантируют женщинам абсолютный и безусловный приоритет при назначении на работу или продвижении по службе, поскольку подобные меры выходят за пределы поощрения равных возможностей, а также сферы действия статьи 2 (4). В городе Бремен было вынесено новаторское постановление, в соответствии с которым в случае наличия двух кандидатов на одно и то же рабочее место, обладающих одинаковой квалификацией, предпочтение автоматически отдается кандидату-женщине в том случае, если имеет место недопредставленность лиц определенного пола. Считается, что женщины недостаточно представлены в тех случаях, когда на них приходится менее половины занимаемых различных должностей соответствующей категории сотрудников и должностного уровня штатного расписания. Это положение сочли несовместимым с законодательством ЕС, хотя по делу *Kalanke* Суд вынес четкое определение о том, что эти позитивные действия могут быть использованы для расширения возможностей женщин, при этом они осуществляются постепенно и систематически, однако они не должны использоваться для обеспечения равенства немедленным и непосредственным образом.

72. При рассмотрении дела *Marshall c. Land Nordrhein-Westfalen* Суд внес новые разъяснения в свое прецедентное право⁵⁸. Он вынес постановление о том, что Директива о равном положении не исключает национальные нормы, в соответствии с которыми при равной квалификации, компетенции и профессиональной эффективности разнополых кандидатов предпочтение в плане служебного продвижения отдается кандидатам-женщинам в сфере 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, при том условии, что: а) эта норма в каждом отдельном случае гарантирует кандидату-мужчине, имеющему такую же квалификацию, как и женщина, 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 перевешивает чашу весов в пользу кандидата-мужчины; и б) такие критерии не являются дискриминационными в отношении кандидатов женщин. Как представляется, так называемая клаузула *Offnungsklausel*, которая не отдает автоматически предпочтение женщинам, но позволяет

⁵⁷ C-450/93, *Kalanke v. Bremen*, 17 October 1995, E.C.R. I-3051.

⁵⁸ C-409/95, *Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen*, 11 November 1997, E.C.R. I-6363.

отступать от такого предпочтения, когда "чашу весов в пользу кандидата-мужчины перевесят соображения, учитывающие его личные качества", отличается в данном случае от решения по делу *Kalanke*⁵⁹.

73. В любом случае из рассмотренного выше международного и национального прецедентного права вытекает наличие очень прочной связи между позитивными действиями и принципом недискриминации. Простой факт, суть которого заключается в том, что конкретная категория населения страдает в результате менее благоприятных экономических или социальных условий, не означает, что для улучшения материального положения этой категории следует считать законным любое различие, основанное на определенной характеристике, определяющей данную группу, даже если подобное основание является несоответствующим в качестве основы для проведения различия в отношении конкретного права. Совершенно незаконным будет осуществление позитивных действий в отношении лиц, которые по сути дела в них не нуждаются, но которые когда-то входили в состав группы, находившейся ранее в неблагоприятном положении, и не применять эти действия в отношении лиц, которые нуждаются в них, хотя когда-то входили в состав группы, которая занимала ранее благоприятное положение в обществе.

74. Позитивные действия могут быть сосредоточены на осуществлении мероприятий, которые, как ожидается, удовлетворят потребности лиц, входящих в состав группы, которая нуждается в особой защите. Именно благодаря выбору мер, а также времени и места их осуществления государство может обеспечить льготы целевым группам, не лишая при этом подобных льгот других лиц, которые не принадлежат к указанным целевым группам. Ни при каких обстоятельствах ни одно лицо не может быть лишено его прав, включая право на равную защиту закона, под тем предлогом, что это могло бы пойти на пользу тем группам, которые являлись ранее объектом дискриминации.

75. Политика позитивных действий является приемлемой только в том случае, если она не противоречит принципу недискриминации. Это означает, что если необходимо проводить различие, то следует уделять должное внимание той мотивировке, на которой основано это различие, при решении вопроса о том, приводит ли подобное различие к дискриминации или нет. В то же время не сама эта мотивировка имеет решающее значение, а та связь, которая существует между ней и тем правом, в отношении которого осуществляется указанное разделение. Необходимо наличие достаточной связи между данным правом и мотивировкой. Последняя должна считаться связанной с тем

⁵⁹ Интересно отметить, что различные правительства представили письменные замечания в защиту национальной нормы.

конкретным правом, на котором основано данное разделение. Поставленная цель или задача не является определяющей, а судебная оценка того, являются ли разграничения спорными, является шагом вперед по сравнению с той оценкой, которая дается на чисто политическом уровне. Таким образом, позитивные действия, направленные на обеспечение полного равенства, не всегда являются законными. Позитивные действия не следует истолковывать в качестве оправдания для проведения любого различия по любой причине в отношении любого права лишь в силу того, что цель данного различия заключается в улучшении положения находящихся в неблагоприятном положении отдельных лиц или групп. Санкции применяются не против преференций, а того ущерба и использования запрещенных классификаций в качестве основы для нанесения ущерба. Позитивные действия не являются каким-либо исключением по отношению к принципу недискриминации. Скорее, именно принцип недискриминации устанавливает пределы любого из позитивных действий.

4. Являются ли позитивные действия обязательными?

76. Из некоторых международных доктрин и судебной практики следует, что в тех случаях, когда государство ратифицирует договор по правам человека, оно соглашается осуществлять позитивные государственные действия для "обеспечения" пользования правами, признанными в этом договоре, или принятия мер для обеспечения "полной реализации" этих прав, примером чего являются Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации и Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин⁶⁰.

⁶⁰ В статье 2.2 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации говорится: "Государства-участники должны принимать, когда обстоятельства этого требуют, особые и конкретные меры в социальной, экономической, культурной и других областях 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. Такие меры ни в коем случае не должны в результате привести к сохранению неравных или особых прав для различных расовых групп по достижении тех целей, ради которых они были введены".

В статье 3 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин говорится: "Государства-участники принимают во всех областях, и в частности в политической, социальной, экономической и культурной областях, все соответствующие меры, включая законодательные, для обеспечения всестороннего развития и прогресса женщин, с тем чтобы гарантировать им осуществление и пользование правами человека и основными свободами на основе равенства с мужчинами".

77. Комитет по правам человека сделал ряд заявлений в своих Замечаниях общего порядка в отношении необходимости позитивных правительственных действий⁶¹. Он часто отмечал, что это не может быть сделано лишь посредством принятия законодательства, и обращался с просьбой о том, чтобы государства-участники предоставляли информацию в их последующих докладах относительно тех мер, которые были приняты или принимаются ими для придания силы конкретным и позитивным обязательствам в рамках статьи 3 Международного пакта о гражданских и политических правах⁶².

78. Комитет по экономическим, социальным и культурным правам также принял несколько общих рекомендаций, в которых излагается мнение о том, что соответствующие Конвенции возлагают обязательства по осуществлению позитивных государственных действий для достижения равенства⁶³. Однако было бы излишне смелым утверждать, что международное право вводит обязательство об осуществлении

⁶¹ См., например, Замечание общего порядка 4 по статье 3 Комитета по правам человека (HRI/GEN/1Rev.1, часть I) (1994 год), пункт 2: "Во-первых, статья 3, как и статья 2 (1) и 26, поскольку в этих статьях прежде всего говорится о предотвращении дискриминации по ряду признаков, одним из которых является пол, требует не только принятия мер по защите, но также и решительного действия, направленного на обеспечение безусловного пользования правами".

⁶² Там же.

⁶³ Например, Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин в Общей рекомендации № 8 по осуществлению статьи 8 Конвенции (HRI/GEN/1/Rev.1, часть IV) (1994 год): "Рекомендует, чтобы государства-участники осуществляли дальнейшие конкретные меры в соответствии со статьей 4 Конвенции с целью обеспечить полное осуществление статьи 8 Конвенции и обеспечить женщинам на равных условиях с мужчинами и без всякой дискриминации возможность представлять свое правительство на международном уровне и участвовать в работе международных организаций". В Замечании общего порядка № 5 о лицах с какой-либо формой инвалидности Комитета по экономическим, социальным и культурным правам (E/C.12/1994/13), пункт 9 говорится следующее: "Обязанность государств-участников Пакта поощрять постоянное 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".

позитивных действий. На самом деле оно действительно поощряет создание возможностей для осуществления позитивных действий с целью обеспечения фактического равенства.

79. В своей Общей рекомендации № 5 Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин еще раз заявил о важном значении этой возможности: "принимая во внимание, что ... необходимо по-прежнему предпринимать усилия, направленные на полное выполнение Конвенции путем осуществления мер по обеспечению фактического равенства между мужчинами и женщинами ... рекомендует государствам-участникам шире использовать временные специальные меры, такие, как борьба за равенство, предпочтительное отношение или система квот, в целях расширения участия женщин в областях образования, экономики, политики и занятости"⁶⁴.

80. Согласно интерпретации Международного пакта о гражданских и политических правах Комитетом по правам человека Пактом в определенных обстоятельствах предусматриваются программы позитивных действий. В своем Замечании общего характера по принципу недискриминации Комитет указал, что "... принцип равенства иногда требует, чтобы государства-участники предпринимали активные практические меры с целью сглаживания или устранения условий, которые влекут за собой или же поощряют осуществление дискриминации, запрещенной Пактом. Например, в государстве, где общее положение определенной части населения не допускает или ущемляет осуществление им прав человека, государство должно принимать конкретные меры для исправления такого положения. Такие меры могут предполагать предоставление на какое-то время данной части населения некоего преференциального режима в конкретных областях по сравнению с остальной частью населения"⁶⁵.

81. Комитетом по экономическим, социальным и культурным правам поднят ряд вопросов, касающихся позитивных действий, особенно в отношении инвалидов, а также этнических или расовых меньшинств, и при этом Крейвен считает, что он согласен, по-видимому, с законным характером позитивных действий. В то же время Комитетом не признан в прямой форме обязательный характер позитивных действий⁶⁶.

⁶⁴ Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, Общая рекомендация № 5 по временным специальным мерам (см. HRI/GEN/1/Rev.1, часть IV).

⁶⁵ Комитет по правам человека, Замечания общего порядка 18 по недискриминации (см. HRI/GEN/1/Rev.1, часть I, 1994 год, пункт 10).

⁶⁶ M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, a Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 186.

82. В то же время некоторые комментаторы утверждают, что государства действительно обязаны осуществлять позитивные действия на благо находящихся в неблагоприятном положении групп⁶⁷. Они основывают свои аргументы на теории "полезного эффекта". Правам, содержащимся в договорах по правам человека, должна быть придана надлежащая и полная сила, и в некоторых случаях для обеспечения этого позитивные действия являются наиболее подходящим средством⁶⁸. Эти комментаторы также мотивируют свои доводы прецедентным правом, разработанным Европейским судом по правам человека, по определению которого в определенных обстоятельствах пассивность со стороны государства будет являться недостаточной, а будут позитивные обязательства, имеющие непосредственное отношение к эффективному соблюдению прав, сформулированных в Конвенции. Дело Марккса особенно подтвердило, по-видимому, их мнение о том, что позитивные действия со стороны государства (positive state action), а в определенных случаях - позитивные действия (affirmative action) в некоторых случаях необходимы со стороны государства, с тем чтобы оно выполнило свои обязательства в отношении соблюдения равенства⁶⁹.

5. Равенство возможностей против равенства результатов

83. Очевидным является то, что главной целью позитивных действий является создание более эгалитарного общества. В то же время существует большое количество противостоящих друг другу и конфликтующих идеалов равенства. Равенство как таковое является по существу неопределенной категорией, которая часто наполняется конкретным содержанием лицами, определяющими политику.

84. Двумя идеалами равенства, которые имеют непосредственное отношение к позитивным действиям, являются понятия равенства возможностей и равенства результатов. Выбор одного из идеалов будет также определять то, какая из программ

⁶⁷ B.G. Ramcharan, op. cit. p. 261; A. Bayefsky, loc. cit., pp. 27-33; E. Vogel-Polsky, *Les actions positives et les contraintes constitutionnelles et législatives qui pèsent sur leur mise en oeuvre dans les Etats Membres de Conseil de l'Europe*, Comité européen pour l'égalité entre les femmes et les hommes, Strasbourg, 27-29 avril, CEEG, (87), 14, 11.

⁶⁸ E. Vogel-Polsky, "Les actions positives dans la théorie juridique contemporaine" in B. de Grave (ed.), *Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangsbepaling voor vrouwen*, Tegenspraak-Cahier 8, Antwerpen, Kluwer, 1990, p. 79.

⁶⁹ European Court of Human Rights, *Marckx v. Belgium*, 13 June 1978, vol. 31, Ser. A., § 31.

позитивных действий является желательной или предпочтительной, а также какую концепцию социальной справедливости общество собирается осуществлять⁷⁰.

85. Равенство возможностей соответствует мнению о том, что цель антидискриминационного законодательства заключается в обеспечении уменьшения масштабов дискриминации посредством изъятия /исключения из процесса принятия решений незаконных соображений, основанных на признаке расы, пола или этнического происхождения, которые имеют вредные последствия для отдельных лиц. В данном случае речь не идет о результате, за исключением его использования в качестве показателя несовершенного процесса. Подобный подход также является индивидуалистическим, поскольку его центральным элементом является обеспечение справедливости для индивидуума. Оно основано на либеральной концепции общества, отражающей понятие уважения эффективности, достоинств и достижений.

86. Подобная концепция равенства считается "управляемой" сообразно тому, с какой степенью неопределенности можно определить ее цель. Например, в контексте занятости она означает, что отдельные лица имеют право конкурировать между собой для занятия рабочих мест исключительно на основе характеристик, необходимых для удовлетворительного выполнения работы на этих местах. Вопрос заключается в том, что расовые, половые или этнические характеристики не имеют никакого отношения к тому, как следует обращаться с индивидуумами. Таким образом, отбор и наем лиц на работу должен осуществляться без учета расы, пола, этнического происхождения и т.д. Равенство возможностей способствует свободе выбора и свободной конкуренции между индивидуумами. В этой связи оно обеспечивает социальную мобильность в верхнем и нижнем направлениях в соответствии с индивидуальными талантами и навыками отдельных лиц. Неудивительно, что позитивные меры, соответствующие идеалу равенства возможностей, будут связаны с осуществлением мероприятий, направленных на повышение квалификации и обеспечение процесса принятия решений без гендерных или расовых предрассудков (позитивный наем на работу и позитивные предпочтения).

87. В то же время, несмотря на то, что благодаря равенству возможностей все лица окажутся у одной и той же стартовой линии, эта концепция критиковалась в качестве весьма неправильной. Утверждается, что подобный подход ведет к неправильному пониманию глубинной структуры дискриминации. Говоря более конкретно, позитивный

⁷⁰ Обсуждение данного вопроса см. в М.В. Abram, "Affirmative action: fair shakers and social engineers", in С. McCrudden (ed.), *Antidiscrimination Law*, Dartmouth, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1991, pp. 499-513; S. Fredman, 'Reversing discrimination', *The Law Quarterly Review*, 1997, pp. 575-600.

наем на работу или позитивная преференция, именуемые также "мягкими" позитивными действиями, потребует сравнительно долгого времени для обеспечения социального порядка, свободного от проявлений прошлой или структурной дискриминации⁷¹.

Дискриминация по признаку расы и пола встречается столь же часто как на институциональном, так и индивидуальном уровне и данную проблему неправильно воспринимают, как правило, в качестве намерения, а не последствий. При этом подходе не учитывается должным образом та среда, в которой создается неблагоприятное положение с точки зрения расы или пола, а также усугубляющее воздействие этой среды, и главное внимание уделяется лишь конкретным мерам по оценке целесообразности правового вмешательства, забывая при этом о более широком контексте.

88. Критики концепции равенства возможностей считают, что цель должна заключаться в определении результатов процессов принятия решений. Они заявляют, что главной целью является улучшение относительного положения обездоленных групп. Подобный подход характеризуется уделением основного внимания относительному положению скорее групп или классов, а не отдельных лиц. Равенство не может зависеть от деятельности индивидуумов.

89. В то время как из концепции равенства возможностей вытекает, что таланты и навыки не распределены равномерно среди человечества, концепция равенства результатов четко заявляет о том, что навыки и таланты распределены равномерно. Мужчины, женщины, белые и этнические меньшинства в среднем обладают теми же талантами и навыками. Таким образом, ожидается, что осуществление идеала равенства возможностей приведет к равным результатам в том смысле, что мужчины, женщины, белые и этнические меньшинства будут представлены во влиятельных и властных структурах пропорционально их общей численности в обществе. Следуя этой логике, делается вывод о том, что любые крупные несоответствия в результате неизбежно должны быть вызваны существованием системы или структуры дискриминации, которая является результатом определенной практики.

90. Позитивные действия, соответствующие идеалу равенства результатов, будут в данном случае означать меры позитивной преференции или более конкретно "жесткие" позитивные действия, такие, как квоты, оговорки, цели и т.д. Для обеспечения равенства результатов требуется осуществление мер, которые неизбежно ведут к пропорциональному представительству групп, например в сфере труда, образования и общественного жилого фонда. Социальные блага распределяются точно в соответствии с принципом расы, пола, этнического происхождения и т.д. Некоторые сторонники этой

⁷¹ G. Moens, *op. cit.*, p.11.

концепции указывают также на то, что позитивные действия необходимо рассматривать в контексте экономических, социальных и культурных прав, что предполагает осуществление политических действий со стороны государства, направленных на принятие конкретных мер по улучшению положения социально-правовых категорий в определенных областях⁷².

91. Идеал равенства результатов является более противоречивым в силу его методов, которые являются неограниченными и неуправляемыми, как, например, введение квот. Квоты нередко подвергаются критике за их использование в ущерб другим уязвимым группам, которые в равной степени претендуют на равенство, за то, что они поощряют враждебность и злобу между социальными группами, а также за игнорирование основополагающего элемента индивидуального выбора. Это приводит к иной классификации или исключению тех лиц, которые в случае традиционных критериев являлись бы бенефициарами социального блага.

92. Однако следует ли просить индивидуумов идти на жертвы ради обеспечения компенсации некоторых членов целевых групп? Как говорилось выше, необходимо полностью предотвратить "дискриминацию наоборот". Согласно Маккруддену считается, что подобный подход недостаточно полно учитывает то, в какой мере бремя, связанное с оказанием помощи находящимся в неблагоприятном положении группам, ложится на плечи третьих сторон, которые могут оказаться "невиновными" за причиненное в прошлом зло, которые не получили, вероятно, никакой выгоды от дискриминации в отношении этих групп в прошлом и которые относятся к числу определенных находящихся в наименее благоприятном положении групп общества с точки зрения их экономической ситуации⁷³.

93. Интересно отметить, что в большинстве стран начато осуществление программы позитивных действий, соответствующей идеалу равенства возможностей. В то же время наблюдалась постепенная замена этого идеала концепцией равенства результатов в силу

⁷² E. Vogel-Polsky, "Les actions positives dans la théorie juridique contemporaine", in B. de Grave (ed.), *Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangbehandeling voor vrouwen*, Tegenspraak-Cahier 8, Antwerpen, Kluwer, 1990, pp. 75-77.

⁷³ Резюме всех аргументов за и против концепций равенства возможностей и равенства результатов см. С. McCrudden, *Anti-discrimination Law*, Dartmouth, the International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1991, pp. xvi-xviii.

давления со стороны политических или социальных факторов⁷⁴. Нередко происходит смешение этих двух идеалов, а законодательство не содержит четких положений о том, осуществлению какого из этих идеалов равенства в нем отдается предпочтение.

94. Тем не менее очевидно, что данный вопрос не заключается лишь в том, чтобы быть за или против позитивных действий в отношении конкретной группы. Тот метод, посредством которого осуществляется попытка улучшения положения данной группы, имеет огромное значение с точки зрения того, пользуются ли подобные усилия поддержкой со стороны других групп или эти группы выступают против них⁷⁵. И последнее замечание: программы борьбы с бедностью не являются заменой программ позитивных действий. Они не заменяют также законов о борьбе с дискриминацией, поскольку они не предусматривают каких-либо льгот для таких групп, как китайские или еврейские меньшинства, которые подвергаются дискриминации во многих странах, однако в целом не относятся к категории находящихся в неблагоприятном положении⁷⁶.

⁷⁴ См., например, ход развития программы позитивных действий в Австралии, G. Moens, *op. cit.*, pp. 53-74, а также историю позитивных действий в Соединенных Штатах Америки, D. McWhirter, *The end of affirmative action, where do we go from here?*, New York, Birch Lane Press, 1996.

⁷⁵ Т. Сауэл (*op. cit.*, p. 165) напоминает о том, что в Соединенных Штатах Америки преференциальная политика неоднократно отвергалась в ходе опросов общественного мнения. В то же время то же самое население Соединенных Штатов Америки решительно выступило в поддержку бесплатных специальных учебных или профессиональных курсов, предназначенных для расширения возможностей групп меньшинств.

⁷⁶ Организация Объединенных Наций, Департамент по экономической и социальной информации и анализу политики, Доклад о мировом социальном положении 1997 года (E/1997/15), глава VIII, пункт 94.

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 (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, статистические данные, свидетельствующие об успешном осуществлении программ позитивных действий, и в частности о прогрессе, достигнутом после введения таких программ.

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