

## ТЕМА 1. ЮРИДИЧЕСКАЯ КОНЦЕПЦИЯ ДИСКРИМИНАЦИИ

*Цель лекционного занятия: ввести слушателей в проблематику курса и дать определение основных понятий, необходимых для понимания юридической концепции дискриминации.*

*Задачи лекционного занятия: познакомить студентов с основными научными подходами к определению дискриминации в контексте доктрины равенства и равного обращения; дать определение понятиям дискриминации, равенства, равного обращения; сформировать у студентов понятийный аппарат, необходимый для дальнейшего изучения курса.*

Главная трудность при введении студентов в проблематику курса состоит в том, что подходы к понятиям равенства и дискриминации с течением времени претерпевали изменения. Это нашло отражение в появлении новых международно-правовых стандартов, изменении практики международных органов, появлении специального антидискриминационного законодательства в государствах Европы. В связи с этим преподавателю следует использовать проблемно-ориентированные методики, чтобы на основе сопоставления, анализа и обсуждения существующих понятий и концепций помочь студентам выработать и обосновать свою собственную теоретическую позицию, руководствуясь которой они смогут предлагать в дальнейшем различные варианты практического разрешения правовых споров, связанных с дискриминацией.

Требованиям равенства и справедливости принадлежит особое место в системе фундаментальных ценностей современных демократических государств. При этом равенство может рассматриваться как правовая, социальная, экономическая, политическая категория. В российской юридической науке принято выделять равенство формальное, равенство юридическое и равенство фактическое. Объем этих понятий различается у разных авторов, но дискуссию по поводу разных концепций равенства можно оставить для семинаров по теории права или для самостоятельной работы студентов (написания докладов, рефератов, курсовых работ). Для введения в предлагаемый курс достаточно изложения материала в том объеме, в каком это необходимо для рассмотрения соотношений понятий «равенство / дискри-

<sup>1</sup> См., например: *Крылов Б.С.* Проблемы равноправия и равенства в российском конституционном праве // Журнал российского права. 2002. № 11; *Бондарь Н.С.* Требование равенства и справедливости в измерении Конституционного Суда Российской Федерации // Конституционные основы судебной власти: м-лы Всероссийской научно-практической конференции. М., 2003; *Мальцев Г.В.* Проблемы юридического равенства в современной буржуазной идеологии // Проблемы государства и права в современной

В этом контексте следует отметить, что юридическое равенство чаще всего понимается как формальное равенство, и в российской теории права для его обозначения принято использовать термин «равноправие». Юридическое равенство (равноправие) включает в себя равенство в сфере прав и свобод, равенство правовых обязанностей, равные основания юридической ответственности. В зарубежной литературе будут встречаться термины «равенство», «равные права», «равное обращение». Авторы комментариев к Европейской конвенции и Европейской социальной хартии пишут: «В более широкой сфере защиты прав человека понятие равенства часто означает справедливость в равном распределении материальных благ и прав, и это является важной посылкой, лежащей в основе многих документов, рассматривающих экономические, социальные или культурные права. Однако с точки зрения документов, главным образом регулирующих гражданские и политические права, понятие равенства означает справедливость в том смысле, что закон применяется правильно и последовательно к каждому члену общества отдельно независимо от его или ее личных качеств» (Донна Гомьен, Дэвид Харрис, Лео Зваак. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. Пер. с англ. М., 1998. С. 450).

При всем разнообразии подходов у них есть общий знаменатель: с правовой точки зрения принцип равенства заключается в том, что равное должно регулироваться равным образом, т.е. к людям, находящимся в равном положении, должны применяться одни и те же правила. Фактическое неравенство долго не входило в сферу интересов юриспруденции — оно рассматривалось исключительно как социальная и политическая проблема. Такой подход был главенствующим во всех правовых системах вплоть до недавнего времени и нашел отражение в большинстве решений национальных судов и международных органов.

На современном этапе пришло понимание того, что различия в конкретных жизненных обстоятельствах, которые делают формально равные права фактически неодинаковыми (например, право на образование у обычных лиц и лиц с заболеваниями опорно-двигательной системы), нельзя игнорировать, поскольку это несовместимо с принципами справедливости и уважения достоинства личности. Современная концепция юридического равенства стала включать в себя не только наличие равных прав, но и наличие равных возможностей, которые государство обязано обеспечить уязвимым социальным группам (инвалидам, женщинам, аборигенам, языковым меньшинствам и т.д.) для того, чтобы они могли реально воспользоваться провозглашенными для всех правами, а также равного обращения административных, судебных, правоохранительных органов со всеми лицами, независимо от того, принадлежат ли они к меньшинствам или социально

идеологической борьбе / Под ред. Я. Радаева, В.Туманова. М., 1983; *Комкова Т.Н.* Конституционный принцип равенства прав и свобод человека и гражданина в России: понятие, содержание, механизм защиты: Автореф. Дис. ... д.ю.н. Саратов, 2002; *Кудрявцев М.А.* Конституционный принцип равноправия в правовом положении личности в Российской Федерации: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2004.

уязвимым группам или нет. Таким образом, для обеспечения реального юридического равенства необходимо не только исключить неравное обращение с людьми, но и предоставить гарантии для того, чтобы все без исключения смогли воспользоваться имеющимися правами.

Неравное обращение в современной традиции рассматривается как несправедливое, дискриминационное. Однако дать определение «дискриминации» оказалось непросто. Одной из трудностей при определении понятия «дискриминация» является то, что наши представления о ней могут не соответствовать представлениям тех, с кем мы обсуждаем эту проблему. Важно, чтобы студенты усвоили понятие дискриминации, данное в международно-правовых документах, и не подменяли его обыденным, поскольку незнание терминологии приводит к профессиональным ошибкам. Первая распространенная ошибка — когда любое незаконное обращение либо любое различие в обращении рассматривают как дискриминацию (т.е. имеет место слишком широкое толкование понятия). Например, в одном из судебных решений по трудовому спору о восстановлении на работе судья без учета фактических обстоятельств дела написал, что в отношении работника была допущена дискриминация, посчитав, что любое незаконное увольнение является дискриминацией. На бытовом уровне любое различие в правовом статусе или в материальном обеспечении также часто воспринимается как дискриминация. Вторая крайность — нежелание юристов принимать к рассмотрению вопрос о наличии дискриминации в тех случаях, когда она сопутствует нарушению каких-либо других прав. Такой подход нашел отражение даже в практике Международного комитета по правам человека и ранних решениях Европейского Суда по правам человека. В ходе дальнейшего изучения курса и знакомства с решениями этих органов студенты смогут в этом убедиться. Только в последние пять лет стал намечаться некоторый сдвиг в практике Европейского Суда. В этом плане показательным является решение ЕСПЧ по делу «D.H. и другие против Чешской Республики» (Решение Большой Палаты от 13 ноября 2007 г., заявление № 57325/00), в котором первоначально Суд не признал дискриминацией сегрегацию цыганских детей в школах Чехии, и только Большая Палата, куда заявители обжаловали данное решение, признала, что насильственное помещение цыганских детей преимущественно в специальные вспомогательные школы является нарушением статьи 14 Конвенции (данное дело более подробно следует проанализировать на последующих занятиях по расовой дискриминации).

На первом занятии можно дать самое общее определение дискриминации. Дискриминация — это проведение существенных различий между людьми на основании юридически несущественных признаков (таких как пол, цвет кожи, вероисповедание, родной язык, возраст, наличие физических недостатков и т.д.), которое ограничивает их доступ к реализации прав и свобод. Более детальное и точное определение будет дано на втором занятии при изучении международно-правовых стандартов в области предотвращения дискриминации.

Дискриминация опасна тем, что ведет к ущемлению прав людей в политических, трудовых, административных, семейных, жилищных, социаль-

но-экономических отношениях, мешает людям, принадлежащим к определенным группам, реализовать те права, которыми они — в соответствии с внутренним законодательством или международно-правовыми нормами — наделены наравне с другими. Но и сама по себе дискриминация представляет зло, поскольку она несовместима с признанием таких ценностей как достоинство личности, свобода от унижения, сохранение многообразия индивидов, создание условий для всестороннего развития каждого.

Дискриминация бывает насильственная и ненасильственная, прямая и косвенная.

К насильственной дискриминации относятся преступления против жизни и здоровья, совершенные по мотивам принадлежности потерпевших к определенной группе. Чаще всего жертвами насильственной дискриминации становятся представители этнических, религиозных, сексуальных меньшинств. Насильственная дискриминация особенно опасна тогда, когда акты насилия по отношению к меньшинствам имеют место со стороны административных или правоохранительных органов. В последние годы Европейский Суд рассмотрел большое количество дел, связанных с применением оружия полицейскими в Болгарии, Чехии, Словакии при задержании цыган, в которых заявители просили признать действия полиции дискриминационными, поскольку в отношении цыганского населения оружие применялось чаще, а факты убийства цыган полицейскими должным образом не расследовались (более подробно эти дела будут изучаться в соответствующих разделах курса). Следует отметить, однако, что преступления на расовой или религиозной почве в первую очередь относятся к тем статьям Конвенции и национального законодательства, которые связаны с нарушением права на физическую неприкосновенность, поэтому существует точка зрения, что насильственные акты не следует считать дискриминацией, даже если они совершены на расовой или межэтнической почве (этой точки зрения придерживается, например, известный специалист в области проблем дискриминации американский юрист Джеймс Голдстон, см. «Борьба с дискриминацией в России: основные направления деятельности для юристов и активистов правозащитного движения» под ред. А.К. Соболевой, М.: Юрист, 2004. С. 7—8). Считать насильственные действия в отношении представителей этнических меньшинств дискриминацией не был склонен и Европейский Суд, хотя в деле «Начова против Болгарии» он предпринял попытку признать дискриминацией отказ полиции рассматривать мотив расовой ненависти как один из возможных в каждом случае убийства представителей национальных меньшинств полицейскими (позднее Большая Палата не согласилась с такой трактовкой и отменила решение в этой части).

«Язык вражды» — выражение агрессии против определенных групп (например, этнических и религиозных меньшинств, женщин, инвалидов, гомосексуалистов) в устной речи, прессе, Интернете — также не все эксперты признают дискриминацией, считая, что высказывания следует рассматривать либо в свете свободы ограничений на свободу выражения мнения, либо в свете преступлений против физической неприкосновенности (при призывах к насилию). Единого подхода к тому, являются ли словесные высказы-

вания, оскорбительные для определенных групп, актами дискриминации, пока не сложилось. Можно предложить студентам обсудить этот вопрос и обосновать свою позицию по данному вопросу.

К ненасильственной дискриминации относятся, например, такие действия, как оказание предпочтения представителям определенной группы при приеме на работу, выделении жилплощади, предоставлении услуг (например, белым перед черными), либо необоснованный отказ в предоставлении услуг, доступе в общественные места, найме на работу лицам, принадлежащим к определенным группам (инвалидам, цыганам, женщинам и т.д.). Ненасильственная дискриминация находит проявление в предвзятом отношении к представителям уязвимых групп в духовной, социальной, политической, экономической жизни общества, в сфере труда и служебных отношений, в сфере отдыха и досуга. Опасность ненасильственной дискриминации часто недооценивается. Между тем ее необходимо искоренять, поскольку она не просто создает напряженность в обществе за счет того, что лица, подвергающиеся дискриминации, испытывают дискомфорт, чувство униженности и незащищенности, но и таит в себе угрозу возникновения конфликтов на межэтнической и религиозной почве, социальных взрывов, роста насильственных преступлений.

Прямая дискриминация имеет место в тех случаях, когда одно лицо сталкивается с менее благоприятным отношением к себе, чем то, с которым сталкивалось, сталкивается или может столкнуться другое лицо в аналогичной ситуации, по причине его расовой, этнической, религиозной, языковой принадлежности или по признакам пола, возраста, состояния здоровья, сексуальной ориентации. Примером может служить выделение комиссией по обеспечению социальным жильем представителям отдельной этнической группы (например, цыганам или арабам) малоприспособленного для проживания жилья или жилья худшего качества. Прямая дискриминация будет иметь место в случае увольнения при сокращении штата исключительно или преимущественно женщин, если на предприятии работает одинаковое количество мужчин и женщин или большинство работников — мужчины.

Косвенная дискриминация имеет место, когда внешне нейтральные положения, критерии или практика ставят лиц, принадлежащих к определенной группе, в очевидно невыгодное положение по сравнению с другими лицами, за исключением случаев, в которых такие положения, критерии или практика объективно оправданы законной целью, а средства достижения этой цели являются целесообразными и необходимыми. Например, администрация универмага, запрещающая вход лицам в длинных юбках, может быть обвинена женщинами-цыганками или женщинами-мусульманками в дискриминации на том основании, что на практике такое правило, само по себе внешне нейтральное, приведет к тому, что доступ в универмаг будет в большей степени ограничен для женщин, нежели для мужчин, а также для представителей определенных этнических и религиозных групп, традиционно носящих длинные юбки. Если истец в состоянии доказать, что такое правило ставит женщин или членов определенной группы «в невыгодное положение», в ряде стран (США, Кана-

де, странах ЕС) этого будет достаточно для возбуждения дела о дискриминации, но косвенная дискриминация будет найдена лишь в том случае, если владелец универсама не сможет, в свою очередь, доказать, что запрет доступа в универсам посетителям в длинных юбках имел законную цель, был целесообразным и необходимым. Косвенной дискриминацией может быть, например, установление такого правила приема на работу, согласно которому сотрудники должны быть весом свыше 80 кг и ростом выше 172 см. Поскольку подобные характеристики статистически чаще встречаются у мужчин, чем у женщин, такое внешне нейтральное правило позволит избежать найма на работу женщин, однако дискриминационным оно будет считаться лишь в том случае, если работодатель не сможет доказать, что подобные требования были обусловлены спецификой труда.

Для того, чтобы определить, имеет ли место дискриминация, необходимо проанализировать суть различий в обращении, посмотреть, носят ли они целесообразный и обоснованный характер, имеется ли у них законная цель, можно ли достичь ту же самую законную цель, не прибегая к дискриминационным мерам. Важно и то, по каким признакам проводится различие в обращении. Ограничение каких-либо фундаментальных прав или создание затруднений для доступа к ним лиц из-за их пола, этничности, вероисповедания, родного языка не может быть обосновано никакими причинами и не может иметь никакой законной цели. В то же время могут быть признаны обоснованными требования работодателя о принадлежности к определенному вероисповеданию для сотрудников религиозных учреждений или о знании государственного языка для сотрудников государственных учреждений, преподавателей школ или судей. Требование о наличии определенного уровня квалификации может быть как справедливым и оправданным, так и дискриминационным, если оно неблагоприятно и направлено против определенных групп (например, свободное владение английским языком для устройства на работу мойщиком автомобилей может быть дискриминационным, если в данном квартале только белое население свободно владеет этим языком).

Поскольку международное и национальное право, несмотря на наличие абстрактного запрета на дискриминацию, позволяет проводить различия между отдельными лицами или между группами отдельных лиц, приобретает важность вопрос о том, какие различия следует считать допустимыми, а какие представляют собой запрещенную дискриминацию. ЕСПЧ в деле о языках в Бельгии изложил следующую схему для выявления факта наличия дискриминации: а) установленные факты свидетельствуют о различном обращении; б) различие является бесцельным, т.е. не может быть объективно и разумно обосновано с учетом целей и последствий рассматриваемой меры; в) при наличии законной цели отсутствует разумная соразмерность между используемыми средствами и поставленной целью.

Не считаются дискриминацией позитивные действия, предпринимаемые государствами для выравнивания статуса уязвимых групп населения. В трудах российских юристов такие действия иногда называются «позитивной дискриминацией», что не совсем корректно, поскольку в соответствии с международно-правовыми документами юридическое зна-

чение термина «дискриминация» не позволяет рассматривать это явление как оправданное ни при каких обстоятельствах. Действия, которые имеют законную цель и носят необходимый плюс целесообразный характер, не являются дискриминацией, даже если формально имеют некоторые ее признаки. Именно поэтому более уместно говорить о позитивных действиях и позитивных мерах. Не будет дискриминацией мужчин прием на работу женщин или инвалидов по установленным законодательством квотам, не будет дискриминацией белого большинства установление особых правил приема в университеты для черного населения вплоть до времени выравнивания образовательного уровня черных и белых детей, не будет дискриминацией введение квот в законодательные собрания для представителей этнических меньшинств или коренных малочисленных народов. Не будут дискриминационными и социальные меры, направленные на установление фактического равенства, например, введение пособий на детей для малоимущих семей, доплаты к пенсиям до уровня прожиточного минимума лицам с самыми низкими доходами.

Наиболее распространенной ошибкой при обсуждении проблем дискриминации является понимание ее исключительно как проведения различий между группами людей на законодательном уровне, лишения прав каких-либо групп. Считается, что если в законодательстве провозглашен принцип равенства и содержится запрет на дискриминацию по каким-либо основаниям, то дискриминации в данном государстве быть не может. Такой подход является неверным.

Проявления дискриминации в той или иной степени наблюдаются во всех странах. Именно поэтому ООН, ЮНЕСКО, Совет Европы, Евросоюз в последнее время уделяют всё больше внимания искоренению любых форм дискриминации, выраженных «как в сохранении в силе законодательных положений», так и в сохранении «практики правительственного и административного аппарата»<sup>1</sup>. Любые проявления дискриминации, как указано в Декларации, несовместимы с принципами уважения прав человека, отмечены печатью несправедливости и пренебрежения к человеческой личности; они порождают изоляцию, унижение или принудительную ассимиляцию членов уязвимых групп, подрывают основополагающую для международного права идею о том, что все народы и все группы людей вносят свой самобытный вклад в расцвет цивилизаций и культур, которые составляют всеобщее достояние человечества.

Понятие «дискриминационной практики», которое упоминается в Декларации ЮНЕСКО о расе и расовых предрассудках 1978 г., всё чаще встречается в материалах правовых исследований и новом законодательстве стран Европы. Дискриминационная практика государственных и негосударственных органов и частных лиц чаще всего проявляется по отношению к этническим и религиозным меньшинствам, женщинам, лицам с нетрадиционной сексуальной ориентацией. Она связана со стереотипами, установками, предрассудками, существующими в обществе в отношении

<sup>1</sup> Декларация ЮНЕСКО о расе и расовых предрассудках // Дискриминация вне закона: сборник документов. — М.: Юристь, 2003. С. 163—171.

данных групп и включает поведение, структурную организацию и институционализированную практику административных и правоохранительных органов, приводящие к неравенству.

Созданный на основе Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. и Факультативного протокола к нему Комитет ООН по правам человека в одном из своих докладов отметил, что государства должны отчитываться не только о положениях конституций и законов, закрепляющих равные возможности в праве и равенство лиц, но и о проблемах дискриминации на практике, которая порождается должностными лицами, обществом в целом или отдельными лицами и организациями. Тем самым Комитет дал понять, что существует такое понятие как «дискриминационная практика», и эта практика, не будучи основана на законе, может быть, тем не менее, широко распространена. Примером такой практики может быть повсеместно распространенная в России проверка документов сотрудниками милиции улиц с неславянским типом внешности на улицах и в метро, в США эта практика выражается в более частых остановках для проверки на предмет наличия оружия и наркотиков автомобилей, за рулем которых находится чернокожий водитель (более подробно об этих практиках будет говориться при изучении раздела курса об этнически избирательном подходе).

#### *Методические рекомендации по проведению семинарского занятия*

На семинарском занятии, помимо обсуждения выделенных ниже вопросов, следует предложить студентам письменно проанализировать какие-либо из задач, содержащихся в последующих разделах курса (например, о дискриминации инвалидов, женщин, сексуальных меньшинств), а потом попросить решить те же задачи при прохождении соответствующих разделов в конце курса. Сравнительный анализ ответов покажет, насколько студентам удалось преодолеть существующие стереотипы восприятия дискриминации в обыденном сознании и составить профессиональное представление об этом явлении и путях его преодоления.

Цель семинарского (практического) занятия: углубление и обобщение теоретических знаний в области обеспечения равенства и предотвращения дискриминации, полученных слушателями на лекционном занятии, а также приобретение, отработка и закрепление практических умений и навыков применения теоретических знаний для решения практических задач в сфере дискриминации.

Задачи семинарского занятия: закрепление основных понятий в сфере дискриминации и обеспечения равенства, рассмотрение основных подходов к пониманию дискриминации и ее видов; выделение критериев отграничения дискриминации от дифференциации при анализе конкретных обстоятельств судебных дел; приобретение навыка в выражении своей позиции по делу.

### **Вопросы к семинарскому занятию**

1. Определение понятий «равенство», «равноправие», «равный доступ», «равные возможности», «равенство в обращении» и их значение для понимания концепции дискриминации.
2. Дискриминация и дифференциация: соотношение понятий.
3. Виды дискриминации и перечень признаков (оснований) для запрета дискриминации.
4. Позитивные действия в защиту уязвимых групп населения и обеспечение фактического равенства в контексте юридической концепции дискриминации.