

СЕРИЯ

ДИСКРИМИНАЦИЯ ВНЕ ЗАКОНА

Выпуск 4

ЮРИСТЫ ЗА КОНСТИТУЦИОНЫЕ ПРАВА И СВОБОДЫ

ЗАЩИТА ЛИЧНОСТИ ОТ ДИСКРИМИНАЦИИ

(в трех томах)

Хрестоматия

Том 1

Москва
РИО «Новая юстиция»
2009

УДК [323.1+342.724](100)(072)
ББК 67.400.3(2Рос)я81+67.911.11я81
3-40

Защита личности от дискриминации. В 3 томах. Том 1 / [Дикман С.С. и др.]. — М.: Новая юстиция, 2009. 424 с. — (Юристы за конституционные права и свободы).

ISBN 978-5-91028-051-3

Авторы-составители: Варламова Н.В., к.ю.н., доцент (Раздел I); Васильева Т.А., к.ю.н., доцент (Раздел II); Осипов А.Г., к.и.н. (Раздел III); Тимофеев М.Т., к.ю.н., доцент (Раздел IV).

Под редакцией канд. юрид. наук, юриста АНО «ЮРИКС» С.С. Дикмана и канд. филол. наук, главного эксперта-консультанта по научно-правовой деятельности АНО «ЮРИКС» А.К. Соболевой.

В первый том Хрестоматии вошли материалы, призванные дать общее представление о дискриминации, а также продемонстрировать основные стандарты защиты от дискриминации, которые применяются в различных странах. В книгу вошли следующие темы: «Междунородно-правовые стандарты защиты от дискриминации», «Стандарты защиты от дискриминации в законодательстве и практике зарубежных государств», «Запрет дискриминации в российском законодательстве и правоприменительной практике» и «Методика доказывания в делах о дискриминации». Каждый раздел включает в себя оригинальные авторские статьи, отрывки из российских и зарубежных исследований в области дискриминации, переводы решений Комитета ООН по правам человека и Европейского суда по правам человека, Верховного суда США; законодательные акты Швеции, Нидерландов, ЮАР, Болгарии, Румынии и др.

Издание может быть использовано в качестве вспомогательного материала при изучении курса «Защита личности от дискриминации» и общих курсов по правам человека.

Предназначено для преподавателей, студентов, аспирантов, адвокатов, политологов, социологов, активистов общественных организаций, занимающихся защитой прав человека, а также всех интересующихся вопросами равенства и защиты от дискриминации.

*Издание осуществлено при поддержке Фонда глобальных возможностей
Министерства иностранных дел и по делам Содружества Великобритании
и Института «Открытое общество»*

ISBN 978-5-91028-051-3

© АНО «ЮРИКС», 2009

© ООО РИО «Новая юстиция»,
(оформление, редподготовка), 2009

СОДЕРЖАНИЕ

РАЗДЕЛ I. МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ СТАНДАРТЫ ЗАЩИТЫ ОТ ДИСКРИМИНАЦИИ	9
<i>Варламова Н.В.</i> Международно-правовые стандарты защиты от дискриминации. (вступительная статья).....	9
Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г. (извлечения)	23
Комитет по правам человека. Замечание общего порядка № 18 (1989).....	23
<i>Райя Хански и Мартин Шейнин.</i> Введение к разделу «Дискриминация» (из книги «Прецедентные дела Комитета по правам человека»)	27
Прецедентные дела Комитета по правам человека	32
Ширин Аумеерудди-Чиффра и другие против Маврикия (извлечения)	32
Ф.Г. Зваан-де Вриес против Нидерландов (извлечения)	37
Карл Хенрик Блом против Швеции (извлечения)	43
Ибрагим Гейе против Франции (извлечения)	47
Фредерик Фуэн против Франции (извлечения)	51
Алина Симунек и другие против Чешской Республики (извлечения)	61
Джозеф Каванах против Ирландии (извлечения)	67
Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (извлечения)	76
Протокол № 12 к Конвенции (извлечения)	76
Пояснительный доклад к Протоколу № 12	78
<i>Донна Гомьян, Дэвид Харрис, Лео Зваак.</i> Статья 14 Конвенции	87
Ковлер А.И. Комментарий к статье 14 Конвенции	101
Постановления Европейского Суда по правам человека	
Дело «Ларкос против Кипра» (извлечения).....	102
Дело о языках в Бельгии (извлечения).....	109
<i>Джеймс Голдстон.</i> Директивы Европейского сообщества, запрещающие дискриминацию по расовому и гендерному признакам	112

Директива Совета ЕС 2000/43/ЕС от 29 июня 2000 г., обеспечивающая реализацию принципа равного обращения со всеми лицами независимо от их расовой принадлежности и этнического происхождения	123
Директива Совета ЕС 2000/78/ЕС от 27 ноября 2000 г. устанавливающая общие рамки равного обращения в сфере труда и занятости	132
Директива Европейского парламента и Совета ЕС 2002/73/ЕС от 23 сентября 2002 г. о внесении изменений в Директиву Совета 76/207/ЕЕС о реализации принципа равного обращения с женщинами и мужчинами в отношении доступа к трудуоустройству, профессиональному обучению и продвижению по службе и условий труда.....	146
РАЗДЕЛ II. СТАНДАРТЫ ЗАЩИТЫ ОТ ДИСКРИМИНАЦИИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И ПРАКТИКЕ ЗАРУБЕЖНЫХ ГОСУДАРСТВ.....	156
<i>Васильева Т.А.</i> Антидискриминационное законодательство и практика в зарубежных странах (вступительная статья).....	156
<i>Мартин Макивэн.</i> Сравнительный анализ антидискриминационных норм права: краткий обзор	165
<i>Кристофер Маккрудден.</i> Советы законодателю о регулировании дискриминации: проблемы применения антидискриминационного законодательства и стратегии по их преодолению	166
<i>Янни Р., Диркс и Петер Р. Родригес.</i> Нидерландский закон о равном обращении: теория и практика	175
Акт о запрещении дискриминации (2003:307) (Швеция)	186
Закон о защите от дискриминации (Болгария)	191
Акт о поощрении равенства и предотвращении несправедливой дискриминации 2000 г. (ЮАР).....	210
Постановление о предотвращении и наказании всех форм дискриминации 2000 г. (Румыния)	235
Закон о равном обращении 1994 г.(Королевство Нидерланды)	243
<i>Гольдман Р., Франковски С., Лентовска Э.</i> Запрет дискриминации как принцип равной защиты со стороны закона.	253
Верховный Суд США. Дело «Дотард против Ролинсон»	291
РАЗДЕЛ III. ЗАПРЕТ ДИСКРИМИНАЦИИ В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ.....	297
<i>Осипов А.Г.</i> Обеспечение принципа равноправия и запрета дискриминации в российском праве (вступительная статья).....	297
Постановление Конституционного Суда РФ от 27 декабря 1999 г. № 19-П по делу о проверке конституционности	

положений пункта 3 статьи 20 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» в связи с жалобами граждан В.П. Малкова и Ю.А. Антропова, а также запросом Вахитовского районного суда города Казани.....	306
Постановление Конституционного Суда РФ от 15 июня 1998 г. № 18-П по делу о проверке конституционности положений статей 2, 5 и 6 Закона Российской Федерации от 2 июля 1993 года «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации» в связи с жалобами ряда граждан	314
Постановление Конституционного Суда РФ от 24 октября 2000 г. № 13-П по делу о проверке конституционности положений пункта 13 статьи 39 Закона Российской Федерации «Об образовании», статьи 1 Федерального закона «О сохранении статуса государственных и муниципальных образовательных учреждений и моратории на их приватизацию» и пункта 7 статьи 27 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» в связи с запросом Майнского районного суда Ульяновской области, а также жалобами граждан Е.Е. Насоновой и Н.П. Ярушиной	321
Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 6 июня 2003 г. № 60-Г03-10 (извлечения)	328
Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 2 от 17 марта 2004 г. о применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации	330
Козюк М.Н. Правовое равенство в механизме правового регулирования	334
Комкова Г.Н. Запрет дискриминации в российском и международном праве (извлечения)	343
РАЗДЕЛ IV. МЕТОДИКА ДОКАЗЫВАНИЯ В ДЕЛАХ О ДИСКРИМИНАЦИИ	353
Тимофеев М.Т. Методика установления случаев или практики дискриминации (вступительная статья)	353
Де Шуттер О. Доказывание дискриминации // Курс «Противодействие ксенофобии и этнической дискриминации». Ч. 2: учеб. пособие для сотрудников аппаратов уполномоченных и комиссий по правам человека в РФ [сост. О. Федорова]. – М.: Моск. Хельсинк. группа, 2006. С. 5–21.	360
Мин М. Концепции прямой и косвенной дискриминации // Курс «Противодействие ксенофобии и этнической дискриминации». Ч. 2: учеб. пособие для сотрудников аппаратов уполномоченных и комиссий по правам человека в РФ [сост. О. Федорова]. – М.: Моск. Хельсинк. группа, 2006. С. 22–44.	372

<i>Алему Ф.</i> Тестирование как метод доказательства дискриминации: методология и применение в Венгрии // Roma Rights. 2000. № 3. Перевод осуществлен «Правовой инициативой Открытого общества»	389
<i>Аалт Виллем Херинга.</i> Стандарты исследования по делам, связанным с дискриминацией: объем и сфера судебного рассмотрения	400
Постановления Европейского Суда по правам человека	
Дело «Исмаилова против России» (извлечения)	407
Дело «Зарб Адами против Мальты» (извлечения)	416

РАЗДЕЛ I

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ СТАНДАРТЫ ЗАЩИТЫ ОТ ДИСКРИМИНАЦИИ

Международно-правовая защита от дискриминации является неотъемлемой составной частью международно-правовой системы защиты прав человека, при этом запрет дискриминации относится к числу общепризнанных принципов международного права. Это очевидностью следует из положений Устава ООН, закрепляющих в качестве одной из целей Организации и каждого из ее членов осуществление международного сотрудничества, способствующего развитию всеобщего уважения к правам человека и основным свободам для всех, без различия расы, пола, языка и религии (п. 3 ст. 1, п. «с» ст. 55). Сам принцип недискриминации (равноправия, запрета дискриминации) может рассматриваться и как самостоятельное право человека (право на равное обращение), и как принцип правового положения человека в правовом государстве, предполагающий, что все люди могут в полном объеме и на равных основаниях осуществлять гарантируемые права и свободы. На международно-правовом уровне защита от дискриминации обеспечивается посредством установления определенных минимальных стандартов равного обращения, которым должны соответствовать законодательство и правоприменительная практика внутри государств, а также, в ряде случаев, посредством предоставления субсидиарных средств защиты при их нарушении.

Различают универсальную и региональные системы защиты прав человека. Универсальная система функционирует в системе ООН и ее специализированных учреждений¹ – ЮНЕСКО, МОТ и других, региональные действуют в рамках отдельных региональных организаций – Совета Европы, Европейского Союза, Организации американских государств. Соответственно существуют универсальные и региональные международные стандарты и инструменты защиты от дискриминации.

В различных международно-правовых актах может даваться разное понятие дискриминации. Иногда содержащий запрет дискриминации акт не раскрывает, какое обращение должно рассматриваться как дискриминационное; в таких случаях понятие дискриминации вырабатывается в практике его контрольных органов. Несмотря на некоторое различие в подходах, в целом в международном гуманитарном праве под дискриминацией понимают различие (исключение, ограничение или предпочтение), установленное для лица или группы лиц при осуществлении прав и свобод на основании опре-

¹ Специализированные учреждения ООН представляют собой независимые самостоятельные международные организации, не находящиеся в системе ООН, однако связанные с ней специальными соглашениями о сотрудничестве.

деленных признаков личного статуса (пола, расы, цвета кожи, этнического или социального происхождения, языка, религии, политических или иных убеждений, имущественного положения, гражданства, возраста, состояния здоровья и т.п.). При этом дискриминацией признается лишь различие в обращении, не имеющее объективного и разумного обоснования.

Антидискриминационные меры, предусматриваемые международными актами, могут иметь разную направленность. Помимо общего запрета дискриминационной практики, они могут возлагать на государства обязанности предпринять определенные действия с целью предотвращения дискриминации (например, принять или изменить, отменить определенное законодательство, поддерживать определенные социальные инициативы и движения, вести разъяснительную работу), в том числе и связанные с повышением общего уровня толерантности в обществе¹; в предоставлении средств защиты лицам, пострадавшим от дискриминации; а также в установлении особой защиты для лиц, принадлежащих к потенциально уязвимым социальным группам (представители этнических, религиозных, языковых, сексуальных меньшинств, женщины, лица с ограниченными возможностями²). При этом, однако, проводится четкое различие между требованиями обеспечения равноправия (недискриминации) и равенства. Обеспечение равенства в определенных случаях может предполагать принятие специальных мер, предусматривающих особые преимущества для лиц, фактически находящихся в менее благоприятном положении по сравнению с другими. Такие действия выходят за рамки необходимых для защиты от дискриминации, хотя и рассматриваются как желательные и не образующие необоснованного различия в обращении (дискриминации).

В международном праве чаще всего не разграничивается прямая дискриминация, т.е. менее благоприятное обращение с лицом или группой лиц на основании признаков личного статуса, и косвенная дискриминация, понимаемая как формально нейтральное обращение, которое для представителей определенной группы имеет особо негативные последствия. Вместе с тем практика толкования и применения этих международно-правовых актов позволяет говорить о том, что под запретом находятся обе разновидности дискриминации.

Антидискриминационные положения практически всегда включаются в комплексные международно-правовые акты, имеющие своим предметом защиту прав и свобод человека, а также в акты, направленные на защиту прав определенных категорий лиц (детей, беженцев, трудящихся-мигрантов). В данном случае в актах обычно реализуется так называемая открытая модель антидискриминационного регулирования, когда устанавливается общий запрет дискриминации на основании определенных признаков личного статуса (перечень которых также носит откры-

¹ См., например: Декларация принципов терпимости, провозглашенная Генеральной конференцией ЮНЕСКО 16 ноября 1995 г.

² Лица, имеющие физические недостатки или психические расстройства; в международно-правовых актах термин «инвалиды» обычно не используется.

тый характер), а неравенство в обращении допускается, только если оно обусловлено вескими и разумными основаниями. Существуют и международно-правовые акты специальной антидискриминационной направленности, запрещающие дискриминацию по определенным основаниям или в определенной сфере отношений. Они обычно строятся по открытой модели антидискриминационного регулирования, предполагающей четкое определение оснований дискриминации, сфер и лиц, на которых распространяются установленные гарантии, запрещенных действий, образующих дискриминацию, а также допустимых различий в обращении, не рассматриваемых как дискриминация.

Большинство международных актов, содержащих антидискриминационные положения, переведены на русский язык и опубликованы¹, кроме того, они доступны на сайтах международных организаций², поэтому в настоящую хрестоматию включены лишь малоизвестные у нас документы и материалы, отражающие механизм реализации установленных на международном уровне средств защиты от дискриминации, а также новейшие тенденции развития международно-правового регулирования в данной сфере.

Запрет дискриминации провозглашается во всех комплексных международно-правовых актах, принятых в рамках ООН: во Всеобщей декларации прав человека от 10 декабря 1948 г. (ст. 1, 2), в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах (далее – МПЭСП) от 16 декабря 1966 г. (п. 2 ст. 2, ст. 3, п. 3 ст. 10) и Международном пакте о гражданских и политических правах (далее – МПГПП) от 16 декабря 1966 г. (п. 1 ст. 2, ст. 3, 24, 25). Пакт о гражданских и политических правах требует от государств-участников запретить законом всякую дискриминацию и обеспечить всем людям равенство перед законом и равную защиту закона (ст. 26). Таким образом, гарантии защиты от дискриминации, установленные Пактом, выходят за пределы прав и свобод, предусмотренных в нем, и распространяются на любые права, признанные внутренним законодательством государств-участников, и любые действия их публичных властей.

Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10 декабря 1984 г. рассматривает умышленное причинение сильной боли либо физических или нравственных страданий, основанное на дискриминации любого характера, в качестве одного из действий, образующих пытку (ст. 1).

Положения о недопустимости дискриминации при осуществлении гарантировемых ими прав содержат практически все универсальные между-

¹ См., например: Международные акты о правах человека: Сборник документов / Составители В.А. Карташкин, Е.А. Лукашева. 2-е изд. М.: Норма, 2002; Дискриминация вне закона: Сборник документов / Под ред. А.Я. Капустина. М.: Юристь, 2003; Совет Европы и Россия. Сборник документов / Под ред. Ю.Ю. Берестнева. М.: Юридическая литература, 2004; Сборник международных правовых документов, регулирующих вопросы миграции. М.: Международная организация по миграции, 1994.

² См., например: <http://www.un.org/russian/documents/centre/decl-con.htm>; <http://www.coe.int>

народные договоры, обеспечивающие защиту определенных групп лиц, например, Конвенция о статусе беженцев от 28 июля 1951 г., Конвенция о статусе апатридов от 28 сентября 1954 г., Конвенция о правах ребенка от 20 ноября 1989 г., Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей от 18 декабря 1990 г.

В рамках ООН действуют конвенции, специально направленные на искоренение и предотвращение определенных видов дискриминации. Они содержат наиболее развернутое антидискриминационное регулирование по открытой модели. Так, Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации от 21 декабря 1965 г. определяет расовую дискриминацию как любое различие, исключение, ограничение или предпочтение, основанное на признаках расы, цвета кожи, родового, национального или этнического происхождения, имеющее целью или следствием уничтожение или умаление признания, использования или осуществления на равных началах прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной или любых других областях общественной жизни (п. 1 ст.1). Конвенция содержит перечень мер, которые государства-участники должны предпринять в целях ликвидации всех форм расовой дискриминации (ст. 2–4, 6–7), и перечень прав, в отношении которых дискриминация особенно недопустима (ст. 5). При этом Конвенция не применяется к различиям в обращении на основании гражданства (п. 2 ст. 1) и не рассматривает как дискриминацию принятие особых мер с исключительной целью обеспечения надлежащего прогресса некоторых расовых или этнических групп или отдельных лиц, нуждающихся в защите, которая может оказаться необходимой, для того чтобы обеспечить таким группам или лицам равное использование и осуществление прав человека и основных свобод, при условии, что такие меры не имеют своим последствием сохранение особых прав для различных расовых групп и что они не будут оставлены в силе по достижении тех целей, ради которых они были введены (п. 4 ст. 1). Особо осуждаемыми и абсолютно недопустимыми формами расовой дискриминации являются расовая сегрегация и апартеид, определение которых содержит Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него от 30 ноября 1973 г.

Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин от 18 декабря 1979 г. рассматривает как дискриминацию любое различие, исключение или ограничение по признаку пола, которое направлено на ослабление или сводит на нет признание, пользование или осуществление женщинами, независимо от их семейного положения, на основе равноправия мужчин и женщин, прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной, гражданской или любой другой области (ст. 1). Конвенция устанавливает обязанность государств-участников принимать все необходимые меры для обеспечения равноправия мужчин и женщин в самых разных сферах жизнедеятельности: участии в политике, приобретении и изменении гражданства, а также определении гражданства детей, образовании, труде, охране здоровья, социальном обеспечении, гражданско-правовых и брачно-семейных отношениях. При

этом Конвенция не считает дискриминацией принятие государствами-участниками временных специальных мер, направленных на ускорение установления фактического равенства между мужчинами и женщинами, при условии, что оно не влечет за собой сохранение неравноправных или дифференцированных стандартов (эти меры должны быть отменены, когда будут достигнуты цели равенства возможностей и равноправного отношения). Не образуют дискриминацию и специальные меры, направленные на охрану материнства (ст. 4).

В рамках специализированных учреждений ООН приняты акты, имеющие целью ликвидацию дискриминации в определенной сфере отношений, например Конвенция 111 Международной организации труда о дискриминации в области труда и занятий от 15 июня 1960 г., Рекомендация ЮНЕСКО о борьбе с дискриминацией в области образования от 14 декабря 1960 г. Они также строятся по закрытой модели, определяя практику, образующую дискриминацию и виды различного обращения, не являющегося таковой.

Многие универсальные договоры о правах человека имеют сходный контрольный механизм. Так, Международные пакты об экономических, социальных и культурных правах и о гражданских и политических правах, Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, Конвенция о правах ребенка, Конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации, Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, Конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей предусматривают создание соответствующих комитетов. Государства-участники представляют на их рассмотрение доклады о принятых мерах по претворению в жизнь положений указанных актов и о достигнутом в этом отношении прогрессе в течение одного-двух лет после вступления акта в силу в отношении данного государства и затем с определенной установленной периодичностью (от двух до пяти лет).

Кроме того, Комитет по правам человека, Комитет по ликвидации расовой дискриминации и Комитет по защите прав трудящихся-мигрантов и членов их семей имеют полномочие рассматривать сообщения от государства-участника о нарушении другим государством-участником положений соответствующего договора. Комитет против пыток и Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, получив достоверную информацию о серьезном или систематическом нарушении требований соответствующих Конвенций, могут проводить расследования этих данных.

Наконец, Комитет по правам человека, Комитет против пыток, Комитет по ликвидации расовой дискриминации, Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин и Комитет по защите прав трудящихся-мигрантов принимают и рассматривают (если государства признали такую компетенцию) сообщения отдельных лиц или групп лиц, утверждающих, что они явились жертвами нарушения их прав, гарантированных соответствующими актами.

Комитеты рассматривают поступившие к ним доклады и сообщения в порядке, предусмотренном в договоре, и в соответствии с установленны-

ми в них правилами процедуры¹. По результатам рассмотрения комитеты выносят замечания общего порядка и соображения в адрес конкретных государств-участников. Решения комитетов носят рекомендательный характер, однако каждый комитет в рамках тех или иных процедур осуществляет мониторинг выполнения его рекомендаций. В данном разделе хрестоматии представлены обзоры практики Комитета по правам человека, а в разделе о расовой и этнической дискриминации – Комитета по ликвидации расовой дискриминации.

В праве **Совета Европы** принцип недискриминации также является общепризнанным и одним из основополагающих. Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. возлагает на государства-участники обязанность обеспечить пользование признанными в ней правами и свободами без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального² или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам (ст. 14). Толкование запрета дискриминации в смысле Конвенции было выработано в практике ее контрольного органа – Европейского Суда по правам человека. Первым делом, в котором Суд обратился к данной проблеме, было так называемое «Дело о языках в Бельгии» («Дело, связанное с некоторыми аспектами законов об использовании языков в сфере образования в Бельгии»). В дальнейших своих решениях Европейский Суд следовал сформулированной в данном решении позиции и развивал ее.

Прежде всего Европейский Суд исходит из того, что ст. 14 запрещает дискриминацию только применительно к пользованию правами и свободами, признанными в Конвенции. Однако определенное действие государства или предпринятая кем-либо мера, которая сама по себе не противоречит положениям статьи Конвенции, закрепляющей то или иное право, может образовывать нарушение данной статьи, взятой совместно со ст. 14, в связи со своим дискриминационным характером. Статья 14 образует неотъемлемую часть каждой из статей Конвенции, предусматривающих конкретные права и свободы; при этом не имеет значения характер гарантируемых прав и свобод и корреспондирующих им обязательств государства, т.е., в частности, то, предполагают ли они совершение позитивных действий или состоят просто в невмешательстве в осуществление права³.

¹ В отношении Комитета по правам человека, созданного в соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах, см.: Прецедентные дела Комитета по правам человека. Составители Р. Хански и М. Шейнин. Институт прав человека Университет Або Академии, Рига, 2004. С. 465–471.

² В данном случае имеется в виду государственное, а не этническое происхождение, т.е. гражданство.

³ Belgian Linguistic Case, ECHR, Judgment of 23 July 1968. Series A. № 6. Para 9 // Дело о языках в Бельгии. Перевод решения на русский язык в извлечениях см. в Хрестоматии, том 2.

Если право, предусмотренное Конвенцией, и корреспондирующая ему обязанность государства не определены достаточно конкретно, то государство может по своему усмотрению выбирать меры, которые оно считает уместными для обеспечения эффективного осуществления данного права, но оно не должно при этом допускать дискриминацию. Любая из статей Конвенции, взятая совместно со ст. 14, может оказаться нарушенной, если меры, связанные с гарантированными ею правами, приобретают дискриминационный характер¹. В частности, дискриминацию образуют случаи, когда к какому-либо лицу или группе лиц без должного обоснования относятся менее благоприятно, чем к другим лицам, даже если более благоприятное отношение не требуется в соответствии с Конвенцией².

Таким образом, применение ст. 14 не обязательно предполагает нарушение других статей Конвенции, необходимо лишь, чтобы обстоятельства дела находились в сфере действия Конвенции³. Статья 14 вступает в действие всякий раз, когда неблагоприятное положение, в котором оказывается лицо, образует один из способов осуществления гарантированного права⁴, или если обжалуемая мера связана с осуществлением гарантированного права⁵.

Европейский Суд считает, что дискриминацию образует не любое различие в обращении, а только то, которое не преследует легитимную цель и при котором отсутствует разумная соразмерность между используемыми средствами и целью, которую намеревались достичь⁶. При этом необходимо установить, что положение предполагаемой жертвы может рассматриваться как подобное положению тех лиц, с которыми обращались лучше⁷, и что имелось действительное различие в обращении⁸. Легитимная цель, которой

¹ National Union of Belgian Police v. Belgium, ECHR, Judgment of 27 October 1975. Series A. № 19. Para. 44, 47 // Национальный профсоюз полиции Бельгии против Бельгии / Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: в 2 т. – М.: Издательство «Норма», 2000. Т. 1. С. 81–102, абз. 44, 47.

² Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, ECHR, Judgment of 28 May 1985. Series A. № 94. Para. 82.

³ Van der Mussele v. Belgium, ECHR Judgment of 23 November 1983. Series A. № 70. Para. 43; Rasmussen v. Denmark, ECHR, Judgment of 28 November 1984, Series A, № 87. Para. 29. Перевод решения «Расмюссен против Дании» на рус. яз. см. в: Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: в 2 т. – М.: Издательство «Норма», 2000. Т. 1. С. 476–481.

⁴ National Union of Belgian Police v. Belgium, ECHR Judgment of 27 October 1975. Series A. № 19. Para. 45; Petrovic v. Austria, Judgment of 27 March 1998. Para. 28 // Национальный профсоюз полиции Бельгии против Бельгии, см. сноска выше.

⁵ Schmidt and Dahlström v. Sweden, ECHR Judgment of 6 February 1976. Series A. № 21. Para. 39; Petrovic v. Austria, Judgment of 27 March 1998. Para. 28.

⁶ Belgian Linguistic Case, Judgment of 23 July 1968. Series A. № 6. Para. 10 // Дело о языках в Бельгии. См. сноска выше.

⁷ Fredin v. Sweden, ECHR, Judgment of 18 February 1991. Series A. № 192. Para. 60.

⁸ Hoffmann v. Austria, ECHR, Judgment of 23 June 1993. Series A. № 255-C. Para. 33.

может быть оправдано различное обращение, обычно сводится к необходимости защиты публичного интереса или прав и свобод других лиц. Требование разумной соразмерности предполагает справедливый баланс между защитой общих интересов сообщества и должным уважением основных прав человека, которым придается особое значение¹.

Особым случаем дискриминации является необоснованно одинаковое обращение с лицами, находящимися в принципиально различной ситуации. Данная позиция была впервые сформулирована Европейским Судом в решении по делу «Тлимменос против Греции» от 6 апреля 2000 г.²

Закрепленный в ст. 14 Конвенции перечень возможных оснований дискриминации, т.е. личных особенностей («статуса»), которые отличают людей или группы людей друг от друга³, не является исчерпывающим. В ряде решений Европейский Суд признавал возможность дискриминации и по иным основаниям; в качестве таковых он, в частности, рассматривал воинское звание⁴, сексуальную ориентацию⁵. В ряде дел Суд вообще исходил лишь из того, находился ли заявитель в аналогичной ситуации с другими лицами, обращение с которыми было более благоприятным, безотносительно к особенностям их личного статуса. Именно решение по такому делу – «Ларкос против Кипра» – и приводится в первом разделе первого тома хрестоматии. Решения по делам, связанным с дискриминацией на основании этнической или религиозной принадлежности, языка, пола, сексуальной ориентации помещены во втором и третьем томах хрестоматии, в соответствующих разделах издания.

Европейский Суд не исключает, что если общая политика или мера имеет несоразмерно тяжелые последствия для определенной группы лиц, она может рассматриваться как дискриминационная, несмотря на то, что не была специально направлена против этой группы⁶. Таким образом, ст. 14 Конвенции предполагает запрет не только прямой, но и косвенной дискриминации. Однако Европейский Суд не считает, что статистика может

¹ Belgian Linguistic Case, Judgment of 23 July 1968. Series A. № 6. Para. 5.

² Thlimmenos v. Greece, ECHR, Judgment of 6 April 2000. Para. 44; Chapman v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 2001. Para. 129; Beard v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 2001. Para. 133; Coster v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 2001. Para. 142.

³ Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, ECHR, Judgment of 7 December 1976. Series A. № 23. Para. 56.

⁴ Engel and Others v. the Netherlands, ECHR, Judgment of 8 June 1976. Series A. № 22. Para. 72 // Энгель и другие против Нидерландов / Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: в 2 т. – М.: Издательство «Норма», 2000. Т. 1. С. 103–137.

⁵ Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, ECHR, Judgment of 21 December 1999. Para. 28.

⁶ McKerr v. the United Kingdom, ECHR, Judgment of 4 May 2001. Para. 165; Hugh Jordan v. the United Kingdom, Judgment of 4 May 2001. Para. 154; Kelly and Others v. the United Kingdom, Judgment of 4 May 2001. Para. 148; Shanaghan v. the United Kingdom, Judgment of 4 May 2001. Para. 129; Nachova and Others v. Bulgaria, Judgment of 26 February 2004. Para. 167.

сама по себе являясь свидетельством практики, которая могла бы быть признана дискриминационной в смысле ст. 14 Конвенции¹. Так, в ряде дел Европейский Суд отверг доводы заявителей о том, что большинство лиц, убитых силами безопасности с 1969 по 1994 г. в ходе борьбы с терроризмом в Северной Ирландии, были представителями католического сообщества, указав, что у него нет доказательств того, что какие-либо из этих убийств, за исключением тех, которые стали предметом его рассмотрения, были сопряжены с незаконным или чрезмерным применением силы представителями сил безопасности².

Извлечения из решения по делу «Начова и другие против Болгарии», в котором изложены принципиальные позиции, связанные с доказыванием фактов дискриминации, приводятся во втором томе хрестоматии. Достаточно подробный анализ практики Европейского Суда по применению ст. 14 Конвенции содержится в публикуемом фрагменте из книги П. Ван Дийка и Г. Дж. Хуфа «Теория и практика Европейской конвенции о правах человека»³.

Протокол № 12 к Конвенции от 4 ноября 2000 г. устанавливает общий запрет дискриминации, т.е. при реализации любого права, гарантированного национальным законодательством, и при осуществлении любых действий со стороны публичных властей (ст. 1). Таким образом, Протокол № 12 расширяет сферу действия запрета дискриминации, распространяя его за пределы «пользования правами и свободами, признанными в Конвенции».

Согласно ст. 46 Конвенции решения Европейского Суда являются обязательными для государств-участников. Констатировав нарушение той или иной нормы Конвенции, Суд определяет справедливое возмещение причиненного вреда (в форме денежной компенсации). Помимо выплаты установленной Судом компенсации, в соответствии с решением Суда государство-ответчик должно предпринять также определенные меры частного характера, обеспечивающие восстановление прав заявителя, а в ряде случаев – предпринять также меры общего характера, направленные на исключение подобных нарушений в дальнейшем. При этом государства в принципе свободны в выборе тех средств, которые будут использоваться ими для выполнения своих обязательств, однако эти средства должны находиться в соответствии с выводами, содержащимися в решении Суда. Более того, выбор средств для исполнения решения происходит под контролем Комитета министров Совета Европы, который в силу своих полномочий в

¹ McKerr v. the United Kingdom, ECHR, Judgment of 4 May 2001. Para. 165; Hugh Jordan v. the United Kingdom, Judgment of 4 May 2001. Para. 154; Kelly and Others v. the United Kingdom, Judgment of 4 May 2001. Para. 148.

² McKerr v. the United Kingdom, ECHR, Judgment of 4 May 2001. Para. 165; Hugh Jordan v. the United Kingdom, Judgment of 4 May 2001. Para. 154; Kelly and Others v. the United Kingdom, ECHR, Judgment of 4 May 2001. Para. 148.

³ Van Dijk P., van Hoof G.J.H. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. The Hague, 1998.

рамках Конвенции следует за исполнением решений Европейского Суда¹. Комитет министров дипломатическими средствами неизменно обеспечивает осуществление государствами всех мер, необходимых для реализации судебного решения².

Положения о запрете дискриминации содержатся и в иных актах договорного характера, принятых в рамках Совета Европы, в частности, в Европейской социальной хартии от 18 октября 1961 г. (в том числе в редакции пересмотренной Европейской социальной Хартии от 3 мая 1996 г.) и Дополнительном протоколе к Хартии от 5 мая 1988 г., Рамочной конвенции о защите национальных меньшинств от 1 февраля 1995 г., Европейской конвенции о гражданстве от 6 ноября 1997 г., Европейской конвенции об установлении общих правил обращения с гражданами одного государства-участника на территории других государств-участников от 13 декабря 1955 г., Европейской конвенции о правовом положении трудающихся-мигрантов от 24 ноября 1977 г., Европейской конвенции об участии иностранцев в публичной жизни на местном уровне от 5 февраля 1992 г., Конвенции о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением биологии и медицины; Конвенции о правах человека и биомедицине от 4 апреля 1997 г.

На недопустимость дискриминации, прежде всего по признаку пола, расы, этнической и религиозной принадлежности, неоднократно обращалось внимание в резолюциях и рекомендациях Комитета министров и рекомендациях Парламентской ассамблеи Совета Европы. Для борьбы с расизмом, ксенофобией, антисемитизмом и нетерпимостью создан специальный орган Совета Европы – Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью (European Commission against Racism and Intolerance (ECRI)). Одним из направлений ее деятельности является разработка рекомендаций общего характера для правительств государств – членов Совета Европы. Некоторые рекомендации Комиссии приводятся во втором томе хрестоматии.

Достаточно хорошо разработаны юридические средства защиты от дискриминации в праве **Европейского Союза**. Уже Договор об учреждении Европейского Экономического Сообщества 1957 г. содержал положения о запрете дискриминации по признаку гражданства в отношении граждан государств-членов (ст. 6, 48, 52, 59–60), по признаку пола при оплате труда (ст. 119), а также дискриминации между производителями и потребителями сельскохозяйственной продукции (п. 3 ст. 40). Суд Европейских сообществ в своей практике вышел за рамки этих в общем-то частных положений учредительного Договора и утвердил общий принцип недискриминации в

¹ Scozzari and Giunta v. Italy, ECHR, Judgment of 13 July 2000. Para. 249.

² См. подробнее: *Лобов М.* Решения Европейского Суда по правам человека: правовые последствия для государств – членов Совета Европы // Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции Российской Федерации. Избранные права. М.: Институт права и публичной политики, 2002. С. 19–28.

качестве неотъемлемой части права Сообщества¹. Одновременно правом Европейских сообществ была реци皮рована Конвенция Совета Европы о защите прав человека и основных свобод и практика Европейского Суда по правам человека по ее применению. Сначала Суд Европейских сообществ признал их положения в качестве «общих принципов права Сообщества, защищаемых Судом»², а затем в Учредительном договоре Европейского Союза 1992 г. было провозглашено, что «Союз уважает основные права человека как они гарантированы Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, и как они вытекают из общих конституционных традиций государств-членов, в качестве общих принципов права Сообщества» (п. 2 ст. 6).

Развернутое закрепление принципа недискриминации нашел в Хартии Европейского Союза об основных правах 2000 г.³. Хартия содержит специальную главу III «Равенство», где провозглашены общий принцип равноправия или равенства перед законом (ст. 20) и запрет дискриминации (ст. 21); специально подчеркивается равенство мужчин и женщин (ст. 23). Перечень оснований недопустимой дискриминации включает наряду с традиционно выделяемыми признаками личного статуса (пол, раса, цвет кожи, этническое или социальное происхождение, язык, религия или убеждения, политические или иные взгляды, принадлежность к национальным меньшинствам, имущественное положение, рождение) и такие, как генетические характеристики, физические или психические недостатки, возраст,

¹ См.: Court of Justice. Case 1/72. Rita Frilli v. Belgian State, Judgment of 22 June 1972. Para. 19. European Court Reports. 1972. P. 457; Case 152/73. Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost, Judgment of 12 February 1974. Para. 11. European Court Reports. 1974. P. 153. Вопросы, связанные с дискриминацией, неоднократно являлись предметом рассмотрения Суда Европейских сообществ. Решения Суда доступны на сайте: <http://curia.eu.int/en>

² Court of Justice. Case 29/69. Erich Stauder – Sozialarm v. City of Ulm, Judgment of 12 November 1969. Para. 7. European Court Reports. 1969. P. 419; Case 4/73. J. Nold, Kohlen–und Baustoffgroßhandlung v. Commission of the European Communities, Judgment of 14 May 1974. Para. 13. European Court Reports. 1974. P. 507.

³ Хартия направлена на защиту предусмотренных в ней прав и свобод от возможных нарушений со стороны институтов и органов Союза, а также государств-членов, но лишь тогда, когда они обеспечивают претворение в жизнь права Союза (п. 1 ст. 51). При этом если содержащиеся в Хартии права соответствуют правам, гарантированным Конвенцией Совета Европы 1950 г., смысл и пределы данных прав должны быть такими же, как они предусмотрены указанной Конвенцией, что, однако, не препятствует предоставлению правом Европейского Союза более широкой защиты (п. 3 ст. 52). Хартия была провозглашена 7 декабря 2000 г. тремя политическими институтами Союза – Европейским Парламентом, Советом Европейского Союза, Европейской комиссией, а затем включена в Договор, устанавливающий Конституцию для Европы, от 29 октября 2004 г. в качестве его части II. До ратификации данного Договора всеми государствами – членами Европейского Союза юридическая сила Хартии и ее место в системе права Европейского Союза достаточно неопределенны. Хартия может рассматриваться как межинституциональное соглашение или общие принципы права Союза (Хартия Европейского Союза об основных правах. Комментарий. Под ред. С.Ю. Кашкина. М., 2001. С. 48–51).

сексуальная ориентация, что отражает новейшие тенденции в развитии антидискриминационного регулирования. Кроме того, в главе III Хартии имеются статьи, предусматривающие особые права детей (ст. 24), пожилых людей (ст. 25), лиц, имеющих физические недостатки или психические расстройства (ст. 26), направленные не только на их защиту как возможных жертв дискриминации, но и на обеспечение их фактического равенства как социально уязвимых категорий населения.

В рамках Европейского Союза уделяется большое внимание развитию и гармонизации антидискриминационного законодательства государств-членов. На это направлены директивы Совета ЕС. Директивы указывают на результаты, которые государства-члены должны достичь к определенному сроку путем введения необходимого законодательства и практики, при этом выбор конкретных форм и методов реализации директивы остается за национальными властями. Если какое-либо государство не обеспечит свое временную и надлежащую имплементацию требований директивы в своем внутреннем праве, Суд Европейских сообществ может придать определенным ее положениям прямое действие. Суд также исходит из того, что все национальное законодательство должно толковаться и применяться с учетом требований директивы¹.

Долгое время в сфере внимания органов ЕС преимущественно была проблема обеспечения равноправия мужчин и женщин в отношении оплаты и условий труда, доступа к работе, профессионального обучения, продвижения по службе, предпринимательской деятельности, социального обеспечения². Сегодня органы Европейского Союза ориентируют государства-члены на необходимость предоставления защиты от дискриминации в более широком контексте, о чем свидетельствуют директивы, приводимые в Хрестоматии.

Директивы строятся исходя из закрытой модели антидискриминационного регулирования и максимально приближены к структуре антидискриминационных законодательных актов (см. раздел 3 Хрестоматии). Директивы дают понятие прямой и косвенной дискриминации, указывают основания,

¹ См. подробнее: *Хартия Т.К. Основы права Европейского сообщества*. М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998. С. 217–236.

² См.: Директива Совета ЕЭС № 75/117 от 10 февраля 1975 г. «О гармонизации законов государств-членов, касающихся применения принципа равной оплаты труда мужчин и женщин»; Директива Совета ЕЭС № 76/207 от 9 февраля 1976 г. «О соблюдении принципа равенства мужчин и женщин в вопросах, касающихся доступа к работе, профессиональному обучению, продвижению по службе, а также относительно условий работы»; Директива Совета ЕЭС № 79/7 от 19 декабря 1978 г. «О постоянном соблюдении принципа равенства мужчин и женщин в вопросах социального обеспечения»; Директива Совета ЕЭС № 86/613 от 11 декабря 1986 г. «О применении принципа равенства мужчин и женщин, занятых в деятельности, включая сельское хозяйство, самостоятельную предпринимательскую деятельность, а также о защите женщин, работающих не по найму, в период беременности и материнства»; Директива Совета ЕЭС № 86/378 от 24 июля 1986 г. «Об имплементации принципа равенства женщин и мужчин в системе профессионального социального обеспечения» // Дискриминация вне закона. С. 339–360.

по которым она не допускается, и сферы действия данного запрета, а также различие в обращении, не образующее дискриминацию. Директивы также предписывают предоставлять жертвам дискриминации адекватные средства правовой защиты и устанавливают принципы доказывания фактов дискриминации.

В связи с разнообразием существующих международных инструментов защиты от дискриминации особый интерес представляет выбор наиболее оптимального из них. Для лиц, находящихся под юрисдикцией Российской Федерации, актуален выбор между возможностью обращения в Европейский Суд по правам человека, Комитет по правам человека, Комитет против пыток, Комитет по ликвидации расовой дискриминации и Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, так как Россия признает право этих органов рассматривать индивидуальные жалобы (сообщения). При выборе инструмента защиты надо учитывать его эффективность и доступность.

Наиболее эффективным в плане определенности и обязательности выносимого решения, безусловно, является обращение в Европейский Суд по правам человека. Решения комитетов носят рекомендательный характер. При этом Конвенция о защите прав человека и основных свобод предоставляет защиту от дискриминации по фактически неограниченному кругу оснований, но только в связи с осуществлением гарантированных ею прав¹. В Европейский Суд, в отличие от комитетов, могут обращаться не только физические лица, но и юридические лица (неправительственные организации). Комитет по правам человека в соответствии со статьей 26 Международного пакта о гражданских и политических правах обеспечивает защиту от дискриминации при осуществлении любого права, предусмотренного внутренним законодательством государств-участников, также по практическим неограниченному перечню оснований. Таким образом, сфера действия его гарантий шире, и к ним можно прибегнуть в случае, когда оспариваемые действия властей, образующие дискриминацию, не связаны с реализацией прав, предусмотренных Конвенцией о защите прав человека и основных свобод. Возможность обращения в Комитет по ликвидации расовой дискриминации и Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин также не обусловлена осуществлением определенных прав, но защита предоставляется лишь от дискриминации по соответствующим основаниям. Компетенция Комитета против пыток ограничена случаями причинения сильной боли, физических или нравственных страданий.

Все конвенции и Пакт устанавливают схожие условия приемлемости жалоб (сообщений). Помимо совместимости с положениями соответствующего акта, жалоба (сообщение) не должна быть анонимной либо представлять собой злоупотребление правом на обращение. По последнему основанию сообщения отклоняются комитетами крайне редко, а Конвенция о защите прав человека и основных свобод вместо данного требования указывает

¹ Это касается России и всех стран – членов Совета Европы, неratифицировавших Протокол № 12 к Конвенции.

на то, что жалоба не должна быть очевидно необоснованной, и Европейский Суд использует это основание для признания жалоб неприемлемыми весьма активно. Обращение должно поступить от лица, которое считает себя жертвой нарушения одного из гарантированных прав и исчерпало все внутренние средства правовой защиты, за исключением случаев, когда их применение неоправданно затягивается (в практике Европейского Суда выработан несколько иной подход: внутренние средства правовой защиты должны быть эффективными, реальными и доступными). Кроме того, поднятый в обращении вопрос не должен являться предметом другой международной процедуры разбирательства или урегулирования. Если соответствующее международное разбирательство завершено, то последующее обращение по данному вопросу в Комитет по правам человека и Комитет по ликвидации расовой дискриминации возможно, а в Комитет против пыток, Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин и Европейский Суд – исключается. Для обращения в Европейский Суд и Комитет по ликвидации расовой дискриминации установлено временное ограничение: оно должно последовать в течение шести месяцев с даты вынесения национальными органами окончательного решения по делу.

Практика работы контрольных органов показывает, что наиболее строго к вопросу приемлемости обращений подходит Европейский Суд по правам человека, который признает таковыми менее 10% жалоб, в то время как, например, Комитет по ликвидации расовой дискриминации – около 60% сообщений. Наиболее длительная процедура рассмотрения дела – в Европейском Суде: иногда она составляет 5–7 лет, в то время как в комитетах, как правило, рассмотрение дела занимает 2–3 года¹.

Все эти аспекты надо учитывать при решении вопроса об использовании конкретного инструмента защиты от дискриминации. Если правозащитная организация оказывает содействие в международно-правовой защите группе лиц, в отношении которых допущены аналогичные нарушения, подпадающие под действие сразу нескольких конвенций, есть смысл посоветовать некоторым заявителям обратиться в Европейский Суд, а другим – в соответствующие комитеты, с тем чтобы привлечь наибольшее внимание к существующей в стране проблеме.

¹ См. подробнее: *Варламова Н., Заковряшина Е.* Индивидуальная жалоба в Европейский Суд по правам человека // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 1(38). С. 63–74; Прецедентные дела Комитета по правам человека. С. 1–25; *Плеще Б.* Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (CERD): положения, механизмы оповещения, порядок рассмотрения частных жалоб // Борьба с дискриминацией в России: основные направления деятельности для юристов и активистов правозащитного движения. М.: Юристъ, 2004. С. 150–160.

ОРГАНИЗАЦИЯ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ПАКТ О ГРАЖДАНСКИХ И ПОЛИТИЧЕСКИХ ПРАВАХ

*Принят и открыт для подписания, ратификации
и присоединения резолюцией 2200 A (XXI)
Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 1966 г.*

[Извлечения]

Статья 2

1. Каждое участвующее в настоящем Пакте Государство обязуется уважать и обеспечивать всем находящимся в пределах его территории и под его юрисдикцией лицам права, признаваемые в настоящем Пакте, без какого бы то ни было различия, как то: в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства.

[...]

Статья 3

Участвующие в настоящем Пакте Государства обязуются обеспечить равное для мужчин и женщин право пользования всеми гражданскими и политическими правами, предусмотренными в настоящем Пакте.

Статья 26

Все люди равны перед законом и имеют право без всякой дискриминации на равную защиту закона. В этом отношении всякого рода дискриминация должна быть запрещена законом, и закон должен гарантировать всем лицам равную и эффективную защиту против дискриминации по какому бы то ни было признаку, как-то: расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических и иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства.

КОМИТЕТ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

В соответствии со статьей 28 Международного пакта о гражданских и политических правах, принятого Генеральной Ассамблеей ООН в 1966 г., образован Комитет по правам человека. Данный Комитет в соответствии с

ч. 4 ст. 40 Пакта «препровождает государствам-участникам свои доклады и такие замечания общего порядка, которые он сочтет целесообразными».

ЗАМЕЧАНИЕ ОБЩЕГО ПОРЯДКА № 18 (1989)¹ (ТРИДЦАТЬ СЕДЬМАЯ СЕССИЯ, 1989 ГОД)

Недискриминация

1. Недискриминация, наряду с равенством перед законом и правом на равную защиту закона без какой-либо дискриминации, представляет собой основополагающий и общий принцип, касающийся защиты прав человека. Так, пункт 1 статьи 2 Международного пакта о гражданских и политических правах обязывает каждое государство-участник уважать и обеспечивать всем лицам, находящимся в пределах его территории и под его юрисдикцией, права, признаваемые в Пакте, без какого бы то ни было различия, как-то: в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства. Статья 26 не только обеспечивает всем людям равенство перед законом и право на равную защиту закона, но и предусматривает, что всякого рода дискриминация должна быть запрещена законом, и гарантирует всем лицам равную и эффективную защиту против дискриминации по какому бы то ни было признаку, как-то: расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства.

2. И действительно, принцип недискриминации является настолько основополагающим, что статья 3 обязывает каждое государство-участник обеспечивать равное для мужчин и женщин право пользования всеми правами, предусмотренными в Пакте. Хотя согласно пункту 1 статьи 4 государства-участники во время чрезвычайного положения могут принимать меры в отступление от некоторых обязательств по Пакту, та же статья требует, в частности, чтобы такие меры не влекли за собой дискриминации исключительно на основе расы, цвета кожи, пола, языка, религии или социального происхождения. Кроме того, в соответствии с пунктом 2 статьи 20 государства-участники обязаны запрещать в законодательном порядке всякое выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации.

3. Ввиду основополагающего и общего характера принципа недискриминации, а также принципов равенства перед законом и равной защиты закона они в некоторых случаях непосредственно упоминаются в статьях, касающихся конкретных категорий прав человека. В пункте 1 статьи 14 предусматривается, что все лица равны перед судами и трибуналами, а в

¹ UN Doc. HRI / GEN /1 / Rev. 6. Текст замечаний общего порядка № 18 на русском языке см. на: <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/gencomm/Rhrcom18.html>

пункте 3 этой же статьи предусматривается, что каждый при рассмотрении любого предъявляемого ему обвинения имеет, на основе полного равенства, право на минимальные гарантии, перечисленные в подпунктах «а»—«г» пункта 3. Аналогичным образом статья 25 предусматривает равное участие в общественной жизни всех граждан без каких-бы то ни было различий, упомянутых в статье 2.

4. Государства-участники сами решают, какие меры необходимы для осуществления соответствующих положений. Вместе с тем Комитет хотел бы иметь информацию о характере таких мер и их соответствии принципам неравенства перед законом и равной защиты закона.

5. Комитет хотел бы обратить внимание государств-участников на тот факт, что Пакт в некоторых случаях чётко требует от них принимать меры по гарантированию равенства прав тех лиц, которых это касается. Например, в пункте 4 статьи 23 отмечается, что государства-участники должны принимать надлежащие шаги для обеспечения равенства прав, а также обязанности супружеских пар в отношении вступления в брак, во время состояния в браке и при его расторжении. Такие шаги могут принимать форму законодательных, административных или других мер, а практические обязанности государств-участников должны заключаться в контроле за тем, чтобы супруги действительно имели равные права, как этого требует Пакт. Что касается детей, то в статье 24 предусматривается, что каждый ребёнок без всякой дискриминации по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, национального или социального происхождения, имущественного положения или рождения имеет право на такие меры защиты, которые требуются в его положении как малолетнего со стороны его семьи, общества и государства.

6. Комитет отмечает, что в Пакте не содержится ни определения понятия «дискриминация», ни указания на то, что можно считать дискриминацией. Однако в статье 1 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации предусматривается, что выражение «расовая дискриминация» означает любое различие, исключение, ограничение или предпочтение, основанное на признаках расы, цвета кожи, родового, национального или этнического происхождения, имеющие целью или следствием уничтожение или умаление признания, использования или осуществления на равных началах прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной или любых других областях общественной жизни. Аналогичным образом, в статье 1 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин предусматривается, что «дискриминация в отношении женщин» означает любое различие, исключение или ограничение по признаку пола, которое направлено на ослабление или сводит на нет признание, пользование или осуществление женщинами, независимо от их семейного положения, на основе равноправия мужчин и женщин, прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной, гражданской или любой другой области.

7. Хотя в этих конвенциях рассматриваются только случаи дискриминации по каким-либо конкретным признакам, Комитет считает, что выражение «дискриминация», как оно используется в Пакте, следует понимать 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.

8. Пользование правами и свободами на равных началах, однако, вовсе не означает одинакового обращения в любом случае. В этой связи положения Пакта являются чёткими. Так, например, пункт 5 статьи 6 запрещает вынесение смертных приговоров лицам моложе 18 лет. Тот же пункт запрещает приведение в исполнение такого приговора в отношении беременных женщин. Аналогичным образом, пункт 3 статьи 10 предусматривает отделение несовершеннолетних правонарушителей от совершеннолетних. Кроме того, статья 25 гарантирует определённые политические права, проводя различия на основе гражданства и возраста.

9. В докладах многих государств-участников содержится информация, касающаяся законодательных и административных мер и решений судебных органов в отношении защиты против дискриминации «де-юре», однако в них очень часто отсутствует информация, касающаяся дискриминации «де-факто». Представляя информацию по пункту 1 статьи 2 и по статьям 3 и 26 Пакта, государства-участники, как правило, цитируют положения своих конституций или законов о равных возможностях, касающиеся равенства между лицами. Хотя подобного рода информация, разумеется, является полезной, Комитету хотелось бы знать о том, остаются ли проблемы существования дискриминации «де-факто», которая может проводиться либо государственными органами, либо общиной, либо частными лицами или органами. Комитет хотел бы получить информацию о законодательных положениях и административных мерах, направленных на сокращение или ликвидацию такой дискриминации.

10. Комитет хотел бы также отметить, 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, запрещённой Пактом. Например, в государстве, где общее положение определённой 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. Вместе с тем, когда такие меры являются необходимыми для исправления фактической дискриминации, различие является законным по Пакту.

11. Как в пункте 1 статьи 2, так и в статье 26 перечисляются признаки, по которым проводится дискриминация, как-то: раса, цвет кожи, пол, язык, религия, политические или иные убеждения, национальное или социальное происхождение, имущественное положение, рождение или иное обстоятельство. Комитет отметил, что в ряде конституций и законов перечис-

ляются не все признаки, перечисленные в пункте 1 статьи 2, по которым запрещается дискриминация. Поэтому Комитет хотел бы получить информацию от государств-участников в отношении того, что подразумевается под этими пропусками.

12. Хотя статья 2 ограничивает сферу прав, подлежащих защите от дискриминации, только теми правами, которые предусмотрены в самом Пакте, статья 26 не содержит подобных ограничений. Это позволяет сказать, что статья 26 предусматривается, что все лица равны перед законом и имеют право на равную защиту без всякой дискриминации и что закон гарантирует всем лицам равную и эффективную защиту против дискриминации по каким-либо из перечисленных признаков. По мнению Комитета, статья 26 не просто повторяет то, что уже предусмотрено в статье 2, а сама предусматривает отдельное право. Она запрещает формальную и фактическую дискриминацию во всех областях, в которых государственные органы осуществляют регулирование или защиту. Статья 26, таким образом, касается обязательств государств-участников в отношении их законодательства и его применения. Таким образом, принимаемое государством-участником законодательство должно отвечать требованию статьи 26 относительно того, что его содержание не должно носить дискриминационный характер. Другими словами, применение принципа недискриминации, содержащегося в статье 26, не ограничивается теми правами, которые предусмотрены в Пакте.

13. В заключение Комитет отмечает, что не всякое различие в обращении представляет собой дискриминацию при условии, что критерии такого различия являются разумными и объективными, а задача состоит в том, чтобы достичь цель, которая допускается по Пакту.

ПРЕЦЕДЕНТНЫЕ ДЕЛА КОМИТЕТА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА¹

Дискриминация

Запрет на дискриминацию является одной из наиболее важных и динамично развивающихся областей прецедентного права Комитета по правам человека. В значительной степени это связано с тем фактом, что, в отличие от других договоров о защите прав человека, статья 26 Пакта не запрещает дискриминацию при осуществлении других прав, защищаемых в этом

¹ Из книги «Прецедентные дела Комитета по правам человека» / Составители Райя Хански и Мартин Шейнин / Институт прав человека при Университете Або Академи (Турку), 2004.

В настоящем издании текст приводится с незначительной редакторской правкой технического характера, внесенной в оригинальный текст с целью унификации написания названий дел и оформления сносок. – *Прим. ред.*

договоре, а определяет свободу от дискриминации как отдельное самостоятельное право человека. Это одна из причин того, что процедура по Факультативному протоколу остается привлекательной для лиц, подлежащих юрисдикции Европейской конвенции о защите прав человека, в которой нарушение антидискриминационного положения (статья 14) может быть установлено только, когда дискриминация происходит при осуществлении другого права, защищаемого в этой Конвенции¹.

Самостоятельная природа статьи 26 была установлена в 1987 году в деле *Зваан-де Вриес против Нидерландов*, которое приводится ниже. Нарушение указанной статьи было установлено в связи с тем, что замужние женщины подвергались дискриминации при получении пособия по безработице, т.е. дискриминация была явно связана с экономическими или социальными правами, а не с гражданскими или политическими правами в узком понимании. Еще одно подобное дело *«Гейе и другие против Франции»* также приводится в данном разделе. В этом деле было установлено, что дискриминация по признаку национальности при назначении пенсии является нарушением статьи 26. Хотя в более позднем деле *«ван Орд против Нидерландов»* (Сообщение № 658/1995) отмечается, что двусторонние договоры между государствами на основе взаимности могут оправдывать определенные различия в назначении пенсий, дело 2002 года *«Каракурт против Австрии»* (Сообщение № 965/2000) показало, что сила аргумента о взаимности в качестве оправдания различий по признаку национальности имеет свои границы².

В отличие от некоторых договоров, в которых особое внимание уделяется запрету на дискриминацию, в Пакте не содержится какого-либо определения «дискриминации». В своей судебной практике Комитет подчеркивает, что запрет на дискриминацию не делает любые различия в обращении дискриминационными, так как «дифференциация, основанная на разумных и объективных критериях, не равнозначна запрещенной дискриминации по смыслу статьи 26»³. В деле *«Даннинг против Нидерландов»*, которое рассматривалось одновременно с делом *Зваан-де Вриес*, Комитет высказал точку зрения о том, что дифференциация между состоящими и не состоящими в браке парами не являлась дискриминацией, так как решение о вступлении в брак, со всеми вытекающими преимуществами и обязанностями, принимают исключительно сожительствующие лица⁴.

¹ Вступление в силу Протокола № 12 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ETS № 177) устранит этот недостаток Конвенции, но только в отношении тех государств, которые ратифицировали этот Протокол.

² «Якоб ван Орд и Янтина Хендрика ван Орд против Нидерландов» (Сообщение № 658/1995 CCPR/C/74/D/965/2000), Решение о приемлемости принято 23 июля 1997 г., Доклад Комитета по правам человека, Vol. II, GAOR, Пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 40 (A/52/40), с. 311–316. «Каракурт против Австрии» (Сообщение № 965/2000), Соображения, принятые 4 апреля 2002 года, UN doc.

³ «Зваан-де Вриес против Нидерландов», пункт 13.

⁴ «Л.Г. Даннинг против Нидерландов» (Сообщение № 180/1984), Соображения, принятые 9 апреля 1987 года, Доклад Комитета по правам человека, GAOR, Сорок вторая

В своем Замечании общего порядка № 18 (37), принятом в 1989 году, Комитет следующим образом разъяснил свое понимание термина «дискриминация»:

«...Комитет считает, что выражение «дискриминация», как оно используется в Пакте, следует понимать 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 свобод¹».

Хотя в Замечании общего порядка не приводится явной ссылки на понятие непрямой дискриминации, упоминание о «цели» вместе со «следствием» в приведенной выше цитате подразумевает, что под дискриминацией Комитет понимает не только прямую дискриминацию, направленную на определенную категорию лиц, но также и ситуацию, в которой на первый взгляд нейтральное положение закона непропорционально затрагивает определенную категорию лиц по сравнению с другими, т.е. непрямую дискриминацию². Это подтверждается в приведенном ниже деле *«Симунек и другие против Чешской Республики»*. Определив нарушение статьи 26 в том, что законодательство государства-участника, позволяющее жертвам конфискаций, проводившихся при прежнем режиме, требовать возвращения своего имущества, содержит необоснованную дифференциацию, Комитет подчеркнул, что намерения законодательных органов не являются определяющим фактором при решении вопроса о нарушении положений статьи 26. Независимо от намерений законодательных органов закон «может также представлять собой нарушение статьи 26, если его последствия имеют дискриминационный характер» (пункт 11.7). В качестве примеров дел, в которых не было установлено нарушений Пакта в контексте посткоммунистических схем возвращения имущества, можно привести дела *«Петер Дробек против Словакии»* (Сообщение № 643/1995, которое было объявлено неприемлемым в связи с отсутствием обоснования) и *«Иван Шомерш против Венгрии»* (Сообщение № 566/1993)³.

сессия, Дополнение № 40 (A/42/40), с. 151–159. См., в частности, пункт 14 Соображений Комитета.

¹ Пункт 7 Замечания общего порядка № 18 (37) приводится в UN doc. HRI/CEN/1/Rev.5, с. 134–137. Этому утверждению предшествуют прямые ссылки на определения дискриминации, включенные в текст Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации и Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин.

² Недавно Комитет использовал понятие непрямой дискриминации в деле *«Руперт Альтхаммер и другие против Австрии»* (Сообщение № 998/2001), Соображения, принятые 8 августа 2003 года, UN doc. CCPR/C/78/D/998/2001. См. пункт 10.2 Соображений Комитета.

³ *«Петер Дробек против Словакии»* (Сообщение № 643/1995), Решение о приемлемости принято 14 июля 1997 г., Доклад Комитета по правам человека, Vol. II, GAOR,

Большая часть судебной практики Комитета по статье 26 связана с заявлениями о дискриминации по признаку пола или национальности. Твердый подход к дискриминации по признаку пола был принят уже в 1981 году в деле «*Аумеерудди-Чиффра и другие против Маврикия*», которое приводится ниже. В деле «*Тунен против Австралии*»... Комитет придерживался мнения о том, что сексуальная ориентация, как запрещенное основание для дискриминации, подпадает под понятие «пола», содержащееся в Пакте (пункты 8.7 и 11). Комитет использует понятие «гендер» в своем обосновании нарушения статьи 26 в недавнем (2002 год) деле «*Мюллер и Энгельхард против Намибии*» (Сообщение № 919/2000) без каких-либо разъяснений относительно того, является ли этот термин идентичным понятию «пол», упоминаемому в тексте статьи 26.¹ В недавнем деле «*Эдвард Янг против Австралии*» (Сообщение № 941/2000) было установлено нарушение статьи 26, так как имела место дискриминация по признаку «пола или сексуальной ориентации». Автору сообщения, который был одного пола со своим партнером, ветераном войны, было отказано в назначении пенсии в связи с потерей кормильца после смерти партнера. В своих Соображениях Комитет основывался на том факте, что государство-участник не представило никаких аргументов в отношении того, почему различие между партнерами одного пола, которые получали отказы в назначении пенсий, и не состоящими в браке партнерами разного пола, которым пенсии назначались, было обоснованным и объективным.²

В деле «*Гейе и другие против Франции*» было установлено, что дискриминация по признаку национальности подпадает под определение «иного обстоятельства» из статьи 26 (пункт 9.4), таким образом, Комитет воспользовался неисчерпывающим характером списка запрещенных оснований для дискриминации из этого положения Пакта. В деле «*Фуэн против Франции*», которое также приводится ниже, было установлено, что альтернативная гражданская служба в течение 24 месяцев, тогда как продолжительность военной службы не превышает одного года, является дискриминацией на том основании, что автор был убежденным противником военной службы по соображениям совести. В деле «*M. Схимтэз-де-Йонг против Нидерландов*» (Сообщение № 855/1999) автор заявлял о дискриминации на основе возраста, которая, однако, не была установлена. Комитет постановил, что распространение действия определенных экономических льгот на тех партнеров пенсионеров, которые сами достигли шестидесятилетнего возраста,

Пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 40 (A/52/40), с. 300–303. «*Иван Шомериш против Венгрии*» (Сообщение № 566/1993), Соображения, принятые 23 июля 1996 г., Доклад Комитета по правам человека, Vol. II, GAOR, Пятьдесят первая сессия, Дополнение № 40(A/51/40), с. 144–154.

¹ «*Мюллер и Энгельхард против Намибии*» (Сообщение № 919/2000), Соображения, принятые 26 марта 2002 года, UN doc. CCPR/C/74/D/919/2000.

² «*Эдвард Янг против Австралии*» (Сообщение № 941/2000), Соображения, принятые 6 августа 2003 года, UN doc. CCPR/C/78/D/941/2000.

а не на всех партнеров независимо от возраста, было объективным и обоснованным».¹

В... деле «*Каванах против Ирландии*» внимание переключается с вопроса о запрещенных основаниях для дискриминации в соответствии со статьей 26. В этом деле Комитет придал независимое значение первому предложению статьи 26, в котором всем людям гарантируется «равная защита закона». Не считая нужным определять какие-либо конкретные основания для дифференциации или какую-либо категорию лиц, Комитет высказал свое мнение о том, что решение исполнительных органов передать дело автора на рассмотрение специального суда само по себе явилось нарушением статьи 26 при отсутствии надлежащего обоснования.

В Замечаниях общего порядка № 18 (37) о недискриминации и № 23 (50)² о меньшинствах Комитет выступает в пользу положительных действий или позитивных мер, направленных на исправление дискриминации или неравенства. Однако в судебной практике по Факультативному протоколу остается открытым вопрос о том, до какой степени такие действия можно считать не только допустимыми, но и обязательными в соответствии с Пактом³. В приведенном ниже деле «*Блом против Швеции*» Комитет высказал свое мнение о том, что когда в системе образования государства-участника предусматривается как частное, так и государственное образование, нельзя считать, что государство-участник действует дискриминационным образом, если в условиях, когда государство не осуществляет надзор над системой частных школ, оно не предоставляет одинаковых пособий двум типам учебных заведений (пункт 10.3). Однако в деле «*Вальдман против Канады*» было установлено, что финансирование государством-участником религиозного образования для одного меньшинства, но не для других меньшинств в сходной ситуации, являлось дискриминацией. Это дело приводится в разделе о свободе совести и религии.

Многие дела, в которых Комитет установил нарушения статьи 26, были связаны с дискриминацией женщин по признаку пола или по гендерным основаниям. Однако следует отметить, что в статье 3 Пакта содержится отдельное положение о равном для мужчин и женщин праве пользования всеми правами, предусмотренными в Пакте. В Замечании общего порядка № 28 (68), принятом Комитетом в 2000 году⁴, предусматривается, что боль-

¹ «*M. Схмитз-де-Йонг против Нидерландов*» (Сообщение № 855/1999), Соображения, принятые 16 июля 2001 года, Доклад Комитета по правам человека, Vol. II, UN doc. A/56/40 (Vol. II), с. 165–167.

² См. пункт 6.2 Замечания общего порядка № 23(50), которое приводится в UN doc. HRI/CEN/1/Rev. 5, с. 147–150.

³ Ср. с делом «*Флимменос против Греции*», в котором Европейский Суд по правам человека постановил, что право не подвергаться дискриминации также нарушается, когда государства без объективных и разумных оснований не проявляют дифференцированного отношения к лицам, чьи ситуации существенно различаются. Европейский Суд по правам человека, решение от 6 апреля 2000 года, пункт 44.

⁴ UN doc. HRI/CEN/1/Rev. 5, с. 168–174.

шинство прав, закрепленных в Пакте, следует толковать с учетом гендерного аспекта. Нарушение статьи 3 в сочетании со статьей 26 и пунктом 1 статьи 14 было установлено в деле «*Грасиела Ато дель Авельяналь против Перу*» (Сообщение № 202/1986), в котором речь шла о неспособности замужней женщины представлять принадлежащую ей собственность в судах¹. В деле «*Лавлейс против Канады*»... было установлено нарушение статьи 27 в связи с дискриминацией по признаку пола или гендера.

Тема равенства и недискриминации проходит через весь Пакт. Помимо статей 3 и 26, она прямо упоминается в общем положении об обязанностях государства из пункта 1 статьи 2, в ограничительном положении из статьи 4, в общем положении о справедливом судебном разбирательстве из пункта 1 статьи 14, а также в статьях 20, 23, 24 и 25.

**СООБЩЕНИЕ № 35/1978
ШИРИН АУМЕЕРУДДИ-ЧИФФРА И ДРУГИЕ ПРОТИВ
МАВРИКИЯ²**

[Извлечения]

Доклад Комитета по правам человека, GAOR, Тридцать шестая сессия,
Дополнение № 40 (A/36/40), с. 134–142.

Дата сообщения: 2 мая 1978 года

Соображения приняты: 9 апреля 1981 года (Двенадцатая сессия)

Соображения согласно пункту 4 статьи 5 Факультативного протокола

1.1. Авторы сообщения [Ширин Аумеерудди-Чиффра и 19 маврикийских женщин] [...] утверждают, что принятие закона об иммиграции (поправка) 1977 года и закона о депортации (поправка) 1977 года Маврикием представляет собой дискриминацию по признаку пола в отношении маврикийских женщин, нарушение права на создание семьи и семейного очага, а также лишение судебной защиты в нарушение статей 2, 3, 4, 17, 23, 25 и 26 Международного пакта о гражданских и политических правах. Авторы утверждают, что они являются жертвами предполагаемых нарушений. Они заявляют, что все внутренние средства правовой защиты были ими исчерпаны.

1.2. Авторы указывают, что до принятия вышеупомянутых законов мужчины и женщины-иностранные, вступавшие в брак с гражданами Маврикия, имели равный статус проживания, т.е. в результате заключения брака супруги обоих полов иностранного происхождения имели гарантированное

¹ «*Грасиела Ато дель Авельяналь против Перу*» (Сообщение № 202/1986), Соображения, принятые 28 октября 1988 года, Доклад Комитета по правам человека, GAOR, сорок четвертая сессия, Дополнение № 40 (A/44/40), с. 196–199.

² Публикуется по тексту издания: «Прецедентные дела Комитета по правам человека» / Составители Райя Хански и Мартин Шейнин / Институт прав человека при Университете Або Академи (Турку), 2004. С. 336–342.

законом право проживать в данной стране вместе со своими маврикийскими мужьями и женами. Авторы утверждают, что в соответствии с новыми законами Маврикия мужья маврикийских женщин – граждане других стран утратили свой статус проживания на Маврикии и должны подавать заявление на получение «разрешения на проживание», в котором им может быть отказано или которое может быть в любое время прервано министром внутренних дел. В то же время новые законы не затрагивают статус иностранных женщин, выходящих замуж за маврикийцев; за ними сохраняется их законное право на проживание в стране. Авторы далее утверждают, что согласно новым законам иностранцы, состоящие в браке с маврикийскими женщинами, могут быть подвергнуты депортации на основании указания со стороны министерства, которое не подлежит обжалованию в судебных органах. [...]

7.4. Что касается случая г-жи Аумеерудди-Чиффра, одной из трех состоявших в браке авторов письма, более трех лет прошло с тех пор, как ее муж обратился к маврикийским властям за разрешением на проживание, однако до сих пор не было принято никакого официального решения. Если по ходатайству ее мужа будет вынесено отрицательное решение, она должна будет сделать выбор: либо проживать со своим мужем за границей и отказаться от политической карьеры, либо проживать отдельно от мужа на Маврикии и продолжать участвовать в ведении государственных дел этой страны.

8.1. В свете этих фактов Комитету следует рассмотреть вопрос о том, были ли какие-либо права, изложенные в Пакте о гражданских и политических правах, нарушены Мавриkiem в отношении авторов сообщения в результате принятия и применения двух указанных законов. Комитету следует принять решение о том, нарушают ли эти два закона, в результате которых только мужья-иностранные маврикийских женщин в отличие от жен-иностранных маврикийских мужчин обязаны обращаться за разрешением на проживание с тем, чтобы пользоваться такими же правами, как и до принятия этих законов, а также в результате которых только мужья-иностранные подвергаются возможности депортации, какие-либо из прав, изложенных в Пакте, и могут ли авторы сообщения утверждать, что они являются жертвами такого нарушения. [...]

9.2 (b) 1. Затем Комитет рассмотрит ту часть сообщения, которая касается воздействия законов 1977 года на семейную жизнь трех замужних женщин.

9.2 (b) 2. Комитет отмечает, что в этом отношении некоторые положения Пакта являются применимыми. В силу причин, которые будут изложены ниже, нет сомнений в том, что данные законы оказывают воздействие на их положение, даже несмотря на отсутствие каких-либо конкретных мер по осуществлению этих законов (например, отказа в праве на жительство или приказа о депортации, касающегося одного из их мужей). Их заявление о том, что они являются «жертвами» в смысле положений Факультативного протокола, должно быть изучено.

9.2 (b) 2 (i). Во-первых, их взаимоотношения со своими мужьями совершенно очевидно относятся к области «семейной» жизни, как определено статьей 17(1) Пакта. Таким образом, они обеспечиваются защитой

от посягательств в этом отношении, которые в данной статье именуются «произвольным или незаконным вмешательством».

9.2 (b) 2 (i) 2. Комитет придерживается мнения о том, что совместное проживание мужа и жены следует расценивать как нормальный образ жизни семьи. Поэтому высылка лица из страны, где проживают его близкие родственники, может расцениваться как вмешательство в соответствии со статьей 17, что признает и государство-участник. В принципе статья 17(1) применяется также и в тех случаях, когда один из супругов является иностранцем. Таким образом, вопрос о том, является ли существование или применение законов об иммиграции, затрагивающих права членов семьи на проживание, совместимым с Пактом, зависит от того, насколько такое вмешательство является «произвольным или незаконным», как гласит статья 17(1), или каким-либо иным образом противоречит обязательствам государства-участника в соответствии с Пактом.

9.2 (b) 2 (i) 3. В данных случаях не только возможность будущей депортации, но и существующее неопределенное положение в плане проживания мужа-иностраницы на Маврикии представляет, по мнению Комитета, вмешательство властей государства-участника в семейную жизнь маврикийских женщин и их мужей. Упоминаемые законы создают для указанных семей неопределенность в отношении того, смогут ли они и насколько долго продолжать свою семейную жизнь, совместно проживая на Маврикии. Более того, как указано выше (пункт 7.4), в одном из случаев даже отсрочку на многие годы и отсутствие позитивного решения в отношении выдачи разрешения на жительство следует рассматривать как значительное неудобство по ряду причин и, в частности, потому, что получение разрешения на работу и, следовательно, возможность для мужа участвовать в обеспечении своей семьи зависит от получения разрешения на жительство, а также в силу того, что депортация, которая не подлежит обжалованию в судебных органах, может произойти в любой момент.

9.2 (b) 2 (i) 4. Однако, поскольку такое положение дел вытекает из законодательства, не может быть и речи о том, чтобы в данных случаях рассматривать такое вмешательство как «незаконное» в соответствии со статьей 17 (1). Остается рассмотреть вопрос о том, является ли оно «произвольным» или противоречит Пакту каким-либо другим образом.

9.2 (b) 2 (i) 5. Защита, которой должны быть обеспечены индивиды в этом отношении, подпадает под принцип равенства полов, который вытекает из нескольких положений Пакта. В соответствии со статьей 2(1) обязательства государств-участников заключаются в целом в том, чтобы уважать и обеспечивать права, предусмотренные в Пакте, «без какого бы то ни было различия, как то в отношении... пола» и, более конкретно, в соответствии со статьей 3 «обеспечить равные для мужчин и женщин права пользоваться» всеми этими правами, а также в соответствии со статьей 26 обеспечить «без всякой дискриминации» права на «равную защиту закона».

9.2 (b) 2 (i) 6. Авторы сообщения, которые вышли замуж за иностранных граждан, страдают от негативных последствий упомянутых выше законов только в силу того, что они являются женщинами. Неопределенное положение их мужей в плане пребывания в стране, которое, как указывалось,

неблагоприятно влияет на их семейную жизнь, является следствием законов 1977 года, в которых не предусмотрено применение таких же мер в отношении жен-иностранок. В этой связи Комитет отметил, что статья 16 Конституции Маврикия не определяет пол в качестве признака, на основе которого запрещается дискриминация.

9.2 (b) 2 (i) 7. В таких обстоятельствах перед Комитетом не стоит задача решить вопрос о том, насколько далеко в рассматриваемых случаях подобные или другие ограничения в отношении проживания иностранных супругов могут противоречить Пакту, если они применяются без дискриминации по какому бы то ни было признаку.

9.2 (b) 2 (i) 8. Комитет считает, что нет необходимости определять, следует ли именовать существующую дискриминацию «произвольным» вмешательством в семейную жизнь согласно статье 17. Речь в данном случае не идет о том, можно ли оправдать конкретное вмешательство в силу того, что оно применяется без дискриминации. В тех случаях, когда права, гарантированные Пактом, ограничиваются, это должно делаться без дискриминации по признаку пола. В данном случае вопрос о том, было ли такое ограничение само по себе, если рассматривать его самостоятельно, нарушением такого права, не является решающим. Суть дела заключается в том, чтобы обеспечить пользование всеми правами без всякой дискриминации. Поэтому в данном случае достаточно отметить, что в существующих обстоятельствах имеет место разграничение по признаку пола, которое препятствует предполагаемым жертвам пользоваться одним из своих прав. Никакого удовлетворительного оправдания такому разграничению быть не может. Таким образом, Комитет вынужден сделать вывод о том, что имеет место нарушение статей 2(1) и 3 Пакта, рассматриваемых совместно со статьей 17(1).

9.2 (b) 2 (ii) 1. В то же время каждая из упомянутых супружеских пар представляет собой «семью» по смыслу статьи 23(1) Пакта и, по крайней мере, в одном случае, именно в случае г-жи Аумеерудди-Чиффра, в такой семье есть ребенок. Таким образом, как таковая она «имеет право на защиту со стороны общества и государства», как предписывается данной статьей, где не дается дальнейшего определения такой защиты. Комитет придерживается мнения о том, что правовая защита или меры защиты, которые может предоставить общество и государство семье, могут быть различными в разных странах и зависеть от различных социальных, экономических, политических и культурных условий и традиций.

9.2 (b) 2 (ii) 2. Однако принцип равенства полов применяется в соответствии со статьями 2(1), 3 и 26, из которых также непосредственное отношение к рассматриваемому случаю имеет статья 26, так как она конкретно касается «равной защиты закона». Когда Пакт требует реальной защиты, как в случае со статьей 23, эти положения следует понимать, как предоставляющие равную защиту, т.е. защиту, исключающую дискриминацию, например, по признаку пола.

9.2 (b) 2 (ii) 3. Отсюда следует, что главный аргумент также должен основываться на том положении, что в соответствии с Пактом защита семьи не может различаться по признаку пола одного из супругов. Хотя в случае

Маврикия можно оправдать желание ограничить доступ иностранцев на его территорию и их высылку по причинам безопасности, Комитет придерживается мнения о том, что законодательство, в соответствии с которым такие ограничения распространяются лишь на мужей-иностранцев маврикийских женщин, но не на жен-иностранных маврикийских мужчин, является дискриминационным по отношению к маврикийским женщинам и не может быть оправдано соображениями безопасности.

9.2 (b) 2 (ii) 4. Таким образом, Комитет полагает, что имеет место нарушение статей 2(1), 3 и 26 Пакта в связи с правом трех замужних авторов, которым они обладают на основании статьи 23(1).

9.2 (c) 1. Остается рассмотреть предполагаемое нарушение статьи 25 Пакта, которая предусматривает, что каждый гражданин должен иметь без какой бы то ни было дискриминации, упоминаемой в статье 2 (в частности, по признаку пола), и без необоснованных ограничений, право и возможность принимать участие в ведении государственных дел, как то непосредственно определено в данной статье. В данном случае Комитет не призывает к рассмотрению каких-либо ограничений прав гражданина в соответствии со статьей 25. Речь, скорее, идет о том, что Пакту противоречит ограничение возможности, о которой идет речь, т.е. ограничение возможности осуществлять такое право де-факто.

9.2 (c) 2. Комитет считает, что ограничения, устанавливаемые законом в различных областях, могут на практике помешать гражданам осуществлять свои политические права, т.е. лишить их возможности сделать это такими способами, которые могут в определенных обстоятельствах противоречить цели статьи 25 или положениям Пакта, направленным против дискриминации, например, если такое вмешательство нарушает принцип равенства полов.

9.2 (c) 3. Однако у Комитета нет информации о том, что в представленных делах имели место перечисленные выше нарушения. Что касается г-жи Аумерудди-Чиффра, которая активно участвует в политической жизни в качестве избранного члена законодательного собрания Маврикия, то ей не препятствовали в этом ни фактически, ни юридически. Справедливо, что, предположительно, она может оказаться вынужденной покинуть страну в результате вмешательства в ее семейную жизнь и, следовательно, потерять такую возможность, а также и другие блага, которые связаны с ее проживанием в стране. Соответствующие аспекты такого вмешательства были уже рассмотрены выше в связи со статьей 17 и другими соответствующими положениями. Гипотетические побочные эффекты, которые только что рассматривались, не являются основанием для какого-либо заключения о конкретном нарушении статьи 25 на данном этапе, на котором, как представляется, нет никаких конкретных элементов, требующих дополнительного рассмотрения в соответствии с данной статьей.

10.1. В связи с этим Комитет по правам человека, действуя в соответствии со статьей 5(4) Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах, выражает мнение, что факты, изложенные в пункте 7 выше, вскрывают нарушения Пакта и, в частности, статей 2(1), 3 и 26 в связи со статьями 17(1) и 23(1) в отношении трех авторов, которые находятся в браке с иностранцами, поскольку вступление

в силу закона об иммиграции (поправка) 1977 года и закона о депортации (поправка) 1977 года привело к дискриминации их по признаку пола.

10.2. Далее Комитет придерживается мнения о том, что какие-либо нарушения Пакта в отношении других положений не имели места.

10.3. По указанным выше (пункт 9а) причинам Комитет считает, что семнадцать незамужних авторов сообщения не могут в настоящее время заявлять о том, что они являются жертвами нарушений их прав в соответствии с Пактом.

11. В связи с этим Комитет выражает мнение, что государство-участник обязано исправить положения закона об иммиграции (поправка) 1977 года и закона о депортации (поправка) 1977 года в целях соблюдения своих обязательств в соответствии с Пактом, а также незамедлительно обеспечить средства правовой защиты жертвам установленных выше нарушений.

СООБЩЕНИЕ № 182/1984 Ф.Г. ЗВААН-ДЕ ВРИЕС ПРОТИВ НИДЕРЛАНДОВ¹

[Извлечения]

Доклад Комитета по правам человека, GAOR, Сорок вторая сессия.
Дополнение № 40 (A/42/40), с. 160–169. Примечания и сноски опущены.

Дата сообщения: 28 сентября 1984 года

Соображения приняты: 9 апреля 1987 г. (Двадцать девятая сессия)

Соображения согласно пункту 4 статьи 5 Факультативного протокола

1. Автором сообщения [...] является г-жа Ф.Г. Зваан-де Вриес, гражданка Нидерландов, проживающая в Амстердаме, Нидерланды, интересы которой в Комитете представляет г-н Д.И. ван дер Вос, глава Отдела правовой помощи (Рехтскундине динст ФНВ), Амстердам.

2.1 Автор сообщения, 1943 года рождения, замужем за г-ном Звааном. С начала 1977 года по 9 февраля 1979 года она работала в качестве оператора ЭВМ. С этого момента она является безработной. В соответствии с Законом о безработице до 10 октября 1979 года она получала пособие по безработице. После этого автор сообщения неоднократно направляла прошения о продолжении выплаты ей пособия в соответствии с Законом о пособиях по безработице (ЗПБ). Муниципалитет города Амстердама отверг ее прошение на том основании, что она не отвечает необходимым требованиям для получения такого пособия, поскольку она замужем; отказ основан на статье 13(1) Закона о пособиях по безработице (ЗПБ), которая не распространяется на мужчин, состоящих в браке.

¹ Публикуется по тексту издания: «Прецедентные дела Комитета по правам человека» / Составители Райя Хански и Мартин Шейнин / Институт прав человека при Университете Або Академи (Турку), 2004. С. 342–348.

2.2. Поэтому автор утверждает, что она является жертвой нарушения государством-участником статьи 26 Международного пакта о гражданских и политических правах, которая гласит, что все люди равны перед законом и имеют право на равную защиту закона без всякой дискриминации. Автор заявляет, что единственной причиной, по которой ей было отказано в пособии по безработице, является ее пол и семейное положение, и утверждает, что это представляет собой дискриминацию по смыслу статьи 26 Пакта.

2.3. Автор сообщения передавала это дело на рассмотрение компетентных внутренних органов. [...]

4.1. В своем представлении от 29 мая 1985 года государство-участник, в частности, подчеркнуло, что:

(а) «принцип, согласно которому элементы дискриминации в области осуществления права на социальное обеспечение должны быть устранины, закреплен в статье 9 совместно со статьями 2 и 3 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах;

(б) правительство Королевства Нидерландов согласилось осуществлять этот принцип в соответствии с положениями Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах. В соответствии с этими положениями государства-участники обязались принять в максимальных пределах имеющихся ресурсов меры к тому, чтобы обеспечить постепенное полное осуществление признаваемых в настоящем Пакте прав (пункт 1 статьи 2);

(с) этот процесс постепенного осуществления в максимальных пределах имеющихся ресурсов происходит в настоящее время в Нидерландах. Продолжающие существовать элементы дискриминации в области осуществления прав ликвидируются и постепенно исчезнут;

(д) Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах предусматривает свою собственную систему международного контроля за тем, как государства-участники выполняют свои обязательства. С этой целью государства-участники взяли на себя обязательство представлять Экономическому и Социальному Совету доклады о принятых ими мерах и достигнутом ими прогрессе. Правительство Королевства Нидерландов представило свой первый доклад в 1983 году». [...]

4.5. Государство-участник также подчеркнуло, что недавно в законодательство Нидерландов было внесено изменение, согласно которому был отменен пункт 1 статьи 13 Закона о пособиях по безработице (ЗПБ), который является предметом сообщения автора. Речь идет о Законе S 230 от 29 апреля 1985 года, который имел обратную силу до 23 декабря 1984 года. [...]

6.1. Прежде чем рассматривать какие-либо заявления, содержащиеся в сообщении, Комитет по правам человека согласно правилу 87 временных правил процедуры должен принять решение о том, является ли это сообщение приемлемым или неприемлемым в соответствии с Факультативным протоколом к Пакту.

6.2. В соответствии с пунктом 2 (а) статьи 5 Факультативного протокола Комитету не разрешается рассматривать сообщение, если этот же вопрос рассматривается в рамках другой процедуры международного разбирательства или урегулирования. В этой связи Комитет отмечает, что

рассмотрение национальных докладов, представляемых в соответствии со статьей 16 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, не является на основании пункта 2 (а) статьи 5 рассмотрением «этого же вопроса» применительно к жалобе, представляемой каким-либо лицом в Комитет по правам человека в соответствии с Факультативным протоколом.

6.3. Комитет далее отмечает, что жалоба, представленная в соответствии с Факультативным протоколом в отношении предполагаемого нарушения какого-либо положения Международного пакта о гражданских и политических правах, не обязательно является несовместимой с положениями этого Пакта (см. статью 3 Факультативного протокола) на том основании, что факты также касаются права, охраняемого в соответствии с Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах или каким-либо другим международным документом. Тем не менее следовало проверить, подтверждается ли фактами предполагаемое нарушение права, охраняемого в соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах.

6.4. В соответствии с пунктом 2 (б) статьи 5 Факультативного протокола Комитету не разрешается рассматривать сообщения, если не были исчерпаны внутренние средства правовой защиты. Стороны в настоящем сообщении согласны, что внутренние средства правовой защиты были исчерпаны. [...]

7. В этой связи Комитет по правам человека 23 июля 1984 года постановил считать данное сообщение приемлемым. [...]

8.1. В своем представлении от 14 января 1986 года, сделанном в соответствии со статьей 4(2) Факультативного протокола, государство-участник снова возразило против приемлемости настоящего сообщения, вновь выскав свои аргументы, изложенные в его представлении от 29 мая 1985 года.

8.2. При рассмотрении существа дела государство-участник сначала излагает фактическую сторону дела следующим образом:

«Когда г-жа Зваан ходатайствовала в октябре 1979 года о получении пособия в соответствии с ЗПБ, то положения подраздела 1(1) раздела 13 все еще имели силу. Этот раздел предписывал, что на данное пособие не могут претендовать те замужние женщины, которые не являются кормильцами либо проживают постоянно со своими мужьями. Понятие “кормильец” в том смысле, в каком оно используется в подразделе 1(1) раздела 13 ЗПБ, имело особое значение и получило еще более широкое толкование в исполнительных документах, основанных на Законе [...]. Объявление замужней женщины кормильцем зависит, в числе прочего, от абсолютного размера общего дохода семьи, а также от вклада жены в этот доход. Тот факт, что условия предоставления пособия, содержащиеся в подразделе 1(1) раздела 13 ЗПБ, применялись только к замужним женщинам, а не к женатым мужчинам, объясняется тем, что данное положение соответствовало превалировавшему в то время в обществе в целом мнению относительно роли мужчины и женщины в семье и обществе. Фактически все состоявшие в браке и имеющие работу мужчины могут считаться кормильцами своих семей, в связи с чем не представлялось необходимым проверять, отвечают ли они этому критерию для получения пособия по безработице, когда они стано-

вятся безработными. В последние годы это мнение постепенно претерпело изменения. [...]

Нидерланды являются государством – членом Европейского экономического сообщества (ЕЭС). 19 декабря 1978 года Совет ЕЭС издал директиву о постепенном осуществлении принципа равноправия мужчин и женщин в области социального обеспечения (79/7/ЕЭС), обязав государства-участники в течение шести лет до 23 декабря 1984 года внести в законодательство поправки, которые могут оказаться необходимыми для приведения в соответствие законодательства с данной директивой. В соответствии с этой директивой правительство Нидерландов рассмотрело условия предоставления пособия, о которых говорится в подразделе 1 (1) раздела 13 ЗПБ, в свете указанного принципа и в связи с изменением роли мужчин и женщин в обществе, которое имело место примерно после 1960 года.

Поскольку в начале 80-х годов уже нельзя было более допускать, чтобы женатые и работающие мужчины всегда рассматривались в качестве “кормильцев”, то Нидерланды внесли поправку в подраздел 1 (1) раздела 13 ЗПБ с тем, чтобы привести в соответствие свои обязательства с директивой ЕЭС. Эта поправка состояла в упразднении подраздела 1 (1) раздела 13, в результате чего замужние женщины, не являющиеся кормильцами, получили возможность требовать пособия в соответствии с положениями ЗПБ; в то же время возраст лиц, которым предоставляются пособия, был ограничен 35 годами». [...]

8.3. В отношении сферы действия статьи 26 Пакта государство-участник утверждает [...], что [...] ссылка на статью 26 МПГПП может делаться лишь в рамках Факультативного протокола к МПГПП в сфере гражданских и политических прав. [...]

Жалоба, поданная в рассматриваемом случае, касается обязательств в области социального обеспечения, охватываемых Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах. [...] МПЭСПКП имеет свою собственную специфическую систему и орган для международного контроля за соблюдением государствами-участниками своих обязательств. В Пакт намеренно не включены положения о процедуре подачи индивидуальных жалоб.

Правительство считает несовместимой с целями как МПЭСПКП, так и МПГПП и Факультативного протокола к нему возможность рассмотрения Комитетом по правам человека индивидуальной жалобы, касающейся права на социальное обеспечение согласно статье 9 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах путем приравнивания ее к индивидуальной жалобе в соответствии с Факультативным протоколом к Международному пакту о гражданских и политических правах, основанной на статье 26 МПГПП. [...]

8.4. [...] Государство-участник считает, что благодаря концепции «кормильца» достигнута «надлежащая сбалансированность между ограниченными ресурсами общественных фондов [...], с одной стороны, и обязанностью правительства в отношении социального обеспечения, с другой. Правительство не согласно с тем, что концепция “кормильца” как таковая является “дискриминационной” в том отношении, что одинаковые случаи

трактуются правом по-разному". Кроме того, утверждается, что положения ЗПБ "основаны на разумных социально-экономических соображениях, не имеющих дискриминационного характера. Ограничения данного положения, исключающие возможность его применения в отношении мужчины, основаны не на желании провести разделение, выгодное для мужчин и дискриминационное для женщин, а на *фактической* социально-экономической ситуации, существовавшей во время принятия Закона и делавшей бессмысленным предусматривать применение этого положения в отношении мужчин. Во время подачи г-жой Зваан заявления о выплате пособий по безработице эта *фактическая* ситуация по существу не изменилась. Таким образом, статья 26 МПГПП нарушена не была. Этого не меняет тот факт, что в последние годы в стране укрепляется новая социальная тенденция, делающая нежелательным сохранение в силе данного положения в нынешних социальных условиях». [...]

12.1. Государство-участник заявляет, что положения статьи 26 и положения статьи 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах в значительной мере дублируют друг друга. Комитет считает, что Международный пакт о гражданских и политических правах действует даже в том случае, если отдельные вопросы упоминаются или рассматриваются в других международных документах, например, в Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации, Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин или, как в данном случае, Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах. Несмотря на взаимосвязанную историю подготовки двух Пактов, Комитету все же необходимо в полной мере применять положения Международного пакта о гражданских и политических правах. Комитет в этой связи отмечает, что положения статьи 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах отнюдь не препятствуют применению в полной мере статьи 26 Международного пакта о гражданских и политических правах.

12.2. Комитет также рассмотрел утверждение государства-участника о том, что нельзя делать ссылку на статью 26 Международного пакта о гражданских и политических правах в отношении права, конкретно предусмотренного статьей 9 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (социальное обеспечение, включая социальное страхование). При этом Комитет изучил соответствующие подготовительные документы к Международному пакту о гражданских и политических правах, в частности, краткие отчеты о дискуссиях, проведенных в Комиссии по правам человека в 1948, 1949, 1950 и 1952 годах, а также в Третьем комитете Генеральной Ассамблеи в 1961 году, которая предоставляет «дополнительные средства толкования» (статья 32 Венской конвенции о праве международных договоров). Дискуссии, проведенные в момент составления проекта, касающиеся вопроса о том, распространяется ли действие статьи 26 на права, которые иным образом не гарантируются Конвенцией, являются неубедительными и не могут изменить выводов, сделанных с помощью обычных средств толкования...

12.3. С целью определения сферы действия статьи 26 Комитет принял во внимание «обычное значение» каждого элемента статьи в ее контексте и в свете ее объекта и цели (статья 31 Венской конвенции о праве международных договоров). Комитет прежде всего отмечает, что статья 26 не просто дублирует гарантии, уже предусмотренные статьей 2. В ее основе лежит принцип равной защиты закона без какой бы то ни было дискриминации, как это предусмотрено статьей 7 Всеобщей декларации прав человека, запрещающей дискриминацию по закону или на практике в любой области, регулируемой и охраняемой государственными органами. Таким образом, статья 26 касается обязательств государств в отношении их законодательства и его применения.

12.4. Хотя статья 26 требует, чтобы закон запрещал дискриминацию, в ней самой не содержится какого-либо обязательства в отношении вопросов, которые могут быть предусмотрены законодательством. Так, например, она не требует, чтобы какое-либо государство ввело в действие законодательство о социальном обеспечении. Однако когда такое законодательство принимается в осуществление суверенных прав государства, оно не должно противоречить статье 26 Пакта.

12.5. Комитет в этой связи отмечает, что речь идет не о том, следует ли постепенно создавать в Нидерландах систему социального обеспечения или нет, а о том, нарушает ли законодательство, касающееся социального обеспечения, запрещение дискриминации, содержащееся в статье 26 Международного пакта о гражданских и политических правах, и предусмотренные в ней гарантии для всех лиц в отношении равенства перед законом и права на равную и эффективную защиту против дискриминации.

13..Право на равенство перед законом и на равную защиту закона без всякой дискриминации не означает, что любые различия в обращении являются дискриминационными. Дифференциация, основанная на разумных и объективных критериях, не равнозначна запрещенной дискриминации по смыслу статьи 26.

14. Поэтому Комитету остается определить, представляет ли собой дискриминацию по смыслу статьи 26 дифференциация в законодательстве Нидерландов, которая в свое время была применена в деле г-жи Зваан-де Вриес. Комитет отмечает, что в законодательстве Нидерландов положения статей 84 и 85 Гражданского кодекса предусматривают равные права и обязанности обоих супругов в отношении их совместных доходов. В соответствии с пунктом 1 подраздела 1 раздела 13 Закона о пособиях по безработице (ЗПБ) замужняя женщина для получения такого пособия должна доказать, что она является «кормильцем» – условие, которое не действует в отношении женатого мужчины. Таким образом, дифференциация, которая кажется дифференциацией по статусу, фактически является дифференциацией по признаку пола и ставит замужних женщин в невыгодное положение по сравнению с женатыми мужчинами. Такая дифференциация не является разумной; причем это, как представляется, было фактически признано даже государством-участником, которое 29 апреля 1985 года внесло в Закон изменения, имеющие обратную силу до 23 декабря 1984 года...

15. Обстоятельства, в которых г-жа Зваан-де Вриес оказалась в указанное время, и применение действовавшего тогда законодательства Нидерландов сделали ее жертвой нарушения по признаку пола упомянутой статьи 26 Международного пакта о гражданских и политических правах, поскольку ей было отказано в праве на социальное обеспечение на равноправной основе с мужчинами.

16. Комитет с удовлетворением отмечает, что государство-участник не имело намерения осуществлять дискриминацию в отношении женщин, и далее отмечает, что дискриминационные положения в законе, который применили к г-же Зваан-де Вриес, впоследствии были упразднены. Хотя государство-участник таким образом приняло необходимые меры, чтобы положить конец такого рода дискриминации, от которой пострадала г-жа Зваан-де Вриес в момент подачи жалобы, Комитет считает, что государство-участник должно предоставить г-же Зваан-де Вриес соответствующее средство правовой защиты.

СООБЩЕНИЕ № 191/1985 КАРЛ ХЕНРИК БЛОМ ПРОТИВ ШВЕЦИИ¹

[Извлечения]

Доклад Комитета по правам человека, GAOR, Сорок третья сессия.
Дополнение № 40 (A/43/40), с. 211–217. Примечания и сноски опущены.

Дата сообщения: 5 июля 1985 года

Соображения приняты: 4 апреля 1988 года (Тридцать вторая сессия)

Соображения согласно пункту 4 статьи 5 Факультативного протокола

1. Автором сообщения является [...] Карл Хенрик Блом, шведский гражданин, 1964 года рождения. Его представляет адвокат. Автор утверждает, что он является жертвой нарушений властями Швеции статей 2(3) и 26 Международного пакта о гражданских и политических правах, а также статей 3 (с) и 5(b) Конвенции ЮНЕСКО о борьбе с дискриминацией в области образования 1960 года. Имеется также ссылка на статью 13 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах.

2.1. В течение 1981/82 учебного года автор посещал десятый класс частной школы имени Рудольфа Штейнера в Гётеборге. Согласно Декрету № 418 об оказании материальной помощи при получении образования, принятому правительством Швеции в 1973 году, учащийся независимой частной школы имеет право на государственную помощь лишь в том случае, если он проходит программу обучения, находящуюся согласно указанному Декрету под государственным надзором на основании правительенного

¹ Публикуется по тексту издания: «Прецедентные дела Комитета по правам человека» / Составители Райя Хански и Мартин Шейнин / Институт прав человека при Университете Або Академи (Турку), 2004. С. 348–353.

решения. Правительственное решение принимается после консультации с Национальным советом по вопросам образования и местными школьными властями.

2.2. Автор заявляет, что школа имени Рудольфа Штейнера 15 октября 1981 года представила заявление о том, чтобы на нее был распространен государственный надзор, имея в виду десятый класс и выше (младшие классы уже были включены в эту категорию). После того, как местные школьные власти и Национальный совет дали свое положительное заключение, 17 июня 1982 года было принято решение о распространении государственного надзора на десятый класс и выше, которое должно было вступить в силу с 1 июля 1982 года, т.е. с 1982/83 учебного года, а не с осени 1981 года, как просила школа.

2.3. 6 июня 1984 года автор обратился за государственной финансовой помощью в размере 2 250 шведских крон на 1981/82 учебный год. Решением от 5 ноября 1984 года его заявление было отклонено Национальным советом по вопросам помощи при получении образования на том основании, что школа не находилась под государственным надзором в течение указанного учебного года. Автор утверждает, что это решение нарушает положения международных договоров, на которые он ссылается. Он заявляет, что подача апелляции по этому решению “была запрещена”. Считая, однако, что решение Национального совета по вопросам помощи при получении образования попирает его права, предусматриваемые в Конвенции ЮНЕСКО 1960 года, автор предъявил в начале 1985 года министру юстиции (*Justiekanslern*) иск о компенсации. В своем решении от 14 февраля 1985 года министр юстиции заявил, что решение Национального совета по вопросам помощи при получении образования соответствует действующему национальному законодательству и не дает основания для возбуждения иска об ответственности государства. [...] В заключение министр указал, что г-н Блом имеет право возбудить дело в суде. Однако министр подчеркнул, что суды обязаны применять шведские законы *ex officio*, в том числе соответствующие положения закона о возмещении ущерба, на который он ссылался.

2.4. На основании решения министра автор пришел к заключению, что не имеет какого-либо смысла начинать судебный процесс против государства. Следовательно, считает он, не существует никаких других внутренних средств правовой защиты, к которым можно было бы прибегнуть. Он утверждает, что такое положение само по себе представляет собой нарушение статьи 2 (3) Пакта.

2.5. Утверждение автора о том, что решение отказать ему в предоставлении государственной помощи является нарушением статьи 26 Пакта, основано на доводе, что он подвергся дискриминации как учащийся частной школы. Сообщается, что учащиеся частных школ получали государственную помощь в 1981/82 учебном году. Такое дискриминационное отношение, как утверждается, противоречит основополагающей идеи равенства для всех в области образования, а также является вмешательством в право родителей выбирать независимые частные школы, предусмотренное статьей 13 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах и статьей 5 (1b)

Конвенции ЮНЕСКО о борьбе с дискриминацией в области образования 1960 года, участником которых является Швеция. Автор также утверждает, что он является жертвой нарушения статьи 3 (с) той же Конвенции. [...]

4.1. В своем представлении от 8 января 1986 года государство-участник указывает, что Закон о школах 1962 года также признает наличие частных школ, не зависящих от системы государственных школ. В принципе, частные школы находятся на самообеспечении в финансовом отношении, и центральные или местные органы власти юридически не обязаны представлять им какую-либо финансовую помощь. Однако для оказания различных форм государственной помощи нет никаких юридических препятствий, и на практике большинство частных школ в той или иной форме поддерживаются местными органами управления, а приблизительно половина из них (включая школу имени Рудольфа Штейнера) получает также и государственные дотации. [...]

5.1. Что касается утверждений о нарушении Пакта о гражданских и политических правах, то государство-участник заявляет следующее:

«[...] Неравное обращение не составляет дискриминации в тех случаях, когда различие основано на объективных и разумных критериях. Ни статья 26, ни какое-либо другое положение Пакта не предусматривают обязательства обеспечивать государственную финансовую помощь учащимся. Поэтому государство может свободно решать вопрос об оказании такой помощи, а в том случае, если она оказывается, – устанавливать условия ее предоставления при том лишь ограничении, что решения государства не должны быть связаны с теми неоправданными основаниями, которые перечислены в статье 26».

5.2. Далее государство-участник утверждает:

«что в отношении школ, как и в случае любого другого института или деятельности в рамках общества, государство имеет полное право до того, как предоставить той или иной школе или ее учащимся государственную финансовую помощь, рассмотреть вопрос о том, отвечает ли данная школа разумным требованиям качества, и удовлетворяет ли она потребности общества или предполагаемого ученика. [...] Таковы – и на этот счет Бломом не было высказано какого-либо другого мнения – основания для требования о том, чтобы надзор за той или иной частной школой осуществлялся государством, для того чтобы ее учащиеся имели право на получение государственной финансовой помощи. Правительство полагает, что это не представляет собой дискриминации по смыслу статьи 26».

5.3. [...] [Правительство далее заявляет, что в этом плане сообщение Блома следует объявить неприемлемым в соответствии с положениями статьи 3 Факультативного протокола. Как на единственную «дискриминационную основу» якобы имевшего место нарушения статьи 26 Блом ссылается на то, что его решение посещать школу имени Рудольфа Штейнера было обусловлено «религией, политическими или иными убеждениями», которых придерживаются он и его родители, и что неравное обращение в отношении государственной финансовой помощи было прямым следствием этого решения. [...] Суть утверждений Блома, судя по всему, заключается в том, что в силу его решения посещать данную школу по религиозным и поли-

тическим мотивам, а также в силу того, что государство (хотя и не по религиозным или политическим причинам) относилось к его частной школе не так, как к государственным школам, в отношении него была допущена дискриминация по признаку его религии и политических убеждений. По мнению правительства, необоснованность такого хода рассуждений настолько очевидна, что в соответствии со статьей 3 Факультативного протокола данное сообщение следует признать неприемлемым. [...]

6.2. Автор оспаривает аргументы государства-участника относительно признания сообщения неприемлемым в соответствии со статьей 3 Факультативного протокола, подчеркивая, что он ссылался на «признаки, перечисленные в статье 26 Пакта, касающиеся “всякого рода дискриминации”, в которой также говорится об “иных обстоятельствах”. В соответствии с этим по каким бы причинам он и его одноклассники ни выбрали учебу в школе имени Рудольфа Штейнера, все они принадлежат в силу их выбора к отдельной группе... [и] такие “иные обстоятельства” ... очевидно, являются мотивом иного режима, введенного в отношении него в результате целенаправленной политики государства». [...]

7.4. Что касается утверждения государства-участника относительно того, что «необоснованность» аргументов автора делает это сообщение «неприемлемым в соответствии со статьей 3 Факультативного протокола», то Комитет отметил, что статья 3 Факультативного протокола предусматривает, что сообщения признаются неприемлемыми, если они являются: а) анонимными, б) представляют собой злоупотребление правом на представление заявления или с) являются несовместимыми с положениями Пакта. Комитет отметил, что автор приложил серьезные усилия, чтобы мотивировать свои утверждения, и что он сослался на конкретные положения Пакта. Поэтому Комитет постановил, что находящиеся на его рассмотрении вопросы, в частности, сфера действия статьи 26 Международного пакта о гражданских и политических правах, должны быть рассмотрены по существу дела.

7.5. Комитет по правам человека отметил, что он может рассмотреть сообщение лишь в плане предполагаемого нарушения положений Международного пакта о гражданских и политических правах. [...]

10.2. Основной вопрос, находящийся на рассмотрении Комитета, заключается в том, является ли автор сообщения жертвой нарушения статьи 26 Пакта вследствие предполагаемого несоответствия шведских правил, регулирующих предоставление пособий на образование, положениям этой статьи. При решении вопроса о том, нарушило ли государство-участник положения статьи 26 или нет, отказав в предоставлении автору как учащемуся частной школы пособия на образование на 1981/82 учебный год, учитывая, что учащиеся государственных школ имели право на получение пособия на образование на этот период, Комитет использует в качестве обоснования своих выводов следующие соображения.

10.3. Система образования государства-участника предусматривает обучение как в частных, так и в государственных школах. Нельзя считать, что государство-участник действует дискриминационным образом, если в условиях, когда государство не осуществляет надзор над системой частных школ,

оно не предоставляет одинаковых пособий двум типам учебных заведений. Что же касается жалобы автора на то, что непредоставление государством-участником пособия на образование на 1981/82 учебный год является дискриминационной мерой, поскольку государство-участник не распространило ретроактивно свое решение от 17 июня 1982 года о передаче классов с 10 и старше под надзор государства, Комитет отмечает, что предоставление пособий зависело от фактического осуществления государством надзора; Комитет считает, что поскольку надзор государства не мог осуществляться до 1 июля 1982 года (см. пункт 2.2 выше), то, соответственно, нельзя было ожидать, что государство-участник предоставит пособие за какой-либо предшествующий период и что вопрос о дискриминации отпадает. С другой стороны, возникает вопрос, не было ли рассмотрение заявления о передаче школы имени Рудольфа Штейнера под надзор государства неоправданно долгим, и не нарушает ли это какое-либо из содержащихся в Пакте прав автора сообщения. В этой связи Комитет отмечает, что анализ учебных планов школы по необходимости занимает определенное время по причине существования целого ряда факторов и не поддающихся учету причин, включая, например, необходимость ознакомления с консультативными заключениями ряда правительственные учреждений. В данном случае заявление школы было подано в октябре 1981 года, а решение принято восемью месяцами позже, в июне 1982 года. Подобный срок сам по себе не может рассматриваться как дискриминационный. Равным образом автор сообщения не утверждает, что сроки рассмотрения носили дискриминационный характер.

11. Комитет по правам человека, руководствуясь пунктом 4 статьи 5 Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах, считает, что представленные факты не подтверждают утверждения автора о том, что он является жертвой нарушения статьи 26 Международного пакта о гражданских и политических правах. В свете вышесказанного Комитет не считает необходимым выносить определение по утверждению автора о нарушении статьи 2 (3) Пакта.

СООБЩЕНИЕ № 196/1985, ИБРАГИМ ГЕЙЕ ПРОТИВ ФРАНЦИИ¹

[Извлечения]

Доклад Комитета по правам человека, GAOR, Сорок четвертая сессия.
Дополнение № 40 (A/44/40), с. 189–195. Примечания и сноски опущены.

Дата сообщения: 12 октября 1985 года

Соображения приняты: 3 апреля 1989 года (Тридцать пятая сессия)

Соображения согласно пункту 4 статьи 5 Факультативного протокола

¹ Публикуется по тексту издания: «Прецедентные дела Комитета по правам человека» / Составители Райя Хански и Мартин Шейнин / Институт прав человека при Университете Або Академи (Турку), 2004. С. 353–358.

1.1. Авторами сообщения [...] являются Ибрагим Гейе и 742 других вышедших в отставку сенегальских военнослужащих французской армии, проживающие в Сенегале. Они представлены адвокатом.

1.2. Авторы утверждают, что они являются жертвами нарушения Францией статьи 26 Пакта вследствие предполагаемой расовой дискриминации на основе французского законодательства, в котором предусмотрены различия при определении размера пенсии вышедших в отставку солдат сенегальской национальности, проходивших службу во французской армии до предоставления Сенегалу независимости в 1960 году и получающих пенсии меньшего размера по сравнению с вышедшими в отставку солдатами французской национальности.

1.3. Утверждается, что согласно Закону № 51-561 от 18 мая 1951 года и Декрету № 51-590 от 23 мая 1951 года вышедшие в отставку военнослужащие французской армии, будь то французы или сенегальцы, имели одинаковые права. Приобретенные права вышедших в отставку солдат-сенегальцев соблюдались после получения независимости в 1960 году до принятия Закона о финансах № 74.1129 от декабря 1974 года, предусматривающего различия в отношении сенегальцев. [...] Впоследствии размеры пенсии для сенегальцев были заморожены французским законодательством на уровне 1 января 1975 года.

1.4. Авторы заявляют, что вышеупомянутые законы были оспорены в Административном суде Пуатье, Франция, который 22 декабря 1980 года вынес решение в пользу солдата в отставке сенегальской национальности Диа Абдурахмана и постановил передать это дело министру финансов Франции в целях выплаты полной компенсации за период после 2 января 1975 года. Авторы прилагают аналогичное решение Государственного совета от 22 июня 1982 года по делу другого сенегальского солдата. Однако утверждается, что эти решения не были выполнены по причине принятия 31 декабря 1981 года нового французского Закона о финансах № 81.1179, имеющего обратную силу до 1 января 1975 года и, как утверждается, сводящего на нет любые дальнейшие ходатайства в судах или административных трибуналах Франции.

1.5. Что касается существа дела, то авторы отвергают доводы французских органов власти, которые, как утверждается, оправдывают различия в отношении к вышедшим в отставку солдатам-африканцам (не только сенегальцам) следующими причинами: а) утратой ими французского гражданства после получения Сенегалом независимости; б) существующими у французских органов власти трудностями в установлении личности и семейного положения вышедших в отставку солдат в африканских странах и с) различиями в экономических, финансовых и социальных условиях во Франции и ее бывших колониях. [...]

3.1. В своем первоначальном представлении от 5 ноября 1986 года в соответствии с правилом 91 государство-участник [...] заявляет, что сообщение «неприемлемо, поскольку оно несовместимо с положениями Пакта (статья 3 Факультативного протокола) и, кроме того, не обосновано», так как в нем главным образом речь идет о правах, не охватываемых Пактом (т.е. о правах на получение пенсии), а также в любом случае, поскольку ос-

париваемый закон не содержит каких-либо дискриминационных положений по смыслу статьи 26 Пакта. [...]

7.1. В своем сообщении от 4 июня 1988 года, представленном в соответствии с пунктом 2 статьи 4 Факультативного протокола, государство-участник [...] добавляет, что на сенегальцев, которые получили французское гражданство и которые сохранили его послеобретения Сенегалом независимости, распространяется тот же режим выплаты пенсий, что и на других бывших военнослужащих французской армии. Кроме этого, в соответствии с пунктом 2 статьи 97 и пунктом 6 статьи 97 Кодекса о гражданстве любому иностранцу, который уже обладал французским гражданством, предоставляется возможность его повторного получения. [...]

7.2. Далее государство-участник поясняет, что любой бывший военнослужащий французской армии сенегальского происхождения, который утрачивает французское гражданство в результатеобретения Сенегалом независимости и который повторно получает французское гражданство, вновь получает тем самым возможность пользоваться правами, предоставленными французским гражданам в соответствии с Кодексом о пенсиях [...]. Государство-участник делает вывод, что критерий гражданства является единственным основанием для применения различных режимов выплаты пенсий, на которые ссылались авторы. [...]

9.1. Комитет по правам человека, рассмотрев настоящее сообщение в свете всей информации, полученной от сторон, в соответствии с пунктом 1 статьи 5 Факультативного протокола основывает свои соображения на следующих фактах, которые представляются неоспоримыми.

9.2. Авторами являются военнослужащие сенегальской национальности, которые служили во французской армии дообретения Сенегалом независимости в 1960 году. В соответствии с Кодексом о военных пенсиях 1951 года вышедшие в отставку военнослужащие французской армии, будь они французы или сенегальцы, пользовались одинаковыми правами. Права солдат-сенегальцев на получение пенсии являлись такими же, какими пользовались солдаты-французы до принятия в декабре 1974 года нового закона, предусматривающего различия в отношении военнослужащих-сенегальцев. В дальнейшем в соответствии с Законом № 79/1102 от 21 декабря 1979 года действие так называемого режима «кристаллизации» военных пенсий, который уже применяется с 1 января 1961 года в отношении граждан других соответствующих государств, было распространено на граждан четырех государств, ранее входивших в состав французского сообщества, включая Сенегал. Другие военнослужащие-сенегальцы, вышедшие на пенсию, пытались оспорить вышеупомянутые законы, однако французский Закон о финансах № 81.1179 от 31 декабря 1981 года, имеющий обратную силу до 1 января 1975 года, свел на нет любые дальнейшие ходатайства в судах Франции.

9.3. Основной вопрос, находящийся на рассмотрении Комитета, состоит в том, являются ли авторы жертвами дискриминации по смыслу статьи 26 Пакта, и следует ли считать совместимым с положениями Пакта различный пенсионный режим в отношении бывших военнослужащих французской армии, предусмотренный Кодексом о военных пенсиях, в зависимости от

того, являются они французскими гражданами или нет. При решении этого вопроса Комитет принял во внимание следующие соображения.

9.4. Комитет принял к сведению утверждения авторов о том, что они подвергались дискриминации по признаку расы, т.е. по одному из тех признаков, которые прямо перечислены в статье 26. Комитет считает, что какие-либо факты в подтверждение того, что государство-участник проводило в отношении авторов дискриминацию по признаку расы, отсутствуют. Однако остается установить, относится ли ситуация, в которой находились авторы, к сфере действия статьи 26. Комитет напоминает, что авторы в целом не подлежат французской юрисдикции, за исключением того, что при определении объема их пенсионных прав они опираются на французское законодательство. Он отмечает, что национальность как таковая не фигурирует среди запрещенных признаков дискриминации, перечисленных в статье 26, и что Пакт не предусматривает защиту права на пенсию как такового. Согласно статье 26 дискриминация в плане равной защиты закона запрещена по какому бы то ни было признаку, как то: расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства. Было проведено различие по признаку гражданства, приобретенному после получения независимости. По мнению Комитета, данный случай подпадает под выражение «иного обстоятельства» из второго предложения статьи 26. Комитет принимает во внимание, как и в случае сообщения № 182/1984, что «право на равенство перед законом и на равную защиту закона без какой бы то ни было дискриминации не придает любым различиям в правах дискриминационный характер. Дифференциация на основе разумных и объективных критерииев не означает запрещенную дискриминацию по смыслу статьи 26».

9.5. При определении того, основаны ли права авторов на разумных и объективных критериях, Комитет отмечает, что вопрос о назначении пенсии определяется не национальностью, а их службой в прошлом. Они служили во французских вооруженных силах на тех же условиях, что и французские граждане; в течение 14 лет после обретения Сенегалом независимости в плане пенсионных прав на них распространялся такой же режим, как и на французских сослуживцев, хотя они имели не французское, а сенегальское гражданство. Последующее изменение гражданства не может само по себе рассматриваться как достаточное основание для применения иного режима, так как основанием для начисления пенсии является та же служба, которую несли и они, и солдаты, сохранившие французское гражданство. Не могут также использоваться в качестве законного обоснования различия в экономических, финансовых и социальных условиях между Францией и Сенегалом. Если сравнить положение ушедших в отставку и проживающих в Сенегале солдат сенегальской национальности с положением ушедших в отставку солдат французской национальности в Сенегале, то окажется, что они живут в тех же экономических и социальных условиях. Тем не менее в плане получения пенсии они будут пользоваться разными правами. И, наконец, тот факт, что государство-участ-

ник заявляет, что оно больше не в состоянии заниматься установлением личности и семейного положения, с тем чтобы предотвратить злоупотребления в вопросе выплаты пенсий, не может оправдывать различий в предоставляемых правах. По мнению Комитета, чисто административные проблемы или возможности определенных злоупотреблений в плане пенсионных прав не могут оправдывать различия в правах. Комитет делает заключение, что различие в правах авторов не основано на разумных и объективных критериях и представляет собой дискриминацию, запрещенную Пактом.

10. Комитет по правам человека, руководствуясь пунктом 4 статьи 5 Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах, считает, что обстоятельства данного дела, имевшие место после 17 мая 1984 года (дата вступления Факультативного протокола в силу для Франции), свидетельствуют о нарушении статьи 26 Пакта.

11. Таким образом, Комитет считает, что в соответствии со статьей 2 Пакта государство-участник обязано принять эффективные меры по устранению нарушений, от которых пострадали соответствующие жертвы.

СООБЩЕНИЕ № 666/1995, ФРЕДЕРИК ФУЭН ПРОТИВ ФРАНЦИИ¹

[Извлечения]

Доклад Комитета по правам человека, том II, GAOR, Пятьдесят пятая сессия. Дополнение № 40 (A/55/40), с. 30–40.

Примечания и сноски опущены.

Дата сообщения: 20 июля 1995 года

Соображения приняты: 3 ноября 1999 года (Шестьдесят седьмая сессия)

Соображения согласно пункту 4 статьи 5 Факультативного протокола

1. Автором сообщения является Фредерик Фуэн, французский гражданин, родившийся в сентябре 1966 года и проживающий в Балансе, Франция. Он утверждает, что является жертвой нарушения Францией статей 18, 19 и 26 в совокупности со статьей 8 Международного пакта о гражданских и политических правах. Автора представляет г-н Франсуа Ру из адвокатской конторы «Ру, Лан-Шеймоль, Канизар» в Монпелье.

Факты в изложении автора

2.1. Автор, являющийся убежденным противником военной службы по соображениям совести, в декабре 1988 года был направлен для прохожде-

¹ Публикуется по тексту издания: «Прецедентные дела Комитета по правам человека» / Составители Райя Хански и Мартин Шейнин / Институт прав человека при Университете Або Академи (Турку), 2004. С. 358–368.

ния гражданской службы в национальный природный заповедник в Камарге. 23 декабря 1989 года, т.е. ровно через год, он покинул место своей службы, сославшись на якобы дискриминационный характер пункта 6 статьи 116 Кодекса национальной службы (*Code du service national*), согласно которому убежденные противники военной службы по соображениям совести должны в течение двух лет проходить национальную гражданскую службу, тогда как продолжительность военной службы не превышает одного года.

2.2. В результате совершенных им действий г-н Фуэн был обвинен уголовным судом (*Tribunal Correctionel*) Марселя на основании статей 398 и 399 Кодекса военной юстиции в дезертирстве в мирное время. В заочном решении, принятом 12 октября 1990 года, были поставлены под сомнение убеждения автора, что послужило основанием для проведения 20 марта 1992 года нового слушания в суде, который приговорил его к восьми месяцам тюремного заключения условно и распорядился лишить его статуса лица, отказывающегося от военной службы по соображениям совести (статья 116 (4) Кодекса национальной службы). Суд отклонил доводы автора, основанные, в частности, на положениях статей 4 (3) (b), 9, 10 и 14 Европейской конвенции о правах человека.

2.3. Данное решение суда было обжаловано как государственным прокурором (*Procureur de la République*), так и автором. На основании решения от 18 декабря 1992 года апелляционный суд Экс-ан-Прованса отменил решение от 20 марта 1992 года в связи с процессуальными нарушениями. Вместе с тем, исходя из конкретных обстоятельств дела апелляционный суд признал г-на Фуэна виновным в дезертирстве в мирное время и приговорил его к шестимесячному тюремному заключению условно.

2.4. 14 декабря 1994 года кассационный суд отклонил повторную апелляцию автора. Суд постановил, что соответствующие положения Европейской конвенции о правах человека и Международного пакта о гражданских и политических правах не запрещают принятия мер, требующих от лиц, отказывающихся от военной службы по соображениям совести, прохождения более длительного срока национальной службы по сравнению с лицами, проходящими военную службу, при условии, что это не затрагивает соблюдения или осуществления их основных прав и свобод.

Жалоба

3.1. Автор утверждает, что статья 116 (6) Кодекса национальной службы (в редакции от июля 1983 года, в которой предписывается 24-месячный срок гражданской службы) нарушает статьи 18, 19 и 26 в совокупности со статьей 8 Пакта в том плане, что она удваивает срок альтернативной гражданской службы по сравнению со сроком военной службы.

3.2. Признавая соображения Комитета относительно сообщения № 295/1988 [Ярвинен против Финляндии, Соображения принятые 25 июля 1990 года], когда применительно к аналогичному случаю было вынесено определение, что продление срока альтернативной службы по сравнению с военной службой не является необоснованным и не носит карательно-

го характера и когда не было выявлено никакого нарушения Пакта, автор все же ссылается на прилагаемые к этим соображениям особые мнения трех членов Комитета, которые пришли к заключению, что в основе осуждаемого законодательства не лежат обоснованные или объективные критерии, такие как более тяжелые условия службы или необходимость специальной подготовки, обусловливающие большую продолжительность службы. Автор разделяет выводы, содержащиеся в этих особых мнениях.

3.3. Автор отмечает, что согласно статьям L. 116 (2) – L. 116 (4) Кодекса национальной службы каждое ходатайство о признании лица в качестве отказавшегося от военной службы по соображениям совести подлежит утверждению министром обороны. Если он отклоняет ходатайство, то имеется возможность подать апелляцию в административный трибунал на основании статьи L. 116 (3). В подобных обстоятельствах, по утверждению автора, нельзя предположить, что продолжительность гражданской службы устанавливается по соображениям административной надобности, поскольку, если человек соглашается на прохождение гражданской службы, срок которой в два раза превышает срок военной службы, он должен рассматриваться как имеющий глубокие убеждения. Скорее нужно исходить из того, что продление срока гражданской службы заключает в себе карательный элемент, не подкрепляемый каким-либо обоснованным или объективным критерием.

3.4. В обоснование своего утверждения автор ссылается на решение итальянского Конституционного суда от июля 1989 года, согласно которому гражданская служба, продолжительность которой на восемь месяцев превышает срок военной службы, несовместима с итальянской Конституцией. Он далее указывает на резолюцию, принятую Европейским Парламентом в 1967 году, в которой парламент на основании статьи 9 Европейской конвенции о правах человека рекомендует, чтобы продолжительность альтернативной службы не превышала продолжительность военной службы. Кроме того, Комитет министров Совета Европы заявил, что альтернативная служба не должна носить карательного характера и что ее продолжительность по сравнению с военной службой должна оставаться в разумных пределах (Рекомендация № R(87) 8 от 9 апреля 1987 года). Наконец, автор отмечает, что в резолюции, принятой 5 марта 1987 года, Комиссия Организации Объединенных Наций по правам человека заявила, что отказ от военной службы по соображениям совести представляет собой законный способ осуществления признаваемого Пактом права на свободу мысли, совести и религии.

3.5. В любом случае согласно утверждениям автора требование прохождения гражданской службы, срок которой в два раза превышает срок военной службы, представляет собой запрещенную дискриминацию по признаку убеждений, а наличие возможности прибегнуть к наказанию в виде лишения свободы за отказ проходить гражданскую службу в течение срока, превышающего срок военной службы, является нарушением пункта 2 статьи 18, пункта 1 статьи 19 и пункта 26 Пакта.

Замечания государства-участника относительно приемлемости и комментарии по ним автора

4.1. Прежде всего государство-участник решительно заявляет, что сообщение несовместимо *ratione materiae* с положениями Пакта, поскольку, с одной стороны, Комитет в своем решении относительно сообщения № 185/1984 (*Л. Т.К. против Финляндии*, сообщение объявлено неприемлемым 9 июля 1985 года) признал, что «в Пакте не упоминается право на отказ от несения военной службы по соображениям совести; ни статью 18, ни статью 19 Пакта, особенно принимая во внимание пункт 3 с) «и» статьи 8, нельзя толковать таким образом, что они подразумевают это право» и поскольку, с другой стороны, в силу пункта 3 с) «и» статьи 8 Пакта внутреннее регулирование вопросов национальной службы и, следовательно, статуса лица, отказывающегося от военной службы по соображениям совести, для тех государств, которые признают такой статус, не относится к сфере действия Пакта, а остается аспектом, охватываемым внутригосударственным законодательством.

4.2. Далее государство-участник решительно заявляет, что автор не отвечает требованиям, позволяющим признать его жертвой. В связи со статьями 18 и 19 Пакта государство-участник утверждает, что за счет признания статуса лица, отказывающегося от военной службы по соображениям совести, и предоставления призывникам альтернативных форм прохождения национальной службы оно дает им возможность свободного выбора той разновидности национальной службы, которая соответствует их убеждениям, тем самым обеспечивая осуществление ими прав по статьям 18 и 19 Пакта. В этой связи государство-участник [...] приходит к заключению, что поскольку автор был привлечен к судебной ответственности и осужден не за его убеждения или воззрения как таковые, а за дезертирство с места службы, то, следовательно, он не может претендовать на признание его жертвой нарушения статей 18 и 19 Пакта.

4.3. В отношении предполагаемого нарушения статьи 26 Пакта государство-участник, отмечая, что автор жалуется на нарушение данной статьи, поскольку продолжительность альтернативной гражданской службы в два раза превышает срок военной службы, прежде всего заявляет, что «Пакт, запрещая дискриминацию и гарантируя всем людям равную защиту перед законом, все же не запрещает все различия в обращении», в основе которых должны лежать «разумные и объективные критерии». Государство-участник подчеркивает, что положение призывников, проходящих альтернативную гражданскую службу, отличается от положения лиц, проходящих военную службу, особенно в отношении более жестких ограничений, налагаемых службой в армии. Государство-участник ссылается на соображения Комитета относительно сообщения № 295/1988 («Ярвинен против Финляндии»), в которых Комитет счел, что 16-месячный срок альтернативной службы для отказников по соображениям совести – что вдвое превышает 8-месячный срок военной службы – «не является необоснованным и не носит карательного характера». Поэтому государство-участник приходит к заключению, что в основе различия в обращении, на которое жалуется автор, лежит при-

нцип равенства, требующий дифференцированного подхода к различным ситуациям.

4.4. С учетом всех этих причин государство-участник просит Комитет объявить данное сообщение неприемлемым.

5.1. Что касается первого довода государства-участника относительно компетенции *ratione materiae*, то автор ссылается на Замечание общего порядка Комитета по статье 18, в котором говорится, что право на отказ от военной службы по соображениям совести «вытекает из статьи 18, поскольку обязанности в отношении применения оружия могут находиться в серьезном противоречии со свободой совести и правом исповедовать религию или убеждение. В тех случаях, когда такое право признано законом или практикой, не должно проводиться никаких различий между лицами, отказывающимися от военной службы по соображениям совести на основании характера их конкретных убеждений; точно так же не должно быть никакой дискриминации в отношении таких лиц из-за их отказа нести военную службу». Согласно утверждению автора, из этих замечаний со всей очевидностью следует, что Комитет правомочен определять факт наличия или же отсутствия нарушения права на отказ от военной службы по соображениям совести в рамках статьи 18 Пакта.

5.2. Что касается предполагаемого нарушения статьи 26, то автор утверждает, что требование прохождения альтернативной гражданской службы, продолжительность которой в два раза превышает продолжительность военной службы, представляет собой различие в обращении, которое не основано «на разумных и объективных критериях» и, следовательно, является дискриминацией, запрещаемой Пактом [...]. В порядке подкрепления данного заключения автор утверждает, что для увеличения в два раза срока альтернативной гражданской службы по сравнению с военной службой нет никаких оснований; в сущности [...] установление более длительного срока не обосновывается каким-либо смягчением административных процедур для целей получения статуса лица, отказывающегося от военной службы по соображениям совести, поскольку [...] ходатайства о предоставлении такого статуса подлежат утверждению министром обороны. Это не является оправданным и с точки зрения интересов общества. Кроме того, статус лица, отказывающегося от военной службы по соображениям совести, не дает никаких выгод или преимуществ в отличие, например, от лиц, приываемых не на военную службу, а назначаемых на работу в системе международного сотрудничества, которые имеют возможность трудиться за рубежом в той сфере профессиональной деятельности, которая соответствует полученной ими в университете специальности, в течение 16 месяцев [...], и, следовательно, различие в обращении не является оправданным и на этом основании. [...]

6.2. Комитет принял к сведению доводы государства-участника относительно несовместимости сообщения *ratione materiae* с положениями Пакта. В этом отношении Комитет счел, что вопрос, поднимаемый в сообщении, не связан с нарушением права на отказ от военной службы по соображениям совести как таковым. Комитет счел, что автор в достаточной мере по-

казал для целей приемлемости, что сообщение может касаться вопросов, соответствующих положениям Пакта.

7. Таким образом, 11 июля 1997 года Комитет признал данное сообщение приемлемым.

8.1. В своем представлении от 8 июня 1998 года государство-участник утверждает, что сообщение должно быть отклонено, поскольку автор не представил достаточных доказательств того, что он является жертвой, и поскольку его жалобы являются необоснованными.

8.2. Согласно утверждению государства-участника статья L. 116 Кодекса национальной службы в редакции от июля 1983 года закрепляет подлинное право на отказ от военной службы по соображениям совести в том смысле, что об искренности убеждений свидетельствует сам факт подачи ходатайства, если оно подано с соблюдением предусмотренных законом требований (т.е. мотивируется утверждением ходатайствующего лица о том, что у него имеются личные предубеждения против применения оружия). Никакой проверки факта наличия таких предубеждений не проводится. Для принятия ходатайств к рассмотрению они должны быть представлены до 15 числа месяца, предшествующего зачислению на военную службу. Таким образом, ходатайство может быть отклонено только в том случае, если оно является немотивированным или подается с нарушением установленных сроков. Существует право подачи апелляции в административный трибунал.

8.3. Хотя с января 1992 года обычная продолжительность военной службы во Франции составляет 10 месяцев, для некоторых видов национальной службы установлен срок в 12 месяцев (военная служба научных работников) и 16 месяцев (гражданская служба вспомогательного технического персонала). Продолжительность службы для лиц, отказывающихся от военной службы по соображениям совести, составляет 20 месяцев. Государство-участник отрицает, что такой срок носит карательный или дискриминационный характер. Утверждается, что это является единственным способом удостовериться в искренности убеждений, поскольку проверка последних в административном порядке больше не проводится. После завершения службы лица, отказывающиеся от военной службы по соображениям совести, приобретают те же права, что и лица, прошедшие национальную гражданскую службу.

8.4. Государство-участник информирует Комитет о том, что 28 октября 1997 года был принят закон о проведении реформы национальной службы. На основании этого закона все юноши и девушки в возрасте от 16 до 18 лет должны будут проходить однодневные военные сборы. Предусматривается возможность факультативной добровольной службы продолжительностью 12 месяцев, которая может продлеваться на срок до 60 месяцев. Новый закон применяется к мужчинам, родившимся после 31 декабря 1978 года, и женщинам, родившимся после 31 декабря 1982 года.

8.5. Согласно утверждению государства-участника действующая в нем система отказа от военной службы по соображениям совести, как она применяется к автору, согласуется с требованиями статей 18, 19 и 26 Пакта и с Замечанием общего порядка № 22 Комитета. Государство-участник за-

являет, что в рамках установленного им режима применительно к отказу от военной службы по соображениям совести не проводится какого-либо различия по признаку убеждений и не предусматривается никакого процесса проверки мотивов, излагаемых ходатайствующими лицами, как это происходит во многих соседних странах. В отношении отказников по соображениям совести не существует никакой дискриминации, поскольку их служба является признанной разновидностью национальной службы, приравненной к военной или другим видам гражданской службы. [...]

8.6. Государство-участник заявляет, что автор настоящего сообщения не подвергался никакой дискриминации на том основании, что он предпочел проходить национальную службу как лицо, отказывающееся от военной службы по соображениям совести. Оно отмечает, что автор был осужден за несоблюдение обязательств, налагаемых на него в рамках гражданской службы, которую он сам свободно избрал, причем до этого он никогда не высказывал возражений против продолжительности службы. Таким образом, он был осужден не в силу его личных убеждений и не по причине выбора им альтернативной гражданской службы, а на основании отказа соблюдать условия, диктуемые такого рода службой. В этой связи государство-участник отмечает, что оно могло предоставить автору возможность выбора другого вида неармейской национальной службы, как, например, вспомогательная техническая служба. На этом основании государство-участник утверждает, что автор не доказал, что он является жертвой какого-либо нарушения со стороны государства-участника.

8.7. Далее государство-участник утверждает, что заявление автора является необоснованным. Государство-участник напоминает, что согласно решениям самого Комитета не все различия в обращении представляют собой дискриминацию, если они основаны на разумных и объективных критериях. В данном контексте государство-участник ссылается на соображения Комитета по делу № 295/1998 («Ярвинен против Финляндии»), в котором речь шла о 16-месячном сроке службы для лиц, отказывающихся от военной службы по соображениям совести, и о 8-месячном – для остальных призывников, но Комитет пришел к выводу, что никакого нарушения Пакта не имеется, поскольку продолжительность службы служит показателем искренности убеждений призывников, ходатайствующих о статусе лица, отказывающегося от военной службы по соображениям совести, ибо никакой дальнейшей проверки причин отказа не проводится. Государство-участник заявляет, что в отношении данного дела должны применяться те же доводы.

8.8. В этом контексте государство-участник также отмечает, что условия альтернативной гражданской службы являются менее тяжелыми по сравнению с военной службой. Лицам, отказывающимся от военной службы по соображениям совести, предоставляется широкий выбор постов. Они могут также предлагать своего собственного работодателя и могут проходить службу по специальности. Они также получают более высокую плату по сравнению с лицами, проходящими службу в рядах вооруженных сил. В этой связи государство-участник отвергает утверждение адвоката, будто лица, работающие в системе международного сотрудничества, находятся в

привилегированном положении по сравнению с отказниками от военной службы по соображениям совести, и заявляет, что первым зачастую приходится трудиться в весьма трудных условиях в чужой стране, тогда как последние проходят службу на территории Франции. [...]

9.1. В своих замечаниях адвокат заявляет, что речь идет об условиях гражданской службы для лиц, отказывающихся от военной службы по соображениям совести. Он заявляет, что в два раза больший срок такой службы не обосновывается какими-либо соображениями общественного порядка и ссылается в этой связи на пункт 3 статьи 18 Пакта, которым предусматривается, что свобода исповедовать религию или убеждения подлежит лишь ограничениям, установленным законом и необходимым для охраны общественной безопасности, порядка, здоровья и морали, равно как и основных прав и свобод других лиц. Он также ссылается на Замечание общего порядка № 22 Комитета, в котором Комитет заявляет, что ограничения не могут устанавливаться в дискриминационных целях или применяться дискриминационным образом. Он утверждает, что навязывание лицам, отказывающимся от военной службы по соображениям совести, гражданской службы, срок которой в два раза превышает срок военной, представляет собой дискриминационное ограничение, поскольку открытая демонстрация такого убеждения, как отказ брать в руки оружие, сама по себе не затрагивает общественной безопасности, порядка, здоровья и морали, равно как и основных прав и свобод других лиц, ибо законом четко признается право на отказ от военной службы по соображениям совести.

9.2. Адвокат заявляет, что, в отличие от того, что указывается в представлении государства-участника, призывающие, ходатайствующие о получении статуса лица, отказывающегося от военной службы по соображениям совести, подвергаются административной проверке, и возможности выбора условий службы у них не имеется. В этой связи адвокат ссылается на установленные законом требования, согласно которым ходатайство должно быть представлено до 15 числа месяца, предшествующего зачислению на военную службу, и что оно должно быть мотивированным. Таким образом, министр обороны может отказать в удовлетворении ходатайства, и никакого автоматического права на получение статуса лица, отказывающегося от военной службы по соображениям совести, не существует. Отсюда, как утверждает адвокат, со всей очевидностью следует, что мотивы лица, отказывающегося от военной службы по соображениям совести, подвергаются проверке.

9.3. Адвокат отвергает довод государства-участника о том, что автор сам осознанно выбрал вид службы для прохождения. Адвокат подчеркивает, что автор сделал свой выбор на основе своих убеждений, а не исходя из продолжительности службы. Что касается условий службы, то у него выбора не было. Адвокат утверждает, что не существует никаких причин, продиктованных интересами общественного порядка, которые обосновывали бы продолжительность гражданской службы для лиц, отказывающихся от военной службы по соображениям совести, которая в два раза превышает продолжительность военной службы.

9.4. Адвокат считает, что такая продолжительность представляет собой дискриминацию по признаку убеждений. Ссылаясь на соображения Комитета в отношении сообщения № 295/1988 («Ярвинен против Финляндии»), адвокат заявляет, что настоящий случай требует дифференцированного подхода, поскольку в первом случае продление сроков службы являлось, по мнению большинства членов Комитета, обоснованным ввиду отсутствия административных процедур признания статуса лица, отказывающегося от военной службы по соображениям совести.

9.5. Если говорить о других видах гражданской службы, и особенно о лицах, работающих в системе международного сотрудничества, то адвокат отвергает довод государства-участника, что последним зачастую приходится работать в трудных условиях, утверждая, напротив, что такая служба часто связана с работой в другой европейской стране, причем в благоприятных условиях. Кроме того, работающие в такой системе лица накапливают профессиональный опыт. Согласно утверждению адвоката, лицо, отказывающееся от военной службы по соображениям совести, не получает от своей службы каких-либо выгод. В отношении довода государства-участника о том, что продление срока службы является своеобразной проверкой искренности убеждений лица, отказывающегося от военной службы по соображениям совести, адвокат утверждает, что такого рода проверка сама по себе представляет вопиющую дискриминацию, поскольку искренность тех лиц, которые записываются для прохождения другого вида гражданской службы, не подвергается проверке. Что касается упоминаемых государством-участником преимуществ (как, например, отсутствие необходимости носить форму или подчиняться военной дисциплине), то адвокат отмечает, что теми же преимуществами пользуются и лица, проходящие другие виды гражданской службы, продолжительность которой не превышает, однако, 16 месяцев. В отношении довода государства-участника о том, что лица, отказывающиеся от военной службы по соображениям совести, получают более высокую плату по сравнению с призывниками, проходящими военную службу, адвокат отмечает, что такие лица работают в рамках структур, где они рассматриваются как лица, работающие по найму, и, следовательно, вполне естественно, получают определенное вознаграждение. [...]

10.1. Комитет по правам человека рассмотрел данное сообщение с учетом всей информации, представленной ему сторонами, в соответствии с пунктом 1 статьи 5 Факультативного протокола.

10.2. Комитет принял к сведению довод государства-участника о том, что автор не является жертвой какого-либо нарушения, поскольку он был осужден не за его личные убеждения, а за дезертирство со службы, свободно избранной им самим. Однако Комитет отмечает, что в ходе судебного разбирательства автор сослался в качестве довода, обосновывающего его дезертирство, на право на равенство в обращении между лицами, отказывающимися от военной службы по соображениям совести, и обычными призывниками и что данное заявление находит отражение в судебных решениях. Он также принимает к сведению утверждение автора о том, что как лицу, отказавшемуся от военной службы по соображениям совести, ему не было предоставлено свободного выбора вида службы, которую он должен

проходить. Поэтому Комитет считает, что автор отвечает требованиям, позволяющим квалифицировать его в качестве жертвы для целей Факультативного протокола.

10.3. Комитету надлежит определить, представляют ли конкретные условия, в которых автор был вынужден проходить альтернативную службу, нарушение Пакта. Комитет отмечает, что по смыслу статьи 8 Пакта государства-участники могут требовать прохождения службы военного характера, а в случае отказа от военной службы по соображениям совести – альтернативной национальной службы при условии, что такая служба не носит дискриминационного характера. Автор утверждает, что предусмотренное французским законом требование о прохождении 24-месячной национальной альтернативной службы по сравнению с 12-месячной военной службой является дискриминационным и нарушает принцип равенства перед законом и равной защиты закона, закрепленный в статье 26 Пакта. Комитет вновь подтверждает свою позицию, состоящую в том, что статья 26 не запрещает все различия в обращении. Вместе с тем в основе любого дифференцированного подхода, как об этом неоднократно заявлял Комитет, должны лежать обоснованные и объективные критерии. В этой связи Комитет признает, что по закону и на практике могут устанавливаться различия между военной и национальной альтернативной службой и что такие различия могут в том или ином конкретном случае обосновывать продление срока службы при условии, что в основе такого дифференциированного подхода лежат разумные и объективные критерии, как, например, характер конкретной службы или необходимость специальной подготовки для прохождения такой службы. В данном же случае выдвинутые государством-участником аргументы не связаны с такими критериями или связаны с критериями общего характера без конкретной увязки с делом автора, а строятся, скорее, на доводе о том, что увеличение в два раза продолжительности службы является единственным способом проверки искренности убеждений того или иного лица. По мнению Комитета, такой довод не удовлетворяет требованию, предусматривающему, чтобы применительно к данному случаю в основе различия в обращении лежали разумные и объективные критерии. С учетом обстоятельств дела Комитет считает, что в данном случае имело место нарушение статьи 26, поскольку автор подвергся дискриминации по признаку его убеждений.

11. Комитет по правам человека, действуя согласно пункту 4 статьи 5 Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах, считает, что изложенные перед ним факты свидетельствуют о нарушении статьи 26 Пакта.

12. Комитет по правам человека с удовлетворением отмечает, что государство-участник внесло изменения в закон, с тем чтобы подобные нарушения не повторялись больше в будущем. С учетом обстоятельств данного дела Комитет считает, что установление факта нарушения обеспечивает автору сообщения надлежащее средство правовой защиты.

Примечание редактора. Три члена Комитета (г-н Андо, г-н Кляйн и г-н Кретцмер) представили особое (несовпадающее) мнение. По их мнению, в свете всех обстоятельств данного дела, включая информацию об условиях про-

хождения альтернативной службы, как она представлена в пункте 8.8 соображений Комитета, в основе дифференцированного подхода к лицам, проходящим военную службу, и лицам, отказывающимся от нее по соображениям совести, лежат обоснованные и объективные критерии, и такой подход не является нарушением статьи 26 Пакта.

СООБЩЕНИЕ № 516/1992, АЛИНА СИМУНЕК И ДРУГИЕ ПРОТИВ ЧЕШСКОЙ РЕСПУБЛИКИ¹

[Извлечения]

Доклад Комитета по правам человека, том II, GAOR, Пятидесятая сессия.
Дополнение № 40 (A/50/40), с. 89–97. Примечания и сноски опущены.

Дата сообщения: 17 сентября 1991 года

Соображения приняты: 19 июля 1995 года (Пятьдесят четвертая сессия)

Соображения согласно пункту 4 статьи 5 Факультативного протокола

1. Авторами сообщений являются Алина Симунек, выступающая от своего имени и от имени своего супруга Ярослава Симунека, Дагмары Тузилова Гастингс и Йозеф Прохазка, проживающие соответственно в Канаде и Швейцарии. Они утверждают, что являются жертвами нарушений их прав человека Чешской Республикой. [...]

Факты в изложении авторов

2.1. Алина Симунек, гражданка Польши, 1960 года рождения, и Ярослав Симунек, гражданин Чехословакии, в настоящее время проживают в Онтарио, Канада. По их словам, они были вынуждены покинуть Чехословакию в 1987 году под давлением со стороны службы безопасности коммунистического режима. В соответствии с действовавшим в то время законодательством принадлежавшее им имущество было конфисковано. [...]

2.2. В июле 1990 года г-н и г-жа Симунек вернулись в Чехословакию, чтобы подать прошение о возвращении их имущества [...]. Однако выяснилось, что в период с сентября 1989 года по февраль 1990 года вся их собственность и личное имущество были оценены и проданы с аукциона Окружным национальным комитетом. Предметы, которые оказалось невозможным продать, были уничтожены. [...]

2.4. Правительство Чешской и Словацкой Федеративной Республики приняло 2 февраля 1991 года Закон 87/1991, который вступил в силу 1 апреля 1991 года. В этом законе подтверждается реабилитация чешских граждан, которые покинули страну под давлением коммунистического режима, а также оговариваются условия возвращения имущества или выплаты ком-

¹ Публикуется по тексту издания: «Прецедентные дела Комитета по правам человека» / Составители Райя Хански и Мартин Шейнин / Институт прав человека при Университете Або Академи (Турку), 2004. С. 368–375.

пенсации за его утерю. В соответствии с пунктом 1 статьи 3 этого закона лица, имущество которых было передано в государственную собственность в случаях, указанных в разделе 6 этого же закона, имеют право на его возвращение, однако лишь в том случае, если они являются гражданами Чешской и Словацкой Федеративной Республики и постоянно проживают на ее территории. [...]

2.6. Что касается вопроса об исчерпании внутренних средств правовой защиты, то представляется, что авторы не направляли свои прошения о возвращении имущества в местные суды, что требуется в пункте 4 статьи 5 закона. Судя по их сообщениям, они считают такое средство правовой защиты неэффективным, поскольку оно не отвечают условиям, предусмотренным в подразделе 1 раздела 3. Алина Симунек добавляет, что они безрезультатно подавали жалобы в компетентные муниципальные, областные и федеральные органы. [...]

2.7. Дагмар Гастингс Тузилова, американская гражданка по браку, в настоящее время проживающая в Швейцарии, эмигрировала из Чехословакии в 1968 году. 21 мая 1974 года она была приговорена *in absentia* к лишению свободы, а также к конфискации имущества на том основании, что она «незаконно эмигрировала» из Чехословакии. Ее собственность, 5/18 долей недвижимости, принадлежащей ее семье в Пльзене, в настоящее время находится в распоряжении Жилищной администрации этого города.

2.8. В соответствии с решением Окружного суда Пльзеня от 4 октября 1990 года Дагмар Гастингс Тузилова была реабилитирована; принятое ранее Окружным судом решение, а также все другие решения по этому делу были объявлены недействительными. Тем не менее все ее последующие ходатайства в компетентные органы и требование, направленное в Жилищную администрацию Пльзеня, о рассмотрении вопроса о возвращении имущества оказались безрезультатными. [...]

2.10. 16 марта 1992 года Дагмар Гастингс Тузилова возбудила гражданский иск против Жилищной администрации на основании подраздела 4 раздела 5 упомянутого выше закона. 25 мая 1992 года Окружной суд Пльзеня отклонил этот иск на том основании, что, будучи американской гражданкой, проживающей в Швейцарии, она не имеет права на возвращение ей имущества на основании пункта 1 статьи 3 Закона 87/1991. Автор утверждает, что любое обжалование этого решения будет неэффективным.

2.11. Йозеф Прохазка, чешский гражданин 1920 года рождения, в настоящее время проживает в Швейцарии. Он бежал из Чехословакии в августе 1968 года вместе со своей супругой и двумя сыновьями. В бывшей Чехословакии он владел домом с двумя квартирами, каждая из которых включала три спальни, и садом, а также еще одним земельным участком. К началу 1969 года он передал свое имущество своему отцу, оформив дар надлежащим образом и получив согласие властей. Решениями Окружного суда, принятymi в июле и сентябре 1971 года, он, его супруга и сыновья были приговорены к тюремному заключению на основании «незаконной эмиграции» из Чехословакии. В 1973 году отец Йозефа Прохазки умер; в соответствии с его завещанием, которое было признано властями действительным, сыновья автора унаследовали дом и прочую недвижимость.

2.12. В 1974 году суд принял решение о конфискации имущества автора, поскольку он и его семья «незаконно эмигрировали», несмотря на тот факт, что власти несколькими годами ранее признали законной передачу имущества отцу автора. В декабре 1974 года дом и сад были проданы [...].

2.13. В соответствии со своими решениями от 26 сентября 1990 года и 31 января 1991 года, имеющими ретроактивную силу, окружной суд Устьи реабилитировал автора и его сыновей в отношении их уголовной судимости. Это означает, что решения суда от 1971 года и 1974 года [...] утратили свою силу.

Жалоба

3.1. Алина и Ярослав Симунек утверждают, что требования, содержащиеся в законе 87/1991, представляют собой незаконную дискриминацию, поскольку положения этого закона применяются только в отношении «чистых чехов, проживающих в Чешской и Словацкой Федеративной Республике». Лица, которые покинули страну или которые были принудительно изгнаны бывшим коммунистическим режимом, должны стать постоянными жителями Чехословакии, чтобы иметь право на возвращение имущества или на компенсацию. [...]

3.2. Алина Симунек утверждает, что условия для возвращения собственности, предусмотренные законом, представляют собой дискриминацию по признаку политических убеждений и религии; вместе с тем она не обосновала это свое утверждение.

3.3. Дагмар Гастингс Тузилова утверждает, что требования закона 87/1991 представляют собой незаконную дискриминацию и являются нарушением статьи 26 Пакта.

3.4. Йозеф Прохазка также утверждает, что он является жертвой действия этих дискриминационных положений закона 87/1991; он добавляет, что, поскольку в соответствии с решением суда, имеющим ретроактивную силу, конфискация его имущества была признана недействительной, этот закон вовсе не должен распространяться на него, и он никогда не терял свое законное право на свое имущество, и, таким образом, вопрос о «возвращении» имущества не может стоять. [...]

4.2. На своей пятьдесят первой сессии Комитет рассмотрел вопрос о приемлемости сообщения. Комитет с сожалением отметил факт непредставления государством-участником информации и замечаний по вопросу о приемлемости сообщения. Несмотря на такое отсутствие сотрудничества со стороны государства-участника, Комитет приступил к выяснению вопроса, были ли соблюдены требования Факультативного протокола в отношении приемлемости сообщения.

4.3. Комитет отметил, что конфискация и продажа данного имущества властями Чехословакии имели место в 70-е и 80-е годы. Независимо от того, что все эти события произошли до даты вступления в силу Факультативного протокола для Чешской Республики, Комитет напомнил, что право владеть имуществом как таковое не охраняется Пактом.

4.4. Вместе с тем Комитет отметил, что жалобы авторов направлены против дискриминации, обусловленной положениями Закона 87/1991, в том смысле, что они распространяются исключительно на лиц, незаконно лишенных своего имущества при прошлом режиме, которые в настоящее время постоянно проживают в Чешской Республике и имеют чешское гражданство. Таким образом, Комитет рассматривал вопрос, могут ли считаться дискриминационными положения этого закона по смыслу статьи 26 Пакта.

4.5. Комитет отметил, что обязательства государства-участника по Пакту действуют с даты его вступления в силу. Возникает другой вопрос, а именно: когда начинает действовать компетенция Комитета в отношении рассмотрения жалоб о предполагаемых нарушениях положений Пакта в соответствии с Факультативным протоколом. В своей практике в соответствии с Факультативным протоколом Комитет твердо придерживается того мнения, что он не может рассматривать предполагаемые нарушения Пакта, которые имели место до вступления в силу Факультативного протокола в отношении данного государства-участника, за исключением случаев, когда нарушения, в отношении которых представляются жалобы, продолжаются и после даты вступления в силу Факультативного протокола. Продолжающееся нарушение после вступления в силу Факультативного протокола следует толковать как подтверждение действием или фактами, явно предполагающими таковое, предыдущих нарушений со стороны государства-участника.

4.6. Хотя в данном случае уголовные судимости авторов были отменены чешскими судами, авторы по-прежнему утверждают, что на основании положений Закона № 87/1991 проводится дискриминация по отношению к ним, поскольку в двух случаях авторы жалоб (г-н и г-жа Симунек; г-жа Гастингс Тузилова) не могут ссылаться на положения этого закона, поскольку они не являются чешскими гражданами или постоянными жителями Чешской Республики, а в отношении третьего автора жалобы (г-н Прохазка), как представляется, этот закон является вовсе неприменимым к его случаю.

5. В связи с этим 22 июля 1994 года Комитет по правам человека постановил, что это сообщение является приемлемым постольку, поскольку оно может затрагивать вопросы, относящиеся к пункту 6 статьи 14 и к статье 26 Пакта. [...]

6.1. В своем представлении от 12 декабря 1994 года государство-участник утверждает, что данный закон не является дискриминационным. Государство-участник обращает внимание Комитета на тот факт, что в соответствии с пунктом 2 статьи 11 Хартии основных прав и свобод, которая является частью Конституции Чешской Республики, «...закон может определять, что некоторыми видами имущества могут владеть исключительно граждане Чешской Республики или юридические лица с местом пребывания в Чешской Республике». [...]

7.2. Что касается возвращения утраченного или конфискованного имущества, то на основании фактов, содержащихся в данном представлении, государство-участник приходит к выводу о том, что Алина и Ярослав Си-

мунек не отвечают требованиям, предусмотренным в пункте 1 статьи 3 Закона № 87/1991 о реабилитации во внесудебном порядке, а именно требованиям в отношении гражданства Чешской и Словацкой Федеративной Республики и постоянного проживания на ее территории. Таким образом, они не могут быть признаны в качестве лиц, имеющих право на возвращение имущества. [...]

8.2. Хотя г-жа Гастингс Тузилова была реабилитирована в соответствии с законом о реабилитации в судебном порядке, она не может считаться лицом, обладающим правами, которые предусматриваются в статье 19 закона о реабилитации во внесудебном порядке, поскольку во время подачи ходатайства она не отвечала условиям, предусмотренным в пункте 1 статьи 3 вышеупомянутого закона, т.е. требованиям в отношении гражданства Чешской и Словацкой Федеративной Республики и постоянного проживания на ее территории. [...] Г-жа Гастингс Тузилова получила чешское гражданство и зарегистрировала свое постоянное местожительство 30 сентября 1992 года. [...]

9.3. В связи с тем, что вышеупомянутый отец г-на Прохазки скончался до вступления в силу закона о реабилитации во внесудебном порядке, соответствующими лицами являются наследники по завещанию, т.е. сыновья г-на Прохазки – Йозеф Прохазка и Иржи Прохазка, при том условии, что они являются гражданами бывшей Чешской и Словацкой Федеративной Республики и постоянно проживают на ее территории. Факт их реабилитации на основании закона о реабилитации в судебном порядке в данном случае не имеет никакого значения. В отношении фактов, изложенных в сообщении г-на Прохазки, государство-участник заключает, что Йозеф Прохазка и Иржи Прохазка являются чешскими гражданами, однако проживают в Швейцарии и не просили о постоянном проживании в Чешской Республике.

Рассмотрение сообщения по существу

11.1. Комитет по правам человека рассмотрел настоящее сообщение с учетом всей информации, представленной ему сторонами, как это предусмотрено в пункте 1 статьи 5 Факультативного протокола.

11.2. Данное сообщение было объявлено приемлемым лишь постольку, поскольку оно может затрагивать вопросы, относящиеся к пункту 6 статьи 14 и статье 26 Пакта. В отношении пункта 6 статьи 14 Комитет считает, что утверждения авторов недостаточно обоснованы и что представленной на рассмотрение Комитета информации недостаточно для установления факта нарушения.

11.3. Как Комитет уже разъяснил в своем решении о приемлемости (пункт 4.3 выше), имущественное право как таковое не охраняется Пактом. Вместе с тем конфискация частной собственности или отказ государства-участника выплатить компенсацию за такую конфискацию все же может привести к нарушению положений Пакта в том случае, если соответствующее действие или бездействие основывалось на дискриминационных положениях в нарушение статьи 26 Пакта.

11.4. Комитету предстоит рассмотреть вопрос, приводит ли применение Закона 87/1991 в отношении авторов к нарушению их прав на равенство перед законом и на равную защиту закона. Авторы утверждают, что этот закон фактически подтверждает принятые ранее дискриминационные решения о таких конфискациях. Комитет отмечает, что в данном случае рассматривается вопрос не о конфискациях как таковых, а, скорее, об отказе авторам в средстве правовой защиты, тогда как другим истцам было возвращено их имущество или они получили компенсацию за него.

11.5. В данном случае авторы пострадали в результате исключающего действия положения Закона 87/1991, предусматривающего, что истцы должны являться чешскими гражданами и жителями Чешской Республики. Таким образом, Комитету надлежит рассмотреть вопрос, являются ли такие предварительные условия для возвращения имущества или выплаты компенсации за него совместимыми с требованием о недопущении дискриминации из статьи 26 Пакта. В этой связи Комитет вновь повторяет на основании своей практики, что не всякая дифференциация в подходе может считаться дискриминационной по смыслу статьи 26 Пакта. Дифференциация, которая совместима с положениями Пакта и исходит из разумных оснований, не означает запрещаемой дискриминации по смыслу статьи 26.

11.6. При рассмотрении вопроса о совместимости условий для возвращения имущества или выплаты компенсации с положениями Пакта Комитету надлежит изучить все соответствующие факторы, включая первоначальные права авторов на владение данной собственностью и характер конфискаций. Государство-участник само признает, что такие конфискации были дискриминационными, в связи с чем был принят специальный закон с целью обеспечить возвращение имущества в той или иной форме. Комитет отмечает, что такое законодательство не должно приводить к дискриминации между жертвами прежних конфискаций, поскольку все жертвы имеют право на возмещение ущерба без произвольных различий. С учетом того, что изначальные права авторов на владение принадлежавшего им имущества не основывались ни на гражданстве, ни на местожительстве, Комитет считает, что требования в отношении гражданства и проживания, предусмотренные положениями Закона 87/1991, неоправданы. В этой связи Комитет отмечает, что государство-участник не представило каких-либо оснований, которые оправдывали бы такие ограничения. Кроме того, указывалось, что авторы и многие другие лица, находившиеся в аналогичном положении, покинули Чехословакию по своим политическим убеждениям, а их собственность была конфискована либо в связи с их политическими убеждениями, либо в связи с их выездом из страны. Эти жертвы политического преследования искали жительство и гражданство в других странах. Принимая во внимание, что само государство-участник несет ответственность за отъезд авторов, требование к ним вернуться в эту страну на постоянное жительство в качестве предварительного условия для возвращения их имущества или для выплаты соответствующей компенсации было бы несовместимым с положениями Пакта.

11.7. Государство-участник утверждает, что нарушение положений Пакта отсутствует, поскольку, принимая Закон 87/1991, чешские и словацкие

законодатели не имели дискриминационных намерений. Однако Комитет придерживается того мнения, что сами по себе намерения законодательных органов не являются определяющим фактором при решении вопроса о нарушении положений статьи 26 Пакта. Мотивированная политическими причинами дифференциация вряд ли может быть совместимой с положениями статьи 26. Вместе с тем закон, который не является политически мотивированным, может также представлять собой нарушение статьи 26, если его последствия имеют дискриминационный характер.

11.8. С учетом вышеизложенных соображений Комитет приходит к выводу, что Закон 87/1991 имел своим последствием нарушение прав авторов, закрепленных в статье 26 Пакта.

12.1. Комитет по правам человека, руководствуясь пунктом 4 статьи 5 Факультативного протокола, считает, что отказ в возвращении авторам их имущества или выплаты им компенсации представляет собой нарушение положений статьи 26 Международного пакта о гражданских и политических правах.

12.2. В соответствии с подпунктом а) пункта 3 статьи 2 Пакта государство-участник обязано обеспечивать авторам эффективное средство правовой защиты, которым может являться компенсация, если то или иное имущество не может быть возвращено. В связи с тем, что, как представляется, в скором времени имущество г-на Прохазки будет или может быть частично возвращено [...], Комитет приветствует эту меру, которая, по мнению Комитета, представляет собой частичное согласие с настоящими соображениями. Комитет также рекомендует государству-участнику пересмотреть соответствующий закон, с тем чтобы ни закон как таковой, ни его применение не носили дискриминационного характера.[...]

СООБЩЕНИЕ № 819/1998, ДЖОЗЕФ КАВАНАХ ПРОТИВ ИРЛАНДИИ¹

[Извлечения]

Доклад Комитета по правам человека, том II, UM doc. A/56/40, с. 122–136.

Примечания и сноски опущены.

Дата сообщения: 27 августа 1998 года

Соображения приняты: 4 апреля 2001 года (Семьдесят первая сессия)

Соображения согласно пункту 4 статьи 5 Факультативного протокола

1. Автором сообщения [...] является г-н Джозеф Каванах, гражданин Ирландии, родившийся 27 ноября 1957 года. Автор заявляет о нарушении Республикой Ирландией статьи 2 (пункты 1 и 3 а)), статьи 4 (пункты 1 и 3),

¹ Публикуется по тексту издания: «Прецедентные дела Комитета по правам человека» / Составители Райя Хански и Мартин Шейнин / Институт прав человека при Университете Або Академи (Турку), 2004. С. 375–383.

статьи 14 (пункты 1, 2 и 3) и статьи 26 Пакта. Пакт и Факультативный протокол к нему вступили в силу для Ирландии 8 марта 1990 года. Автора представляет адвокат.

Исходная информация

2.1. Статья 38 (3) Конституции Ирландии предусматривает создание в законном порядке специальных судов для проведения судебного разбирательства в случаях, когда в соответствии с законом установлено, что обычные суды «не в состоянии обеспечить эффективное отправление правосудия и поддержание общественного мира и порядка». 26 мая 1972 года правительство, воспользовавшись своими полномочиями в соответствии со статьей 35(2) Закона о государственных преступлениях от 1939 года издало постановление, предусматривающее создание специального уголовного суда для проведения судебного разбирательства в связи с определенными категориями преступлений. В пунктах 4 и 5 статьи 35 этого закона указано, что если правительство или парламент в какой-либо момент сочтут, что обычные суды вновь в состоянии обеспечивать эффективное отправление правосудия и поддержание общественного мира и порядка, то будет принято соответствующее постановление или решение о прекращении деятельности специального уголовного суда. До настоящего времени власти не издавали никаких постановлений или решений о прекращении полномочий такого суда.

2.2. В силу статьи 47(1) Закона специальный уголовный суд вправе рассматривать «списочные преступления» (т.е. преступления, перечисленные в соответствующем списке) в тех случаях, когда Генеральный прокурор «считает целесообразным» проводить разбирательство по делу обвиняемого лица не в обычных судах, а в специальном уголовном суде. [...] Кроме того, специальный уголовный суд может рассматривать и «несписочные» преступления, если Генеральный прокурор, руководствуясь статьей 47(2) Закона, постановляет, что, по его мнению, обычные суды «не в состоянии обеспечить эффективное отправление правосудия в контексте судебного разбирательства по делу такого лица, обвиняемого в таком преступлении». В этой связи Государственный обвинитель (ГО) выполняет делегируемые ему полномочия Генерального прокурора.

2.3. В отличие от судов общеуголовной юрисдикции, в составе которых действует жюри присяжных, специальные уголовные суды состоят из трех судей, которые выносят решения большинством голосов. Кроме того, в специальном уголовном суде используется ряд процедур, не предусмотренных для обычных уголовных судов, включая, в частности, правило, согласно которому обвиняемый не имеет доступа к предварительным следственным процедурам, касающимся дачи показаний некоторыми свидетелями.

Представленные факты

3.1. 2 ноября 1993 года имел место серьезный и, по всей видимости, тщательно спланированный инцидент, в результате которого банда в составе семи человек захватила и подвергла физическому насилию исполь-

нительного директора одной ирландской банковской компании, его жену, трех его детей и приходящую няню в доме, принадлежащем этой семье. Затем исполнительного директора заставили под угрозой применения насилия выкрасть в этом банке крупную сумму денег. Автор признает свое участие в данном инциденте, однако утверждает, что он сам был захвачен бандой непосредственно перед инцидентом и был вынужден принять участие в этом налете под угрозой насилия в отношении него самого и членов его семьи.

3.2. 19 июля 1994 года автор был арестован в связи с вышеописанным инцидентом, и ему были предъявлены следующие семь обвинений: неправомерное задержание, ограбление, вымогательство денег путем угроз, вступление в сговор с целью вымогательства денег путем угроз, владение огнестрельным оружием с целью совершения противоправного деяния в форме неправомерного задержания. Шесть из этих обвинений были обвинениями в преступлениях, не относящихся к категории списочных, и только седьмое обвинение (владение огнестрельным оружием с целью совершения противоправного деяния в форме неправомерного задержания) было обвинением в совершении «списочного преступления».

3.3. 20 июля 1994 года на основании постановления Государственного обвинителя (ГО) [...] автор предстал перед специальным уголовным судом, где ему были предъявлены все семь обвинений в совершении как списочных, так и несписочных преступлений.

3.4. 14 ноября 1994 года автор направил в Высокий суд ходатайство о предоставлении ему разрешения на пересмотр в судебном порядке постановления ГО. В тот же день Высокий суд дал ему такое разрешение, и ходатайство автора было заслушано в июне 1995 года. Автор утверждал, что преступления, в совершении которых он обвинялся, не имели отношения к подрывной деятельности или деятельности военизированной группы и что обычные суды были в состоянии рассматривать его дело. [...]

3.5. 6 октября 1995 года Высокий суд отклонил все представленные автором аргументы. [...]

3.8. 18 декабря 1996 года Верховный суд отклонил апелляцию автора на решение Высокого суда. [...]

3.9. [...] Автор заявляет, что с учетом отклонения этой его апелляции он исчерпал все возможные внутренние средства правовой защиты, предусмотренные ирландской правовой системой в связи с такими вопросами.

3.10. После отклонения ряда ходатайств о поручительстве 14 октября 1997 года в специальном уголовном суде начался процесс по делу автора. 29 октября 1997 года автор был осужден за грабеж, хранение огнестрельного оружия, а именно пистолета, с целью совершения преследуемого по обвинительному акту преступления в форме неправомерного лишения свободы и вымогательство денег с применением угроз с целью последующего их присвоения. Автор был приговорен к лишению свободы соответственно на 12, 12 и 5 лет с отбытием этих сроков одновременно с 20 июля 1994 года (т.е. с момента взятия автора под стражу). 18 мая 1999 года апелляционный суд по уголовным делам отклонил ходатайство автора о предоставлении разрешения на обжалование вынесенного ему приговора.

Жалоба

4.1. Автор утверждает, что постановление ГО о передаче его дела на рассмотрение специального уголовного суда противоречит принципам справедливости и равенства состязательных возможностей, которые предусматриваются в пунктах 1 и 3 статьи 14 Пакта. Автор утверждает, что он находился в крайне неблагоприятном положении по сравнению с другими лицами, обвиняемыми в совершении аналогичных или таких же уголовных преступлений, дела которых, в отличие от его дела, рассматривались обычными судами, вследствие чего обвиняемые могли пользоваться более широким кругом возможных в этой связи гарантий. [...]

4.3. Автор далее утверждает, что основанное на статье 47 Закона решение ГО было принято без указания каких-либо доводов или аргументов в его обоснование и, таким образом, является нарушением предусмотренной в пункте 1 статьи 14 гарантии публичного разбирательства. [...]

4.4. Кроме того, автор утверждает, что решение ГО нарушает принцип презумпции невиновности, предусмотренный в пункте 2 статьи 14 Пакта. [...] Автор утверждает, что принятое ГО решение предполагает его членство или связь с какой-либо военизированной или подрывной группой, вовлечённой в конфликт в Северной Ирландии, или возможность того, что он сам или связанные с ним лица могут попытаться оказать давление или иное воздействие на жюри присяжных, если дело будет рассматриваться обычным судом. [...]

4.5. Автор отрицает, что он связан или когда-либо был связан с какой-либо военизированной или подрывной группой. [...]

4.6. Автор утверждает, что государство-участник не обеспечило ему эффективное средство правовой защиты, как того требует статья 2 Пакта. [...] Нельзя говорить о наличии эффективных средств правовой защиты, когда суды сами связывают себя по рукам и ногам и ограничивают применение процедуры пересмотра исключительными обстоятельствами, когда практически невозможно доказать недобросовестность действий и неправомерность доводов или соображений ГО. Поскольку автор полагает, что никаких исключительных обстоятельств в данном случае не существует, то у него нет никаких средств правовой защиты.

4.7. Кроме того, автор заявляет о нарушении предусмотренного в статье 26 принципа недискриминации, поскольку он был лишен без объективной на то причины важных правовых гарантий, предоставляемых другим лицам, обвиняемым в совершении аналогичных преступлений. В этой связи автор утверждает, что постановление ирландского правительства от 1972 года о восстановлении специального уголовного суда является по смыслу пункта 1 статьи 4 Пакта отступлением от некоторых прав, закрепленных в статье 14 Пакта. Он заявляет, что в настоящее время в Северной Ирландии отсутствует фактор роста насилия, который побудил правительство принять соответствующее решение, и что существующая ситуация не может более квалифицироваться как чрезвычайная и угрожающая жизни нации. В силу этого автор считает, что теперь нет необходимости в сохранении отступлений от части положений Пакта. В этой связи сохранение в

Ирландии специального уголовного суда следовало бы рассматривать как нарушение обязательств Ирландии по пункту 1 статьи 4 Пакта.

4.8. В заключение автор заявляет, что Ирландия нарушила также свое обязательство по пункту 3 статьи 4 Пакта. Он утверждает, что нежелание Ирландии аннулировать свое постановление от 1972 года, по меньшей мере на данный момент, означает де-факто или неформально отступление от статьи 14 Пакта без уведомления об этом других государств – участников Пакта, как этого требуют его положения. [...]

5.1. Государство-участник заявляет, что сообщение следует считать неприемлемым по смыслу пункта 2 б) статьи 5 Факультативного протокола, поскольку внутренние средства правовой защиты исчерпаны не были. На момент представления сообщения автор еще не обжаловал вынесенного ему приговора в апелляционном суде по уголовным делам. Кроме того, государство-участник заявляет, что элементы настоящей жалобы вообще не доводились до сведения национальных судов. Государство-участник утверждает, что автор ни разу не ставил в национальных судах вопрос о том, что ему было отказано в праве на публичное разбирательство дела [...]. В силу этого государство считает данные элементы жалобы неприемлемыми. [...]

5.2. Кроме того, государство-участник утверждает, приводя в подтверждение своего утверждения подробную информацию, что автор в полной мере пользовался предусмотренными в Пакте гарантиями в связи с арестом, задержанием, предъявленными ему обвинениями и судебным разбирательством по его делу. Государство-участник заявляет далее о неприменимости различных положений Пакта в контексте претензий автора, о несовместимости этих претензий с Пактом и об их недостаточной обоснованности. [...]

7.9. Государство-участник утверждает, что совокупность вышеупомянутых элементов указывает на то, что применяемые в специальном уголовном суде процедуры являются справедливыми и соответствуют статье 14 Пакта и что решение ГО о передаче дела автора в этот суд не является нарушением статьи 14 Пакта.

7.10. Касаясь утверждения автора о неравноправном и произвольном обращении в нарушение статьи 26 Пакта, государство-участник заявляет, что в соответствии с предусмотренным законом статутным режимом все лица подлежат равному обращению. Равным образом все лица находятся в одинаковых условиях в отношении возможности вынесения ГО решения о том, что обычные суды не в состоянии обеспечивать эффективное отправление правосудия и поддержание общественного мира и порядка. Кроме того, режим обращения с автором соответствует режиму обращения с любым лицом, по делу которого ГО выносит аналогичное решение. Даже если Комитет усматривает наличие различий между положением автора и положением других лиц, обвиняемых в совершении аналогичных или в равной степени тяжких преступлений, во всех случаях применяются разумные и объективные критерии, на основе которых и было принято решение о нецелесообразности рассмотрения данного дела в обычном суде.

7.11. Вопреки утверждениям автора государство-участник заявляет, что, по мнению полиции, автор являлся членом организованной преступной

группы, и обращает внимание на тяжесть совершенных преступлений, наличие детального плана проведения этой преступной операции и ее бесчеловечный характер. Несмотря на содержание автора под стражей до суда, нельзя было исключить опасности запугивания жюри присяжных другими членами преступной группы. В этой связи нет никаких оснований предполагать, что при принятии решения ГО проявил недобросовестность, руководствовался неправомерными мотивами или принципами или какими-либо иными произвольными соображениями.

7.12. Касаясь в заключение утверждения автора о том, что государство-участник не обеспечило ему эффективные средства правовой защиты в связи с нарушением его прав, как того требует статья 2 Пакта, государство-участник отмечает, что Конституция страны гарантирует гражданам широкие права и что ряд нарушений оспаривались автором в судах вплоть до суда высшей инстанции. Суды досконально рассмотрели представленные автором факты, признав обоснованными одни утверждения автора и отклонив другие.

7.13. Кроме того, государство-участник отвергает как неуместный выдвинутый автором аргумент относительно совершенного государством-участником фактического или неформального отступления от Пакта в силу статьи 4. Государство-участник отмечает, что статьей 4 допускаются отступления от положений Пакта в определенных обстоятельствах, однако заявляет, что в данной ситуации оно не ссылается на это право и в силу этого считает эту норму неприменимой. [...]

8.9. Касаясь аргументов государства-участника относительно равенства перед законом, автор заявляет, что утверждение государства-участника о том, что обращение с автором соответствовало обращению, которому подвергаются другие лица, предстающие перед специальными уголовными судами, означает лишь, что обращение с ним соответствовало тому обращению, которому подвергается меньшинство, предстающее перед специальными уголовными судами, а не большинство лиц, обвиняемых в совершении аналогичных преступлений и предстающих перед обычными судами. [...]

8.10. Касаясь вопроса об объективности и целесообразности такой дифференциации в контексте законного осуществления соблюдения предусмотренных в Пакте целей, автор ставит вопрос о целесообразности сохранения такого суда с учетом резкого сокращения актов насилия со стороны военизированных групп. Даже если применение указанных процедур и является соразмерной реакцией на подрывную деятельность при том, что сам автор так не считает, можно ли считать правомерным применение этих процедур к действиям, не имеющим отношения к подрывной деятельности. Автор считает невозможным определить целесообразность такой дифференциации, поскольку критерии, которыми руководствовался ГО, по-прежнему неизвестны и поскольку именно ГО несет ответственность за поддержание уголовного обвинения. [...]

9.1. До рассмотрения любой претензии, содержащейся в том или ином сообщении, Комитет по правам человека должен решить в соответствии с правилом 87 своих правил процедуры вопрос о том, является ли эта претензия приемлемой согласно Факультативному протоколу к Пакту.

9.2. Во исполнение требования, содержащегося в пункте 2 а) статьи 5 Факультативного протокола, Комитет удостоверился в том, что этот же вопрос не рассматривается в соответствии с другой процедурой международного разбирательства или урегулирования.

9.3. Касаясь утверждения государства-участника о том, что доступные внутренние средства правовой защиты не были исчерпаны, Комитет отмечает, что рассмотрение досудебной тяжбы по поводу решения ГО завершилось в Верховном суде. Кроме того, представленная автором апелляция на вынесенный ему приговор, которая мотивировалась тем, что решение ГО повлияло на ход судебного разбирательства, была отклонена апелляционным судом по уголовным делам. Истец, представляющий соответствующие вопросы на рассмотрение национальных судов, не обязан использовать точные формулировки Пакта по причине несходства средств правовой защиты в различных государствах. Требующий решения в этой связи вопрос имеет несколько иной характер и заключается в следующем: затрагивались ли в ходе соответствующих процессуальных действий с учетом всей их совокупности факты и вопросы, представленные на рассмотрение Комитета. С учетом этих процессуальных действий, мнения другого контрольного органа в рамках судебной системы государства-участника и отсутствия каких-либо оснований предполагать наличие дополнительных средств правовой защиты Комитет заключает, что пункт 2 б) статьи 5 Факультативного протокола не препятствует рассмотрению Комитетом настоящего сообщения.

9.4. Касаясь претензии автора по статье 2, Комитет отмечает, что утверждения автора в этой связи не влекут за собой постановки каких-либо новых вопросов в дополнение к вопросам со ссылкой на другие статьи, которые рассматриваются ниже. Касаясь предполагаемого нарушения статьи 4, Комитет отмечает, что государство-участник не пыталось ссылаться на эту статью.

9.5. Что касается остальных аргументов государства-участника в контексте вопроса о приемлемости сообщения, то Комитет считает, что эти аргументы неразрывно связаны с вопросами существа и потому не могут быть должным образом оценены в отрыве от полного рассмотрения представленных фактов и аргументов. Комитет признает сообщение приемлемым, поскольку в нем затрагиваются вопросы, касающиеся статей 14 и 26 Пакта.

Рассмотрение существа дела

10.1. Автор утверждает, что имело место нарушение пункта 1 статьи 14 Пакта, поскольку в результате передачи его дела на рассмотрение специального уголовного суда, процедура которого не предусматривает использование жюри присяжных и права на допрос свидетелей на этапе предварительного рассмотрения дела, ему было отказано в праве на справедливое судебное разбирательство. Автор признает, что ни рассмотрение дела судом присяжных, ни проведение предварительного расследования не относятся к числу предписываемых Пактом требований и что отсутствие какого-либо одного или сразу двух этих элементов не обязательно означает, что судебное разбирательство было несправедливым, однако при этом он утверждает, что вся совокупность факторов, связанных с рассмотрением его дела в специальном уголовном суде,

свидетельствует о несправедливом характере судебного разбирательства. Комитет считает, что проведение судебного разбирательства не обычными, а какими-либо другими судами само по себе не обязательно означает нарушение права на справедливое слушание дела и что факты по настоящему делу не свидетельствуют о том, что такое нарушение действительно имело место.

10.2. Утверждение автора о нарушении принципа равенства перед судами и трибуналами, предусмотренного в пункте 1 статьи 14 Пакта, перекликается с его утверждением о нарушении его права на равенство перед законом и на равную защиту закона, которое предусматривается в статье 26 Пакта. В результате принятого ГО решения о передаче дела автора на рассмотрение специального уголовного суда автор предстал перед судом, который был создан в чрезвычайном порядке. Применение к автору такого подхода лишило его доступа к некоторым предусмотренным национальным законодательством процедурам и поставило его в положение, которое отличается от положения других лиц, обвиняемых в совершении аналогичных преступлений, в обычных судах. В рамках юрисдикции государства-участника использование суда присяжных рассматривается как важное средство правовой защиты, как правило, доступное обвиняемым. В силу этого в соответствии со статьей 26 Пакта государство-участник обязано показать, что в основе решения о рассмотрении дела в соответствии с отличной от обычной процедурой лежат разумные и объективные мотивы. В этой связи Комитет отмечает, что в законодательстве государства-участника, а именно в Законе о государственных преступлениях, перечисляются конкретные преступления, которые могут рассматриваться специальным уголовным судом по представлению государственного обвинителя. Кроме того, в этом законе предусмотрено, что специальным уголовным судом могут рассматриваться любые другие преступления, если государственный обвинитель считает, что обычные суды «не в состоянии обеспечить эффективное направление правосудия». Даже если исходить из приемлемости упрощенного уголовного процесса для разбирательства по некоторым тяжким преступлениям при условии справедливости такого разбирательства, Комитет считает проблемной ситуацию, когда в принятом парламентом законодательстве перечисляются конкретные тяжкие преступления, относимые к юрисдикции специального уголовного суда по ничем не ограничиваемому усмотрению государственного обвинителя («если он считает это целесообразным»), и допускается, как это имело место в деле автора, возможность рассмотрения в таком специальном суде любых других преступлений, если государственный обвинитель находит не адекватным использование для этих целей обычных судов. При этом не требуется дачи каких-либо объяснений по поводу «целесообразности» использования специального уголовного суда или «неадекватности» обычных судов. Комитет не был поставлен в известность о мотивах, лежащих в основе решения по данному делу. Кроме того, возможность судебного пересмотра решений государственного обвинителя на практике ограничивается исключительными и по существу недоказуемыми обстоятельствами.

10.3. Комитет считает, что государство-участник не показало, что в основе решения о передаче дела автора на рассмотрение специального уголовного суда лежали разумные и объективные мотивы. В силу этого Комитет констати-

рует факт нарушения предусмотренного в статье 26 Пакта права автора на равенство перед законом и на равную защиту закона. С учетом этого заключения по поводу статьи 26 в контексте данного случая представляется излишним рассматривать вопрос о нарушении принципа равенства «перед судами и трибуналами», который предусматривается в пункте 1 статьи 14 Пакта.

10.4. Автор утверждает о нарушении его права на публичное разбирательство, которое предусматривается в пункте 1 статьи 14 Пакта, поскольку он не был заслушан государственным обвинителем в связи с решением ГО о передаче дела на рассмотрение специального уголовного суда. Комитет считает, что право на публичное разбирательство касается судебного процесса и не применяется к досудебным решениям, принимаемым обвинителями и государственными властями. Поскольку открытый и публичный характер судебного разбирательства и процедур обжалования не оспаривается, Комитет заключает, что право на публичное разбирательство нарушено не было. Кроме того, Комитет отмечает, что решение о передаче дела автора на рассмотрение специального уголовного суда само по себе не является нарушением принципа презумпции невиновности, который предусматривается в пункте 2 статьи 14 Пакта.

11. Комитет по правам человека, руководствуясь пунктом 4 статьи 5 Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах, заключает, что представленные ему факты свидетельствуют о нарушении статьи 26 Пакта.

12. В соответствии с пунктом 3 а) статьи 2 Пакта государство-участник обязано предоставить автору эффективное средство правовой защиты. Государство обязано также не допускать аналогичных нарушений в будущем: в этой связи ему следует обеспечить, чтобы решения о передаче дел на рассмотрение специального уголовного суда принимались исключительно на основе разумных и объективных критерииев. [...]

Примечание редактора. В особом мнении г-н Хенкин, г-н Лаллах, г-жа Медина Кирога, г-н Халиль и г-н Велла утверждали, что в данном случае имело место также нарушение принципа равноправия, закрепленного в пункте 1 статьи 14 Пакта, в первом предложении которого провозглашается принцип равенства людей в рамках самой судебной системы. «Этот принцип углубляется и дополняется принципами, закрепленными в других пунктах статьи 14. Нарушение принципа равноправия имеет место в тех случаях, когда не все лица, обвиняемые в совершении одного и того же преступления, предстают перед обычными судами по подсудности, поскольку часть из них предстает перед специальным судом на основании дискреционного решения исполнительной власти».

СОВЕТ ЕВРОПЫ

КОНВЕНЦИЯ О ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ОСНОВНЫХ СВОБОД¹

Принята 4 января 1950 г., Рим (Италия)

[Извлечения]

Статья 14. Запрещение дискриминации

Пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам.

ПРОТОКОЛ № 12 К КОНВЕНЦИИ О ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ОСНОВНЫХ СВОБОД²

Принят 4 ноября 2000 г., Рим (Италия)

[Извлечения]

Государства – члены Совета Европы, подписавшие настоящий Протокол, принимая во внимание основополагающий принцип, в соответствии с которым все люди равны перед законом и имеют право на равную защиту законом; преисполненные решимости предпринять дальнейшие шаги по обеспечению равенства всех людей путем коллективного осуществления всеобщего запрещения дискриминации на основании Конвенции о защите прав человека и основных свобод, подписанной в Риме 4 ноября 1950 года (именуемой ниже «Конвенция»);

подтверждая, что принцип недискриминации не препятствует государствам-участникам принимать меры для обеспечения полного и эффективного равенства при условии существования объективной и разумной обоснованности таких мер,

согласились о нижеследующем:

¹ Публикуется по тексту официального перевода: СЗ РФ № 2, 8 января 2001 г., ст. 163. С. 14.

² Конвенция о защите прав человека и основных свобод и Протоколы к ней / Сост. Г.В. Игнатенко, Л.А. Лазутин. Екатеринбург, 2001. С. 11 (текст Протокола публикуется в неофициальном переводе).

Статья 1. Общее запрещение дискриминации

1. Пользование любым правом, признанным законом, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или любого иного обстоятельства.

2. Никто не может быть подвергнут дискриминации со стороны каких бы то ни было публичных властей по признакам, упомянутым в пункте 1 настоящей статьи.

Статья 2. Применение к территории

1. Любое государство при подписании или сдаче на хранение ратификационной грамоты или документа о принятии или утверждении может указать территорию или территории, на которые распространяется действие настоящего Протокола.

2. Любая Сторона впоследствии в любое время может, путем направления заявления Генеральному секретарю Совета Европы, распространить применение настоящего Протокола на любую другую территорию, указанную в заявлении. Протокол вступает в силу в отношении такой территории в первый день месяца, следующего по истечении трех месяцев, считая с даты получения Генеральным секретарем такого заявления.

3. Любое заявление, сделанное на основании двух предыдущих пунктов и касающееся любой указанной в нем территории, может быть отозвано или изменено путем уведомления, направленного Генеральному секретарю. Отзыв или изменение вступают в силу в первый день месяца, следующего по истечении трех месяцев, считая с даты получения Генеральным секретарем такого уведомления.

4. Заявление, сделанное в соответствии с положениями настоящей статьи, рассматривается как сделанное в соответствии с пунктом 1 статьи 56 Конвенции.

5. Любое государство, которое сделало заявление в соответствии с пунктами 1 или 2 настоящей статьи, впоследствии в любое время может заявить от имени одной или нескольких территорий, к которым это заявление относится, что оно признает компетенцию Суда принимать жалобы от физических лиц, неправительственных организаций или групп физических лиц, как это предусмотрено статьей 34 Конвенции, в отношении статьи 1 настоящего Протокола.

Статья 3. Связь с Конвенцией

Государства-участники рассматривают положения статей 1 и 2 настоящего Протокола как дополнительные статьи к Конвенции, и все положения Конвенции применяются соответственно.

Статья 4. Подписание и ратификация

Настоящий Протокол открыт для подписания государствами – членами Совета Европы, подписавшими Конвенцию. Он подлежит ратификации, принятию или утверждено. Государство – член Совета Европы не может ратифицировать, принять или утвердить настоящий Протокол без предшествующей или одновременной ратификации Конвенции. Ратификационные грамоты или документы о принятии или утверждении сдаются на хранение Генеральному секретарю Совета Европы.

Статья 5. Вступление в силу

1. Настоящий Протокол вступает в силу в первый день месяца, следующего за истечением трех месяцев с даты, когда десять государств – членов Совета Европы выразят свое согласие на обязательность для них настоящего Протокола в соответствии с положениями статьи 4.

2. Для любого государства-члена, которое впоследствии выразит свое согласие на обязательность для него настоящего Протокола, он вступает в силу в первый день месяца, следующего за истечением трех месяцев с даты сдачи на хранение ратификационной грамоты или документа о принятии или утверждении. [...]

ПОЯСНИТЕЛЬНЫЙ ДОКЛАД К ПРОТОКОЛУ № 12 К КОНВЕНЦИИ О ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ОСНОВНЫХ СВОБОД (СЕД № 177)

(подготовлен Советом Европы)

[Извлечения]

Введение

1. Статья 1 Всеобщей декларации прав человека провозглашает: «Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах». Общий принцип равенства и недискриминации – основополагающий элемент международного права о правах человека. Он признается таковым в статье 7 Всеобщей декларации прав человека, статье 26 Международного пакта о гражданских и политических правах и в аналогичных положениях других международных договоров о правах человека. Соответствующее положение есть и в Европейской конвенции о правах человека (ЕКПЧ). Это – статья 14. Однако обеспечиваемая статьей 14 ЕКПЧ защита равенства и недискриминации является ограниченной по сравнению с аналогичными положениями других международных договоров. Главная причина этого состоит в том, что статья 14 в отличие от аналогичных положений других договоров не содержит независимого запрета дискриминации, т.е. она запрещает дискриминацию только применительно к « осуществлению прав и свобод», перечисленных в ЕКПЧ. В 1950 г. отдельные специальные новые

гарантии были закреплены в статье 5 Протокола № 7 к ЕКПЧ, но они касались только равенства супружеских.

2. Начиная с 60-х годов как Парламентская ассамблея Совета Европы, так и профильные межправительственные комитеты экспертов Совета Европы стали предлагать и изучать различные способы обеспечения дальнейших гарантий в области равенства и недискриминации путем принятия протокола к ЕКПЧ. Важный свежий стимул движения в этом направлении был придан работой, проведенной в последние годы в области равенства мужчин и женщин и по борьбе с расизмом и нетерпимостью. Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью (ЕКРИ), Руководящий комитет по равенству мужчин и женщин (РКМЖ) и Руководящий комитет по правам человека (РКПЧ) активно рассмотрели возможность усиления гарантий ЕКПЧ в этих двух областях.

3. Участники 7-го Международного коллоквиума по Европейской конвенции о правах человека (Копенгаген, Осло и Лунд, 30 мая – 2 июня 1990 г.) подтвердили, что принципы равенства и недискриминации являются основополагающими элементами международного права прав человека. Рассмотрев возможности расширения защиты, гарантуемой статьей 14 ЕКПЧ, за пределы вышеупомянутых рамок путем развития страсбургского прецедентного права (см. выше, пункт 1), участники коллоквиума признали наличие лишь небольшого резерва для дальнейшего развития прецедентного права по данному вопросу, так как запреты, вводимые статьей 14, носят ясно выраженный вспомогательный характер по отношению к другим субстантивным гарантиям ЕКПЧ.

4. С 1990 г. рассмотрение возможностей усиления гарантий ЕКПЧ применительно к равенству и недискриминации велось сначала раздельно и под углом собственной компетенции Руководящим комитетом по равенству мужчин и женщин и Европейской комиссией по борьбе с расизмом и нетерпимостью.

5. В ходе этой работы РКМЖ подчеркнул тот факт, что не существует никакой правовой защиты равенства мужчин и женщин в качестве независимого основополагающего права в контексте обязывающих инструментов Совета Европы. Принимая во внимание, что соответствующая правовая норма является одним из предварительных условий достижения равенства де-юре и де-факто, РКМЖ сконцентрировал значительную часть своих усилий на включении в ЕКПЧ основополагающего права на равенство мужчин и женщин. Работа РКМЖ вылилась в обоснованное предложение включить такое право в протокол к ЕКПЧ. В 1994 г. Комитет министров Совета Европы поручил Руководящему комитету по правам человека рассмотреть необходимость и реализуемость такой меры, учитывая, в частности, доклад, подготовленный РКМЖ. Основываясь на работу, проделанную его Комитетом экспертов по расширению прав человека (КРПЧ), РКПЧ в октябре 1996 г. согласился с необходимостью для Совета Европы установить стандарты в области равенства мужчин и женщин. Вместе с тем РКПЧ – с точки зрения принципа универсальности прав человека – выразил сомнения в отношении проекта протокола, основанного на секторальном подходе. Впоследствии в ответ на запрос, сделанный РКПЧ Комитету министров, последний (в декабре 1996 г.) поручил РКПЧ рас-

смотреть и внести предложения о том, как установить стандарты в области равенства мужчин и женщин без подписания специального протокола к ЕКПЧ.

6. Тем временем активизировалась работа Совета Европы по проблемам расизма и нетерпимости как прямой результат первого саммита глав государств и правительств государств-членов, состоявшегося в Вене 8–9 октября 1993 г. В принятых на саммите Декларации и Плане действий по борьбе с расизмом, ксенофобией, антисемитизмом и нетерпимостью выражалась тревога в связи с возрождением этих явлений, а также из-за развития атмосферы нетерпимости. В качестве компонента глобального подхода к решению этих проблем, обозначенных в Плане действий, главы государств и правительств решили создать Европейскую комиссию по борьбе с расизмом и нетерпимостью и, среди прочего, поручили ей поработать над укреплением гарантий против всех форм дискриминации и – в этом контексте – изучить соответствующие международные правовые инструменты с целью их усиления в случае необходимости.

7. Изучив все существующие международные договоры о правах человека, относящиеся к борьбе с дискриминацией, ЕКРИ представила результаты своей работы Комитету министров. ЕКРИ пришла к выводу, что гарантируемая ЕКПЧ защита от расовой дискриминации должна быть усиlena путем принятия дополнительного протокола, содержащего общее положение против дискриминации по признаку расы, цвета кожи, языка, религии, гражданства или этнического происхождения. Предлагая новый протокол, ЕКРИ признала, что закон сам по себе не может устранить расизм в его многочисленных формах в отношении различных групп. Вместе с тем ЕКРИ подчеркнула, что усилия по продвижению расовой справедливости не могут принести успех без закона. ЕКРИ убеждена, что провозглашение права на защиту от расовой дискриминации в качестве основополагающего стало бы существенным шагом в борьбе с явными нарушениями прав человека в результате расизма и ксенофобии. ЕКРИ подчеркнула, что дискриминационные подходы и расистское насилие в настоящее время распространены во многих странах Европы, и отметила, что возрождение расистских идеологий и религиозной нетерпимости усиливают каждодневную напряженность в наших обществах попыткой узаконить дискриминацию.

8. В связи с предложением ЕКРИ Комитет министров в апреле 1996 г. поручил Руководящему комитету по правам человека рассмотреть целесообразность и реализуемость правового инструмента по борьбе с расизмом и нетерпимостью, учитывающего аргументированный доклад ЕКРИ об усилении статьи о недискриминации в ЕКПЧ.

9. На основе подготовительной работы, проделанной КРПЧ и включавшей в себя выявление аргументов за и против возможных решений путем установления стандартов (а именно дополнительный протокол, базирующийся на предложении ЕКРИ; дополнительный протокол, в общем плане расширяющий сферу применения статьи 14; рамочная конвенция или иная конвенция; рекомендация Комитета министров), РКПЧ принял в октябре 1997 г. доклад для Комитета министров, касающийся как вопроса равенства мужчин и женщин, так и вопроса расизма и нетерпимости. РКПЧ пришел к мнению, что дополнительный протокол к ЕКПЧ является целесообразным

и реализуемым – и как устанавливающий стандарты решения проблем в области равенства мужчин и женщин, и как правовой инструмент по борьбе с расизмом и нетерпимостью.

10. На базе этого доклада на своем состоявшемся 10–11 марта 1998 г. 622-ом заседании на уровне заместителей Комитет министров указал РКПЧ отправные точки для редактирования дополнительного протокола к ЕКПЧ, который расширял бы в общем плане сферу применения статьи 14 и содержал бы неокончательный перечень признаков дискриминации.

11. РКПЧ и его экспертный комитет КРПЧ подготовили проект протокола и пояснительный доклад к нему в 1998 и 1999 гг. Как и в ходе предыдущих этапов соответствующей работы, РКМЖ и ЕКРИ были привлечены к ней через своих представителей. В это же время в пользу скорого завершения редактирования проекта протокола высказались участники европейского регионального коллоквиума «Эффективность защиты прав человека 50 лет спустя после принятия Всеобщей декларации – в наших руках» (Страсбург, 2–4 сентября 1998 г.), организованного Советом Европы в качестве вклада в празднование 50-й годовщины Всеобщей декларации прав человека, а также Комитет министров в своей политической декларации, принятой по тому же торжественному случаю 10 декабря 1998 г.

12. После консультаций с Европейским Судом по правам человека и Парламентской ассамблей Совета Европы РКПЧ завершил работу над текстом проекта протокола на своем чрезвычайном заседании 9–10 марта 2000 г. и решил передать его вместе с проектом пояснительного доклада в Комитет министров.

13. Комитет министров принял текст протокола на своем 715-м заседании на уровне заместителей 26 июня 2000 г. и открыл его к подписанию государствами – членами Совета Европы 4 ноября 2000 г.

Комментарий к статьям Протокола

Преамбула

14. Краткая преамбула в своем первом пассаже касается принципа равенства перед законом и равной защиты законом. Это – основополагающий и хорошо утвердившийся общий принцип и существенный элемент защиты прав человека, признаваемый в конституциях государств – членов Совета Европы и международных законах о правах человека (см. также выше, пункт 1).

15. Хотя принцип равенства четко не прописан ни в тексте статьи 14 ЕКПЧ, ни в тексте статьи 1 настоящего Протокола, следует отметить, что принципы недискриминации и равенства тесно переплетены. Например, принцип равенства требует, чтобы к одинаковым ситуациям подходили одинаково, а к неодинаковым ситуациям – по-разному. Если так не делается, то налицо дискриминация, если, конечно, это не имеет объективного и разумного оправдания (см. ниже, пункт 18). Суд в своем прецедентном праве применительно к статье 14 уже ссылался на «принцип равного отношения» (см., например, решение Суда от 23 июля 1968 г. по делу «Бельгийская лингвистика», серия А, № 6, пункт 10) или на «равенство полов» (см.,

например, решение Суда от 28 мая 1985 г. по делу «Абдулазиз, Кабалес и Балкандали против Соединенного Королевства», серия А, № 94, пункт 78).

16. В третьем пассаже преамбулы говорится о мерах, принимаемых для обеспечения полного и эффективного равенства, и подтверждается, что принцип недискриминации не должен препятствовать осуществлению таких мер при условии наличия объективной и разумной необходимости для них (данный принцип уже присутствует в ряде действующих международных договоров: см., например, пункт 4 статьи 1 Международной конвенции об устраниении всех форм дискриминации в отношении женщин; на региональном уровне – пункт 3 статьи 4 Рамочной конвенции о защите национальных меньшинств). Факт существования определенных групп или категорий лиц, находящихся в неравном положении, а также наличия неравенства де-факто может служить оправданием для принятия мер, предусматривающих особые преимущества с целью содействия равенству при условии, что соблюдается принцип пропорциональности. Действительно, есть ряд международных договоров, обязывающих или стимулирующих государства принимать позитивные меры (см., например, пункт 2 статьи 2 Международной конвенции об устраниении всех форм расовой дискриминации; пункт 2 статьи 4 Рамочной конвенции о защите национальных меньшинств; Рекомендация Комитета министров Совета Европы № R(85)2 о правовой защите против дискриминации по признаку пола). Однако настоящий Протокол не накладывает каких-либо обязательств по принятию таких мер. Такое обязательство противоречило бы самому характеру ЕКПЧ и ее контрольному механизму, которые основываются на коллективной гаранции индивидуальных прав, сформулированных в достаточно конкретных, чтобы быть оправданными, формулировках.

Статья 1 – Общее запрещение дискриминации

17. В этой статье содержатся главные субстантивные положения Протокола. Ее формулировки основываются на следующих соображениях общего характера.

18. Понятие дискриминации последовательно трактуется Европейским Судом по правам человека в его прецедентном праве применительно к статье 14 ЕКПЧ. В частности, данное прецедентное право ясно говорит, что не каждое различие или разница в отношении означает дискриминацию. Как Суд указал, например, в своем решении по делу «Абдулазиз, Кабалес и Балкандали против Соединенного Королевства»: «различие в отношении является дискриминационным, если оно “не имеет объективной и разумной обоснованности”, т.е. если оно не преследует “законную цель” или если отсутствует “разумная связь пропорциональности между используемыми средствами и поставленной целью”» (решение Суда от 28 мая 1985 г., серия А, № 94, пункт 72). Значение термина «дискриминация» в статье 1 Протокола понимается как идентичное значению этого термина в статье 14 ЕКПЧ. Формулировка французского текста статьи 1 («без какой-либо дискриминации») несколько отличается от формулировки французского текста статьи 14 («без какого-либо различия»). Однако здесь не имеется в виду

какое-либо расхождение в значении термина «дискриминация». Наоборот, это терминологическая адаптация с целью лучше отразить понятие дискриминации в том значении, в котором оно понимается в статье 14, путем приведения французского текста в соответствие с английской версией (см. на этот счет решение Суда от 23 мая 1968 г. по делу «Бельгийская лингвистика», Серия А, № 6, пункт 10).

19. Поскольку не каждое различие или разница в отношении означают дискриминацию и так как принцип недискриминации носит общий характер, было сочтено ненужным включать в настоящий Протокол какое-либо ограничивающее положение. Например, законы большинства, если не всех государств – членов Совета Европы предусматривают определенные различия по признаку гражданства при осуществлении ряда прав или при получении социальных пособий. Случаи, когда такие различия допускаются, в достаточной мере объясняются самим значением понятия «дискриминация» (как это описывается выше, в пункте 18), так как различия, оправданные объективной и разумной необходимостью, не являются дискриминацией. Кроме того, следует помнить, что согласно прецедентному праву Европейского Суда по правам человека национальные власти имеют определенный маневр гибкости в оценке того, являются ли различия и, если да, то до какой степени в подходе к таким случаям оправданием для закрепления различного отношения в законах. Пределы гибкости при такой оценке зависят от обстоятельств, предмета вопроса и его истории (см., например, Решение Суда от 28 ноября 1984 г. по делу «Расмуссен против Дании», серия А, № 87, пункт 40). Например, Суд допускает широкое поле гибкости при оценке рамок и имплементации политики в налоговой области (см., например, решение Суда от 3 октября 1997 г. по делу «Национальное и провинциальное строительное общество и другие против Соединенного Королевства», доклады о решениях Суда 1997–VII, пункт 80).

20. Содержащийся в статье 1 Протокола перечень признаков для недопущения дискриминации идентичен перечню, содержащемуся в статье 14 ЕКПЧ. Этому решению было отдано предпочтение перед другими, такими как включение в перечень ряда дополнительных признаков (например, физическая или умственная неполноценность, сексуальная ориентация или возраст), не из-за отсутствия понимания, что такие признаки стали сегодня в обществе особо важными по сравнению с временем редактирования статьи 14 ЕКПЧ, а потому, что такое включение с правовой точки зрения ненужно, так как список признаков является не окончательным. Кроме того, включение любого особого дополнительного признака могло бы привести к неоправданному противоречивому толкованию дискриминации по признакам, не включенным в перечень. Следует помнить, что Европейский Суд по правам человека уже применял статью 14 в отношении признаков, запрещающих дискриминацию, не упомянутых в ней (см., например, решение Суда от 21 декабря 1999 г. по делу «Салгейро да Силва Моута против Португалии», в котором речь идет о дискриминации по признакам сексуальной ориентации).

21. Статья 1 предусматривает положение о недискриминации, которое носит общий характер, и тем самым позволяет распространять область

защиты дальше, чем «пользование правами и свободами, признанными в Конвенции».

22. В частности, дополнительная область защиты, согласно статье 1, касается случаев, когда дискриминация в отношении лиц имеет место:

- i) при осуществлении любого права, специально гарантированного физическому лицу в национальном законодательстве;
- ii) при осуществлении права, которое вытекает из ясного обязательства публичной власти, зафиксированного в национальном законодательстве, а именно когда публичная власть берет на себя согласно национальному законодательству обязательство поступать соответствующим образом;
- iii) со стороны публичной власти при осуществлении ею дискреционных полномочий (например, назначение некоторых субсидий);
- iv) в результате любого другого действия или бездействия публичной власти (например, поведение сотрудников правоохранительных органов при подавлении мятежа).

23. В этом контексте было сочтено ненужным конкретизировать, какой из этих четырех элементов покрывается пунктом 1 статьи 2, а какой – ее пунктом 2. Эти пункты дополняют друг друга, а их совместный эффект состоит в том, что все четыре вышеупомянутых элемента покрываются статьей 1. Следует также помнить, что различия между соответствующими категориями i–iv не являются четко прочерченными и что национальные правовые системы могут иметь различные подходы к тому, какие случаи попадают в какую категорию.

24. Формулировки статьи 1 отражают сбалансированный подход к возможным позитивным обязательствам Сторон, вытекающим из ее положений. Это касается вопроса, в какой степени статья 1 обязывает Стороны принимать меры по недопущению дискриминации даже тогда, когда дискриминация имеет место в отношениях между частными лицами (т.н. косвенный горизонтальный эффект). Тот же вопрос возникает применительно к мерам по исправлению случаев дискриминации. Хотя такие позитивные обязательства полностью исключать нельзя, наипервойшей задачей статьи 1 является предусмотреть для Сторон негативное обязательство – обязательство не дискриминировать физических лиц.

25. С одной стороны, статья 1 защищает от дискриминации со стороны публичных властей. Эта статья не ставит целью заставить Стороны взять позитивное обязательство общего характера принять меры по предотвращению или исправлению всех случаев дискриминации в отношениях между частными лицами. Никакой дополнительный протокол к ЕКПЧ, который обычно содержит подлежащие судебной защите индивидуальные, сформулированные в четких положениях права, не стал бы подходящим инструментом для определения различных элементов такого широкого по спектру охвата обязательства программного характера. Детализированные и специально разработанные правила уже изложены в отдельных конвенциях, посвященных исключительно устранению дискриминации по конкретным признакам (см., например, Конвенцию об устраниении всех форм расовой дискриминации и

Конвенцию об устраниении всех форм дискриминации в отношении женщин, которые были разработаны в рамках ООН). Ясно, что настоящий Протокол не может восприниматься как документ, ограничивающий или вносящий отступления от положений национального законодательства или международных договоров, которые обеспечивают далеко идущую защиту от дискриминации (см. ниже комментарий к статье 3 в пункте 32).

26. С другой стороны, нельзя полностью исключать, что обязанность «обеспечивать» осуществление прав, упомянутая в пункте 1 статьи 1, может предполагать позитивные обязательства. Например, такой вопрос может возникнуть, если имеется ясный пробел в национальном законодательстве, гарантирующем защиту от дискриминации. Что касается более конкретно отношений между частными лицами, необеспечение защиты от дискриминации в этих отношениях может быть таким явным и серьезным, что ответственность может однозначно лечь на государство, и тогда может вступить в действие статья 1 Протокола (см. *mutatis mutandis*, решение Суда от 26 марта 1985 г. по делу «Икс и Игрек против Нидерландов», серия А, № 91, пункты 23, 24 и 30).

27. Тем не менее сфера применения любого позитивного обязательства, вытекающего из статьи 1, должна, пожалуй, быть ограниченной. Следует иметь в виду, что ее пункт 1 ограничен рамками «пользования любым правом, предусмотренным законом» и что ее пункт 2 запрещает дискриминацию «со стороны каких бы то ни было публичных властей». Следует отметить, что, кроме этого, статья 1 ЕКПЧ устанавливает общую границу ответственности государства, и это особенно важно для случаев дискриминации в отношениях между частными лицами.

28. Изложенное выше означает, что любое позитивное обязательство в области отношений между частными лицами касается прежде всего отношений в государственном секторе, которые обычно регулируются законом и за которые государство несет определенную ответственность (например, необоснованный отказ в приеме на работу, в доступе в рестораны и к службам, которые частные лица могут предоставлять для населения, таким как медицинские службы, службы снабжения водой и электроэнергией и т.п.). Точная форма ответа, который государство должно дать в этой связи, будет разной и зависеть от обстоятельств. Понятно, что речь не может идти о вопросах чисто частной жизни. Регулирование таких вопросов, как представляется, вступило бы в противоречие с правом физических лиц на уважение их частной и семейной жизни, неприкосновенности их жилища и тайны корреспонденции, которая гарантировается статьей 8 ЕКПЧ.

29. В пункте 1 статьи 1 речь идет о «любом праве, признанном законом». Данное выражение ставит целью определить сферу применения гарантии, предусмотренной в этом пункте, и ограничить ее возможный косвенный горизонтальный эффект (см. выше, пункт 27). Поскольку могут возникнуть некоторые сомнения в отношении того, покрывает ли эта формулировка сама по себе все четыре элемента, которые составляют базовую дополнительную область применения Протокола (такой вопрос может возникнуть, в частности, в отношении элементов iii и iv, см. выше, пункт 22), следует иметь в виду, что пункты 1 и 2 статьи 1 дополняют друг друга. В результате

вышеупомянутые четыре элемента во всех случаях покрываются статьей 1 в целом (см. выше, пункт 23). Слово «закон» может также относиться к международному праву, но это не означает, что такое положение предполагает юрисдикцию Европейского Суда по правам человека в рассмотрении соответствия правовых норм других международных договоров.

30. Термин «публичные власти» в пункте 2 позаимствован из пункта 2 статьи 8 и пункта 1 статьи 10 ЕКПЧ и имеет то же самое значение, как и в них. Он покрывает не только административные власти, но также касается судов и законодательных властей (см. выше, пункт 23).

Статья 2 – Применение к территории

31. Содержащееся в этой статье положение о применении Протокола к территориям взято из модели заключительных положений конвенций и соглашений Совета Европы, принятых Комитетом министров в феврале 1980 г. Текст пункта 5 статьи 2 следует тексту пункта 4 статьи 56 ЕКПЧ.

Статья 3 – Связь с Конвенцией

32. Цель данной статьи – прояснить связь настоящего Протокола с ЕКПЧ, указав, что все положения последней применяются по отношению к статьям 1 и 2 Протокола. Среди этих положений внимание должно быть, в частности, привлечено к статье 53, согласно которой «ничто в настоящей Конвенции не может быть истолковано как ограничение или умаление любого из прав человека и основных свобод, которые могут обеспечиваться законодательством любой Высокой Договаривающейся Стороны или любым иным соглашением, в котором она участвует». Ясно, что эта статья применяется в отношениях между настоящим Протоколом и самой Конвенцией. Сноска на статью 16 ЕКПЧ было решено в Протоколе не делать.

33. Как уже говорилось выше, в пункте 21, статья 1 Протокола носит общий характер, но по сфере своего применения ее защита шире, чем защита, гарантированная статьей 14 ЕКПЧ. Будучи дополнительным, Протокол не изменяет и не отменяет статью 14 ЕКПЧ, которая продолжает применяться также и к государствам – участникам Протокола. Таким образом, эти две статьи накладываются друг на друга. В соответствии со статьей 32 ЕКПЧ любые вопросы толкования, касающиеся точной связи между этими статьями, находятся в ведении Суда. [...]

ЗАПРЕЩЕНИЕ ДИСКРИМИНАЦИИ (СТАТЬЯ 14)¹

Донна Гомьен, Дэвид Харрис, Лео Зваак

Термины «равенство перед законом», «равная защита законов», «запрещение дискриминации» выражают связанные, но самостоятельные идеи. Конституции многих стран закрепляют один или несколько этих принципов, но сами по себе эти принципы фактически являются ничего не значащими фразами. В более широкой сфере защиты прав человека понятие равенства часто означает справедливость в равном распределении материальных благ и прав, и это является важнейшей посылкой, лежащей в основе многих документов, рассматривающих экономические, социальные или культурные права. Однако с точки зрения документов, главным образом регулирующих гражданские и политические права, понятия равенства означают справедливость в том смысле, что закон применяется правильно и последовательно к каждому члену общества отдельно независимо от его или ее личных качеств. Независимо от сферы действия абстрактного принципа или его практического осуществления как внутреннее, так и международное право позволяет проводить различия между отдельными лицами между группами отдельных лиц. Таким образом, важным становится вопрос о том, какие различия являются допустимыми, а какие представляют собой запрещенную дискриминацию. Являясь одним из первых среди юридически обязательных международных документов по правам человека, Европейская конвенция по правам человека уделила более ограниченное внимание равенству и недискриминации, чем это сделали последующие документы. Статья 14 Конвенции, запрещающая дискриминацию, гласит следующее:

Пользование правами и свободами, изложенными в настоящей Конвенции, обеспечивается без какой-либо дискриминации по признакам пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или иным признакам.

Важно отметить, что эта статья не сформулирована в общих терминах о равенстве перед законом или равной защите законом. Вместо этого она гарантирует каждому находящему под юрисдикцией какого-либо государства-участника (см. ст. 1) осуществления прав и свобод, защищаемых самой Конвенцией. Ясно из самой формулировки и подтверждается в судебной практике тот факт, что статья 14 предписывает общее обязательство

¹ Из книги *Донна Гомьен, Дэвид Харрис, Лео Зваак «Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика»*. М., МНИМП, 1998. С. 450–464. Российская версия, пер. с англ. (Donna Gomien, David Harris, Leo Zwaak. Law and Practice of the European Convention of Human Rights and the European Social Charter. Council of Europe Publishing).

В настоящем издании текст приводится с незначительной редакторской правкой технического характера, внесенной в оригинальный текст с целью унификации написания названий дел и оформления сносок. – *Прим. ред.*

для государства дополнительно к обязательству обеспечить каждому лицу права и свободы, защищаемые Конвенцией. Другими словами, статья 14 не создает для государств обязательства гарантировать недискриминацию в общем плане, а гарантировать недискриминацию путем обеспечения этих прав и свобод, изложенных в Конвенции, таких как право на жизнь, свободу, безопасность, частную жизнь, свободу мысли, совести, свободу самовыражения и т. д. Она не дает отдельного «права на равенство». Органы Конвенции установили, что, хотя дополнительный характер статьи 14 не придает ей независимого характера, она тем не менее имеет самостоятельное значение. Хотя в некоторых случаях Комиссия и Суд заявляют, что прежде всего следует установить нарушение одного из материальных прав и свобод, защищаемых Конвенцией, с тем, чтобы позволить рассмотреть дополнительные требования о нарушении статьи 14, они не утверждают, что это неизменная точка зрения. Самостоятельный статус статьи 14 означает, что, даже если ни одно из материальных положений Конвенции не было нарушено, органы Конвенции тем не менее могут установить наличие нарушения запрещения дискриминации в процессе применения рассматриваемого положения.

Как в период между двумя мировыми войнами, так и в сегодняшней Европе вопрос о равенстве и недискриминации чаще всего возникал в общественном сознании в связи с отношением к группам людей, чаще всего к этническим и национальным меньшинствам. Однако катастрофические последствия такой точки зрения в начале нашего века, когда заинтересованность в защите национальных меньшинств давала повод для проведения экспансиионистской политики и злоупотребления правами человека, привели к нежеланию закреплять такую защиту в Европейской конвенции о правах человека.

В последние годы с ростом ксенофобии и расизма в Европе Совет вернулся к рассмотрению вопроса о правах меньшинств. В 1992 году Совет открыл для подписания и ратификации Европейскую хартию о региональных языках и языках меньшинств, а в 1995 году ввел в действие Рамочную конвенцию о защите национальных меньшинств. Поскольку эти дополнительные инициативы были предприняты лишь совсем недавно, внимание в этой главе будет сосредоточено на теории и практике в связи со статьей 14, основной ссылкой которой на меньшинства является фраза «принадлежности к национальным меньшинствам» как одно из оснований для запрещения дискриминации.

Учитывая историю вопроса о правах меньшинств в Европе, при рассмотрении действия положений о недискриминации в Европейской конвенции о правах человека важно помнить о том, что Конвенция в целом уделяет основное внимание правам отдельных лиц, а не групп как таковых. Статья 14 не отходит от этого правила. Лишь стороны, которые непосредственно затрагиваются нарушением одного или нескольких прав, защищаемых Конвенцией, могут подать петицию в Страсбурге; никто не может заполнить петицию от имени другой, якобы пострадавшей стороны. Конвенция не предусматривает *actio popularis*. Поэтому даже в «групповых петициях»,

утверждающих о дискриминации, каждое лицо, входящее в группу, должно утверждать, что оно является жертвой этого нарушения. [...]

Общие принципы применимости статьи 14: ее дополнительный характер и самостоятельный статус

Несмотря на относительно узкие рамки, судебная практика в связи со статьей 14 Конвенции является достаточно сложной и непоследовательной, если учесть, что Суд рассмотрел по существу относительно небольшое число жалоб о дискриминации. Как подчеркивалось выше, две основные возникшие в ходе судебной практики дилеммы связаны с дополнительным характером и с самостоятельным статусом статьи.

Суд рассмотрел эти два вопроса о применимости в самом начале действия Конвенции, в деле «О некоторых аспектах законодательства о применении языков в системе образования Бельгии» (дело о языках в Бельгии). В том основном деле по статье 14 заявителями была группа франкоязычных родителей, детям которых было отказано в доступе к учебе во франкоязычных школах в некоторых пригородах Брюсселя, где преобладает голландский язык, на том основании, что франкоязычные семьи не проживают в этих районах. Однако школы с преподаванием на голландском языке в этих же районах были открыты для любого независимо от его (или ее) места жительства. Установив нарушение статьи 2 Протокола № 1 (гарантия права на обучение), а также статьи 14, Суд сформулировал следующие принципы:

Хотя бесспорно то, что эта гарантия не существует самостоятельно в том смысле, что в соответствии со статьей 14 она относится лишь к «правам и свободам, изложенным в настоящей Конвенции», мера, которая сама по себе соответствует требованиям статьи, закрепляющей данное право или свободу, может, однако, нарушать эту статью, если ее рассматривать совместно со статьей 14, по той причине, что она является дискриминационной по своему характеру.

Так, лица, находящиеся под юрисдикцией какого-либо Договаривающегося Государства, не могут воспользоваться на основании статьи 2 Протокола № 1 правом добиться от государственных властей создания какого-либо особого вида учебного заведения; тем не менее государство, которое уже создало такое учреждение, не может при формулировании требований, касающихся приема в такое заведение, принимать дискриминационные меры по смыслу статьи 14...

В таких случаях налицо будет нарушение гарантированного права или свободы, как оно излагается соответствующей статьей, взятой в сочетании со статьей 14. При этом последняя статья как бы является неотъемлемой частью каждой из статей, излагающих права и свободы. В этом отношении никаких различий не должно проводиться в зависимости от характера этих прав и свобод или их соотносительных обязательств, а также в зависимости от того, подразумевает ли долж-

ное уважение соответствующего права принятие позитивных действий или просто бездействие¹.

Эти принципы были подтверждены в более поздних делах. В деле «Абдулазиз, Кабалес и Балкандали» три женщины, имеющие разрешение постоянно проживать в Соединенном Королевстве, хотели получить разрешение на приезд к ним их супругов (и в одном случае жениха). Законодательство об эмиграции, действующее в этот момент в Соединенном Королевстве, запрещало мужчинам воссоединяться с законно проживающими в стране женами, однако не запрещая женщинам воссоединяться с законно проживающими в стране мужчинами. Суд установил нарушение права на семейную жизнь, гарантированного статьей 8, в сочетании с дискриминацией по признаку пола, запрещенной по статье 14. Не установив нарушения статьи 8, Суд отметил, что Договаривающиеся Государства не обязаны уважать выбор семейными партнерами места их проживания и поэтому давать разрешение на проживание супружеских пар, не являющихся гражданами страны. Однако Суд считал, что Соединенное Королевство нарушило статью 14 в сочетании со статьей 8, заявив:

Понятие дискриминации по смыслу статьи 14 включает в целом случаи, когда к какому-либо лицу или к группе лиц без должного обоснования относятся менее благоприятно, нежели к другой группе, даже если более благоприятное отношение не требуется по Конвенции².

Таким образом, на основании статьи 14 рассматривается неравенство какого-либо конкретного отношения, а не сравнение различных вариантов, среди которых государство выбирает, когда оно ограничивает осуществление какого-либо данного материального права. Суд также установил нарушение статьи 8 в сочетании со статьей 14 в деле «Бургхартс», когда одному мужчине не было разрешено поставить свое имя перед именем своей жены, имя которой было определено как фамилия. Но если бы они предпочли использовать его имя как фамилию, то тогда она могла бы поставить свое имя перед этой фамилией³. В деле «Шулер-Зграгхен» швейцарские власти предоставили женщине пенсию по причине ее инвалидности, но затем отменили свое решение, когда она родила ребенка. Отклонив ее жалобу, федеральный страховой заявил в своем судебном решении:

Многие замужние женщины работают до рождения своего первого ребенка, но оставляют свою работу до тех пор, пока их ребенок нуждается во всестороннем уходе и воспитании. Такое предположение основано на опыте повседневной жизни – опыте, который следует должностным образом учитывать при определении метода оценки нетрудоспособности... должна стать четкой точкой отсчета в данном деле... Следует предположить в данном деле, что заявитель, даже если ее

¹ Судебное решение по делу о языках в Бельгии, от 23 июля 1968 г. Series A, № 6. Para. 9.

² Судебное решение по делу Абдулазиз, Кабалес и Балкандали от 28 мая 1985 г. Series A, 94, р. 39, para. 82.

³ См.: Судебное решение по делу Бургхартс от 22 февраля 1994 г. Series A, № 280-B.

здоровье не было под угрозой, занималась лишь домашними делами и воспитанием¹.

Хотя Европейский Суд по правам человека считал, что в обстоятельствах данного дела не было нарушения права на справедливое разбирательство по пункту 1 статьи 6, решение по своей сути сделало это:

Федеральный страховой суд полностью признал предположение миссии по рассмотрению жалоб о том, что женщины оставляют свою работу, когда они рожают ребенка. Он не попытался проанализировать действительность самого предположения, взвесив аргументы против... предположение... представляет собой единственную основу рассуждения и привносит различие в обращении исключительно на основе пола.

Содействие равенству различных полов в настоящее время является важнейшей целью государств – членов Совета Европы, и поэтому следует выдвинуть крайне убедительные доводы, для того чтобы такое различие в обращении можно было рассматривать как совместное с Конвенцией. Суд не усматривает таких оснований в данном деле. Поэтому он считает, что в отсутствие какого-либо разумного и объективного обоснования налицо нарушение статьи 14 в сочетании с пунктом 1 статьи 6.²

Комиссия и Суд придерживались подобного подхода в деле «Дарби», хотя два органа разошлись во мнениях относительного того, к какому из основных положений Конвенции применяется данная статья. В этом деле заявитель проживал на Аланских островах (Финляндия), но работал в Швеции. По шведскому законодательству не проживающие в стране рабочие должны уплачивать налог в поддержку шведской государственной церкви, в то время как проживающие в стране рабочие могут избегать таких платежей. Заявитель утверждал, что этот различный подход является нарушением статьи 9 (свобода религии), статьи 11 Протокола № 1 (право на мирное пользование собственностью), при этом каждой из них в сочетании со статьей 14. На уровне Комиссии правительство, заявитель и Комиссия согласились с тем, что жалоба относится к свободе религии, при этом Комиссия установила нарушение статьи 9 и статьи 9 совместно со статьей 14. С другой стороны, Суд считал, что такое ограничение нарушает статью 1 Протокола № 1 в сочетании со статьей 14 и счел излишним рассматривать вопрос о предлагаемом нарушении статей 9 и 14³.

Как отмечено выше, Комиссия и Суд иногда считали, что даже в тех случаях, когда нет нарушения одного из основных прав и свобод, гарантированных Конвенцией, может быть тем не менее быть установлено нарушение одного из основных положений, рассматриваемых в сочетании со статьей 14: при-

¹ Судебное решение по делу Шулер-Зграгхеи от 24 июня 1993 г. Series A, № 263 р. 13, para 29.

² *Ibidem*, p. 21–22, para. 67.

³ См.: Судебное решение по делу Дарби от 23 октября 1990 г. Series A, № 187.

нцип самостоятельности. Однако страсбургские органы, по-видимому, не признавали эту самостоятельность в тех случаях, когда они фактически установили наличие нарушения оспариваемого основного права или свободы. В ряде дел, в которых они установили такое нарушение, они затем объявили об отсутствии необходимости рассматривать какую-либо жалобу о дискриминации на основании статьи 14, таким образом придав ей, скорее, вспомогательный, нежели дополнительный статус. Суд изложил это мнение в деле «Эйри против Ирландии», в котором материально нуждающейся ирландской женщине было отказано в бесплатной правовой помощи в целях подачи заявления о вынесении судом постановления относительно раздельного проживания с ее жестоким супругом. Суд установил наличие нарушения ее прав по статье 6 (право доступа к суду) и статьи 8 (право на уважение семейной жизни), но отказался рассмотреть ее жалобу о дискриминации, заявив:

Статья 14 не может существовать самостоятельно; она представляет собой отдельный элемент (недискриминация) прав, охраняемых Конвенцией. ...статьи, закрепляющие эти права, могут стать объектом самостоятельного нарушения и/или в сочетании со статьей 14. Если Суд не устанавливает отдельного нарушения одной из этих статей, которые были упомянуты как самостоятельно, так и в сочетании со статьей 14, он должен также рассмотреть дело с учетом этой последней статьи. С другой стороны, такого рассмотрения обычно не требуется, если Суд устанавливает нарушение первой статьи, взятой отдельно. Положение является иным, если явно неравное обращение при осуществлении данного права является основным аспектом дела...¹.

Это мнение большинства оспаривалось в особом мнении в силу следующих оснований:

Дискриминация в пользовании правом, защищаемым Конвенцией, нарушает положения статьи 14, независимо от того, находится ли такая дискриминация в рамках или за рамками нарушения этого права. Слово «пользование» по смыслу статьи 14 должно охватывать все ситуации, которые могут возникнуть между, с одной стороны, явным отказом в праве, защищаемом Конвенцией, и с другой стороны – закреплением этого права в национальной правовой системе.²

В последующей судебной практике преобладало мнение большинства. В деле «Джонстон и другие против Ирландии» внебрачная дочь одной неженатой пары утверждала, что некоторые ирландские законы нарушают ее право на семейную жизнь по статье 8 в сочетании со статьей 14. Установив нарушение статьи 8, Суд счел излишним рассматривать вопрос о статье 14³. В деле «Даджон против Соединенного Королевства» один мужчина-гомо-

¹ Судебное решение по делу «Эйри против Ирландии» от 9 октября 1979 г. Series A, № 32, р. 16, para. 30.

² Там же. Особое мнение Эвригенис, р. 29.

³ См.: Судебное решение по делу «Джонстон и другие против Ирландии» от 18 декабря 1986 г., Series A, № 112.

сексуалист утверждал, что запрет в Северной Ирландии половых отношений между мужчиной, достигшим 21 года, и мужчиной, не достигшим этого возраста, нарушает не только статью 8 (частная жизнь), но и статью 14, поскольку разрешенный возраст для отношений между лесбиянками и гетеросексуалистами составляет 17 лет для обеих сторон. Суд установил наличие нарушения статьи 8, но заявил, что «никакой юридической полезности нет в определении вопроса о том, пострадал ли он также от дискриминации по сравнению с другими лицами, которые являются предметом менее значительных ограничений этого же права». Таким образом, Суд уклонился от рассмотрения жалобы по статье 14¹. Подобные решения были приняты и в более позднем деле «Норрис против Ирландии».²

В момент составления данного текста органы Конвенции рассматривали новые жалобы по этим вопросам.

В недавнем деле ««Informationsverein Lenta» и другие против Австрии» пять заявителей, все из которых желали организовать в Австрии частную радио- и телевизионную компанию, утверждали, что монополия на вещание Австрийской вещательной корпорации нарушила их права на свободу выражения своего мнения по статье 10 Конвенции, делая невозможным создание и руководство частными радио- или телевизионными станциями в Австрии. Двое из заявителей также утверждали о наличии нарушения статьи 14 в сочетании со статьей 10, один – на том основании, что он хотел частично вещать на словенском языке (судебное решение не дает четкой информации об основаниях жалобы относительно дискриминации, поданной другими лицами). Суд установил нарушение статьи 10 и счел излишним рассматривать жалобу о дискриминации³.

До настоящего времени не рассматривалось дел, в которых Комиссия или Суд расследовали жалобы о нарушении одного из основных положений, не установили нарушения, а затем сочли излишним рассматривать какую-либо представленную жалобу о дискриминации.

Прежде чем завершить обсуждение вопроса о дополнительном характере и самостоятельном статусе статьи 14, следует рассмотреть дело, которое является четким исключением из правила, согласно которому статья 14 обычно действует в качестве дополнения к другим основным правам в Конвенции. В деле об азиатах – выходцах из Восточной Африки Соединенное Королевство отказалось разрешить обладателям британского паспорта, выдворенным из Уганды, Кении и Танзании, в праве въезда и поселения в Соединенном Королевстве. Эти лица утверждали в Комиссии, что отказ в праве въезда мотивирован расовыми предрассудками и таким образом нарушает статью 14 и положения статьи 3 об унижающем достоинство обращении. Важно отметить в этой связи, что Конвенция не гарантирует права на въезд или иммиграцию. Хотя доклад Комиссии пока не опубликован,

¹ См.: Судебное решение по делу Даджона от 22 октября 1981 г. Series A, № 45.

² См.: Судебное решение по делу Норриса от 26 октября 1988 г. Series A, № 142.

³ См.: Судебное решение по делу и другие от 24 ноября 1993 г. «Informationsverein Lenta» и другие от 24 ноября 1993 г. Series A, № 276.

как Комиссия, так и Комитет министров отметили в своих публичных выступлениях по данному вопросу, что действия, мотивированные расовыми соображениями, могут в некоторых обстоятельствах нарушать статью 3, даже если существование самой дискриминации не относится к предоставлению какого-либо защищаемого Конвенцией или к отказу в таковом.¹ Это дело завершилось дружественным урегулированием.

Различие против дискриминации

Комиссия и Суд согласились с тем, что не все виды различного обращения при обеспечении прав и свобод представляют собой запрещенную дискриминацию в соответствии с Конвенцией. В деле «О языках в Бельгии» Суд изложил свою схему для определения факта наличия запрещенной дискриминации:

- а) установленные факты свидетельствуют о различном обращении;
- б) различие является бесцельным, т.е. оно не может быть объективно и разумно обосновано с учетом целей и последствий рассматриваемой меры;
- с) отсутствует разумная соразмерность между используемыми средствами и поставленной целью.

При определении черты, за которой данное национальное право или практика допускают запрещенную дискриминацию, Комиссия и Суд применяют некоторые из тех же принципов толкования, которые разработаны в судебной практике по вопросам, возникающим в соответствии со статьями, содержащими ограничительные оговорки, например со статьями 8–11. Понимание статьи 14 как дополнительной к другим статьям может частично оправдывать такой аналитический подход в этих статьях, ставя вопросы по статье 8, разрешающей ограничения в силу своих условий.

Уже в деле «О языках в Бельгии» Суд применил критерии, сравнимые с критериями, которые он применял при рассмотрении вопросов по статье 8 с ограничительными оговорками о законности цели, достижаемой данной практикой, и о соразмерности использованных средств и этой законной цели. Комиссия и Суд дают Высоким Договаривающимся Сторонам широкие пределы оценки при определении ими обстоятельств, в которых некоторые различия являются уместными, наиболее четко установив принцип в двух категориях дел: в делах, рассматривающих ограничения на беспрепятственное пользование своим имуществом по статье 1 Протокола № 1, и делам, рассматривающим дела профсоюзов. Первая категория включает такие дела, как «Лисгоу и другие» и «Джеймс и другие»². В первом из дел рассматриваются национализация некоторых предприятий, компенсация и связанные с этим вопросы; второе дело рассматривает вопрос о введении законодательства, позволяющего обладателям договоров на долгосрочную ренту собственности приобретать безусловное право собственности на не-

¹ См.: Nos.4715/70,4783/71 and 4827/71, Dec.6.3.78, DR. 13, p. 17.

² См.: Судебное решение по делу «Лисгоу и другие» от 8 июля 1986 г.Series A, № 102; судебное решение по делу «Джеймс и другие» от 21 февраля 1986 г. Series A, № 98.

движимость при определенных обстоятельствах. Суд считал, что как виды законодательства, так их осуществление входят в сферу компетенции правительства. В деле «Спадия и Скалабрино», в котором заявители жалуются на невозможность обеспечения исполнения приказов о вступлении во владение квартирами, занимаемыми съемщиками, Суд считал, что регулирование доступа к жилью в районах, где спрос на него очень высок, входит в компетенцию государственных органов. Суд далее считал, что проведение различия между владельцами нежилой недвижимости и владельцами жилой недвижимости имеет объективное и разумное обоснование с учетом политики правительства в области жилья¹. Подобным образом в некоторых делах, оспаривающих решение административных властей относительно использования или реализации собственности, Суд чаще всего считал, что государство, принявшее решение по существу, не превысило свою компетенцию, хотя в некоторых этих делах Суд установил нарушение статьи 6 в отношении возбуждения административной процедуры после принятия таких решений².

В трех делах, рассматривающих аспекты права на создание профсоюзов и вступление в них, Суд не установил нарушений либо статьи 11, либо статьи 11 в сочетании со статьей 14. В деле «Национальный профсоюз полиции Бельгии против Бельгии» обратившийся с жалобой профсоюз утверждал, что отказ государственных властей позволить профсоюзу участвовать в консультациях с ними представлял собой нарушение прав по статье 11 или по статье 11 в сочетании со статьей 14³. В подобном деле шведского союза машинистов профсоюз-заявитель утверждал, что отказ правительства разрешить профсоюзу участвовать в обсуждении коллективных договоров нарушил его права по статье 11 в сочетании со статьей 14. Суд считал, что правительство может действовать по своему усмотрению при выборе профсоюзов, которые, по его мнению, являются наиболее представительными для проведения эффективных переговоров о заключении коллективного договора⁴. В деле «Шмидт и Дальстрем» заявители – члены проводящего забастовку профсоюза, сами не участвовавшие в забастовке, утверждали, что ретроактивный отказ в пособиях всем членам профсоюза представляет собой нарушение права на организацию профсоюзов и вступление в них. Суд отметил, что обжалуемые действия согласованы в процессе заключения коллективного договора и предусмотрены коллективным соглашением, которое отражает традиционную практику в Шве-

¹ См.: Судебное решение по делу «Спадия и Скалабрино» от 28 сентября 1995 г. Series A, № 315-6.

² См., например: Судебное решение по делу «Хаканссон и Стурессон» от 21 февраля 1990 г Series A, № 171-А и судебное решение по делу Фредина от 18 февраля 1991 г. Series A, № 192.

³ См.: Судебное решение по делу о Национальном союзе полицейских Бельгии от 27 октября 1975 г. Series A, № 192.

⁴ См.: Судебное решение о Союзе машинистов Швеции от 6 февраля 1970 г. Series 20.

ции, не оспариваемую заявителями. Таким образом, жалоба о дискриминации не была поддержан¹.

Недавний пример применения принципов толкования, сформулированных по статье 8 с ограничительными оговорками к жалобе, поданной в связи со статьей 14, можно найти в деле Хоффмана. В этом деле с петицией обратилась женщина, которая вышла замуж и родила двух детей, будучи католичкой, а затем стала членом секты «Свидетели Иеговы». Позднее она разошлась со своим мужем, который остался последователем католицизма. В последующем споре по поводу попечительства над ребенком внутренние суды в конечном счете отдали детей под попечительство отца, приняв во внимание религию матери. Женщина утверждала, что решение было принято в нарушение ее права на семейную жизнь по статье 8, права на свободу религии по статье 9, взятых как в отдельности, так и в сочетании со статьей 14. Как Комиссия, так и Суд предпочли рассмотреть совместное требование по статьям 8 и 14. В судебном решении суд изложил более последовательную позицию, чем та, которая часто излагается в этой категории дел. Как и обычно при рассмотрении дел, связанных с жалобами по статье 8 с ограничительными оговорками, в деле Хоффмана Суд сначала установил нарушение права на уважение семейной жизни (пункт 1 статьи 8). Однако вместо дальнейшего рассмотрения вопроса под углом зрения пункта 2 статьи 8 Суд установил, что заявительница была подвергнута иному обращению, и рассмотрел вопрос о том, подкрепляется ли это обращение объективными и разумными причинами, соразмерно ли оно поставленной законной цели. Установив нарушение статьи 8 в сочетании со статьей 14, Суд сделал следующее заявление:

Европейский Суд... соглашается с тем, что имело место различие в обращении и что это различие строилось по признаку религии...

Такое различие в обращении является дискриминационным в отсутствие «объективного и разумного обоснования», т. е. если оно не обосновано «законной целью» и если нет «разумной соразмерности между использованными средствами и поставленной целью»...

Судебное решение Верховного суда преследовало законную цель, а именно защитить здоровье и права детей...

Несмотря на любые возможные доводы в обратном, отличие, основанное главным образом на различии лишь в религии, не является приемлемым.

Суд... не может установить, что разумная соразмерность существовала между использованными средствами и преследуемой целью; таким образом, имело место нарушение статьи 8 в сочетании со статьей 14².

¹ См.: Судебное решение по делу «Шмидт и Дальстрем» от 6 февраля 1976 г. Series A, № 21.

² Судебное решение по делу Хоффмана от 23 июня 1993 г. Series A, № 255-C, p. 59–60.

При рассмотрении этого дела Суд переходил достаточно свободно от статьи 8 к статье 14, цитируя стандарты статьи 14, «объективное и разумное обоснование» и соразмерность действия средствам, а не стандарт статьи 8 «необходимо в демократическом обществе», хотя указанные цели входят в допустимые ограничения, перечисленные в статье, а именно охрана здоровья и прав детей.

В дополнение к трем критериям, перечисленным в деле «О языках в Бельгии» (иное обращение, объективное и разумное обоснование, соразмерность), Комиссия и Суд иногда рассматривают дополнительный вопрос о том, является ли положение заявителя в достаточной степени аналогичным положению лиц, пользующихся лучшей защитой оспариваемого права. Суд считал, что это условие не было выполнено в деле «Маркс против Бельгии», когда мать и ее внебрачный ребенок утверждали о наличии нарушений статьи 1 (имущество) Протокола № 1, статьи 8 (семейная жизнь) и статьи 14 в применении действующего в Бельгии правом режима к детям, родившимся вне брака. Суд считал, что положение как матери, так и ребенка является достаточно аналогичным положению замужней женщины и ее ребенка, и поэтому государство не может оправдать тот или иной режим, который оно применило. Единственное исключение касалось жалобы ребенка на то, что его право на имущество по статье 1 Протокола № 1 было нарушено: Суд считал это положение неприменимым к ожидаемому наследству¹. Двенадцать лет спустя новая пара заявителей, таких же, как и в деле Маркса, подала новую петицию против Бельгии. В отличие от упоминаемого дела Маркс, дело Вермейер было решено исключительно на основе статьи 8 и статьи 14, и не на основе статьи 1 Протокола № 1². В деле «Инце против Австрии» Суд установил нарушение статьи 1 Протокола № 1 в сочетании со статьей 14, когда австрийский закон отдал предпочтение законным детям по сравнению с незаконными детьми при разделении сельскохозяйственной земли в отсутствие завещания родителя³.

Суд рассматривал несколько измененный вариант обсуждаемого вопроса в деле «Расмюссен против Дании», когда мужчина хотел оспорить свое отцовство по отношению к ребенку, рожденному его женой, но получил отказ в разрешении сделать это в связи с истечением установленных временных пределов. С другой стороны, жена могла запросить проведения исследования с целью установления отцовства в любое время до достижения ребенком совершеннолетнего возраста, если бы она захотела сделать это. Суд не установил нарушения статьи 14 в сочетании со статьей 8 (семейная жизнь), поскольку датское правительство могло оправдать различие между положением матерей и отцов⁴. Приемлемость различий между матерями и внебрачными отцами оспаривалась в прошлые годы неоднократно. В деле

¹ См.: Судебное решение по делу Маркса от 13 июня 1979 г. Series A, № 31.

² См.: Судебное решение по делу Вермейера от 29 ноября 1991 г. Series A, № 214-C.

³ См.: Судебное решение по делу Инце от 28 октября 1987 г. Series A, № 126.

⁴ См.: Судебное решение по делу Расмюссена от 28 ноября 1984 г. Series A, № 87.

«Макмикаэл» Суд не усмотрел нарушения в случае, когда внебрачный отец был признан матерью, но не пытался получить судебного решения о признании его отцовских прав¹. В деле, в котором внебрачный отец ребенка не был уведомлен и его мнение не было учтено до усыновления ребенка, Суд установил нарушение статьи 8 и заявил об отсутствии необходимости рассмотрения прилагаемого иска о дискриминации, оспаривающей различия в обращении между матерями и отцами при рождении внебрачных детей².

В деле «Van der Мюсель против Бельгии» Суд не усмотрел нарушения в случае, когда бельгийское правительство проводило различие между юристами и другими профессиональными группами, статус, найм и функции которых различны.

Отчасти непоследовательность, которую проявляли Комиссия и Суд при рассмотрении аналогичных ситуаций, объяснялась тем, что зачастую они рассматривали вопрос с учетом оправдательных аргументов, выдвинутых государством. Важный пример такой проблемы можно найти в деле Даджона, когда Суд согласился с запрещением британским правительством гомосексуальных отношений между мужчинами, один из которых не достиг 21 года, хотя минимальный возраст для отношений между лесбиянками и разнополыми составлял 17 лет. Все стороны в этом деле согласились с тем, что охрана молодежи является законной целью. Затем Суд не принял во внимание жалобу истца о дискриминации и согласился с утверждением правительства о том, что его интерес стоит в защите «тех, кто является особо уязвимым в силу своего возраста, физической и умственной слабости, отсутствия опыта или находится в состоянии особой физической, официальной или экономической зависимости»³. Ни правительство, ни Суд не считали необходимым рассматривать вопрос о том, применяются ли эти оправдательные доводы главным образом или исключительно к лицам мужского пола, не достигшим возраста 21 года.

Хотя органы Конвенции, рассматривающие жалобы по статье 14, применяют некоторые из принципов толкования, изложенных в статьях Конвенции, с ограничительными оговорками, они не применяют все из них и не применяют их последовательно даже в пределах статьи 14. С учетом предыдущей дискуссии, возможно, является разумным принять косвенное мнение Комиссии и Суда о том, что учет законности государственной цели и соразмерности действий государства по достижению этой цели в соответствии с одной из статей и ограничительных оговорок может устраниТЬ необходимость рассмотрения жалобы по статье 14 на основе тех же критериев. Этот аргумент можно подкрепить признанием того, что условия о рассмотрении жалобы по статье 14 (объективное и разумное обоснование иного обращения с неуказанными целями) является менее строгим, чем условия по дру-

¹ См.: Судебное решение по делу Макмикаэла от 24 апреля 1995 г. Series A, № 307B.

² См.: Судебное решение по делу Кигана от 26 мая 1994 г. Series A, № 290.

³ См.: Судебное решение по делу Даджона от 22 октября 1981 г. Series A, № 35, p. 20, para 49.

гим статьям (в соответствии с законом, или необходимо в демократическом обществе для конкретно указанных целей). Подобным образом в статьях с ограничительными оговорками условие об инициировании рассмотрения (нарушение государством какого-либо защищаемого права) является менее обязательным, чем в случае статьи 14 (условие Эйри: «четкое неравенство обращения» как «основополагающий аспект дела»). Хотя аналитический подход, примененный Комиссией и Судом к делам, связанным с жалобами как по статьям с ограничительной оговоркой, так и по статье 14 может быть оправдан в большинстве случаев, значительно сложнее понять нежелание рассматривать жалобы о дискриминации в случае, в котором утверждается о нарушении права, гарантированного Конвенцией без ограничений. Такие обстоятельства встречаются в относительно небольшом числе дел.

В деле «Тирер» обратившийся с петицией подросток был приговор к трем ударам розгами за совершение противоправного нападения, приведшего к телесным повреждениям. Применимое внутреннее законодательство предусматривает такое телесное наказание в качестве альтернативного или дополнительного наказания лишь в тех случаях, когда правонарушение совершается подростком мужского пола. Хотя Комиссия считала, что факты дела затрагивают вопросы дискриминации по признаку пола и/или возраста, она заявила о том, что установление нарушения статьи 3 (унижающее достоинство обращение) устраняет необходимость рассмотрения жалобы по статье 14. Суд поддержал мнение Комиссии по этому вопросу¹.

В ряде дел затрагивались вопросы по статье 4 (принудительный труд) и статье 14, хотя Суд рассматривал лишь одно из них. В деле «Ван дер Миесель» от одного бельгийского юриста-практиканта потребовали провести для малоимущих клиентов ряд дел без вознаграждения, и заявитель жаловался на нарушение статей 4 и 14. Суд считал, что государство вполне правомерно предъявить такое требование к юристам не только потому, что юристы отличаются от других специалистов, на которых не возложено такое обязательство (таких, как стоматологи, врачи, судьи и другие), но и потому, что оспариваемая практика является одним из средств, с помощью которых Бельгия может осуществлять другое право, гарантированное статьей 6 Конвенции (справедливое разбирательство)². В ряде заявлений утверждалось о нарушениях статей 4 и 14 в отношении внутренних законов и практики, регулирующих альтернативную гражданскую службу, назначаемую вместо обязательной военной службы, и освобождение членов отдельных религиозных групп от любого видов службы. Комиссия рассмотрела жалобу о нарушении пункта 3 б статьи 4 (отказ от военной службы на основании вероисповедания) и статьи 14 в деле «Грандрат против Федеративной Республики Германия». В этом деле член секты «Свидетели Иеговы» утверждал, что ограничение Правительством Германии возможностей освобождения от альтернативной гражданской службы членов протестант-

¹ См.: Судебное решение по делу Тирера от 25 апреля 1978 г. Series A, № 26.

² См.: Судебное решение по делу Ван дер Миесель от 23 ноября 1983 г. Series A, № 70.

ского и католического духовенства и исключение религиозных лидеров из других сект представляет собой дискриминацию, запрещенную по Конвенции. Комиссия признала ограничение приемлемым, учитывая различные функции лидеров разных религиозных общин¹. Некоторые жалобы о дискриминации лиц, отказывающихся от военной службы на основании вероисповедания, были составлены на основании статьи 9 (свобода мысли, совести и религии), а не статьи 4. В петиции против Швеции один из пацифистов, желающий добиться освобождения от альтернативной гражданской службы, утверждал о наличии дискриминации, выражавшейся в том, что только члены секты «Свидетели Иеговы» освобождались и от военной, и от гражданской службы. Эта жалоба было отклонена Комиссией частично на основании весьма строгих правил и режима этой секты.²

Статья 14 затрагивалась в сочетании со статьей 5 (лишение свободы) в деле «Ирландия против Соединенного Королевства». Подавшее петицию правительство утверждало, что Соединенное Королевство применяет свой Закон о специальных полномочиях, который имеет целью способствовать борьбе против террористической деятельности, дискриминационным образом, направив всю его силу против католической общины, но исключая при этом протестантскую общину Северной Ирландии. Несмотря на статистические данные, представленные в поддержку этой жалобы, ни Комиссия, ни Суд не усмотрели нарушения статьи 14 в сочетании со статьей 5, учитывая предоставленные правительству пределы оценки³. Следует отметить в этой связи, что как Правительство Ирландии, так и Правительство Соединенного Королевства согласились с тем, что чрезвычайная ситуация для общества существует по смыслу статьи 15 (которая предусматривает отступление от обязательств по Конвенции при некоторых обстоятельствах). Суд считал, что любое различие в подходе к лицам, совершающим террористические акты в Северной Ирландии, может быть оправдано тем, что при этом преследуется законная цель и используемые средства соразмерны поставленным целям.

¹ См.: «Грандрат против Федеративной Республики Германии». Comm. Report 29.6.67, para. 40. – Yearbook 10, p. 626 (684).

² № 10410/83, Dec.11.10.84. – D.R. 40 p. 203.

³ См.: Судебное решение по делу «Ирландия против Соединенного Королевства» от 18 января, 1978 г. Series A, № 25.

КОММЕНТАРИЙ К СТАТЬЕ 14 КОНВЕНЦИИ¹

**А.И. Ковлер,
судья Европейского Суда по правам человека**

Сопоставление норм статьи 19 Конституции РФ с положениями статей 2 и 7 Всеобщей декларации прав человека и статьи 14 Конвенции дает основания говорить о фактической реализации положений части 4 статьи 15 Конституции о том, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Вместе с тем следует подчеркнуть, что российская концепция дискриминации, в отличие от Конвенции, защищает не только права отдельных лиц, но и групп граждан как таковых, т.е. статья 19 Конституции преследует цель создать правовую базу для защиты не только индивидуальных, но и коллективных прав, разумея под последним права таких категорий населения, как престарелые и молодежь, инвалиды, беженцы, переселенцы, верующие и атеисты, национальные меньшинства и т.д., свидетельством чего являются как части 2 и 4 статьи 13, часть 1 статьи 14, статья 19, части 2–4 статьи 29, статья 30, часть 4 статьи 32 Конституции, так и федеральные законы, например, Федеральный закон «Об общественных объединениях» от 19 мая 1995 г.², действующий Закон РСФСР «О языках народов РСФСР» от 25 октября 1991 г.³ и другие. Так, не считая исчерпанным и не придерживаясь строго принципа рассмотрения исключительно индивидуальных случаев нарушения прав граждан в виде их дискриминации, Конституционный Суд РФ при рассмотрении дела о проверке конституционности части 1 статьи 2 и статьи 16 Закона РСФСР от 18 октября 1991 г. «О реабилитации жертв политических репрессий» в связи с индивидуальной жалобой А. в своем Постановлении от 23 мая 1995 г. подчеркнул, что положения указанного закона по существу и смыслу, придаваемому ему на практике, устанавливают необоснованные и несправедливые различия (в том числе и связанные с возрастом) для определенной категории граждан, признаваемых пострадавшими от политических репрессий в детском возрасте.

Принцип равенства граждан перед законом закреплен и в отраслевом законодательстве, в частности, в новом Уголовном кодексе РФ (статья 4), а нарушение прав граждан наказуется по статье 136 УК штрафом либо лишением свободы до двух лет.

¹ Данный текст является комментарием А.И. Ковлера к соответствующему разделу российского издания книги: Донна Гомъен, Дэвид Харрис, Лео Зваак. «Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика». М., МНИМП, 1998. С. 463–464.

² В настоящее время действует в редакции с изменениями, внесенными № 18-ФЗ от 10.01.2006.

³ В настоящее время носит название «О языках народов Российской Федерации» и действует в ред. Федеральных законов от 24.07.1998 № 126-ФЗ, от 11.12.2002 № 165-ФЗ.

Судебная практика последних лет свидетельствует о возросшем числе исков граждан по поводу допущения в отношении их актов дискриминации либо различного обращения государственных органов с отдельными лицами в одинаковой ситуации. Например, в ходе избирательных кампаний 1993—1996 гг. были зафиксированы случаи отказа избирательных комиссий ряда регионов во внесении в списки избирателей лиц, временно находящихся на их территории, либо беженцев и переселенцев. [...]

ПОСТАНОВЛЕНИЯ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

СОВЕТ ЕВРОПЫ ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Ларкос против Кипра¹ (Жалоба № 29515/95)

Постановление от 18 февраля 1999 г.

[Извлечения]

ФАКТЫ

I. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

A. Заявитель

6. Заявитель — гражданин Кипра 1936 г. р., отставной государственный служащий. 1 мая 1967 г. он арендовал у кипрского государства дом, в котором с тех пор проживал с женой и детьми. Договор аренды жилища во многом походил на типичный договор аренды собственности, включая положения о выплате арендной платы заявителем, использовании и уходе за имуществом, подаче уведомления и дате окончания действия договора. Договор также предусматривал прекращение права аренды в случае перевода заявителя в другой округ, отличный от того, где была расположена недвижимость.

B. Уведомление об освобождении помещения

7. 3 декабря 1986 г. Министерство финансов уведомило заявителя, что разрешение, на основании которого он занимал помещение, было отменено и он должен освободить недвижимость к 30 апреля 1987 г. Он не сделал этого, и 3 июня 1987 г. Генеральный прокурор уведомил его, что, если он не

¹ Перевод АНО «ЮРИКС» (переводчик — Т. Томаева).

освободит дом до 31 июля 1987 г., против него будет возбуждено судебное разбирательство.

8. 3 июля 1987 г. заявитель ответил, что он жил вместе с семьей в этом доме в течение 20 лет. Он был вынужден потратить значительные суммы денег на поддержание и ремонт дома, поскольку ответственные органы власти не проявляли интереса к его поддержанию. Он утверждал, что является «защищенным законом арендатором» в значении, вкладываемом в это понятие Законом о контроле над арендой 1983 г. (Закон № 23/1983 – см. параграфы 14 и 15 ниже), и заявил, что будет продолжать занимать эти помещения до тех пор, пока его защищает закон.

9. 9 марта 1989 г. в ответ на второе письмо от Генерального прокурора от 5 января 1989 г. заявитель повторил свою предыдущую позицию.

С. Процедура выселения

10. 3 февраля 1990 г. Правительство Кипра возбудило против заявителя разбирательство о выселении в окружном суде Никосии. Правительство утверждало, *inter alia*, что заявитель не занимал дом согласно договору аренды в значении Закона о контроле над арендой 1983 г., а помещения были ему предоставлены административным распоряжением в силу его положения как государственного служащего.

11. 5 февраля 1992 г. окружной суд Никосии вынес решение против заявителя. Суд не выскажался по вопросу основания права на имущество, в соответствии с которым заявитель занимал помещения. Толкование Закона о контроле над арендой 1983 г., данное судом, привело его к заключению, что его защита не распространяется на заявителя, поскольку закон обязывает только частных владельцев собственности, но не кипрское государство. Поэтому лицо, арендующее помещения, находящиеся в собственности государства, не может считаться арендатором, которого защищает этот закон.

Заявителю было предписано освободить помещение в срок до 30 июня 1992 г.

Д. Позиция заявителя при обжаловании

12. Заявитель обжаловал это решение в Верховный суд, ссылаясь на ст. 14 Конвенции и ст. 1 Протокола 1. На слушании в Верховном Суде заявитель по существу опирался на следующий довод: его права арендатора жилплощади были «правами собственности» в значении ст. 1 Протокола 1, и он стал жертвой дискриминации в отношении пользования этими правами, поскольку Закон о контроле над арендой 1983 г. в толковании, данном Окружным судом Никосии, не предоставляет защиты лицам, арендующим недвижимость у государства, тогда как тот же закон защищает государство как «охраняемого законом арендатора», если оно арендует помещения, находящиеся в собственности частного лица. Заявитель также утверждал, что он стал жертвой еще одного акта дискриминации в связи с тем, что он пользовался меньшей защитой по соответствующему Закону, чем арендаторы частных лиц.

Е. Отказ в жалобе заявителя

13. 22 мая 1995 г. Верховный Суд отклонил апелляцию заявителя, счтя, что, будучи арендатором, он не мог претендовать на какие-либо права собственности в соответствии со ст. 1 Протокола 1. Суд также счел, что в любом случае понятие равенства не требовало, чтобы лицо, пользующееся защитой Закона о контроле над арендой 1983 г., должно было автоматически предоставлять ту же защиту его или ее арендаторам в случае, если само это лицо владеет собственностью. Наконец, суд в *obiter dictum* выразил мнение, что даже если дело касалось различия в обращении, сохраняемом законом за собственностью, сдаваемой в аренду владельцами – частными лицами, и за собственностью, сдаваемой государством, то и тогда не было бы нарушения Конституции или Конвенции, поскольку «было бы разумно счесть, что нет необходимости предоставлять защиту [арендаторам] по отношению к [государству], которое не находится в том же положении, что и частный собственник, и от него не ожидается управление собственностью государства согласно критериям, подобным тем, которыми руководствуется частный собственник».

В дополнение к этому решению заявитель оказался под угрозой неминуемого выселения.

II. СООТВЕТСТВУЮЩЕЕ ВНУТРЕННЕЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

А. Закон о контроле над арендой 1983 г. (Закон № 23/1983)

14. Согласно ст. 3(1) Закон о контроле над арендой 1983 г. применяется только к жилым помещениям и магазинам в местностях, обозначенных как «регулируемые территории», которые определяются в ст. 2 как любая местность, объявленная таковой согласно предыдущему законодательству о контроле над арендой, и включает любую другую территорию, объявленную таковой постановлением Совета министров. Статья 3(1), не затронутая последующими поправками в Закон 1983 г., устанавливает обстоятельства, в которых может быть принято такое постановление.

Статья 3(1) предусматривает следующее:

«Когда Совет министров считает это необходимым или целесообразным в целях обеспечения наличия жилищ и магазинов для разумной аренды и безопасности владения таковой, или когда общественный интерес в других отношениях этого требует, Совет министров вправе объявить любую территорию на Кипре регулируемой территорией в постановлении, опубликованном в Официальной газете Республики, и тем самым положения настоящего Закона будут относиться ко всем жилым или торговым помещениям на такой территории». [...]

15. Согласно ст. 11 арендаторы жилых помещений, расположенных на «регулируемой территории», которые по истечении или прекращении первого срока договора аренды продолжают занимать помещение («охраняемые законом арендаторы»), не могут быть выселены, за исключением некоторых точно определенных обстоятельств, установленных в Законе о

контроле над арендой. Эти обстоятельства включают неоплату аренды, неразрешенное использование собственности, а также если жилое помещение необходимо владельцу для проживания его самого или его жены, детей или других лиц, находящихся на его иждивении.

В. Конституционные положения

16. Согласно ст. 54(е) Конституции надзор и распоряжение собственностью, принадлежащей Республике Кипр, входит в полномочия Совета министров. Эти полномочия по надзору и распоряжению должны осуществляться в соответствии с положениями Конституции и законодательства. [...]

ВОПРОСЫ ПРАВА

I. РАМКИ ДЕЛА

21. Передавая дело в Суд, правительство указало, что его целью было получить решение о том, обнаруживают ли данные обстоятельства нарушение ст. 14 Конвенции в сочетании со ст. 8 (см. параграф 1 выше). Однако Суд обладает юрисдикцией рассмотреть все дело, как оно было объявлено приемлемым Комиссией, включая жалобу заявителя по ст. 14 Конвенции в сочетании с Протоколом 1 (см., *mutatis mutandis*, решение по делу *Erdagöz v.Turkey* от 22 октября 1997 г., *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VI, пп. 2310-11, §§ 34–36). Это и не оспаривалось правительством, которое полностью затронуло другую жалобу в своих дополнительных замечаниях.

II. ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ НАРУШЕНИЕ СТ. 14 КОНВЕНЦИИ В СОЧЕТАНИИ СО СТ. 8

22. Заявитель, с которым согласилась Комиссия, утверждал, что как арендатор государства он подвергся незаконной дискриминации при пользовании своим правом на уважение жилища ввиду того, что он, в отличие от частного лица, арендующего [собственность] у частного лица, не был защищен от выселения по истечении срока аренды. Он ссылался на ст. 14 Конвенции в сочетании со ст. 8.

23. Статья 14 в части, относящейся к делу, гласит:

«Пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации... по любым иным признакам».

23. Статья 8 в части, относящейся к делу, гласит:

«1. Каждый имеет право на уважение... его жилища...».

25. Заявитель утверждал, что находился в ситуации, аналогичной ситуации частного арендатора, арендующего помещение у частного собственника. Договор аренды, подписанный им в 1967 г., обладал многими из черт обычного договора между собственником и арендатором. Он утверждал, что различие, проводимое в Законе о контроле над арендой 1983 г., как он тол-

ковался национальными судами (см. параграфы 11 и 13 выше), между такими арендаторами, как он, и частными арендаторами, занимающими жилые помещения, находящиеся в частном владении, не может быть оправдано в соответствии со ст. 14. Он, в частности, заявлял, что государство-ответчик не смогло доказать позицию в пользу иного обращения с арендаторами государства в отношении защиты от выселения, за исключением общих ссылок на соображения общественного интереса. Кроме того, при проведении такого различия не было соблюдено равновесие между каким-либо общественным интересом, на который ссылалось государство-ответчик, и защищкой его права на уважение его дома, поскольку оно оказалось несоразмерное воздействие на пользование этим правом, обязав его и его семью покинуть дом, в котором они жили 31 год.

26. Правительство подчеркнуло, что заявитель представлял особую категорию арендаторов, поскольку он арендовал собственность у государства. По этой причине он не находился в значимо сходной ситуации с частным арендатором, арендующим жилище, находящееся в частном владении. В отличие от частного собственника, правительство должно распоряжаться государственной собственностью образом, соответствующим требованиям Конституции и закона. Это по сути означает, что вместо того, чтобы сдавать собственность в аренду преимущественно из соображений извлечения прибыли, оно должно учитывать в своих сделках общественные интересы. Соответственно, было оправданным не предоставлять заявителю защиты от выселения, предоставляемой другим категориям частных арендаторов в конце их аренды по Закону о контроле над арендой 1983 г., чтобы позволить властям принять иные распоряжения по пользованию данной собственностью. Оно утверждало, что предоставление такому арендатору, как заявитель, права неограниченного пребывания в жилище, находящемся в собственности государства, ограничило бы возможность властей выполнить свою обязанность управления государственной собственностью в соответствии с требованиями Конституции и закона. [...]

28. Суд замечает, что он призван рассмотреть только влияние Закона о контроле над арендой в толковании, данном национальными судами, на права заявителя по Конвенции как частного арендатора, арендующего жилое помещение, находящееся в собственности государства и расположеннное на регулируемой территории, а не его влияние на права по Конвенции лиц или объединений, арендующих государственную собственность, в целях, отличных от проживания.

Сделав эту оговорку, Суд отмечает, что не оспаривалось, что г-н Ларкос вправе полагаться на гарантии защиты от незаконной дискриминации, содержащиеся в ст. 14 Конвенции, и он не видит причин придерживаться иной позиции. Суд замечает в этой связи, что жалоба заявителя относится к тому, каким образом предполагаемое различие в обращении неблагоприятно влияет на пользование его правом в отношении его дома, гарантированным ст. 8 Конвенции. Г-н Ларкос не утверждал, что имело место нарушение ст. 8 в силу того факта, что, будучи арендатором государства, он подвергался угрозе выселения из своего дома. Однако в целях применения ст. 14 достаточно, чтобы факты, на которых основывается настоящее дело,

подпадали под сферу применения ст. 8, и применимость этой статьи в данном деле невозможно отрицать ввиду решения Окружного суда Никосии, предписавшего г-ну Ларкосу покинуть свой дом (см., *mutatis mutandis*, решение по делу *Inze v. Austria* от 28 октября 1987 г., Series A, № 126, с. 17, § 36) Более того, даже если заявитель еще не был выселен из своего дома, тем не менее верно, что Закон о контроле над арендой 1983 г. был в действительности применен к нему и ему в ущерб, поскольку он и его семья жили под угрозой выселения с самого момента возбуждения процедуры выселения, и эта угроза стала еще более реальной после решения Верховного Суда (см. параграф 13 выше).

29. Что касается сферы гарантии, предоставляемой в соответствии со ст. 14, Суд напоминает, что согласно его установившейся практике различие в обращении является дискриминационным, если «оно не имеет объективного и разумного обоснования», т.е. если оно не преследует «законной цели» или если «отсутствует разумное отношение соразмерности между примененными средствами и искомой целью». Более того, Договаривающиеся Государства пользуются определенной свободой усмотрения при оценке того, оправдывают ли различие в обращении, и если да, то в какой степени, различия в ситуациях, в иных отношениях схожих (см., например, решение по делу *Gaygusuz v. Austria* от 16 сентября 1996 г., *Reports* 1996-IV, с. 1142, § 42).

Суд должен обратить пристальное внимание на условия договора аренды, который г-н Ларкос заключил с властями, при оценке его утверждений о том, что он находился в существенно сходной или аналогичной ситуации по сравнению с частными арендаторами, арендующими собственность у владельцев – частных лиц. Он отмечает в этой связи, что в договоре аренды не упоминается то, что собственность была сдана ему как государственному служащему, или что продолжение договора аренды зависело от продолжения его трудоустройства на государственной службе. Хотя договор аренды содержал положение о переводе заявителя из округа, в котором располагался дом (см. параграф 6 выше), это положение было внесено, скорее, для защиты его интересов, а не интересов государства в такой ситуации. Более того, в договоре аренды ничего не говорится о последствиях, вытекающих из выхода заявителя на пенсию или ухода в отставку с государственной службы. Также неочевидно, что арендная плата, которую должен был платить заявитель, была установлена по льготной ставке ввиду его статуса. Действительно, правительство не пыталось доказывать в своих замечаниях, что арендная плата г-на Ларкоса была ниже рыночной, или что соглашение об аренде чем-либо отличалось от обычного договора между владельцем и арендатором помещения. Имея в виду эти соображения и, в частности, то, что условия договора аренды ясно показывают, что государство сдавало в аренду собственность в качестве субъекта частного права, Суд полагает, что г-н Ларкос может обоснованно утверждать, что он находился в существенно сходной ситуации с другими частными арендаторами, которые арендуют помещения у частных владельцев, и чья собственность находится на регулируемой территории в значении Закона о контроле над арендой 1983 г.

31. Суд замечает, что государство-ответчик пыталось оправдать различие в обращении между лицами, арендующими государственную собственность, подобно заявителю, и другими частными лицами, арендующими собственность у частных владельцев, указывая на обязанности, которые Конституция налагает на власти в отношении управления государственной собственностью. Признавая, что определенная мера, имеющая своим результатом различие в обращении между лицами, находящимися по существу в сходной ситуации, может быть оправдана на основании общественного интереса, Суд тем не менее считает, что в данном деле правительство не представило никакого убедительного объяснения того, каким образом выселение заявителя может послужить общему интересу. Оно не указало на какой-либо превосходящий интерес, который мог бы послужить оправданием лишения заявителя защиты, предоставляемой другим арендаторам по Закону о контроле над арендой 1983 г. Что касается довода правительства о том, что сдача в аренду жилых помещений, находящихся в собственности государства, не мотивирована преимущественно соображениями извлечения дохода, и по этой причине оно не может сравниваться с частными владельцами (см. параграф 26 выше), Суд хотел бы заметить, что ничто не препятствует государству требовать от своих арендаторов уплаты аренды по рыночной ставке, и, как уже было отмечено, в настоящем деле не утверждалось, что ставка арендной платы для заявителя была льготной. Действительно, необходимо вспомнить, что государство предоставило заявителю собственность, действуя не в публично-правовом качестве и руководствуясь общественными интересами, но как участник частноправовой сделки (см. параграф 30 выше).

Суд также хотел бы отметить, что данное законодательство предполагалось как мера социальной защиты для арендаторов, проживающих в определенных районах Кипра. Решение не распространять эту защиту на арендаторов жилых помещений, находящихся в государственной собственности, бок о бок живущих с арендаторами жилищ, находящихся в частном владении, требует особого обоснования, тем более, что само государство защищено этим законодательством, когда оно арендует собственность у частных лиц (см. параграфы 12 и 13 выше). Однако правительство не привело какого-либо разумного и объективного оправдания данного различия, которое удовлетворяло бы требованиям ст. 14 Конвенции, даже с учетом его свободы усмотрения в области контроля над собственностью.

32. Соответственно, Суд приходит к выводу, что имело место нарушение ст. 14 Конвенции в сочетании со ст. 8.

III. ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ НАРУШЕНИЕ СТ. 14 КОНВЕНЦИИ В СОЧЕТАНИИ СО СТ. 1 ПРОТОКОЛА № 1

33. Заявитель утверждал, что в силу условий его договора аренды, он пользовался определенными правами собственности в отношении данного дома, которые, совместно с защитой от выселения, гарантированной арендаторам по Закону о контроле над арендой 1983 г., могли быть приравнены к «имуществу» в значении ст. 1 Протокола № 1. По его утверждению, лише-

ние защиты от выселения на основании его статуса арендатора государства было вмешательством в его право на уважение собственности и составляло нарушение ст. 14 Конвенции, взятой в сочетании со ст. 1 Протокола № 1.

34. Статья 1 Протокола № 1 в части, относящейся к делу, гласит:

«Каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности...».

35. Правительство в ответ утверждало, что заявитель не имел никакого интереса в собственности, сданной ему в аренду, который составлял бы «имущество» в значении ст. 1 Протокола № 1. По этой причине он не мог ссылаться на ст. 14 Конвенции. Оно добавило, что, если Суд придет к противоположному заключению, то приведенные правительством аргументы в обоснование различия обращения в контексте другой жалобы заявителя (см. параграф 26 выше) равным образом действительны для поддержки вывода, что под этим пунктом нарушение также не имело места.

36. Суд полагает, соглашаясь с выводом Комиссии, что нет необходимости отдельно рассматривать эту жалобу с учетом его решения по жалобе заявителя по ст. 14, взятой в сочетании со ст. 8 (см. параграф 32 выше). [...]

По этим основаниям суд единогласно:

1. *Постановил*, что имело место нарушение ст. 14 Конвенции в сочетании со ст. 8 Конвенции;

2. *Постановил*, что нет необходимости рассматривать жалобу заявителя по ст. 14 Конвенции в сочетании со ст. 1 Протокола № 1 [...]

Луциус Вильдхабер, председатель
Микеле де Сальвия, секретарь

**СОВЕТ ЕВРОПЫ
ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА**

Дело о языках в Бельгии¹

Жалобы № 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 и 2126/64

Постановление от 23 июля 1968 г.

[Извлечения]

8. Согласно статье 14 (ст. 14) Конвенции пользование правами и свободами, изложенными в ней, должно обеспечиваться без какой бы то ни было дискриминации («sans distinction aucune»), в том числе на основании языка; и по условиям статьи 5 Протокола (П1-5), та же гарантия равным образом применяется к правам и свободам, изложенным в этом инструменте. Отсюда следует, что и статья 2 Протокола (П1-2), и статья 8 Конвенции (ст. 8)

¹ Перевод АНО «ЮРИКС» (переводчик – Т. Томаева).

должны толковаться и применяться Судом не только изолированно, но и с учетом гарантии, установленной в статье 14 (ст. 14 + П1-2, ст. 14 + 8).

9. Несмотря на то, что эта гарантия не обладает независимым существованием в том смысле, что, по условиям статьи 14 (ст.14), она относится исключительно к «правам и свободам, изложенным в Конвенции», мера, которая сама по себе соответствует требованиям этой статьи, воплощающей данное право или свободу, может, однако, содержать нарушение этой статьи, рассматриваемой в сочетании со статьей 14 (ст. 14), по причине своего дискриминационного характера.

Так, лица, находящиеся под юрисдикцией Договаривающегося государства, не могут вывести из статьи 2 Протокола (П1-2) права требовать от государственных властей создания определенного вида образовательного учреждения; однако государство, создавшее такое учреждение, не может при установлении требований к поступлению принимать дискриминационные меры по смыслу статьи 14 (ст. 14).

Чтобы напомнить дальнейший пример, приведенный в ходе разбирательства, статья 6 (ст. 6) Конвенции не заставляет государства учреждать систему апелляционных судов. Государство, создающее такие суды, тем самым выходит за пределы своих обязательств по статье 6 (ст. 6). Однако нарушением этой статьи, толкуемой в сочетании со статьей 14 (ст. 14 + 6), было бы, если бы оно запретило определенным лицам доступ к этим средствам защиты без законной на то причины, при этом делая их доступными для других лиц в отношении такого же типа действий.

В подобных случаях имело бы место нарушение гарантированного права или свободы, провозглашенных соответствующей статьей, читаемой в сочетании со статьей 14 (ст. 14), – как если бы последняя составляла неотъемлемую часть каждой из статей, устанавливающих права и свободы. В этом отношении не должно делаться никаких различий согласно природе прав и свобод и соответствующих им обязательств и, например, относительно того, предполагает ли должное соблюдение данного права позитивное действие или простое воздержание. Более того, это ясно демонстрируется весьма общим характером терминов, используемых в статье 14 (ст. 14) – «пользование правами и свободами, изложенными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено».

10. Несмотря на достаточно общую формулировку французской версии («*sans distinction aucune*», т.е. «без какого-либо различия»), статья 14 (ст. 14) не запрещает любых различий в обращении при осуществлении признанных прав и свобод. Эта версия должна читаться в свете более ограничительного текста английской версии («*without discrimination*», без дискриминации). Кроме того, в частности, можно было бы прийти к абсурдным результатам, если бы мы придавали статье 14 (ст. 14) толкование столь широкое, как то, которое, как представляется, подразумевает французская версия. По сути, нам бы пришлось осудить как противоречащие Конвенции каждое из множества правовых или административных положений, которые не обеспечивают каждому полное равенство в обращении при пользовании признанными правами и свободами. Правомочные национальные власти часто сталкиваются с ситуациями и проблемами, которые на осно-

вании присущих им различий требуют различных правовых решений; более того, иногда юридическое неравенство только служит исправлению неравенства фактического. Следовательно, вышеупомянутое расширительное толкование принять нельзя.

Поэтому важно искать критерии, позволяющие определить, противоречит ли данное различие в обращении, касающееся, конечно, осуществления одного из изложенных прав и свобод, статье 14 (ст. 14). По этому вопросу Суд, следуя принципам, которые можно извлечь из юридической практики большого числа демократических государств, полагает, что принцип равенства нарушается, если различие не имеет объективного и разумного оправдания. Существование такого оправдания должно оцениваться в отношении к цели и результатам рассматриваемой меры, с учетом принципов, обыкновенно преобладающих в демократических обществах. Различие в обращении при осуществлении какого-либо права, установленного в Конвенции, должно не только преследовать законную цель – статья 14 (ст. 14) равным образом нарушается, когда ясно установлено отсутствие разумного отношения соразмерности между использованными средствами и искомой целью.

В попытках выяснить в данном деле, было ли различие проведено произвольно, Суд не может пренебрегать теми правовыми и фактическими особенностями, которые характеризуют жизнь общества в государстве, которое как Договаривающаяся Сторона несет ответственность за оспариваемую меру. При этом он не может принимать на себя роль компетентных национальных властей, ибо тем самым он утратит вспомогательный характер международного механизма коллективного правоприменения, установленного Конвенцией. Национальные власти остаются свободными выбирать меры, которые они считают подходящими в тех вопросах, которые определяются Конвенцией. Суд же рассматривает только соответствие этих мер требованиям Конвенции.

11. В настоящем деле Суд отмечает, что статья 14, даже рассматриваемая в сочетании со статьей 2 Протокола (ст. 14 + П1-2), не означает гарантирования ребенку или его родителю права получать образование на языке по его выбору. Предмет этих двух статей (ст. 14 + П1-2), взятых в сочетании, более ограничен: он состоит в обеспечении того, чтобы право на образование гарантировалось каждой Договаривающейся Стороной каждому, находящемуся под ее юрисдикцией, без дискриминации на основании, например, языка. Это естественное и обычное значение статьи 14 (ст. 14), рассматриваемой в сочетании со статьей 2 (ст. 14 + П1-2). Более того, толкование этих двух положений как гарантию каждому, находящемуся под юрисдикцией государства, права получать образование на языке по его собственному выбору привело бы к абсурдным результатам, ибо любой тогда смог бы требовать любого языка обучения на любой из территорий Договаривающихся Государств.

Суд отмечает, что там, где Договаривающиеся Стороны намеревались предоставить каждому, находящемуся под их юрисдикцией, определенные права в отношении использования или понимания языка, как в статье 5 п.2, статье 6 п. 3 «а» и ст. 6 п. 3 «е» (ст. 5-2, ст. 6-3-а, ст. 6-3-е) Конвенции,

они сделали это, используя недвусмысленные формулировки. Следует заключить, что если бы они намеревались создать для каждого в их юрисдикции особое право в отношении языка обучения, они бы сделали это ясным образом в статье 2 Протокола (П1-2). По этой причине также Суд не может приписать статье 14 (ст. 14), читаемой в сочетании со статьей 2 Протокола (ст. 14+П1-2), значение, которое обеспечило бы каждому, находящемуся в юрисдикции одной из Договаривающихся Сторон, право на образование на языке по его собственному выбору.

ЕВРОПЕЙСКИЙ СОЮЗ

ДИРЕКТИВЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СООБЩЕСТВА, ЗАПРЕЩАЮЩИЕ ДИСКРИМИНАЦИЮ ПО РАСОВОМУ И ГЕНДЕРНОМУ ПРИЗНАКАМ¹

Джеймс Голдстон

История вопроса: запрещение дискриминации по признаку пола

Европейская судебная практика в сфере расовой дискриминации небогата – об этом свидетельствует изучение документов Европейского Суда по правам человека. Гораздо больший опыт и более солидный корпус прецедентов в Европе накоплен в области дискриминации по признаку пола.

Процесс внесения в текст Договора о создании Европейского сообщества нормы о запрещении расовой или этнической дискриминации затянулся до 1999 г., в то время как базовая гарантия равной оплаты за равную долю труда мужчин и женщин была включена в основополагающий документ о создании Европейского сообщества – Римский договор – в 1957 г.; в настоящее время это статья 141 (ранее – статья 119)² действующей редакции Договора. Такая ситуация отличается от той, что сложилась в США, где в силу исторических причин судебная практика защиты гражданских прав активизировалась в 30-е годы прошлого столетия за счет исков афроамериканцев: вызов, брошенный расовой дискриминации в деле «Браун против департамента образования», доказал эффективность судебного иска как средства достижения социальных изменений. Хотя движение в защиту прав женщин возникло в США намного раньше, суды начали применять закон о запрете дискриминации по признаку пола примерно с 1970 г., опираясь на опыт дел о расовой дискриминации. В США борьба с гендерной дискрими-

¹ Из книги «Борьба с дискриминацией в России: основные направления деятельности для юристов и активистов правозащитного движения» / Под ред. А.К. Соболовой. – М., «Юристъ», 2004. С. 133–146. Перевод публикуется в новой редакции.

² Амстердамским договором изменена нумерация бывшей ст. 119 Римского договора и внесены изменения в текст; новая ст. 141 распространяет концепцию равной оплаты за равный труд также на «труд равной ценности».

нацией явно уступает пальму первенства борьбе с дискриминацией расовой. В Европе все происходит с точностью до наоборот.

Нормы европейского законодательства о равенстве полов имели в первую очередь экономические, а не моральные, политические или социальные корни. Таким образом, ст. 119 о равной оплате за равный труд была включена в Римский договор с экономической целью: «ослабить или устраниТЬ последствия определенных искажений, создающих благоприятный или, напротив, неблагоприятный режим для тех или иных сфер деятельности». Франция настаивала на включении этой статьи в Договор по вполне эгоистическим экономическим мотивам: она опасалась, что национальное законодательство о защите прав рабочих, включая положения о равной оплате труда (на тот момент более прогрессивные по сравнению с законодательством партнеров Франции по Римскому договору), поставит страну в невыгодное с точки зрения конкуренции положение, поскольку французская промышленность была вынуждена нести дополнительные расходы на социальную защиту.

По мере того, как развивался и набирал силу процесс европейской интеграции, Европейская комиссия приняла ряд директив о равенстве полов, оснований для чего становилось все больше, как экономических, так и иных, более возвышенного свойства. В 1976 г. Суд Европейских сообществ определил две цели, преследуемые ст. 119. Изначальная цель – сугубо экономическая: государства, реализовавшие принцип равной оплаты, не должны попадать в невыгодное положение из-за конкуренции внутри Сообщества. Другая цель заключалась в том, что гарантia равной оплаты должна составлять часть социальных задач Сообщества, которое не только представляет собой экономический союз, но в то же время призвано совместными усилиями обеспечивать социальный прогресс и добиваться постоянного улучшения условий жизни и работы населения составляющих его стран¹. В 1978 г. Суд Европейских сообществ признал, что «соблюдение основных прав личности является одним из основополагающих принципов законодательства Сообщества. [...] Несомненно, что искоренение дискриминации по признаку пола составляет часть этих основных прав»².

Европейское сообщество немало сделало для искоренения дискриминации по признаку пола. Так, после введения ст. 119 в Римский договор Совет ЕЭС принял ряд директив, уточняющих обязательства государств – членов ЕС в этой сфере:

– Директиву 75/117/ЕС о равной оплате труда мужчин и женщин, обеспечивающую практическую реализацию принципа равной оплаты за равный труд, установленного ст. 119, и вводящую концепцию равной оплаты за труд равной ценности;

– Директиву 76/207 о равном праве на трудоустройство, профессиональное обучение и продвижение по службе и о праве на равные условия труда, согласно которой принцип равноправия означает «полное отсутствие дис-

¹ См.: дело Дефрен (1976 г.) № 2. Архив Суда Европейских сообществ. Т. 455. Дело № 43/75.

² Дело Дефрен (№ 3), дело № 149/77 (1978 г.) Архив Суда Европейских сообществ Т. 1365, 1378.

кriminacii po priзнакu pola, kak otkrytoi, tak i skrytoi, v chasnosti, po priзнакu sem'jinoi polozheniya ili sostoianiya v brakse». Direktiva predusmartsrivat vozmozhnost' priyatiya aktivnyx mer, napravlennyx na preodolenie diskriminacii;

– Direktivu 79/7 o poetapnoi realizaciya prinциpa ravnopravija v sfere gosudarstvennyx programm sozial'nogo obespecheniya;

– Direktivu 86/378/EEC o realizaciya prinциpa ravnopravija v schemakh sozial'nogo obespecheniya rabotnikov (s izmeneniyami, vnesennymi Direktivoy 86/977/EC);

– Direktivu 86/613/EEC o ravnopravii mužchin i ženščin – individuálnykh predprinimatelей, v tom chisle v sel'skom hozjajstvye;

– Direktivu 92/85/EC ob ohrane zdrav'ya i obespechenii bezopasnosti truda rabotnic v period beremennosti i poslerodovoy period;

– Direktivu 96/34/EC ob otpuskakh po uходu za rebenkom;

– Direktivu 97/80/EC o bremeni dokazyvaniya v ramkakh iskov o diskriminacii po priзнакu pola. Coglasno etoy direktive bremya dokazyvaniya otstutstvija narusheniya prinциpa ravnopravija vozlagayetsya na otvetchikov, obvinyayemyx v diskriminacionnoi praktike.

Etih direktiv sostavili osnovnoi korpus precedentov Suda Evropejskix сообществ v Luksemburge, kotoriy neodnokratno tolkoval polozheniya etix direktiv. Tak, Direktiva 76/207 o ravnom prave ženščin i mužchin na trudoustroystvo рассmatrivalas' Evropejskim Sudom v dele «Torgoviy dom "Bilk'a" protiv Webera fon Härца» (1986 g.).¹ Sud ustavonil, что законodateliysov Soobshchestva v ravnoy mере запрещает как явную, tak i nepromedrennuu скрытую diskriminaciju. Bylo priznanno, что iskluchenie rabotodatelym лиц, rabaotayushchix po sovmestitel'stviyu, iz schemy pensionnogo obespecheniya, v gorazdo bol'shey stepeni затрагivavše mužchin, chen ženščin, predstavlyayet soboy skrytuu diskriminaciju i dologno byty opravdano objektivnym kriteriem, ne imyeuyim otñosheniya k polu rabotnika.

ЕС и права человека

Dogovor o Evropejskom Soyuze (v redakcii Amsterdamskogo i Niitskogo Dokovorov) zakreplil i razvил точку zreniya, soglasno kotoroy EC – это союз ne только ekonomicheskiy. Coglasno st. 6(1) Dokovora, «Soyuз ostanovan na prinциpax slobody, demokratii, uважeniya prav cheloveka i osnovnyx slobod, a takzhe prinциple verhovenstva prava». Statiya 6(2) glasit: «Soyuз v kachestve obshix prinциpov prava Soobshchestva uважayet osnovnye prava kak oni garantirovany Evropejskoy konvencijoi o zashite prav cheloveka i osnovnyx slobod... i kak oni vytekayut iz obshix dlya gosudarstv-chlenov konstitucionnyx tradiciy».

«Dogovor Niitsy» ukrepil prinциp соблюдения prav cheloveka, dopolniv st. 7 Dokovora polozheniem o priostanovlenii chlenstva gosudarstva v EC v sluchae «ser'eznogo i sistematičeskogo narusheniya gosudarstvom – chlenom EC prinциpov, izložennyx v st. 6(1)».

¹ См.: Arxiv Suda Evropejskix сообществ. T. 1607. Delo № 170/84.

ЕС и борьба с дискриминацией

На саммите, состоявшемся в Ницце в декабре 2000 г., была принята Хартия Европейского Союза об основных правах. И хотя Хартия носит декларативный характер, поскольку не является обязательной, адвокаты и судьи, сталкивающиеся с необходимостью формулировать содержание не сложившихся окончательно европейских норм и стандартов в конкретных областях, могут ссылаться на этот документ. Следует отметить, что ст. 20 Хартии предусматривает «равенство всех и каждого перед законом», а ст. 21(1) запрещает «дискриминацию по каким бы то ни было признакам», включая «половую и расовую принадлежность, цвет кожи, этническое или социальное происхождение, [...] принадлежность к национальным меньшинствам», а также «инвалидность, возраст или сексуальную ориентацию».

Амстердамским договором внесены изменения в Договор об учреждении Европейского Союза, закрепившие те значительные успехи, которых удалось достичь в борьбе с дискриминацией. Согласно ст. 13 Совет Европейского сообщества впервые получил полномочия принимать соответствующие меры для борьбы с дискриминацией, в том числе по расовому или этническому признаку. Таким образом, были заложены основы для становления в ЕС формального законодательства, запрещающего расовую дискриминацию. Статья 13 вступила в силу одновременно с остальными положениями Амстердамского договора 1 мая 1999 г. после его ратификации всеми государствами – членами ЕС.

К осени 1999 г. Европейская комиссия свела воедино пакет предложений по практической реализации ст. 13 Договора; два предложения из этого пакета были приняты Советом Европейского сообщества в 2000 г. и носят императивный характер: Директива о выполнении принципа равного обращения независимо от расовой или этнической принадлежности¹ и Рамочная директива о праве на трудоустройство (запрет на иные виды дискриминации, помимо расовой, но только при трудоустройстве). Директива о равном обращении независимо от расовой принадлежности была согласована и принята Советом Европейского сообщества всего через семь месяцев после ее представления Совету – к июню 2000 г. Тем самым был создан прецедент принятия законодательного акта Сообщества, требующего внесения изменений в национальные законодательства государств. Одним из важнейших факторов, лежавших в основе этого уникального проявления единой политической воли, стал тот факт, что директива была принята как раз во время формирования в Австрии нового правительства с участием Партии свободы, возглавляемой И. Хайдером.

В течение трех лет с даты принятия данной Директивы (т.е. к лету 2003 г.) все государства – члены ЕС должны принять законодательные и подзаконные акты, а также административные инструкции, необходимые для практической реализации декларированных в ней принципов. Кроме того, Директива составляет часть *acquis communautaire* и в этом качестве должна

¹ Директива Совета ЕЭС 2000/43/ЕС от 29 июня 2000 г. См.: Дискриминация вне закона: сборник документов. М., 2003, С. 360–370.

найти адекватное отражение в национальном законодательстве стран-кандидатов, готовящихся ко вступлению в ЕС. До сегодняшнего дня законодательство ряда государств-членов и кандидатов в члены ЕС предусматривает весьма слабые средства защиты от дискриминации либо совсем не предусматривает такой защиты. Директива способна радикально изменить ситуацию в сфере антидискриминационного законодательства на большей части территории Европы.

Определение дискриминации. Директива (ст. 1 и 2) запрещает как явную, так и скрытую дискриминацию. Согласно определению явной дискриминации, взятому практически дословно из Директивы Совета Европейского сообщества 97/80 ЕС о возложении бремени доказывания в рамках дел о дискриминации по признаку пола на ответчика, явная 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 или этнической принадлежности». Примером может служить агентство по найму, которое проводит политику отказа в приеме заявлений от соискателей-цыган, или комиссия по обеспечению социальным жильем, которая намеренно выделяет представителям отдельной этнической группы малопригодное для проживания жилье. В отличие от американского прецедентного права в данном случае от истца не требуется доказать дискриминационное намерение. Критерием здесь является неравное отношение.

Скрытая дискриминация имеет место, «когда внешне *нейтральные* положение, критерий или практика ставят лиц определенной расовой или этнической принадлежности в очевидно невыгодное положение *по сравнению с другими лицами*, за исключением случаев, в которых такие положения, критерии или практика *объективно оправданы законной целью*, и средства достижения этой цели также являются *целесообразными и необходимыми*» (выделено автором. – *Прим. ред.*).

Таким образом, например, администрация универмага, запрещающая вход в него лицам в длинных юбках, может быть обвинена в дискриминации по расовому или гендерному признаку на том основании, что хотя само содержание правила внешне не имеет признаков такой дискриминации, на практике оно приведет к тому, что доступ в универмаг будет в большей степени ограничен для женщин, нежели для мужчин, а также для представителей отдельных этнических групп, традиционно носящих длинные юбки. Если истец в состоянии доказать, что такое правило ставит женщин или членов определенной расовой группы в невыгодное положение, этого достаточно для возбуждения дела о дискриминации. Однако в отличие от доказательства явной дискриминации, которое не подлежит опровержению (т.е. если истец доказывает, что столкнулся с менее благоприятным к себе отношением в силу его расовой принадлежности, он выигрывает дело), иск о скрытой дискриминации может быть отклонен. Например, если будет доказано, что запрет доступа в универмаг посетителям в длинных юбках ставит в невыгодное положение женщин или представителей отдельных меньшинств, владелец универмага может, в свою очередь, представить до-

казательства того, что запрет на доступ посетителей в длинных юбках имел законную цель, а также был целесообразным и необходимым.

Владелец универмага может заявить, что запрет на доступ посетителей в длинных юбках является эффективной мерой предотвращения краж, поскольку по опыту организации посетители в длинных юбках чаще других склонны брать вещи и прятать их под юбкой, не заплатив. Тем не менее даже если суд признает цель законной, он может поставить под сомнение целесообразность и необходимость такой меры по предотвращению преступлений. Так, суд может усомниться в том, что владелец универмага не имел возможности предотвратить кражи иными способами, в меньшей степени ущемляющими интересы женщин и представителей определенных этнических групп, например, такими, как наем охранников, размещение дорогостоящих товаров под стеклом или установка камер слежения.

Сравнение с другими/статистика. Явную и скрытую дискриминацию объединяет то, что истец должен доказать, что его права были ущемлены в сравнении с другими. В отношении явной дискриминации он должен доказать, что «сталкнулся с менее благоприятным к себе отношением, чем иное лицо», а в отношении скрытой дискриминации — что он «был поставлен в очевидно невыгодное положение по сравнению с другими лицами». Зачастую это означает, что истец, особенно когда дело касается скрытой дискриминации, представит в качестве доказательства данные, показывающие отношение к истцу и другим членам той же этнической группы в сравнении с членами этнического большинства.

В сфере дискриминации по признаку пола доказывание исков о скрытой дискриминации — дело сложное, но не невозможное. Сбор соответствующих статистических данных о разных последствиях правил или практики для женщин и мужчин зачастую требует значительных трудовых, временных и финансовых затрат. Директива о равноправии рас устанавливает (пreamble, ст. 15), что факт скрытой дискриминации может быть «доказан любыми средствами, в том числе на основании статистических данных». Тем не менее эта задача может быть осложнена в силу того, что во многих странах учет данных по расовой или этнической принадлежности субъектов, как правило, не ведется. В некоторых странах ведение такой статистики может противоречить требованиям, предъявляемым к защите информации. Действительно, и общество, и антirасистские неправительственные организации активно сопротивляются сбору данных об этнической принадлежности. Изучение этнического состава заключенных было бы весьма затруднительным во многих европейских странах, где уголовная статистика не учитывает расовой или этнической принадлежности подсудимых.

Таким образом, важно отметить, что Директива о равноправии рас 2000 г. заходит дальше предыдущих директив о равноправии полов, поскольку устанавливает *несколько менее жесткие стандарты доказательства сравнительного неравноправия*, чем в отношении дискриминации по признаку пола. Например, в рамках исков о скрытой дискриминации истец не обязан доказывать, что правило, являющееся основанием для иска, *ставит* членов определенной этнической группы в невыгодное положение по сравнению с другими гражданами; достаточно доказать, что правило *может* поставить

их в невыгодное положение. Подобным образом определение явной дискриминации предусматривает доказывание того, что одно лицо сталкивается с менее благоприятным к себе отношением, чем то, с которым другое лицо *сталкивается, сталкивалось или может столкнуться* в аналогичной ситуации. На практике это означает отсутствие необходимости доказывать, что то или иное положение имеет дискриминационные последствия для членов определенной этнической группы, достаточно доказать, что оно *будет или может* иметь такие последствия. Таким образом, бремя доказывания для истца было смягчено.

Бремя доказывания. Директива о выполнении принципа равного обращения независимо от расовой или этнической принадлежности перекладывает бремя доказывания в рамках гражданских исков о расовой дискриминации с истца на ответчика, предусматривая, что после того, как будут установлены основания для возбуждения иска о дискриминации (т.е. факты, на основании которых можно предположить наличие дискриминации), «*обязанность по доказыванию отсутствия факта нарушения принципа равенства возлагается на обвиняемого в дискриминации*» (ст. 8).

Обоснование переложения бремени доказывания в рамках исков о дискриминации очевидно: на практике зачастую только обвиняемый в дискриминации обладает информацией, которая необходима для объяснения того, что побудило его принять решение, последствием которого является обвинение в дискриминации. Следует иметь в виду, что это положение не действует в отношении уголовных дел, в рамках которых бремя доказывания на протяжении всего процесса возлагается на государственное обвинение.

Объем (области) применения. Директива о выполнении принципа равного обращения 2000/43 применима как к государственному, так и к частному сектору. Ее положения регулируют трудовые отношения и условия труда, в том числе трудоустройство, продвижение по службе, увольнение и зарплатную плату; социальное обеспечение и здравоохранение; образование; доступ к товарам и услугам, предлагаемым населению, включая обеспечение жильем.

Национальность. Согласно п. 13 преамбулы Директивы запрет на дискриминацию по расовой или этнической принадлежности распространяется и на граждан третьих стран, т.е. на лиц, не являющихся гражданами государств – членов ЕС. Таким образом, венгерский¹ цыган, на законных основаниях пребывающий на территории Франции, имеет право заявить, что он стал жертвой дискриминации по расовому или этническому признаку, если его не пустият в джаз-бар. В то же время Директива не охватывает различие в обращении, основанное на принадлежности к нации или гражданству третьих стран (ст. 3(2)). Так, венгр не имеет возможности заявить, что его не пустили в заведение на том основании, что он является венгром, но смог бы заявить на том основании, что он цыган. На практике дискриминация по расовому или этническому признаку и различное отношение, основанное на гражданстве, часто накладываются одно на другое. Определить истин-

¹ Статья Дж. Голдстона написана в 2003 г., когда Венгрия еще не была членом ЕС. – *Прим. ред.*

ную причину неравного отношения к человеку зачастую довольно сложно, и в этом случае приходится проводить расследование мотивации, которое часто осложняет жизнь американским судам.

Директива не регулирует сферу иммиграции – «положения и условия, касающиеся въезда граждан третьих стран и лиц без гражданства на территорию государств – членов ЕС и их пребывания на территории таких стран» (ст. 3(2)). Таким образом, государства – члены ЕС имеют возможность дискриминировать людей по расовому или этническому признаку при проведении политики в отношении предоставления убежища или иммиграционной политики. Например, Великобритания, и не только она, проводит явные различия между представителями различных расовых и этнических групп при решении вопроса о предоставлении убежища. Правительство Великобритании заявляет, что такая практика позволяет учитывать тот факт, что некоторые из ищущих убежища преследуются в своих странах исключительно на основании этнической или расовой принадлежности. Однако бытуют мнения, согласно которым столь явные расовые различия преследуют менее благородные цели.

Исключения в отношении объективных и важнейших профессиональных требований (ст. 4 Директивы об обеспечении принципа равного обращения 2000/43). Такие исключения должны быть сформулированы предельно узко. Так, исключение может быть сделано для требования, согласно которому роль Отелло в шекспировской трагедии должен исполнять только чернокожий актер. В Нидерландах существует аналогичное, хотя, возможно, и более спорное исключение в отношении требования, согласно которому рекламировать бикини должны только женщины.

Активные меры по преодолению дискриминации. Директива оставляет на усмотрение государств принятие конкретных мер для предотвращения или компенсации за неудобства, связанные с расовой или этнической принадлежностью (ст. 5). В рамках критерия скрытой дискриминации у государств имеется возможность принимать меры, обеспечивающие преимущества меньшинствам, исторически являющимся жертвами дискриминации, если (а) такие меры имеют своей законной целью частичную компенсацию фактического неравенства, возникшего вследствие имевшей место в прошлом дискриминационной практики, и (б) характер и объемы существующего неравенства оправдывают принятие мер по предоставлению преимуществ.

Аналогичные положения, содержащиеся в принятых ранее директивах о запрете на дискриминацию по половому признаку, истолковывались Судом ЕС как разрешающие государствам (но не требующие от них таких действий) принимать активные меры по преодолению дискриминации при условии, что действие таких мер ограничено во времени периодом, необходимым для преодоления конкретной ситуации, на исправление которой они направлены, и что такие меры являются достаточно гибкими и допускают исключения в особых случаях.

Дело «Каланке против г. Бремена» (1995 г.)¹ касалось закона о позитивных мерах, принятого в немецкой земле Бремен, согласно которому при прочих равных условиях женщинам равной квалификации отдавалось предпочтение перед мужчинами при назначении на должности в тех органах, где число женщин было непропорционально малым (т.е. согласно приведенной в законе формулировке там, где женщины «не составляют не менее половины персонала учреждения, относящегося к той или иной категории по размерам заработной платы и объемам прочих видов вознаграждения»). На основании этого положения власти земли Бремен назначили г-жу Глишман на должность начальника отдела в департаменте городских парков. Г-н Каланке предъявил иск о дискриминации по половому признаку в нарушение ст. 2(1) Директивы о соблюдении принципа равенства мужчин и женщин в вопросах, касающихся доступа к работе 76/207; власти земли Бремен ссылались на ст. 2(4).

Суд ЕС установил, что ст. 2(4) разрешает принятие органами власти государств мер в отношении прав на трудоустройство, в том числе на продвижение по службе, которые обеспечивают конкретные преимущества женщинам в целях повышения их конкурентоспособности на рынке труда и равных с мужчинами возможностей продвижения по службе. Тем не менее меры, изначально отступающие от принципа учета личных качеств, противоречат ст. 2(4); устанавливаемые государствами правила, которые гарантируют женщинам абсолютный и безусловный приоритет при назначении на должности или повышении в должностях, выходят за рамки политики обеспечения равных возможностей и нарушают границы исключения, предусмотренного ст. 2(4) Директивы. Таким образом, сложившаяся в г. Бремене система подменяет предусмотренное ст. 2(4) равенство возможностей результатом, который может быть получен только посредством предоставления такого равенства возможностей.

Следует отметить, что решение суда по делу Каланке критиковалось как излишне формалистское, уделяющее недостаточно внимания проблемам женщин, ориентированное исключительно на конкретный случай, не принимающее в расчет причины и системный характер дискриминации и в конечном счете никак не способствующее ее искоренению.

В деле «Маршалл против земли Северный Рейн – Вестфалия» (1997)² Суд ЕС сделал попытку учесть критику в свой адрес. Г-н Маршалл, учитель, подал заявление на повышение по службе. Районное управление, однако, сообщило ему, что намеревается назначить на должность соискателя-женщину на основании закона, предусматривающего приоритет для женщин равной квалификации при назначении на должности в учреждениях, где число женщин непропорционально мало. В отличие от ситуации, сложившейся в деле Каланке, закон этой земли содержал спасительную оговорку: приоритет предоставлялся женщинам, «если только личные качества другого кандидата [мужчины] не дают ему безусловного преимущества». В отли-

¹ Архив Суда Европейских сообществ. Т. 305. Дело № 450/93.

² Сводные архивы Суда Европейских сообществ. Т. 865. Дело № C-409/95.

чие от дела Каланке, суд признал, что в реальности формальное равенство возможностей может не означать фактического наличия у женщин равных возможностей в сфере трудовых отношений.

Даже при равной квалификации соискателя-мужчины и соискателя-женщины мужчин приводят по службе с большей готовностью, в частности, из-за предрассудков и стереотипов относительно роли женщин на работе и их потенциала, а также из тех опасений, к примеру, что женщины чаще бросают работу, что домашние и семейные обязанности ограничивают их в возможности работать сверхурочно, что им чаще приходится отсутствовать на работе в связи с беременностью, родами и кормлением детей. По этим причинам сам факт равной квалификации соискателя-мужчины и соискателя-женщины не означает равенства их шансов.

Законодательный акт региона, содержащий в себе подобную оговорку, может подпадать под действие ст. 2(4) Директивы, «если такая норма способна нейтрализовать последствия вышеупомянутых общественных настроений и поведения для соискателей-женщин и таким образом уменьшить реальное количество случаев неравенства». Норма регионального законодательства не нарушила ст. 2(4), поскольку «в каждом конкретном случае норма предусматривает для соискателей-мужчин, равных по квалификации соискателям-женщинам, гарантию того, что все кандидатуры будут подвергнуты объективной оценке, в ходе которой будут учтены все критерии, специфические для каждого отдельного соискателя, и по результатам которой приоритет соискателю-женщине предоставлен не будет, если один или несколько таких критериев обусловливают преимущество соискателя-мужчины» (п. 33).

Позиция Суда ЕС по вопросу равенства в деле Маршалла в корне отличалась от позиции по делу Каланке. В то время как в деле Каланке Суд рассматривал закон о равенстве в контексте исключения необоснованного предпочтения, в деле Маршалла закон о равенстве рассматривался в контексте реального неравенства. Дело не просто в том, чтобы обеспечивать равное отношение к равным, но в том, чтобы компенсировать невыгодное положение, в котором оказалась одна группа (женщины) в сравнении с другой (мужчинами). И тем не менее даже после дела Маршалла активные меры, направленные на преодоление дискриминации, рассматриваются как дискриминационные, хотя и оправданные в соответствии с исключением, предусмотренным Директивой (напротив, ст. 4 Конвенции ООН о ликвидации всех форм дискриминации против женщин и ст. 1(4) Конвенции о ликвидации расовой дискриминации устанавливают, что активные меры, направленные на преодоление дискриминации, не считаются дискриминацией).

Средства защиты интересов. Директива об обеспечении принципа равного обращения независимо от расовой или этнической принадлежности 2000/43 требует введения административных или судебных процедур для реализации ее положений (ст. 7(1)). И административные, и судебные процедуры являются в равной степени приемлемыми при условии, что они обеспечивают действенные средства защиты интересов. Ассоциации, организации и иные юридические лица могут участвовать в оказании защи-

ты или поддержки заявителю в таких процедурах в целях удовлетворения иска истца с разрешения последнего (ст. 7 (2)). Хотя Директива не предусматривает коллективных исков, которые не признаются законодательством многих государств – членов ЕС, она позволяет истцам пользоваться финансовой, моральной и юридической поддержкой неправительственных организаций.

Санкции. Директива устанавливает, что даже в сфере гражданского права санкции должны быть эффективными, адекватными и достаточно убедительными (ст. 15). В судебных документах, посвященных аналогичным нормам в отношении дискриминации по признаку пола, Европейский суд в Люксембурге заявляет о том, что любые санкции, предусмотренные национальной правовой системой, должны гарантировать реальную и эффективную судебную защиту и обеспечивать реальное сдерживание дискриминационной практики¹. Согласно Директиве санкции могут включать выплату компенсаций жертве. В то же время в отношении государств – членов ООН все четче прослеживается тенденция к изданию запрещающих норм или приказов об исправлении причиненного вреда, например, приказов о восстановлении на работе незаконно уволенных. В некоторых странах незаконное увольнение может быть признано недействительным: в этом случае признается, что работник не прекращал работу и, соответственно, имеет право на получение полного заработка за период такого увольнения с процентами.

Исполнительные органы. Изначальное положение, предусматривавшее создание «независимых» органов, вызвало беспокойство среди правительств относительно смысла этого требования и последствий его соблюдения для национальных бюджетов, так что это определение было изъято. Основным критерием является способность органа организовать свою повседневную деятельность таким образом, чтобы не допустить вмешательства в нее извне, в том числе со стороны чиновников, занимающих политические должности. Такой подход не освобождает государства от необходимости решать множество вопросов (касающихся юридического статуса, метода финансирования и т.п.). Минимальным требованием является наличие у органа ресурсов, достаточных для выполнения возложенных на него задач.

Неясно, в чем отличие таких органов от института омбудсмана, существующего во многих странах. Сами по себе несомненно полезные, эти учреждения выполняют ограниченные функции. Они проводят исследования, публикуют отчеты и рекомендации, оказывают содействие жертвам дискриминации. Далеко не всегда они вправе добиваться в судах принятия конкретных мер на основании сделанных ими выводов; в отсутствие эффективных норм правовой защиты такая ситуация может привести к тому, что жертвы дискриминации будут вынуждены оплачивать работу юристов по обеспечению исполнения судебных решений и фактической реализации мер защиты их интересов.

¹ См.: дело Маршалла (1993 г.) № C-271/91; дело Деккера (1990 г.) № C-177/88; дело фон Кольсона (1984 г.) № 14/83.19-1058.

**ДИРЕКТИВА СОВЕТА 2000/43/ЕС ОТ 29 ИЮНЯ 2000 Г.,
ОБЕСПЕЧИВАЮЩАЯ РЕАЛИЗАЦИЮ ПРИНЦИПА РАВНОГО
ОБРАЩЕНИЯ СО ВСЕМИ ЛИЦАМИ НЕЗАВИСИМО ОТ
ИХ РАСОВОЙ ПРИНАДЛЕЖНОСТИ ИЛИ ЭТНИЧЕСКОГО
ПРОИСХОЖДЕНИЯ¹**

Official Journal L 180, 19/07/2000 p. 0022–0026

Совет Европейского Союза

принимая во внимание Договор, учреждающий Европейское Сообщество, и, в частности, его статью 13,
принимая во внимание предложение Комиссии,
принимая во внимание мнение Европейского Парламента,
принимая во внимание мнение Экономического и социального комитета,
принимая во внимание мнение Комитета регионов,

с учетом того, что:

(1) Договор о Европейском Союзе отмечает новый этап в процессе создания все более тесного союза народов Европы.

(2) В соответствии со статьей 6 Договора о Европейском Союзе, Европейский Союз основан на принципах свободы, демократии, уважения прав человека и основных свобод, верховенства права – принципах, единых для всех государств-членов, – и уважает основные права, как они гарантированы Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, и как они вытекают из общих для государств-членов конституционных традиций, поскольку они являются общими принципами для права Сообщества.

(3) Право на равенство перед законом и защиту от дискриминации для всех лиц является универсальным правом, признанным Всеобщей декларацией прав человека, Конвенцией ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, Международной Конвенцией о ликвидации всех форм расовой дискриминации и Международными пактами ООН о гражданских и политических правах и об экономических, социальных и культурных правах и Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, которую подписали все государства-члены.

(4) Важно соблюдать такие основные права и свободы, включая право на свободу объединения. В отношении предоставления доступа к товарам и услугами важно также соблюдать право на защиту частной и семейной жизни и сделок, осуществляемых в этом контексте.

¹ Перевод АНО «ЮРИКС». Обращаем внимание на то, что перевод данной Директивы, содержащийся в сборнике «Дискриминация вне закона: сборник документов» (М., Юристъ, 2003), содержит много неточностей и ошибок, некоторые из которых носят существенный характер, в связи с чем возникла необходимость в новом переводе. – Прим. ред.

(5) Европейский Парламент принял ряд Резолюций о борьбе против расизма в Европейском Союзе.

(6) Европейский Союз отвергает теории, пытающиеся определить существование отдельных человеческих рас. Использование термина «расовое происхождение» в этой Директиве не предполагает положительного отношения к подобным теориям.

(7) Европейский Совет в ходе встречи в Тампере 15 и 16 октября 1999 г. предложил Комиссии безотлагательно выступить с предложениями по реализации статьи 13 Договора, учреждающего Европейское сообщество, в части борьбы против расизма и ксенофобии.

(8) Рекомендации 2000 г. в области трудоустройства, принятые Европейским Советом в Хельсинки 10 и 11 декабря 1999 г., подчеркивают необходимость создания условий для формирования открытого для всех социальных групп рынка труда путем формулирования согласованного комплекса мер, направленных на борьбу с дискриминацией против таких групп, как этнические меньшинства.

(9) Дискриминация, основанная на расовом или этническом происхождении, может подорвать достижение целей Учредительного Договора ЕС, в частности, достижения высокого уровня занятости и социальной защиты, повышения уровня и качества жизни, экономической и социальной сплошности и солидарности. Она может также нанести ущерб цели развития Европейского Союза как пространства свободы, безопасности и справедливости.

(10) Комиссия представила коммюнике о расизме, ксенофобии и антисемитизме в декабре 1995 г.

(11) 15 июля 1996 г. Совет принял Декларацию о совместных действиях 96/443/LНА, касающуюся действий, направленных на борьбу с расизмом и ксенофобией (5), согласно которой государства-участники обязуются обеспечивать эффективное судебное сотрудничество в отношении правонарушений, основанных на расистском или ксенофобском поведении.

(12) С целью обеспечения развития обществ, основанных на принципах демократии и толерантности, открытых для участия всех лиц, независимо от расовой или этнической принадлежности, конкретные меры в области дискриминации, основанной на расовой или этнической принадлежности, должны не только обеспечивать доступ к работе по найму или индивидуальной трудовой деятельности, но и покрывать такие области, как образование, социальную защиту, в том числе социальное обеспечение и здравоохранение, социальные блага и доступ к предоставлению товаров и услуг.

(13) В связи с этим любая прямая или косвенная дискриминация, основанная на расовом и этническом происхождении, что касается областей, затрагиваемых настоящей Директивой, должна быть запрещена во всех странах Сообщества. Это запрещение дискриминации должно также относиться к гражданам третьих стран, однако не относится к различиям в обращении на основании гражданства и не наносит ущерба положениям, регулирующим въезд и проживание граждан третьих стран и их доступ к трудоустройству и занятости.

(14) При реализации принципа равного обращения независимо от расовой или этнической принадлежности Сообщество должно в соответствии со ст. 3(2) Учредительного Договора ЕС стремиться устраниТЬ неравенство и поощрять равенство между мужчинами и женщинами, в первую очередь учитывая то, что женщины часто становятся жертвами множественной дискrimинации.

(15) Оценка фактов, из которых может быть сделан вывод о наличии прямой или косвенной дискrimинации, является делом национальных судебных или иных компетентных органов в соответствии с нормами национального права или практики правоприменения. Такие нормы могут, в частности, содержать положения об установлении наличия косвенной дискrimинации любыми способами, в том числе на основании статистических данных.

(16) Важно защитить всех физических лиц против дискrimинации по признаку расовой или этнической принадлежности. Государства-члены также должны обеспечивать, где это возможно и соответствует их национальным традициям и практике, защиту юридических лиц, если они подвергаются дискrimинации из-за расовой или этнической принадлежности их членов.

(17) Запрещение дискrimинации не должно наносить ущерба осуществлению или принятию мер, направленных на предотвращение или возмещение за ущерб, понесенный группой лиц определенной расовой или этнической принадлежности, и такие меры могут разрешать создание организаций лиц определенной расовой или этнической принадлежности, если их основной целью является содействие особым потребностям таких лиц.

(18) В крайне ограниченных обстоятельствах различие в обращении может быть оправданно, если характеристика, связанная с расовой или этнической принадлежностью представляет собой подлинное и определяющее требование для найма на работу, при законности цели и соразмерности требования. Такие обстоятельства должны излагаться в информации, предоставляемой Комиссии государствами-членами.

(19) Лица, подвергшиеся дискrimинации на основании расовой и этнической принадлежности, должны располагать адекватными средствами правовой защиты. В целях предоставления более эффективной защиты, объединения или юридические лица также должны иметь возможность принимать участие в разбирательствах либо от имени либо в поддержку любой из жертв в порядке, определенном государствами-членами, без ущерба национальным процессуальным нормам, касающимся представительства и защиты в суде.

(20) Эффективная реализация принципа равенства требует адекватной судебной защиты против преследования.

(21) Правила о бремени доказывания должны быть адаптированы к случаям дискrimинации *prima facie* и в целях эффективного применения принципа равного обращения в случае, если приводятся доказательства такой дискrimинации, бремя доказывания должно переходить обратно к ответчику.

(22) Государства-члены не обязаны применять правила о бремени доказывания к разбирательствам, в которых обязанность расследовать обстоятельства дела лежит на суде или другом компетентном органе. Процедуры,

о которых идет речь, это те, в которых от истца не требуется доказывать факты, которые должен расследовать суд или компетентный орган.

(23) Государства-члены должны способствовать диалогу между социальными партнерами, а также с неправительственными организациями, чтобы выявлять различные формы дискриминации и бороться с ними.

(24) Защита против дискриминации на основании расовой или этнической принадлежности может быть усиlena посредством существованием одного или более органов в каждом из государств-участников, обладающих полномочиями анализировать связанные с ней проблемы, изучать возможные решения и предоставлять конкретную помощь жертвам.

(25) Настоящая Директива устанавливает минимальные требования, предоставляя тем самым государствам-членам возможность введения или сохранения более благоприятных положений. Осуществление этой Директивы не должно служить оправданию любого отступления от обязательств в отношении к ситуации, уже преобладающей в каждом государстве-члене.

(26) Государства-члены должны предоставлять возможности эффективных, соразмерных и сдерживающих санкций в случаях нарушений обязательств в соответствии с настоящей Директивой.

(27) Государства-члены могут поручать представителям управленческого аппарата и производственного персонала, по их совместной просьбе, реализацию настоящей Директивы в том, что касается положений, подпадающих под действие коллективных соглашений, при условии принятия государствами-членами необходимых мер к тому, чтобы иметь возможность в любое время гарантировать результаты, требуемые настоящей Директивой.

(28) В соответствии с принципами субсидиарности и соразмерности, как они изложены в статье 5 Договора об учреждении ЕС, цель настоящей Директивы, а именно обеспечение общего высокого уровня защиты от дискриминации во всех государствах-членах, не может быть в достаточной степени достигнута силами государств-членов, и поэтому в силу масштаба и воздействия предлагаемых мер может более успешно достигнута Сообществом. Настоящая Директива не выходит за рамки того, что необходимо для достижения этих целей,

ПРИНЯЛ НАСТОЯЩУЮ ДИРЕКТИВУ:

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Цель

Цель настоящей Директивы состоит в установлении рамок для борьбы с дискриминацией по признаку расовой или этнической принадлежности с целью осуществления в государствах-участниках принципа равного обращения.

Статья 2. Понятие дискриминации

1. В целях настоящей Директивы принцип равного обращения означает, что прямая или косвенная дискриминации, основанная на расовой или этнической принадлежности, не будет иметь места.

2. В целях параграфа 1:

(а) прямая дискриминация считается имеющей место, если с одним лицом обращаются менее благоприятно, чем обращаются или обращались бы с другим лицом в аналогичной ситуации по причине его расовой или этнической принадлежности;

(б) косвенная дискриминация считается имеющей место, если на первый взгляд нейтральное положение, критерий или практика ставят лиц определенной расовой или этнической принадлежности в ущемленное положение по сравнению с другими лицами, за исключением случаев, когда это положение, критерий или практика объективно оправданы законной целью и средства достижения этой цели уместны и необходимы.

3. Преследование¹ считается дискриминацией в значении параграфа 1, если имеет место нежелательное поведение, вызванное расовой или этнической принадлежностью, направленное или приводящее к унижению достоинства личности или создания атмосферы запугивания, враждебности, пренебрежительности, унижения или оскорблений. В этой связи понятие дискриминации может определяться в соответствии с национальным законодательством и практикой государств-участников.

4. Указание дискриминировать кого-либо по признаку расовой или этнической принадлежности следует рассматривать как дискриминацию в значении параграфа 1.

Статья 3. Сфера применения

1. В пределах полномочий, возложенных на Сообщество, данная Директива применяется ко всем лицам, как к публичному, так и частному секторам, включая государственные органы, и касается:

(а) условий доступа к трудуустройству, индивидуальной трудовой деятельности и занятости, включая критерии отбора и условия найма на работу в любой сфере деятельности и на всех уровнях профессиональной иерархии, включая повышение в должности;

(б) доступа ко всем типам и уровням профессиональной ориентации, профессионального обучения, повышения квалификации и переподготовки, в том числе получения практического опыта работы;

(с) занятости и условий труда, включая увольнение и оплату труда;

(д) членства и участия в деятельности организации рабочих или наниматель или иной организации, объединяющей лиц, занятых определенной профессиональной деятельностью, а также преимуществ, предоставляемых такими объединениями;

(е) социальной защиты, в том числе социального обеспечения и здравоохранения;

(ф) социальных преимуществ;

(г) образования;

¹ В тексте оригинала использовано слово «harassment», которое в качестве термина при переводе на русский язык часто передается как «хараксмент» в силу того, что в русском языке этому понятию нет прямого соответствия. — *Прим. ред.*

(h) доступа к товарам и услугам для населения, включая обеспечение жильем.

2. Настоящая Директива не распространяется на различия в обращении по признаку гражданства и не наносит ущерба положениям и условиям, касающимся въезда и проживания граждан третьих стран и лиц без гражданства на территории государств-членов и к любому обращению, вытекающему из правового статуса данных граждан третьих стран и лиц без гражданства.

Статья 4. Подлинные и определяющие профессиональные требования

Несмотря на положения п. 1 и 2 статьи 2, государства-члены могут установить, что различие в обращении, основанное на характеристиках, связанных с расовой или этнической принадлежностью, не является дискриминацией в тех случаях, когда, в силу природы конкретной работы или контекста ее выполнения, такая характеристика представляет собой подлинное и определяющее профессиональное требование при условии, что его цель законна, а само требование соразмерно.

Статья 5. Позитивные действия

Поскольку цель состоит в том, чтобы обеспечить полное равенство на практике, принцип равного обращения не мешает любому государству-члену сохранять и принимать специальные меры для предотвращения неблагоприятного положения, связанного с расовой или этнической принадлежностью, или компенсировать его.

Статья 6. Минимальные требования

1. Государства-члены могут вводить или сохранять положения, более благоприятные для защиты принципа равного обращения, нежели установленные в настоящей Директиве.

2. Реализация настоящей Директивы ни при каких обстоятельствах не должна служить основанием для понижения уровня защиты от дискриминации, уже предоставляемого государствами-членами в сферах, на которые распространяется эта Директива.

ГЛАВА II. СРЕДСТВА ЗАЩИТЫ И ПРАКТИЧЕСКАЯ РЕАЛИЗАЦИЯ

Статья 7. Защита прав

1. Государства-члены должны обеспечить, чтобы для выполнения обязательств по настоящей Директиве судебные и/или административные процедуры, включая, где это применимо, процедуры примирения, были доступны всем лицам, которые считают себя ущемленными в силу того, что по отношению к ним был нарушен принцип равного обращения, даже если отношения, в рамках которых предположительно имела место дискриминация, закончились.

2. Государства-члены должны обеспечивать, чтобы объединения, организации или другие юридические лица, которые имеют в соответствии с критериями, заложенными их национальным законодательством, законный интерес в обеспечении соблюдения положений настоящей Директивы, могли участвовать, от имени или в поддержку потерпевшего, с его или ее согласия, в любом судебном и/или административном разбирательстве, предусмотренном с целью реализации обязательств по настоящей Директиве.

3. Параграфы 1 и 2 по искам на нарушение принципа равного обращения не отменяют норм национального законодательства о сроках исковой давности.

Статья 8. Бремя доказывания

1. Государства-члены должны принять такие меры, какие необходимы в рамках их национальных судебных систем, с тем, чтобы по искам лиц, которые считают себя ущемленными в силу того, что по отношению к ним был нарушен принцип равного обращения, при установлении в суде или ином компетентном органе фактов, на основании которых можно сделать вывод о наличии прямой или косвенной дискrimинации, именно на ответчика было возложено бремя доказывания того, что нарушения принципа равного обращения не было.

2. Параграф 1 не препятствует государствам-членам устанавливать правила доказывания, которые еще более благоприятны для истца.

3. Параграф 1 не применяется в уголовном процессе.

4. Параграфы 1, 2 и 3 применяются ко всем видам процедур рассмотрения дел, предпринятым в соответствии со ст. 7(2).

5. Государства-члены не должны применять параграф 1 к процедурам, в которых проведение расследования для установления фактов дела возложено на суд или другой компетентный орган.

Статья 9. Виктимизация

Государства-члены должны включить в свои национальные правовые системы меры, необходимые для защиты физических лиц от любого неблагоприятного обращения или неблагоприятного последствия как реакции на их жалобу или процедуру ее рассмотрения, инициированные с целью добиться исполнения принципа равного обращения.

Статья 10. Распространение информации

Государства-члены должны позаботиться о том, чтобы положения, принятые в соответствии с настоящей Директивой, наряду с соответствующими уже действующими нормами были доведены до сведения лиц, которых они затрагивают, всеми надлежащими способами и на всей территории этих государств.

Статья 11. Общественный диалог

1. Государства-члены должны в соответствии с национальными традициями и практикой принимать адекватные меры для того, чтобы наладить общественный диалог между двумя сторонами производственных отношений с целью содействия распространению равного обращения, включая мониторинг практик в сфере труда на производстве, коллективные соглашения, кодексы поведения, исследования или обмен опытом, а также передовые методики.

2. Если это согласуется с национальными традициями и практикой, государства-члены должны поощрять обе стороны производственных отношений, без ущерба для их автономии, заключать на соответствующем уровне соглашения, вводящие антидискриминационные нормы в сферах, перечисленных в статье ст. 3, которые относятся к предмету коллективного договора. Эти соглашения должны соблюдать минимальные требования, установленные настоящей Директивой и соответствующими национальными мерами, предпринятыми для ее исполнения.

Статья 12. Диалог с неправительственными организациями

Государства-члены должны поощрять диалог с соответствующими неправительственными организациями, имеющими в соответствии с национальным законодательством и практикой законный интерес в содействии борьбе с дискриминацией по признаку расовой или этнической принадлежности путем продвижения принципа равного обращения.

ГЛАВА III. ОРГАНЫ, ОТВЕТСТВЕННЫЕ ЗА ПРОДВИЖЕНИЕ РАВНОГО ОБРАЩЕНИЯ

Статья 13

1. Государства-члены должны учредить один или несколько органов с целью содействия соблюдению принципа равного обращения со всеми лицами без дискриминации по признаку расовой или этнической принадлежности. Эти органы могут являться частью ведомств, в чьи обязанности на национальном уровне входит защита прав человека или обеспечение прав личности.

2. Государства-члены должны обеспечить, чтобы полномочия этих органов включали:

- без ограничения прав, предоставленных жертвам, объединениям и организациям либо другим юридическим лицам в соответствии со ст. 7(2), оказание независимого содействия жертвам дискриминации в подаче жалоб на дискриминацию;

- проведение независимых исследований по вопросу дискриминации;

– публикацию независимых отчетов и выработку рекомендаций по любому вопросу, относящемуся к такой дискриминации.

ГЛАВА IV. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 14. Соблюдение

Государства-члены должны принять необходимые меры для обеспечения того, чтобы:

(а) любые законы, нормативные акты и административные положения, противоречащие принципу равного обращения, были отменены;

(б) любые положения, противоречащие принципу равного обращения, включенные в индивидуальные или коллективные договоры или соглашения, внутренние правила хозяйствующих субъектов, учредительные документы коммерческих или некоммерческих объединений, уставные документы независимых организаций, объединяющих специалистов одной профессии, рабочих или нанимателей, могли быть объявлены недействительными или изменены.

Статья 15. Санкции

Государства-члены должны ввести нормы о санкциях за нарушение национального законодательства, принятого во исполнение настоящей Директивы, и предпринять все необходимые меры для того, чтобы они применялись. Санкции, которые состоят в выплате компенсации жертвам, должны быть эффективными, пропорциональными и сдерживающими. Государства-члены не позднее 19 июля 2003 г должны уведомить Комиссию о введении требуемых норм и в дальнейшем безотлагательно уведомлять ее о любых поправках, их затрагивающих.

Статья 16. Имплементация

Государства-члены к 19 июля 2003 г. должны принять законы, инструкции и административные акты, необходимые для исполнения данной Директивы, или перепоручить реализацию этой Директивы работникам и работодателям, в случае их совместной просьбы, в отношении положений, регулируемых коллективными соглашениями. В таких случаях государства-участники должны обеспечить, чтобы к 19 июля 2003 г. работодатели и работники провели необходимые меры через соглашения, при этом от государств-членов требуется принять все необходимые меры для того, чтобы они в любое время имели полномочия для обеспечения результатов, предписанных Директивой. Государства безотлагательно должны проинформировать об этом Комиссию.

Принимая такие меры, государства-члены обязаны делать ссылку на настоящую Директиву или сопровождать такой ссылкой их официальную публикацию. Способы создания такой ссылки устанавливаются государствами-членами.

Статья 17. Доклад

1. Государства-члены должны представить Комиссии не позднее 19 июля 2005 г. и затем предоставлять каждые пять лет всю информацию, необходимую для того, чтобы Комиссия могла подготовить доклад о применении данной Директивы для Европейского Парламента и Совета.

2. Доклад Комиссии должен учитывать, когда это уместно, мнение Европейского центра мониторинга расизма и ксенофобии, а также точки зрения социальных партнеров и соответствующих неправительственных организаций. В соответствии с принципом гендерного выравнивания этот доклад, в том числе, должен содержать оценку влияния принимаемых мер на женщин и мужчин. В свете полученной информации доклад должен включать, если необходимо, предложения о пересмотре и внесении изменений в настоящую Директиву.

Статья 18. Вступление в силу

Настоящая Директива вступает в силу в день ее публикации в Официальном журнале Европейских Сообществ.

Статья 19. Адресаты

Данная Директива адресована государствам-членам.

Совершено в Люксембурге 29 июня 2000 г.

За Совет

Председатель М. Арканжу

ДИРЕКТИВА СОВЕТА 2000/78/ЕС ОТ 27 НОЯБРЯ 2000 Г., УСТАНАВЛИВАЮЩАЯ ОБЩИЕ РАМКИ РАВНОГО ОБРАЩЕНИЯ В СФЕРЕ НАЙМА И ТРУДОВОЙ И ЗАНЯТОСТИ¹

EN Official Journal of the European Communities 2.12.2000 L 303/16

Совет Европейского Союза

принимая во внимание Договор, учреждающий Европейское Сообщество, и, в частности, его статью 13,
принимая во внимание предложение Комиссии,
принимая во внимание мнение Европейского Парламента,
принимая во внимание мнение Экономического и социального комитета,
принимая во внимание мнение Комитета регионов,

¹ Перевод АНО «ЮРИКС». В публикуемом тексте перевода опущены сноски и ссылки, которые есть в тексте Директивы.

с учетом того, что:

(1) В соответствии со статьей 6 Договора о Европейском Союзе Европейский Союз основан на принципах свободы, демократии, уважения прав человека и основных свобод, верховенства права – принципах, единых для всех государств-членов, – и уважает основные права, как они гарантированы Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод и как они вытекают из общих для государств-членов конституционных традиций, поскольку они являются общими принципами для права Сообщества.

(2) Принцип равного обращения между мужчинами и женщинами твердо закреплен рядом правовых актов Сообщества, в частности, Директивой Совета 76/207/EEC от 9 февраля 1976 г. о реализации принципа равного обращения с мужчинами и женщинами в связи с доступом к трудуоустройству, профессиональной подготовке и продвижению по службе, а также условиями труда.

(3) В реализации принципа равного обращения Сообщество должно в соответствии со статьей 3(2) Договора ЕС стремиться искоренить неравенство и содействовать равенству между мужчинами и женщинами, особенно в силу того, что женщины часто становятся жертвами дискриминации одновременно по целому ряду признаков.

(4) Право на равенство перед законом и защиту всех лиц от дискриминации является всеобщим правом, признанным Всеобщей декларацией прав человека, Конвенцией ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, Международной конвенцией о ликвидации всех форм расовой дискриминации, Пактами ООН о гражданских и политических правах и экономических, социальных и культурных правах и Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, подписанных всеми государствами-членами. Конвенция № 111 Международной организации труда (ILO) запрещает дискриминацию в сфере труда и занятости.

(5) Важно уважать эти основные права и свободы. Настоящая Директива не наносит ущерба свободе объединения, включая право создавать союзы с другими и вступать в союзы для защиты своих интересов.

(6) Хартия Сообщества об основных правах трудящихся признает важность борьбы со всеми формами дискриминации, включая необходимость принимать соответствующие меры для социальной и экономической интеграции пожилых людей и людей с ограниченными возможностями.

(7) Договор ЕС в качестве одной из целей содержит согласование политики государств-членов в сфере трудовой занятости. Для достижения этой цели в Договор ЕС была включена новая глава о трудовой занятости с тем, чтобы развивать скординированную европейскую стратегию в области трудуоустройства для формирования квалифицированной, обученной и адаптируемой рабочей силы.

(8) Руководящие принципы в области трудуоустройства на 2000 г., принятые Европейским Советом на встрече в Хельсинки 10 и 11 декабря 1999 г., подчеркивают необходимость стимулировать рынок труда, благоприятный для социальной интеграции, посредством выработки взаимосвязанного

комплекса мер, направленных на борьбу с дискриминацией определенных групп, например, лиц с инвалидностью¹. Они подчеркивают также необходимость уделять особое внимание поддержке пожилых работников для того, чтобы увеличить их долю в рабочей силе.

(9) Трудоустройство и занятость являются ключевыми элементами предоставления гарантий равных возможностей для всех и вносят большой вклад в полное участие граждан в экономической, культурной и общественной жизни, а также в реализацию ими своего потенциала.

(10) 29 июня 2000 г. Совет принял Директиву 2000/43/ЕС (6), внедряющую принцип равного обращения со всеми лицами, независимо от их расовой или этнической принадлежности. Эта Директива уже предоставляет защиту против подобной дискриминации в сфере труда и занятости.

(11) Дискриминация на основании религии или убеждений, инвалидности, возраста или сексуальной ориентации может подорвать достижение целей Договора ЕС, в частности, достижение высокого уровня занятости и социальной защиты, повышение уровня и качества жизни, экономического и социального единства и солидарности, а также свободного передвижения лиц.

(12) В связи с этим любая прямая или косвенная дискриминация по признаку религии и убеждений, инвалидности, возраста или сексуальной ориентации в отношении сфер, на которые распространяется настоящая Директива, должна быть запрещена во всех странах Сообщества. Запрещение такой дискриминации также распространяется на граждан третьих стран, однако не покрывает различий в обращении, основанных на гражданстве, и

¹ Здесь и далее в текстах Хрестоматии английские слова «disabled» и «disability» переводятся как «инвалид», «инвалидность». Несмотря на новую тенденцию использовать в русском переводе вместо слова «инвалид» более нейтральное выражение «лицо с ограниченными возможностями», такая практика не является повсеместной. В русском языке слово «инвалид» не имеет столь же сильной негативной окраски, как в английском, о чем говорят названия организаций инвалидов: Российское общество инвалидов, общественная организация инвалидов «Перспектива» и др. Официальные переводы международно-правовых актов также содержат в русском варианте слово «инвалид». Следует учитывать и то, что *disabled* нельзя перевести на русский язык одним словом, а использование длинного словосочетания вместо одного слова делает невозможным создание однокоренных терминов и словообразовательных форм. В то же время способность к словообразованию и вступлению в синтаксические связи является необходимым условием для терминов (например, можно сказать «запрещение дискриминации по признаку инвалидности», но нельзя «запрещение дискриминации по признаку ограниченности возможностей», существует понятие «инвалид-колясочник», но неудобоваримым будет словосочетание «лицо с ограниченными возможностями на коляске»). К тому же *disability* в английском языке означает не ограничение возможностей, а то, что человек не может что-либо выполнять в силу каких-либо причин, поэтому на русском языке словосочетание «лицо с ограниченными возможностями» следует признать не только неудачным, но и вводящим в заблуждение. Решение данной терминологической проблемы для России лежит, вероятно, не столько в переименовании понятия, сколько в создании для инвалидов условий интеграции в общество и снятия тем самым отрицательных коннотаций со слова «инвалид». – Прим. А. Соболевой.

не наносит ущерба положениям, регулирующим въезд и проживание граждан третьих стран и их доступ к трудуоустройству и занятости.

(13) Настоящая Директива не применяется к программам социального обеспечения и социальной защиты, предоставляющим преимущества, которые не считаются доходом в значении, придаваемом этому понятию в целях применения статьи 141 Договора ЕС, а также к любым видам государственных выплат, направленных на предоставление доступа к трудуоустройству или на сохранение трудоустройства.

(14) Настоящая Директива не ограничивает нормы национального права, устанавливающие пенсионный возраст.

(15) Оценка фактов, из которых можно заключить, что имела место прямая или косвенная дискриминация, осуществляется национальными судебными или иными компетентными органами в соответствии с нормами национального законодательства или практики. Такие нормы могут предусматривать, в частности, установление косвенной дискриминации любыми способами, в том числе на основании статистических данных.

(16) Введение мер для приспособления рабочих мест к потребностям людей с инвалидностью играет важную роль в борьбе с дискриминацией по признаку инвалидности.

(17) Настоящая Директива не требует найма, повышения, оставления в должности или продолжения обучения лица, которое некомпетентно, неспособно и несвободно для выполнения функций, существенных для данной должности или прохождения соответствующей подготовки, что не влияет на обязательство предоставлять разумное приспособление для лиц с инвалидностью.

(18) Настоящая Директива не требует, в частности, чтобы вооруженные силы и полиция, тюремные службы или службы неотложной помощи занимали на работу или оставляли на работе лиц, которые не в состоянии выполнять те функции, которые им может потребоваться выполнять с учетом законной цели поддержания оперативной работоспособности этих служб.

(19) Более того, для того, чтобы государства-члены могли поддерживать боеспособность своих вооруженных сил, они могут не применять положения настоящей Директивы, касающиеся инвалидности и возраста, ко всем или к части своих вооруженных сил. Государства-члены, делающие такой выбор, должны установить пределы данного исключения.

(20) Необходимо предпринять надлежащие, т.е. эффективные и практические, меры для приспособления рабочих мест к инвалидам, например, приспособить помещения и оборудование, график работы, распределение обязанностей, обеспечить обучение либо средства интеграции.

(21) Чтобы определить, не создают ли данные меры несоразмерное бремя, следует, в частности, учитывать финансовые и иные затраты, которые они влекут, размер и финансовые средства организации или предприятия, а также возможность получения государственного финансирования или любой иной помощи.

(22) Настоящая Директива не ограничивает национальное законодательство в части норм о семейном положении и вытекающих из него льгот.

(23) При очень ограниченном числе случаев различие в обращении может быть оправдано, если характеристика, относящаяся к религии или убеждениям, инвалидности, возрасту или сексуальной ориентации составляет подлинное и определяющее профессиональное требование, при условии, что цель законна и требование соразмерно. Такие обстоятельства должны быть упомянуты в информации, предоставляемой Комиссии государствами-членами.

(24) Европейский Союз в Декларации № 11 о статусе церквей и неконфессиональных организаций, прилагаемой к Заключительному акту Амстердамского договора, совершенно ясно признал, что он уважает статус церквей и религиозных организаций либо общин в соответствии с внутригосударственным законодательством государств-членов и не ограничивает его, и что он равным образом уважает статус мировоззренческих и неконфессиональных организаций. Имея это в виду, государства-члены могут сохранять или вводить особые нормы о подлинных, законных и оправданных профессиональных требованиях, которые могут предъявляться для выполнения профессиональной деятельности.

(25) Запрещение дискриминации по признаку возраста является существенной частью достижения целей, установленных в Руководящих принципах в области трудоустройства, и способствует достижению разнообразия среди рабочей силы. Однако различия в обращении по признаку возраста в определенных обстоятельствах могут быть оправданы и, следовательно, потребовать конкретных норм, которые могут варьироваться в зависимости от ситуации в государствах-членах. Поэтому важно проводить различие между оправданным различием в обращении, в частности, связанным с проведением политики в области трудоустройства, регулированием рынка труда и профессиональной подготовки, имеющих законную цель, и дискриминацией, которая должна быть запрещена.

(26) Запрещение дискриминации не должно наносить ущерба поддержанию или принятию мер, направленных на предупреждение или компенсацию потерь, которые несут группы лиц по признаку определенной религиозной принадлежности и верований, инвалидности, возраста или сексуальной ориентации; такие меры могут допускать создание организаций лиц, объединенных по признаку принадлежности к определенной религии или верованиям, инвалидности, возраста или сексуальной ориентации, если основная цель таких организаций состоит в содействии особым нуждам данных лиц.

(27) В Рекомендации 86/379/ЕЕС от 24 июля 1986 г. о найме на работу инвалидов в Сообществе Совет установил рамочные руководящие принципы, приведя примеры позитивных действий, направленных на содействие трудоустройству и профессиональному обучению инвалидов, а в Резолюции от 17 июня 1999 г. о равных возможностях для инвалидов в области найма на работу подтвердил важность привлечения внимания, помимо прочего, к найму на работу, сохранению рабочего места, обучению и постоянной переподготовке инвалидов.

(28) Настоящая Директива устанавливает минимальные требования, позволяя при этом государствам-участникам принимать или поддержи-

вать более благоприятные положения. Реализация настоящей Директивы не должна служить оправданию какого-либо ухудшения ситуации, которая уже сложилась в каждом из государств-участников.

(29) Лица, которые стали жертвой дискриминации по признаку религии или верований, инвалидности, возраста или сексуальной ориентации, должны иметь адекватные средства юридической защиты. Для обеспечения эффективного уровня защиты объединения или юридические лица также должны быть уполномочены участвовать в процессе, в порядке, определяемом государствами-членами, от имени или в поддержку любой жертвы с учетом национальных процессуальных норм, касающихся представительства и защиты в суде.

(30) Имплементация принципа равенства требует адекватной судебной защиты от виктимизации.

(31) Правила о бремени доказывания должны быть приспособлены к тем случаям, когда предположительно (*prima facie*) имеет место дискриминация, и для эффективного применения принципа равного обращения бремя доказывания должно быть переложено на ответчика, когда приводятся доказательства такой дискриминации. Однако не является обязанностью ответчика доказывать ни то, что истец исповедует конкретную религию, придерживается конкретных верований, имеет определенный вид инвалидности, ни его возраст или наличие у него определенной сексуальной ориентации.

(32) Государства-члены не должны применять правила о бремени доказывания в процедурах рассмотрения дела, в которых расследование фактов возложено на суд или другой компетентный орган. Такими процедурами признаются те, в которых истец не должен доказывать факты, поскольку обязанность расследования возложена на суд или компетентный орган.

(33) Государства-члены должны развивать диалог с социальными партнерами и с неправительственными организациями, чтобы выявлять различные формы дискриминации на рабочем месте и бороться с ними.

(34) Необходимость способствовать миру и согласию между основными общинами в Северной Ирландии обуславливает необходимость включения особых положений в данную Директиву.

(35) Государства-члены должны ввести эффективные, пропорциональные и имеющие превентивный характер санкции в случае нарушений обязательств, вытекающих из данной Директивы.

(36) Государства-члены могут поручать социальным партнерам в случае их совместного обращения выполнение данной Директивы в отношении положений, регулируемых коллективными соглашениями, при условии, что государства-члены предпринимают все необходимые действия для того, чтобы постоянно гарантировать достижение требуемых данной Директивой результатов.

(37) В соответствии с принципами субсидиарности и пропорциональности, установленными статьей 5 Договора Европейского Сообщества, цель данной Директивы, а именно создание в Сообществе одинаковых условий для обеспечения равенства в сфере найма и трудовой деятельности, не может быть в достаточной мере достигнута усилиями отдельных государств-членов

и, следовательно, с учетом масштаба и воздействия предлагаемых мер, будет лучше достигнута на уровне Сообщества. В соответствии с принципом пропорциональности, закрепленном в упомянутой статье, настоящая Директива не выходит за рамки того, что необходимо для достижения этой цели,
ПРИНЯЛ НАСТОЯЩУЮ ДИРЕКТИВУ.

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1

Цель

Целью данной Директивы является создание общих рамок для борьбы с дискриминацией по признаку религии или верований, инвалидности, возраста или сексуальной ориентации в сфере найма и трудовой занятости с намерением эффективно реализовать принцип равного обращения в государствах-членах.

Статья 2

Понятие дискриминации

1. В целях настоящей Директивы «принцип равного обращения» означает недопустимость прямой или косвенной дискриминации по любому из признаков, указанных в статье 1.

2. В целях параграфа 1:

(а) прямая дискриминация считается имеющей место, если с одним лицом обращаются менее благоприятно, чем обращались бы с другим в аналогичной ситуации, по любому из признаков, упомянутых в статье 1;

(б) косвенная дискриминация считается имеющей место, если с виду нейтральное положение закона, критерий или практика поставили бы лиц конкретных религиозных или иных взглядов, с конкретным видом инвалидности, конкретного возраста или с конкретной сексуальной ориентацией в особо невыгодное положение по сравнению с другими лицами, за исключением случаев, если:

(i) это положение закона, критерий или практика объективно оправданы законной целью, а средства достижения этой цели уместны и необходимы, или

(ii) в том, что касается лиц с конкретным видом инвалидности, работодатель или любое лицо или организация, на которых распространяется данная Директива, обязуется предпринять в соответствии с национальным законодательством и на основе принципов, изложенных в статье 5, необходимые меры для устранения невыгодного положения, которое является следствием закона, критерия или практики, о которых говорилось выше.

3. Притеснением (harassment) считается такая форма дискриминации в значении параграфа 1, когда имеет место нежелательное поведение, связанное с любым из оснований, упомянутых в статье 1, и имеющее целью или результатом нарушение достоинства лица и создание атмосферы запугивания.

вания, враждебности, унижения, пренебрежения или оскорбления. В этом контексте понятие преследования может определяться в соответствии с национальными законами и практикой государств-членов.

4. Указание осуществлять дискриминацию против лиц по любому из оснований, упомянутых в статье 1, считается дискриминацией в значении параграфа 1.

5. Настоящая Директива не затрагивает меры, установленные национальным законодательством, которые необходимы в демократическом обществе для обеспечения общественной безопасности, поддержания общественного порядка и предотвращения уголовных преступлений, охраны здоровья или защиты прав и свобод других лиц.

Статья 3 **Сфера применения**

1. В пределах сфер компетенции, возложенных на Сообщество, настоящая Директива применяется ко всем лицам как в публичном, так и в частном секторе, включая государственные органы, относительно:

(a) условий доступа к найму на работу, занятиям индивидуальной трудовой деятельностью и трудовой занятости, включая критерии отбора и условия найма, независимо от области деятельности и уровня профессиональной иерархии, включая повышение в должности;

(b) доступа ко всем видам и уровням профессиональной ориентации, профессиональной подготовки, повышения квалификации или переподготовки, включая опыт практической работы;

(c) трудоустройства и условий труда, включая увольнение и оплату труда;

(d) членства и участия в деятельности любых организаций трудящихся или работодателей или любой организации, чьи члены занимаются определенной профессиональной деятельностью, включая льготы, предоставляемые такими организациями.

2. Настоящая Директива не распространяется на различия в обращении, основанные на гражданстве, и не наносит ущерба положениям, регулирующим въезд и проживание граждан третьих стран и лиц без гражданства на территории государств-членов, и к любому обращению, вытекающему из правового статуса упомянутых граждан третьих стран и лиц без гражданства.

3. Настоящая Директива не применяется к выплатам любого рода, совершаемым в рамках государственных или подобных программ, включая программы социального обеспечения и социальной защиты.

4. Государства-участники могут предусмотреть, что данная Директива не распространяется на вооруженные силы в части, касающейся дискриминации по признаку инвалидности и возраста.

Статья 4 **Профессиональные требования**

1. Несмотря на статьи 2 (1) и (2), государства-члены могут установить, что различие в обращении, основанное на любой характеристике, упомя-

нутой в статье 1, не рассматривается как дискриминация в случае, когда из-за особенности деятельности в какой-либо сфере занятости или контекста, в котором она выполняется, такая характеристика составляет подлинное и определяющее профессиональное требование при условии, что цель законна и требование соразмерно.

2. Государства-члены могут сохранять в силе национальное законодательство, действующее на момент принятия данной Директивы, или предусмотреть будущие законодательные акты, учитывающие национальную практику, существующую на момент принятия данной Директивы, в соответствии с которыми в случае профессиональной деятельности в церквях или других общественных или частных организациях, моральные принципы которых основываются на религии или верованиях, различие в обращении по признаку религии или верований не будет являться дискримнацией в случаях, когда в силу природы конкретной трудовой деятельности или контекста, в котором она выполняется, конкретная религия или верования являются естественным, законным и оправданным профессиональным требованием в свете моральных принципов организации. Такое различие в обращении должно применяться с учетом конституционных норм и принципов государств-членов, а также общих принципов права Сообщества и не должно служить оправданием для дискриминации по иному признаку.

При условии, что в остальном нормы Директивы соблюдаются, Директива не затрагивает право церквей и других частных и публичных организаций, действующих в соответствии с национальными конституциями и законами, требовать, если их моральные принципы основаны на религии или верованиях, от физических лиц, работающих на них, выполнять свои обязанности добросовестно и с лояльностью к моральным принципам организации.

Статья 5

Разумное приспособление для лиц с инвалидностью

Чтобы гарантировать соблюдение принципа равного обращения в отношении лиц с инвалидностью, для инвалидов должны быть созданы разумные приспособления. Это означает, что работодатели должны предпринимать там, где это необходимо, соответствующие меры, чтобы предоставить инвалидам возможность получить работу, выполнять ее, продвигаться по службе или пройти обучение, если только эти меры не налагают несоразмерного бремени на работодателя. Это бремя не будет несоразмерным, когда оно в достаточной мере возмещается за счет мер, существующих в рамках политики соответствующего государства-члена в отношении инвалидов.

Статья 6

Оправданные различия в обращении на основании возраста

1. Несмотря на статью 2 (2), государства-члены могут указать, что различия в обращении на основе возраста не рассматриваются как дискрими-

нация, если в контексте национального права эти различия объективно и соразмерно оправданы законной целью, включая легитимную политику в отношении занятости, рынка труда и задач профессионального обучения, а также если средства достижения этой цели адекватны и необходимы. Такие различия в обращении могут включать, помимо прочего:

(а) определение особых условий, касающихся доступа к профессиональному обучению, занятости и профессии, включая увольнение и условия оплаты труда для молодых людей, старших работников и тех, кто заботится о других лицах, с целью содействия их профессиональной интеграции или обеспечения их защиты;

(в) определение минимальных условий в отношении возраста, профессионального опыта или рабочего стажа для получения работы или определенных преимуществ, связанных с занятостью;

(с) определение максимального возраста для приема на работу, связанного с требованиями обучения для соответствующей должности или необходимости соразмерного периода занятости перед пенссией.

2. Несмотря на статью 2 (2), государства-члены могут вводить нормы о том, что установление в схемах социального обеспечения возраста, достижение которого необходимо для права на пенсию или льготы по нетрудоспособности, включая закрепление в этих схемах различного возраста для работников, групп или категорий работников, а также использование в контексте этих схем возраста как критерия для актуарного исчисления размера выплат, не является дискриминацией по возрасту при условии, что это не приводит к дискриминации по признаку пола.

Статья 7

Позитивная деятельность

1. В целях обеспечения полного равенства на практике, принцип равного обращения не должен препятствовать какому-либо государству-члену сохранять или принимать определенные меры для предотвращения или компенсации за ущерб, связанный с признаками, указанными в статье 1.

2. В отношении инвалидов принцип равного обращения не затрагивает права государств-членов сохранять или принимать нормы, касающиеся здравоохранения и безопасности на рабочем месте, или мер, направленных на создание или сохранение условий для поддержания или содействия их интеграции в рабочую среду.

Статья 8

Минимальные требования

1. Государства-члены могут устанавливать или сохранять положения, которые более благоприятны для защиты принципа равного обращения, чем те, что установлены этой Директивой.

2. Выполнение настоящей Директивы ни в коем случае не должно давать основания для снижения уровня защиты от дискриминации, уже предоставленного государствами-членами в сферах, охватываемых данной Директивой.

ГЛАВА II. СРЕДСТВА ЗАЩИТЫ И ПРАКТИЧЕСКАЯ РЕАЛИЗАЦИЯ

Статья 9

Защита прав

1. Государства-члены должны обеспечить, чтобы для выполнения обязательств по настоящей Директиве, судебные и/или административные процедуры, включая, где это применимо, процедуры примирения, были доступны всем лицам, которые считают себя ущемленными в силу того, что по отношению к ним был нарушен принцип равного обращения, даже если отношения, в рамках которых предположительно имела место дискриминация, закончились.

2. Государства-члены должны обеспечивать, чтобы объединения, организации или другие юридические лица, которые имеют в соответствии с критериями, заложенными их национальным законодательством, законный интерес в обеспечении соблюдения положений настоящей Директивы, могли участвовать от имени или в поддержку заявителя с его или ее согласия в любой судебной и/или административной процедуре, предусмотренной в целях реализации обязательств по данной Директиве.

3. Параграфы 1 и 2 по искам на нарушение принципа равного обращения не отменяют норм национального законодательства о сроках исковой давности.

Статья 10

Бремя доказывания

1. Государства-члены должны принять такие меры, какие необходимы в рамках их национальных судебных систем, с тем, чтобы по искам лиц, которые считают себя ущемленными в силу того, что по отношению к ним был нарушен принцип равного обращения, при установлении в суде или ином компетентном органе фактов, на основании которых можно сделать вывод о наличии прямой или косвенной дискриминации, именно на ответчика было возложено бремя доказывания того, что нарушения принципа равного обращения не было.

2. Параграф 1 не препятствует государствам-членам устанавливать правила доказывания, которые еще более благоприятны для истца.

3. Параграф 1 не применяется в уголовном процессе.

4. Параграфы 1, 2 и 3 применяются ко всем видам процедур рассмотрения дел, предпринятым в соответствии со ст. 7(2).

5. Государства-члены не должны применять параграф 1 к процедурам, в которых проведение расследования для установления фактов дела возложено на суд или другой компетентный орган.

Статья 11

Виктимизация

Государства-члены должны включить в свои национальные правовые системы необходимые меры для защиты работников от увольнения или иного неблагоприятного обращения со стороны работодателя в качестве

реакции на жалобу, поданную внутри предприятия или с использованием любой иной процедуры, предусмотренной для приведения в исполнение принципа равного обращения.

Статья 12

Распространение информации

Государства-члены должны позаботиться о том, чтобы положения, принятые в соответствии с Директивой, наравне с уже действующими положениями в этой области, были представлены вниманию заинтересованных лиц посредством всех возможных средств на всей территории государств.

Статья 13

Социальный диалог

1. Государства-члены должны в соответствии с национальными традициями и практикой принимать адекватные меры для того, чтобы наладить диалог между социальными партнерами с целью содействия распространению равного обращения, включая мониторинг практик в сфере труда на производстве, коллективные соглашения, кодексы поведения, исследования или обмен опытом, а также удачные методики.

2. Если это согласуется с национальными традициями и практикой, государства-члены должны поощрять социальных партнеров без ущерба для их автономии, заключать на соответствующем уровне соглашения, вводящие антидискриминационные нормы в сферах, перечисленных в статье ст. 3, которые относятся к предмету коллективных переговоров. Эти соглашения должны соблюдать минимальные требования, установленные настоящей Директивой и соответствующими национальными мерами, предпринятыми для ее исполнения.

Статья 14

Диалог с неправительственными организациями

Государства-члены должны поощрять диалог с соответствующими неправительственными организациями, которые в соответствии с национальным законодательством и практикой имеют законный интерес в содействии борьбе с дискриминацией по любому из признаков, указанных в статье 1, с намерением продвигать принцип равного обращения.

ГЛАВА III. ОСОБЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 15

Северная Ирландия

1. С целью решения вопроса недостаточного представительства одной из основных религиозных общин в полиции Северной Ирландии, различие в обращении при приеме на работу в эту службу, включая вспомогательный персонал, не является дискриминацией, если такое различие в обращении прямо предусмотрено национальным законодательством.

2. Чтобы поддерживать в Северной Ирландии баланс возможностей учителей в сфере занятости, одновременно способствуя преодолению исторически сложившегося разделения основных религиозных общин, нормы данной Директивы, касающиеся религии или верований, не применяются к школам Северной Ирландии при приеме на работу учителей, поскольку это прямо предусмотрено национальным законодательством.

ГЛАВА IV. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 16 Соблюдение

Государства-члены должны принять необходимые меры, гарантирующие, что:

- (а) любые законы, инструкции и административные акты, противоречащие принципу равного обращения, будут отменены;
- (б) любые условия, противоречащие принципу равного обращения, которые включены в индивидуальные или коллективные договоры или соглашения, правила внутреннего распорядка предприятий, правила, касающиеся коммерческих и некоммерческих организаций, и правила, касающиеся свободных профессий, а также организаций рабочих и работодателей, являются или могут быть объявлены юридически ничтожными или будут изменены.

Статья 17 Санкции

Государства-члены должны установить правила, касающиеся санкций за нарушение норм национального законодательства, принятых во исполнение данной Директивы, и должны предпринять все меры, которые необходимы для того, чтобы гарантировать их применение. Санкции, которые также могут предусматривать выплату компенсации жертве, должны быть эффективны, пропорциональны и иметь превентивный характер. Государства-члены должны сообщить о введении требуемых норм Комиссии не позднее 2 декабря 2003 года и в дальнейшем безотлагательно уведомлять ее о любых поправках, их затрагивающих.

Статья 18 Имплементация

Государства-члены должны принять законы, инструкции и административные акты, необходимые для исполнения данной Директивы не позднее 2 декабря 2003 года, или поручить работодателям и работникам, в случае их совместной просьбы, выполнение данной Директивы в отношении положений, регулируемых коллективными соглашениями. В таких случаях государства-члены должны гарантировать, что не позднее 2 декабря 2003 года работодатели и работники обеспечат через соответствующее соглашение принятие необходимых мер, при этом от государств-членов требуется при-

нять все необходимые меры для того, чтобы они в любое время имели полномочия для обеспечения результатов, предписанных Директивой. Они должны проинформировать Комиссию об этом.

Чтобы учитывать конкретные условия, государствам-членам, если это необходимо, может быть предоставлен дополнительный период в три года, начиная с 2 декабря 2003 года, что в целом составляет шесть лет, для исполнения норм данной Директивы, касающихся дискриминации по возрасту и инвалидности. В таком случае государства-члены должны проинформировать Комиссию об этом. Любое государство-член, которое примет решение об использовании этого дополнительного периода, должно каждый год сообщать Комиссии о шагах, предпринимаемых в отношении дискриминации по возрасту и инвалидности, а также о прогрессе в отношении исполнения. Комиссия каждый год готовит сообщения для Совета.

Когда государства-члены принимают подобные меры, последние должны содержать ссылку на данную Директиву или сопровождаться такой ссылкой в случае их официальной публикации. Способы создания ссылки должны быть установлены государствами-членами.

Статья 19

Доклад

1. Государства-члены должны предоставить Комиссии не позднее 2 декабря 2005 года и затем предоставлять каждые пять лет всю информацию, необходимую для того, чтобы Комиссия могла подготовить доклад о применении данной Директивы для Европейского Парламента и Совета.

2. Доклад Комиссии должен учитывать, когда это уместно, мнение социальных партнеров и соответствующих неправительственных организаций. В соответствии с принципом гендерного выравнивания этот доклад должен, помимо прочего, дать оценку воздействия принимаемых мер на женщин и мужчин. В свете полученной информации этот доклад должен включать, если необходимо, предложения по пересмотру и обновлению Директивы.

Статья 20

Вступление в силу

Директива вступает в силу со дня ее опубликования в Официальном журнале Европейских Сообществ.

Статья 21

Адресат

Директива адресована государствам-членам.

Совершено в Брюсселе 27 ноября 2000 года

За Совет

Председатель

Э. Гигу

**ДИРЕКТИВА 2002/73/ЕС ЕВРОПЕЙСКОГО ПАРЛАМЕНТА
И СОВЕТА¹ ОТ 23 СЕНТЯБРЯ 2002 Г. «О ВНЕСЕНИИ
ИЗМЕНЕНИЙ В ДИРЕКТИВУ СОВЕТА 76/207/ЕЕС
О РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА РАВНОГО ОБРАЩЕНИЯ
С ЖЕНЩИНАМИ И МУЖЧИНАМИ В ОТНОШЕНИИ
ДОСТУПА К ТРУДОУСТРОЙСТВУ, ПРОФЕССИОНАЛЬНОМУ
ОБУЧЕНИЮ И ПРОДВИЖЕНИЮ ПО СЛУЖБЕ, А ТАКЖЕ
УСЛОВИЙ ТРУДА»**

Текст относится к Европейской экономической зоне

Европейский Парламент и Совет Европейского Союза,
принимая во внимание Договор, учреждающий Европейское Сообщество,
и, в частности, его статью 141(3),
принимая во внимание предложение Комиссии,
принимая во внимание мнение Экономического и социального комитета,
действуя в соответствии с процедурой, установленной в статье 251 Дого-
вора, в свете совместного текста, утвержденного Согласительным комите-
том 19 апреля 2002 г.,

ввиду того, что:

(1) В соответствии со статьей 6 Договора Европейского Союза Европей-
ский Союз основан на принципах свободы, демократии, уважения прав че-
ловека и основных свобод, верховенстве права – принципах, единых для
всех государств-членов, – и уважает основные права, как они гарантиро-
ваны Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод
и как они вытекают из конституционных традиций, общих для государств-
членов, и являются общими принципами для права Сообщества.

(2) Право на равенство перед законом и защиту от дискриминации для всех
лиц является всеобщим правом, признанным Всеобщей Декларацией прав че-
ловека, Конвенцией ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отноше-
нии женщин, Международной конвенцией о ликвидации всех форм расовой
дискриминации и Пактами ООН о гражданских и политических правах и эко-
номических, социальных и культурных правах и Конвенцией о защите прав
человека и основных свобод, которую подписали все государства-участники.

(3) Настоящая Директива уважает основные права и соблюдает принципы,
признаанные, в частности, Хартией Европейского Союза об основных правах.

(4) Равенство мужчин и женщин является основополагающим принци-
пом в соответствии со ст. 2 и 3(2) Договора ЕС и практикой Суда ЕС. Эти
договорные положения провозглашают равенство между мужчинами и
женщинами как «задачу» и «цель» Сообщества и налагают позитивное обя-
зательство «содействия» такому равенству во всей его деятельности.

¹ Перевод АНО «ЮРИКС». В тексте перевода опущены сноски и ссылки, которые
есть в оригинальном тексте Директивы.

(5) Статья 141 Договора и, в частности, параграф 3 непосредственно касаются равных возможностей и равного обращения с мужчинами и женщинами в вопросах трудоустройства и занятости.

(6) Директива Совета 76/207/ЕЕС не определяет понятий прямой или косвенной дискриминации. На основании статьи 13 Договора Совет принял Директиву 2000/43/ЕС от 29 июня 2000 г., реализующую принцип равного обращения с людьми независимо от расового или этнического происхождения, и Директиву 2000/78/ЕС от 27 ноября 2000 г., устанавливающую общие рамки для равного обращения в сфере труда и занятости, в которых даются определения прямой и косвенной дискриминации. Таким образом, уместно привести определения, согласующиеся с этими Директивами, в отношении пола.

(7) Настоящая Директива не ограничивает свободу объединения, включая право создавать объединения совместно с другими и вступать в объединения для защиты своих интересов. Меры в значении статьи 141(4) Договора могут включать членство в организациях или союзах или продолжение деятельности организаций или союзов, основной целью которых является практическое содействие принципу равного обращения с женщинами и мужчинами.

(8) Притеснение какого-либо лица по признаку пола и сексуальные домогательства противоречат принципу равного обращения с женщинами и мужчинами; поэтому целесообразно дать определения этим понятиям и запретить такие формы дискриминации. Следует подчеркнуть, что данные формы дискриминации имеют место не только на рабочем месте, но и в контексте доступа к трудуустройству и профессиональному обучению во время трудоустройства и занятости.

(9) В этой связи работодателей и лиц, ответственных за профессиональное обучение, следует стимулировать к принятию мер по борьбе со всеми формами сексуальной дискриминации и, в частности, мер, направленных на предупреждение притеснений и сексуальных домогательств на рабочем месте, в соответствии с национальным законодательством и правоприменительной практикой.

(10) Оценка фактов, из которых можно сделать вывод о наличии прямой или косвенной дискриминации, осуществляется национальными судебными или иными компетентными органами в соответствии с нормами национального законодательства или правоприменительной практики. Такие нормы могут, в частности, предусматривать, что для доказательства косвенной дискриминации допускаются любые виды доказательств, включая статистические данные. Согласно практике Суда ЕС¹ дискриминация включает применение различных правил к сравнимым ситуациям или применение одного и того же правила к различным ситуациям.

(11) Государства могут исключить из сферы действия Директивы 76/207/ЕЕС только те виды профессиональной деятельности, которые требуют приема на работу лица конкретного пола в силу самой сущности этой профессиональной деятельности, причем при условии, что преследуемая цель

¹ Case C-394/96 Brown, (1998) ECR I-4185, Case C-342/93 Gillespie, (1996) ECR I-475.

законна и принцип соразмерности, закрепленный прецедентной практикой Суда ЕС, соблюден¹.

(12) Суд ЕС последовательно признавал законность охраны биологического состояния женщины во время и после беременности в рамках принципа равного обращения. Более того, он последовательно указывал в своих постановлениях, что любое неблагоприятное обращение с женщинами в связи с беременностью или материнством представляет собой прямую дискриминацию по признаку пола. Поэтому настоящая Директива не противоречит Директиве Совета 92/85/EEC от 19 октября 1992 г. о введении мер, способствующих улучшению безопасности и гигиены труда беременных, а также недавно родивших или кормящих работниц (десятая индивидуальная Директива в соответствии со ст. 16(1) Директивы 89/391/EEC), которая направлена на обеспечение защиты физического и психического состояния беременных, недавно родивших или кормящих женщин. Преамбула к Директиве 92/85/EEC предусматривает, что охрана безопасности и здоровья беременных, недавно родивших или кормящих работниц не предполагает неблагоприятного обращения с женщинами на рынке труда или ущерба Директиве о равном обращении с мужчинами и женщинами. Суд признал необходимость защиты трудовых прав женщин, в частности, их права на возвращение на ту же или эквивалентную работу с не менее благоприятными условиями труда, а также на пользование всеми улучшениями в условиях труда, на которые они имели бы право во время своего отсутствия.

(13) Резолюция встречи Совета и министров труда и социальной политики в рамках Совета от 29 июня 2000 г. о сбалансированном участии женщин и мужчин в семейной жизни и трудовой деятельности обратилась к государствам-участникам с призывом пересмотреть рамки своих правовых систем с целью предоставления работающим мужчинам индивидуального и непередаваемого права на отпуск по отцовству, в то же время сохраняя их права, связанные с трудоустройством. В этом контексте важно подчеркнуть, что только сами государства-члены могут принимать решение о предоставлении или непредоставлении такого права, а также устанавливать любые условия, кроме увольнения и возвращения на работу, так как это находится вне пределов действия данной Директивы.

(14) Государства-члены могут в соответствии со статьей 141(4) Договора сохранять или вводить меры, предоставляющие особые преимущества, для того, чтобы облегчить возможность недостаточно представленному численно полу заниматься какой-либо профессиональной деятельностью, а также предотвратить или компенсировать его менее благоприятное положение в продвижении по карьерной лестнице. С учетом текущей ситуации и положений Декларации № 28, прилагаемой к Амстердамскому договору, государства-члены должны в первую очередь стремиться к улучшению положения женщин в сфере труда и занятости.

(15) Запрещение дискриминации не должно наносить ущерба сохранению или принятию мер с целью предотвращения менее благоприятного положения

¹ Case C-222/84 Johnston, (1986) ECR 1651, Case C-273/97 Sirdar (1999) ECR I-7403 and Case C-285/98 Kreil (2000) ECR I-69.

группы лиц одного из полов или предоставления компенсации за такое положение. Такие меры позволяют создание объединений лиц одного пола, основной целью которых является содействие удовлетворению особых потребностей этих лиц и поощрение равенства между женщинами и мужчинами.

(16) Принцип равной оплаты труда для мужчин и женщин ужеочно закреплен статьей 141 Договора и Директивой Совета 75/117/ЕЕС от 10 февраля 1975 г. о согласовании законодательства государств-членов о применении принципа равной оплаты труда мужчин и женщин, а также последовательно утверждается судебной практикой Суда Европейских сообществ; этот принцип является существенной и неотъемлемой частью *acquis communautaire*¹ относительно дискриминации по признаку пола.

(17) Суд ЕС постановил, что с учетом основополагающего характера права на эффективную судебную защиту работники пользуются этой защитой даже по окончании трудовых отношений. Работник, выступающий в защиту или дающий показания от имени лица, охраняемого согласно настоящей Директиве, имеет право на такую же защиту.

(18) Суд ЕС постановил, что для эффективной реализации принципа равного обращения необходимо, чтобы в случаях его нарушения компенсация, назначаемая работнику, пострадавшему от дискриминации, была адекватной понесенному ущербу. Суд далее уточнил, что предварительное установление верхнего предела размера компенсации может воспрепятствовать предоставлению эффективного возмещения, а отказ начислять проценты на сумму компенсации недопустим².

(19) В соответствии с практикой Суда ЕС национальные нормы, относящиеся к срокам подачи исков, допустимы при условии, что они не менее благоприятны, нежели сроки для подачи аналогичных исков на национальном уровне, и не делают реализацию прав, регулируемых правом Сообщества, невозможной на практике.

(20) Лица, подвергшиеся дискриминации по признаку пола, должны располагать адекватным средством правовой защиты. Для предоставления более высокого уровня защиты ассоциации, организации и иные юридические лица также должны иметь право участвовать в процедурах, как то будет установлено государствами-членами, в качестве представителя жертвы или в ее поддержку, в рамках тех процессуальных национальных норм, которые регулируют представительство и защиту в судах.

(21) Государства-члены должны способствовать диалогу между социальными партнерами и в рамках национальной практики с неправительственными организациями для того, чтобы выявлять различные формы дискриминации по признаку пола на рабочем месте и бороться с ними.

(22) Государства-члены должны ввести эффективные, соразмерные и носящие превентивный характер санкции за случаи нарушений обязательств, содержащихся в Директиве 76/207/ЕЕС.

¹ Нормативно-правовой базы ЕС. – *Прим. пер.*

² Case C-180/95, Draehmpaehl, (1977) ECR I-2195, Case C-271/91, Marshall (1993) ECR I-4367.

(23) В соответствии с принципом субсидиарности, изложенным в статье 5 Договора, цели предлагаемого действия не могут быть в достаточной мере достигнуты самими государствами-участниками и могут быть в большей степени достигнуты Сообществом в целом. В соответствии с принципом соразмерности, изложенным в этой статье, настоящая Директива не выходит за рамки того, что необходимо для достижения поставленной цели.

(24) В связи с этим в Директиву 76/207/EEC следует внести соответствующие изменения;

ПРИНЯЛИ НАСТОЯЩУЮ ДИРЕКТИВУ:

Статья 1

В Директиву 76/207/EEC настоящим вносятся следующие изменения:

1. В статью 1 следует включить следующий параграф:

«1а. Государства-участники должны активно учитывать цель достижения равенства между женщинами и мужчинами при разработке и имплементации законов, норм, административных положений, мер и программ деятельности в областях, указанных в параграфе 1»;

2. Статью 2 следует заменить следующим:

«Статья 2

1. В целях нижеследующих положений принцип равного обращения означает недопустимость какой-либо прямой или косвенной дискриминации по признаку пола и, в частности, по признаку нахождения в браке или семейного статуса.

2. В целях настоящей Директивы применяются следующие определения:

– прямая дискриминация имеет место, когда с одним лицом из-за его пола обращаются менее благоприятно, чем обращаются, обращались или стали бы обращаться с другим в аналогичной ситуации,

– косвенная дискриминации имеет место, когда на первый взгляд нейтральная норма, критерий или практика поставили бы лиц определенного пола в конкретное невыгодное положение по сравнению с лицами другого пола, за исключением случаев, когда данная норма, критерий или практика объективно оправданы законной целью и средства достижения этой цели уместны и необходимы,

– притеснение имеет место, когда нежелательное поведение в отношении лица конкретного пола имеет целью или следствием нанести ущерб достоинству личности или создать атмосферу запугивания, враждебности, унижения, пренебрежения или оскорблений,

– сексуальные домогательства имеют место тогда, когда имеет место любая форма нежелательного верbalного, неверbalного или физического поведения сексуального характера, имеющая целью или следствием нанесение ущерба достоинству личности или создание атмосферы запугивания, враждебности, унижения, пренебрежения или оскорблений.

3. Притеснение и сексуальные домогательства в значении настоящей Директивы считаются дискриминацией по признаку пола и, следовательно, запрещаются. То, что лицо отвергает такое поведение или поддается ему,

не может использоваться в качестве основания для вынесения решения по существу дела в отношении данного лица.

4. Указание осуществлять дискриминацию против лиц по признаку пола считается дискриминацией в значении настоящей Директивы.

5. Государства-члены должны стимулировать работодателей и ответственных за доступ к профессиональному образованию в соответствии с национальным законодательством, коллективными договорами или существующей практикой, к принятию мер по предотвращению всех форм дискриминации по признаку пола, в частности, притеснений и сексуальных домогательств на рабочем месте.

6. Государства-члены могут установить в отношении доступа к труду устройству, в том числе необходимого для него обучения, что различие в обращении, основанное на характеристике, относящейся к полу, не является дискриминацией, если в силу характера конкретной профессиональной деятельности или контекста ее осуществления такая характеристика представляет собой естественное и определяющее профессиональное требование, при условии, что преследуемая цель законна, а требование соразмерно.

7. Настоящая Директива не отменяет положений, касающихся защиты женщин, в особенности касающихся беременности и материнства. Женщина, находящаяся в отпуске по беременности и родам, имеет право по окончании периода отпуска вернуться на свою работу или эквивалентную должность на условиях, не менее благоприятных для нее, и воспользоваться любым улучшением условий труда, на которое она имела бы право во время своего отсутствия. Менее благоприятное обращение с женщиной в связи с отпуском по беременности и родам в значении Директивы 92/85/EEC является дискриминацией и в значении настоящей Директивы.

Настоящая Директива также не должна наносить ущерба положениям Директивы Совета 96/34/ЕС от 3 июня 1996 г. о рамочном соглашении об оплачиваемом отпуске в связи с рождением ребенка, заключенном UNICE, СЕЕР и ЕТУС и Директивы Совета 92/85/ЕС от 19 октября 1992 г. о введении мер, способствующих улучшению безопасности и гигиены труда беременных, а также недавно родивших или кормящих работниц (92/85/ЕС) (первая отдельная Директива в рамках толкования статьи 16(1) Директивы 89/391/ЕС). Она также не препятствует государствам-членам предоставлять различные права в случае отпуска по рождению и/или усыновлению. Государства-участники, признающие такие права, должны принимать необходимые меры для защиты работающих мужчин и женщин от увольнения из-за пользования этими правами и обеспечивать, чтобы по окончании такого отпуска они имели право вернуться на свою работу или на эквивалентные должности на не менее благоприятных условиях и воспользоваться любыми улучшениями в условиях труда, на которые они имели бы право во время своего отсутствия.

8. Государства-участники могут поддерживать или принимать меры по смыслу статьи 141(1) Договора с целью обеспечения полного равенства на практике между мужчинами и женщинами.

3. Статью 3 следует заменить следующим:

«Статья 3

1. Применение принципа равного обращения означает недопустимость прямой или косвенной дискриминации на основании пола в публичном или частном секторах, в том числе и в государственных органах, в отношении:

(а) условий доступа к трудуустройству, индивидуальному предпринимательству или профессиональной деятельности, включая критерии отбора и условия найма, независимо от области деятельности и на всех уровнях профессиональной иерархии, включая повышение в должности;

(б) доступа ко всем видам и уровням профессиональной ориентации, профессиональной подготовки, повышения квалификации или переподготовки, включая опыт практической работы;

(с) трудуустройства и условий труда, включая увольнение и заработную плату, как предусмотрено в Директиве 75/117/ЕЕС;

(д) членства и участия в деятельности любых организаций работников или работодателей или любой организации, чьи члены занимаются определенной профессиональной деятельностью, в том числе преимуществ, предоставляемых такими организациями.

2. С этой целью государства-члены должны принять необходимые меры к обеспечению:

(а) отмены любых законов, нормативных актов и административных положений, противоречащих принципу равного обращения;

(б) признания недействующими или внесения изменений в любые положения, противоречие принципу равного обращения, включенные в договоры или коллективные соглашения, внутренние правила предприятий или правила, регулирующие независимую трудовую и профессиональную деятельность и организации работников и работодателей»;

4. Статьи 4 и 5 следует исключить;

5. Статью 6 следует заменить следующим:

«Статья 6

1. Государства-члены должны обеспечить, чтобы для выполнения обязательств по данной Директиве, судебные и/или административные процедуры, в том числе, где это применимо, процедуры примирения, были доступны всем лицам, которые считают себя пострадавшими от того, что по отношению к ним был нарушен принцип равного обращения, даже если отношения, в рамках которых предположительно имела место дискриминация, закончились.

2. Государства-члены должны ввести в свои национальные правовые системы меры, необходимые для обеспечения реальной и эффективной компенсации или репарации, в предусмотренном государствами-членами порядке, за потери и ущерб, понесенные лицом, которому был причинен вред в результате дискриминации, противоречащей статье 3, в размере, который имел бы сдерживающий характер и был бы соразмерен понесенному ущербу; такая компенсация или репарация не может быть ограничена установлением предварительного верхнего предела, за исключением случаев, когда работодатель может доказать, что единственный ущерб, понесенный

истцом в результате дискриминации по смыслу настоящей Директивы, со-стоит в отказе в рассмотрении его заявления о приеме на работу.

3. Государства-члены должны обеспечить, чтобы объединения, организа-ции или другие юридические лица, имеющие в соответствии с критериями, установленными национальным законодательством, законный интерес в обес-печении соблюдения положений настоящей Директивы, могли при-нимать участие от имени или в поддержку пострадавших, с их одобрения, в любом судебном или административном разбирательстве, преду-смотренном для исполнения обязательств по настоящей Директиве.

4. Параграфы 1 и 3 не наносят ущерба национальным нормам, относя-щимся к срокам исковой давности для подачи исков относительно принци-па равного обращения»;

6. Статью 7 следует заменить следующим:

«Статья 7

Государства-члены должны ввести в свои национальные правовые системы меры, необходимые для защиты наемных работников, в том числе работников, представляющих интересы других работающих, в соответствии с националь-ным законодательством и/или практикой, от увольнения или любого неблаго-приятного обращения со стороны работодателя в качестве реакции на жалобу внутри предприятия или любую иную процедуру ее рассмотрения, иницииро-ванные с целью добиться соблюдения принципа равного обращения».

7. Следует добавить следующие статьи:

«Статья 8а

1. Государства-члены должны определить и создать необходимые условия для работы органа или нескольких органов, призванных содействовать рав-ному обращению со всеми лицами без дискриминации по признаку пола, анализировать, осуществлять мониторинг и поддерживать его. Эти органы могут являться частью ведомств, в чьи обязанности на национальном уров-не входит защита прав человека или обеспечение прав личности.

2. Государства-члены должны обеспечить, чтобы полномочия этих орга-нов включали:

(а) безотносительно к правам жертв, а также объединений, органи-заций или других юридических лиц, содержащихся в ст. 6(3), оказание независимой помощи жертвам дискриминации при обращении с жало-бами на дискриминацию;

(б) проведение независимых исследований по вопросам дискримина-ции;

(с) публикацию независимых докладов и выработку рекомендаций по любому вопросу, относящемуся к такой дискриминации.

Статья 8б

1. Государства-члены должны в соответствии с национальными тради-циями и практикой принимать адекватные меры по поощрению обще-

ственного диалога между социальными партнерами с целью продвижения равного обращения, в том числе посредством мониторинга практики его применения на рабочих местах, заключения коллективных соглашений, принятия кодексов поведения, проведения исследований, обмена опытом и удачными практиками применения.

2. Если это согласуется с национальными традициями и практикой, государства-члены должны поощрять социальных партнеров без ущерба для их автономии содействовать равенству между женщинами и мужчинами и заключать на соответствующем уровне соглашения, устанавливающие антидискриминационные нормы в областях, о которых говорится в ст. 1, подпадающие под сферу коллективных договоров. Эти соглашения должны соответствовать минимальным требованиям, установленным настоящей Директивой и соответствующими национальными мерами по ее имплементации.

3. Государства-члены должны в соответствии с национальным законодательством, коллективными договорами или существующей практикой стимулировать работодателей к тому, чтобы равное обращение с женщинами и мужчинами на рабочем месте было планомерным и систематическим.

4. С этой целью следует стимулировать работодателей к предоставлению работниками и/или их представителями через определенные промежутки времени соответствующей информации о равном обращении с мужчинами и женщинами на предприятии. Такая информация может включать статистику о соотношении в организации мужчин и женщин на разных ступенях управления и возможные меры, которые должны быть предприняты в сотрудничестве с представителями работников, для улучшения ситуации.

Статья 8с

Государства-члены должны поощрять диалог с соответствующими неправительственными организациями, имеющими в соответствии с их национальным законодательством и практикой законный интерес в содействии борьбе с дискриминацией по признаку пола с целью продвижения принципа равного обращения.

Статья 8д

Государства-члены должны ввести нормы, устанавливающие санкции за нарушение положений национального законодательства, принятых в соответствии с настоящей Директивой, и принимать все меры для того, чтобы они применялись на практике. Санкции, которые могут содержать выплату компенсации жертве, должны быть эффективными, соразмерными и сдерживающими. Государства-участники должны уведомить об этих нормах Комиссию не позднее 5 октября 2005 г. и безотлагательно уведомлять о любых последующих поправках, их затрагивающих.

Статья 8е

1. Государства-члены могут вводить или сохранять положения, более благоприятные для защиты принципа равного обращения, нежели установленные в настоящей Директиве.

2. Реализация настоящей Директивы ни при каких обстоятельствах не должна становиться основанием для понижения уровня защиты против дискриминации, уже предоставляемой государствами-участниками в областях, на которые распространяется данная Директива».

Статья 2

1. Государства-члены должны ввести в действие не позднее 5 октября 2005 г. законы, нормативные акты и административные положения, необходимые для соблюдения данной Директивы, или обеспечить, чтобы представители работодателей и работников не позднее этой даты ввели требуемые положения посредством соглашения.

Государства-члены должны предпринять все необходимые шаги для того, чтобы иметь возможность в любое время гарантировать результаты, требуемые настоящей Директивой. Они должны незамедлительно информировать об этом Комиссию.

Когда государства-члены принимают данные меры, они должны сопровождать их ссылкой на настоящую Директиву или включать такую ссылку в текст при официальном опубликовании. Государства-члены самостоятельно определяют способы указания такой ссылки.

2. В течение трех лет со вступления в силу настоящей Директивы государства-члены должны представить Комиссии всю информацию, необходимую ей для подготовки доклада Европейскому Парламенту и Совету по применению настоящей Директивы.

3. Без ущерба параграфу 2 государства-участники должны раз в четыре года направлять Комиссии тексты законов, нормативных актов и административных положений в рамках любых мер, принятых согласно статье 141(1) Договора, а также отчеты о реализации этих мер. На основании этой информации Комиссия принимает и публикует каждые четыре года доклад, содержащий сравнительную оценку любых таких мер в свете Декларации № 28, прилагающейся к Заключительному акту Амстердамского договора.

Статья 3

Настоящая Директива вступает в силу в день ее публикации в Официальном журнале Европейских сообществ.

Статья 4

Директива адресована государствам-участникам.

Совершено в Брюсселе 23 сентября 2002 г.

За Европейский Парламент

Председатель П. КОКС

За Совет

Председатель М. ФИШЕР-БЁЛЬ

РАЗДЕЛ II

СТАНДАРТЫ ЗАЩИТЫ ОТ ДИСКРИМИНАЦИИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И ПРАКТИКЕ ЗАРУБЕЖНЫХ ГОСУДАРСТВ

АНТИДИСКРИМИНАЦИОННОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И ПРАКТИКА В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

В современном обществе проблема дискриминации — это прежде всего проблема взаимоотношений меньшинства и большинства. Само понятие «меньшинство» используется сегодня для обозначения тех групп, которые традиционно сталкиваются или могут столкнуться с дискриминацией по признаку расы, национальности или каких-либо иных оснований¹. В странах Запада под дискриминацией понимают различие в обращении с лицами, находящимися в одинаковой ситуации, на основании признаков их личного статуса. При этом разграничивают прямую² и косвенную³ дискриминацию.

Формально-юридической гарантией обеспечения равенства возможностей и защиты от дискриминации является антидискриминационное законодательство⁴. Традиционно данная сфера законодательного регулирования развивалась в странах общего права — США, Великобритании, Австралии. Благодаря усилиям ЕС по унификации действий в сфере борьбы с дискриминацией, идет процесс становления антидискриминационного законодательства в государствах-членах и в странах, являющихся кандидатами на вступление в Европейский Союз.

В конституциях большинства государств в той или иной форме сформулирован принцип равноправия и недискриминации, однако антидискри-

¹ Хайнце Э. Сексуальная ориентация: право человека. Эссе о международном законодательстве о правах человека. М., 2004. С. 57.

² Менее благоприятное обращение с определенным лицом по сравнению с другими лицами, находящимися в аналогичной ситуации, на основании признаков его личного статуса.

³ Формально нейтральное обращение с представителями различных групп, которое для представителей определенной группы имеет более негативные последствия, чем для других лиц.

⁴ В данном контексте речь идет о специальных законах, принятых с целью предотвращения дискриминации, содействия распространению равноправия, а не о включении положений о запрете дискриминации в нормативные акты, имеющие иной предмет регулирования.

минационные законы упоминаются крайне редко. Только Конституция Южной Африки 1996 г. четко предписывает принятие общенациональных законов с целью предотвращения или запрещения несправедливой дискриминации (ч. 4 ст. 9). Иногда требование разработки специальных антидискриминационных законов сформулировано на конституционном уровне более мягко. Так, в соответствии с Конституцией Финляндии 1999 г. более детальные предписания закона должны гарантировать равноправие полов в общественной деятельности или трудовой жизни, в особенности – в отношении заработной платы и других условий найма (ч. 4 § 6). Согласно Конституции Швейцарии 1999 г. закон должен обеспечивать юридическое и фактическое равенство мужчин и женщин, прежде всего в семье, образовании и труде (ч. 3 ст. 8).

Принимая антидискриминационные законы, государства могут преследовать различные цели. Одни хотят предоставить адекватные средства защиты лицам, пострадавшим от дискриминации. Другие наряду с этим разрабатывают превентивные меры, направленные на ограничение сферы распространения дискриминации. Третья стремятся использовать право как средство социальной инженерии, чтобы противодействовать не только прямой дискриминации, но и тем социальным, культурным и политическим факторам, которые могут поддерживать косвенную дискриминацию¹.

Антидискриминационные законы сориентированы на защиту лиц, которые традиционно находились в менее благоприятном положении, – представителей этнических меньшинств и иных рас, женщин, лиц, придерживающихся нетрадиционной религии, сексуальной ориентации, инвалидов. Действие этих законов, как правило, распространяется на сферы труда и занятости, образования и профессиональной подготовки кадров, социального обеспечения, оказания услуг. Антидискриминационные законы предоставляют лицам, пострадавшим от дискриминации, возможность выбора средств защиты (специализированные органы по обеспечению равенства и недискриминации, суды, органы административной юстиции). В рамках этих процедур в первую очередь решается вопрос о восстановлении прав пострадавших лиц.

Антидискриминационные законы можно классифицировать по различным основаниям. Прежде всего различают комплексные акты – законы общего характера, являющиеся средством защиты от дискриминации по широкому кругу оснований, и специальные акты, которые имеют более узкий предмет регулирования и регламентируют процедуры и механизмы защиты от определенных видов дискриминации. Наличие комплексного акта не исключает принятия специальных актов. В основу классификации последних могут быть положены личные особенности (признаки), на основании которых не допускается дискриминация, – пол², раса³, наличие физичес-

¹ См. подробнее: MacEwen E. Comparative Non-Discrimination Law: An Overview // Non-Discrimination Law: Comparative Perspective. The Hague, 1999. P. 427–428.

² Финский Акт о равноправии мужчин и женщин 1986 г.

³ Акт Соединенного Королевства о расовых отношениях 1976 г.

ких или психических недостатков¹, возраст² либо сфера деятельности, где обеспечивается реализация принципа равноправия³.

Несмотря на определенные различия, в зарубежных странах действуют похожие антидискриминационные законы. Прежде всего можно говорить о сходстве структуры данных актов. Существуют два подхода к регламентации стандартов в сфере равноправия и недискриминации: открытая и закрытая модель. Открытая модель предусматривает установление общего запрета дискриминации или неравенства в обращении, отступление от которого может быть оправдано только вескими и разумными основаниями. Закрытая модель предполагает закрепление четкого каталога оснований для дискриминации, тех сфер или лиц, на которых распространяется действие закона, перечисление запрещенных форм дискриминации и незаконной практики, а также допустимых случаев отступления от принципа недискриминации. Как правило, антидискриминационные законы строятся в соответствии с закрытой моделью регулирования.

Вторым моментом, характерным для современных антидискриминационных законов, является закрепление не только негативных обязательств (не осуществлять дискриминацию), но и позитивных обязательств (принимать определенные действия) с целью обеспечения равноправия и искоренения дискриминации. Для антидискриминационных законов характерно также учреждение омбудсманов⁴ и/или комиссий – специальных органов, обеспечивающих реализацию принципа равных возможностей и защиту лиц, пострадавших от дискриминации. Как правило, комиссии создаются в рамках исполнительной власти, являются коллегиальными органами, осуществляют мониторинг соблюдения антидискриминационного законодательства, проводят собственные расследования в отношении предполагаемых нарушений принципа равноправия, а в случае необходимости могут обращаться с иском в суд по делам о дискриминации.

При разработке антидискриминационного законодательства серьезное значение имеет решение вопроса о том, какие структуры необходимо создавать – несколько специализированных органов или универсальный орган, курирующий все аспекты обеспечения равноправия и борьбы с дискриминацией. В случае создания единого органа обеспечение равноправия и недискриминации рассматривается как комплексная проблема, а борьба с конкретными разновидностями дискриминации – расовой, гендерной, религиозной – трактуется как составная часть более широкого движения против дискриминации. Следует отметить, что создание универсального органа может облегчить проблему подачи жалоб лицами, пострадавшими от дискриминации, поскольку очень часто они являются жертвами дискрими-

¹ Акт об американцах, имеющих физические или психические недостатки, 1990 г.

² Австралийский Акт о дискриминации по признаку возраста 2004 г.

³ Акт Ирландии о равноправии в сфере занятости 1998 г.

⁴ Омбудсмен по обеспечению равных возможностей (Австрия), омбудсманы по защите от этнической дискриминации и от дискриминации в связи с сексуальной ориентацией (Швеция).

нации по ряду оснований. Создание единого органа позволяет также разрабатывать универсальные подходы к реализации антидискриминационного законодательства, применять общие стандарты, обеспечивать единообразную реализацию программ позитивных действий¹ в публичном и частном секторе. Примером универсального органа является нидерландская Комиссия по равенству в обращении.

Создание сети специализированных органов явно предпочтительнее, если в стране действуют несколько законодательных актов, регламентирующих обеспечение равноправия по признаку пола, расы, возраста. Такие органы смогут уделить должное внимание особенностям конкретных разновидностей дискриминации, выявить специфические средства борьбы с проявлениями дискриминации определенного вида, установить стабильные и постоянные контакты с неправительственными организациями, представляющими специальные интересы. Так, в Великобритании сформированы Комиссия по расовому равноправию; Комиссия по равным возможностям, содействующая упразднению дискриминации по признаку пола и семейного положения в сфере труда и занятости; Комиссия по правам лиц с физическими или умственными недостатками².

Антидискриминационные законы, как правило, предусматривают доступ лица, пострадавшего от дискриминации, к правосудию и специальные судебные процедуры рассмотрения дел о дискриминации. В законодательстве зарубежных стран существуют определенные различия в отношении решения вопроса о механизмах судебной защиты лиц, пострадавших от дискриминации, что обусловлено спецификой национальных судебных систем. В одних странах рассмотрение жалоб лиц, пострадавших от дискриминации, относится к компетенции уголовных судов, в других – к компетенции гражданских судов. В некоторых странах трудовые споры традиционно выделяются из числа гражданских споров и рассматриваются специальными судами. Кроме того, в ряде стран жалобы, поданные на действия публичной администрации, рассматриваются органами административной юстиции.

В Финляндии дискриминация в трудовой жизни признается уголовным правонарушением. Работодатели, нарушающие запрет дискриминации, обязаны также компенсировать пострадавшим причиненный ущерб. Для получения компенсации необходимо подать иск в течение года после нарушения запрета дискриминации. Сумма компенсации варьируется от 2 820 до 9 380 евро. В случае серьезных последствий ее максимальный размер может быть увеличен вдвое. При определении суммы компенсации учитываются природа, характер и продолжительность дискриминационных действий. С учетом финансового положения работодателя и его стремления предотвратить дискриминацию сумма может быть установлена ниже минимального предела.

¹ Меры, направленные на создание более благоприятных условий и возможностей для групп, фактически находящихся в менее благоприятном положении.

² Закон, регламентирующий статус данной Комиссии, см. в разделе, посвященном защите от дискриминации и обеспечению социального равенства.

В Великобритании жалобы на дискриминацию в сфере трудовых отношений рассматривают трибуналы в сфере занятости¹, иные жалобы – суды графств. Трибуналом считается любой орган, учрежденный в соответствии с Актом о трибуналах в сфере занятости 1996 г. с целью рассмотрения споров между работодателями и работниками или профсоюзами. Эти органы действуют в составе трех членов, из которых профессиональным юристом является только председатель. Трибуналы в отличие от гражданских судов применяют менее строгие процессуальные правила в отношении представления доказательств и представительства сторон и не обеспечивают исполнения решений о выплате компенсации (для этого необходимо специально обратиться в суд). Они могут устанавливать права истца и ответчика в конкретном споре, издавать приказы о выплате компенсации, рекомендовать ответчику предпринять определенные меры в течение установленного срока, с тем чтобы минимизировать или ликвидировать негативные последствия дискриминационных действий.

В законодательстве зарубежных стран заложены разные подходы в отношении бремени доказывания по делам о дискриминации. В Нидерландах Акт о равном обращении не предусматривает возложения бремени доказывания на ответчиков, однако практика пошла по иному пути. В соответствии с Директивой 97/80/ЕС в Гражданский кодекс было имплементировано положение о возложении бремени доказывания на ответчиков по делам о дискриминации по признаку пола, впоследствии Комиссия по равному обращению распространила это требование на все дела о дискриминации. В Северной Ирландии бремя доказывания лежит на истце в случае прямой дискриминации, и на ответчике – в связи с косвенной дискриминацией. В ЮАР ответчик в случае подачи обоснованного иска о дискриминации должен доказать, что несправедливая дискриминация не имела места или что его действия не были основаны на запрещенных основаниях.

Для антидискриминационного законодательства характерно предоставление неправительственным организациям, имеющим легитимный интерес, права участвовать в рассмотрении жалоб специализированным органом или судом. В соответствии с румынским законодательством неправительственные организации могут подавать жалобы в Национальный совет по предотвращению дискриминации, а также участвовать в рассмотрении дел в суде в качестве представителя определенных общностей или групп. Как показывает практика Нидерландской комиссии по равному обращению, групповые действия достаточно эффективны в тех случаях, когда дискриминация является систематической или когда необходимо акцентировать внимание на структурных причинах неравенства в обращении.

Значительную роль в борьбе с дискриминацией играет деятельность органов конституционного контроля, направленная на обеспечение соблюдения принципа равноправия в законотворчестве и правоприменительной практике. В США принцип равноправия сформулирован в первом разделе XIV поправки к Конституции, в соответствии с которым ни один из шта-

¹ Первоначально эти органы именовались промышленными трибуналами, новое название было введено Актом о правах в сфере занятости (разрешение споров) 1998 г.

тов не может в пределах своей компетенции отказывать какому-либо лицу в равной защите на основании закона. Данное положение распространяется на действие органов власти и должностных лиц, а также частных лиц в том случае, если эти действия поддерживаются или поощряются властями штатов. Для нарушения клаузулы о равной защите со стороны закона необходимо наличие дискриминационных намерений. Хотя в XIV поправке речь идет только о властях штатов, Верховный Суд применяет аналогичный подход и к федеральным властям, исходя из того, что закрепленная в V поправке клаузула о надлежащей правовой процедуре включает в себя и принцип равной защиты со стороны закона.

Если закон штатов оспаривается в связи с выделением групп лиц по основаниям, позволяющим предположить дискриминацию, Верховный Суд должен определить, какой способ проверки он будет использовать. Наименее строгий способ – проверка разумного обоснования (*rational basis test*) – базируется на презумпции конституционности закона, который принят для достижения легитимной цели, определенной органами государственной власти. При этом закон штата считается соответствующим Конституции, если действия органов власти имеют разумное обоснование, исключают несправедливые различия в обращении, а выделение групп лиц связано с той легитимной целью, которую преследует законодатель. Закон очень редко признается не соответствующим Конституции в случае применения данного способа проверки.

Строгая проверка (*strict scrutiny*) применяется, если отдельные положения закона затрагивают основные права или если группы лиц выделяются на основе классификации, вызывающей подозрения (*suspect classification*). Согласно практике Верховного Суда выделение групп по признаку расы, этнического происхождения и в отдельных случаях – наличия иностранного гражданства считается вызывающим подозрения¹. В трактовке Суда основные права – это те, которые прямо или косвенно гарантируются в Конституции. В частности, к их числу были отнесены свобода слова, свобода религии, свобода объединения, право на неприкосновенность частной и семейной жизни, право на доступ к суду, свобода передвижения по территории страны, право на заключение брака, право на аборт на ранних стадиях беременности и т.д. При этом способе проверки допускается отступление от презумпции конституционности закона. Соответственно, власти штата должны доказать, что их действия обусловлены насущными интересами и что меры, предпринимаемые для достижения поставленных целей, в наименьшей степени ограничивают соответствующие основные права. Верховный Суд практически никогда не признает закон соответствующим Конституции в случае применения строгой проверки.

Промежуточное положение между проверкой рационального обоснования и строгой проверкой занимает более тщательная проверка (*heightened scrutiny*). Этот способ применяется, если выделение групп лиц в законе бази-

¹ Как отмечается в американской литературе, в данную группу может попадать и религия, однако в практике Верховного Суда не было таких дел, поскольку вопросы религии всегда рассматриваются в контексте I поправки к Конституции.

руется на «классификации, почти вызывающей подозрения» (*almost suspect classification*). В практике Верховного Суда такой классификацией является выделение групп лиц по признаку пола или рождения вне брака. Для подтверждения конституционности закона власти штата должны доказать, что эта классификация служит важным целям органов государственной власти и существенным образом связана с достижением этих целей. Соответственно, различия в обращении между мужчинами и женщинами не могут обосновываться только исходя из устаревших стереотипов о положении женщины в обществе. Если Верховный Суд использует данный способ проверки, достаточно трудно предположить, каков будет исход дела.

Таким образом, Верховный Суд США использует различные способы проверки нормативных актов с точки зрения их соответствия клаузуле о равной защите со стороны закона. При этом выбор способа проверки обусловлен теми основаниями, которые лежит в основе классификации лиц. При анализе закона сначала выявляется его цель, а затем рассматривается, существует ли взаимосвязь между классификацией, предложенной в законе, и целью соответствующего акта¹.

Во Франции при передаче законов до их промульгации в Конституционный Совет² с целью проверки соответствия Конституции чаще всего ссылаются на нарушение принципа равноправия. Данный принцип сформулирован в статье 1 Декларации прав человека и гражданина 1789 г.: «Люди рождаются и остаются свободными и равными в правах». При осуществлении проверки орган конституционного контроля исходит из того, что законодатель всегда связан принципом равноправия при определении сферы применения закона. Конституционный Совет последовательно выступает против принятия дискриминационных мер, основанных на произвольных критериях. Он неоднократно подчеркивал, что принцип равноправия не препятствует закреплению в законе неодинаковых норм, действующих в отношении лиц, которые находятся в различном положении, при условии, что это оправдано реальным различием в положении и соответствует цели закона. Вместе с тем Конституционный Совет в определенных случаях допускает отступление от принципа равноправия исходя из публичного интереса³.

В Германии Федеральный Конституционный Суд исходит из того, что положения части 1 статьи 3 Основного закона, закрепляющей принцип равноправия⁴, касаются не только сферы правоприменения, но и законотворчества. В соответствии с правовыми позициями органа конституци-

¹ См. подробнее: Гольдман Р., Лентовска Э., Франковски С. Верховный Суд США об основных правах и свободах. Варшава, 1997. С. 21–28; Corvin E.S., Peltrason J.W. Understanding the Constitution. 13th Ed. Orlando, 1994. P. 350–390.

² Конституционный Совет осуществляет предварительный контроль за актами, принятыми национальным Парламентом.

³ См. подробнее: Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. М., 1993. С. 191–229.

⁴ Все люди равны перед законом.

онного правосудия законодатель не может рассматривать то, что в основном является равным, с неодинаковых позиций, либо исследовать то, что в основном является неравным, с позиций принципа равноправия. В соответствии с трактовкой Конституционного Суда положения части 3 статьи 3¹ запрещают только намеренную дискриминацию. Вместе с тем закрепленный в Основном законе перечень оснований для дискриминации не является исчерпывающим. По мнению судей, только очень веские причины могут служить оправданием различия в обращении. При этом свобода действия законодателя более ограничена, если положение, рассматриваемое в контексте части 3 статьи 3, затрагивает другие интересы, находящиеся под защитой конституционных положений об основных правах.

Наиболее тщательную проверку Федеральный Конституционный Суд осуществляет при рассмотрении дел, связанных с дискриминацией по признаку пола. Суд исходит из того, что различие в обращении между мужчинами и женщинами допустимо только тогда, когда биологические и функциональные различия полов оказывают настолько существенное влияние на вопрос, подлежащий урегулированию, что общие черты отходят на второй план. Кроме того, он признает допустимым предоставление женщинам специальных льгот в качестве компенсации того, что в силу биологических причин они находятся в менее благоприятном положении².

Позиция органа конституционного правосудия Южно-Африканской Республики имеет определенную специфику. Конституционный Суд исходит из того, что конституционная обязанность не осуществлять явную или скрытую дискриминацию³ должна трактоваться с учетом глубоко укоренившейся практики неравенства, существующей в обществе. По мнению судей, принцип равноправия сориентирован не на сохранение привилегий благополучных слоев населения, а на улучшение положения групп, находящихся в неблагоприятном положении. В южноафриканской ситуации негативная модель равноправия как инструмент улучшения положения уязвимых групп мало эффективна, в связи с этим необходимо принятие позитивных мер для обеспечения доступа представителей данных групп к ресурсам, услугам и возможностям. При этом непринятие позитивных мер в определенных случаях может рассматриваться и как несправедливая дискриминация.

¹ Никому не может быть причинен ущерб или оказано предпочтение по признакам его пола, происхождения, расы, языка, его отечества и места рождения, его вероисповедания, религиозных или политических взглядов. Никто не должен ущемляться из-за своих недостатков (физических или умственных).

² Подробнее см.: Currie D.P. The Constitution of the Federal Republic of Germany. Chicago, 1996. P. 322–338.

³ Государство не имеет право осуществлять явную или скрытую дискриминацию граждан по каким бы то ни было признакам, в том числе на основании расовой или половой принадлежности, беременности, семейного положения, этнического или социального происхождения, сексуальной ориентации, возраста, инвалидности, религии, вероисповедания, верований, культуры, языка и рождения (ч. 3 ст. 9). Никто не имеет права осуществлять явную или скрытую дискриминацию по отношению к кому-либо по перечисленным в части 3 признакам (ч. 4 ст. 9)

Таким образом, при рассмотрении дел о дискриминации Суд признал допустимым применение асимметричного подхода, в соответствии с которым определяющим фактором при вынесении решения о том, носит ли разница в обращении справедливый характер, является принадлежность лица, обратившегося с жалобой, к уязвимой группе. При рассмотрении данного вопроса учитывается также природа действий законодательной или исполнительной власти, послуживших основанием для обращения в суд, а также те интересы, которые затрагивают эти действия.

Хотя в Конституции ЮАР закреплен достаточно просторный перечень оснований недопустимой дискриминации, Суд признает возможным их расширительное толкование. В частности, в одном из дел была сформулирована правовая позиция о том, что гражданство может рассматриваться как потенциальное основание для дискриминации, порождающей тяжелые и несправедливые последствия. При исследовании вопроса о том, может ли быть признано дискриминационным не предусмотренное в Конституции основание, Суд в первую очередь определяет, может ли неравенство в обращении по этому основанию ущемлять достоинство личности¹.

В российской юридической литературе тексты антидискриминационных законов практически не публиковались. В рамках выходившей в издательстве «Прогресс» серии страноведческих сборников «Конституция и законодательные акты» были опубликованы извлечения из американских Законов о гражданских правах 1957 и 1964 гг.²

В этом разделе Хрестоматии представлены разнообразные комплексные антидискриминационные законы государств, имеющих определенные традиции в области борьбы с дискриминацией (Швеция, Нидерланды) и делающих первые шаги в этой сфере (ЮАР, Румыния, Болгария). Акт ЮАР о содействии распространению равноправия и предотвращении несправедливой дискриминации 2000 г. направлен на искоренение последствий апартеида. Постановление Правительства Румынии 137/2000 о предотвращении и наказуемости любых форм дискриминации – первый комплексный антидискриминационный акт, разработанный в постсоциалистических странах. Болгарский закон о защите от дискриминации 2003 г. специалисты рассматривают как один из наиболее детально проработанных законов в данной сфере. Следует обратить внимание на то, что в законах ЮАР, Нидерландов, Болгарии содержится очень широкий перечень оснований для дискриминации, в болгарском законе тщательно прописаны все допустимые случаи отступления от принципа равноправия, в законе ЮАР серьезное внимание уделено позитивным мерам, направленным на предотвращение дискриминации.

¹ См. подробнее: *O’Сullivan M.* Опыт защиты прав женщин от дискриминации в судах ЮАР // Борьба с дискриминацией в России. Основные направления деятельности для юристов и активистов правозащитного движения. М., 2004. С. 101–106; *O'Regan K.* Addressing the Legacy of the Past: Equality in the South African Constitution // Non-Discrimination Law: Comparative Perspective. Р. 19–23.

² См.: Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты. М., 1993. С. 351–381.

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ АНТИДИСКРИМИНАЦИОННЫХ НОРМ ПРАВА: КРАТКИЙ ОБЗОР¹

Мартин Макивэн

[...] При разработке антидискриминационных норм права государства, скорее всего, будут принадлежать к одной из трех групп: одни захотят обеспечить формальные средства восстановления нарушенных прав для лиц, пострадавших от прямой дискриминации со стороны государства и, возможно – если будет вводиться горизонтальная ответственность – со стороны других лиц; другие государства могут проявить заинтересованность не только в продвижении формального равенства возможностей, используя все доступные для этого средства, но и в продвижении превентивных мер путем разработки законодательства, направленного на то, чтобы существенно снизить число проявлений расовой дискриминации; третьи государства могут поставить перед собой амбициозную цель использовать право как средство социального воздействия с тем, чтобы оказать противодействие не только прямой дискриминации, но и социальным, культурным, политическим и иным факторам, которые могут порождать косвенную дискриминацию или ставить в неблагоприятное положение представителей определенных рас.

Для достижения одной или нескольких из этих целей законодательство может быть разработано с намерением:

- 1) провозгласить четко и недвусмысленно публичную политику в данной области;
- 2) обеспечить меры поддержки тем, кто не хотел бы дискриминировать, но вынужден делать это в силу социальных причин;
- 3) обеспечить защиту и средства восстановления нарушенных прав для представителей меньшинств;
- 4) предусмотреть меры для мирного и упорядоченного разрешения конфликтов и снижения напряженности;
- 5) снизить уровень предвзятости по отношению к представителям меньшинств за счет введения ответственности за поведение, в котором эта предвзятость находит свое выражение;
- 6) снизить уровень систематической дискриминации за счет изменения политики и практики, приводящих к косвенной дискриминации;
- 7) установить стандарты, с помощью которых можно оценивать общественное и личное поведения и улучшать его;
- 8) создать площадку, где соответствующее ведомство могло бы озвучивать эти стандарты, а также создать механизм – возможно, введя специализированные административные суды – для развития эффективных средств защиты. [...]

¹ Martin MacEwen. Comparative Non-Discrimination Law: an Overview // Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives. Ed. by Titia Loenen and Peter R. Rodrigues. Martinus Nijhoff Publishers, 1999. C. 427. Перевод АНО «ЮРИКС».

СОВЕТЫ ЗАКОНОДАТЕЛЮ О РЕГУЛИРОВАНИИ ДИСКРИМИНАЦИИ: ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ АНТИДИСКРИМИНАЦИОННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СТРАТЕГИИ ПО ИХ ПРЕОДОЛЕНИЮ

Кристофер Маккрудден¹

[...] Дискриминация как предмет правового регулирования отличается от иных сфер регулирования тем, что проблема равенства относится к сфере этики. Этическая природа этой проблемы ограничивает выбор законодателя теми средствами, которые могут быть приняты общественным мнением. [...]

2. Символизм и рыночные отношения

[...] 2.2. Аргументы за и против правоприменения, обусловленного законами свободных рыночных отношений

[...] Существует тесная связь между функцией, которую мы приписываем антидискриминационному законодательству, и правоприменительными институтами, которые должны соответствовать поставленным задачам и быть эффективными. Это утверждение справедливо, как мы видели, не только в контексте того, рассматриваем ли мы функцию антидискриминационного законодательства как символическую или как инструментальную, но и при выборе инструментов, которые являются подходящими для исполнения инструментальных функций. Поскольку существуют различные инструментальные функции, которые, на наш взгляд, чаще всего выполняет антидискриминационное законодательство, при выборе механизмов его реализации важно учитывать, какие именно функции или какую комбинацию функций мы выбрали.

Итак, мы должны спросить нашего законодателя, чего именно он хотел бы достичь своим новым антидискриминационным законом. Он уже решил, как мы полагаем, что ему хотелось бы преодолеть чисто символический подход и подход, который бы служил простым отражением эффективной рыночной экономики. Раз так, мы можем посоветовать ему одну из двух основных функциональных моделей, по которым строится антидискриминационное законодательство в других странах: модель индивидуальной справедливости и модель групповой справедливости.² [...]

¹ Christopher McCrudden. Regulating Discrimination: Advice to a Legislator on Problems Regarding the Enforcement of Anti-Discrimination Law and Strategies to Overcome them // In: Combating Global Injustice. Р. 296–312. Перевод с англ. АНО «ЮРИКС» (переводчик – М. Тимофеев, редактор перевода – А. Соболева).

² Эти модели более подробно обсуждаются в книге: C. McCrudden, David J. Smith and Colin Brown, *Racial Justice at Work: The Enforcement of the Race Relations Act 1976 in Employment*, PSI (1991).

3. Модель индивидуальной справедливости

Модель индивидуальной справедливости призвана бороться за снижение уровня дискриминации путем исключения из решений нелегитимных соображений, основанных на предпочтении по признаку расовой принадлежности, а также иных запрещенных соображений, которые имеют негативные последствия для граждан. Суть этого подхода заключается в «очищении» процесса принятия решений и не связана с оценкой влияния решений на конкретные социальные группы. Этот подход индивидуалистичен, так как концентрируется на обеспечении справедливости для отдельного гражданина. Это выражается в универсальных и симметричных терминах: например, гражданам черной и белой расы гарантируется равная правовая защита. Данная модель... – учитывая ограниченный характер дозволенного вмешательства – охраняет и, возможно, усиливает механизмы функционирования свободных рыночных отношений. Цели этой модели могут быть установлены с достаточной степенью определенности, и ее реализация не зависит от обширных исследований и суждений на основе сложных социально-экономических фактов.

3.1. Двоякая роль индивидуального иска

Допустим, законодатель готов принять модель индивидуальной справедливости, по крайней мере, на данный момент. Каким образом она может быть реализована? Учитывая индивидуалистическую направленность концепции, один из классических способов – использование в качестве механизма реализации индивидуальных исков. Индивидуальный иск играет двоякую роль в механизме регулирования дискриминации. Он не только предоставляет лицам, пострадавшим от дискриминационных действий и решений, право требовать справедливое возмещение, но и может внести существенный вклад в сдерживание дискриминационного поведения как такового. Следовательно, процедура индивидуального обжалования, предоставляющая каждому возможность восстановить свои права, может оказать и стратегическое воздействие на ситуацию. [...]

3.2. Альтернативное разрешение споров

Безусловно, существует некоторое напряжение между двумя целями: поиском наилучшего пути разрешения конкретного спора, который может заключаться в мирном соглашении, и провозглашением общих стандартов должного поведения посредством судебных решений, доступных общественности. Несмотря на то, что формально обе процедуры способствуют удовлетворению жалобы, между ними – с точки зрения осуждения совершенного противоправного дискриминационного деяния – существует принципиальное отличие. В случае, если спор урегулирован посредством мирового соглашения, отсутствует решение по существу, а результатом является устроившее обе стороны согласие, которое может предполагать признание ответчиком своей ошибки, а может его и не предполагать. [...]

3.3. Несудебное разрешение споров

Далее законодатель должен сделать еще один выбор. В некоторых правовых системах предусмотрен иной – несудебный – механизм рассмотрения индивидуальных жалоб, а именно обращение в орган, уполномоченный проводить расследования в отношении индивидуальных заявлений. Основной аргумент в пользу использования этого механизма заключается в том, что заявитель освобождается от бремени доказывания факта дискриминации. Впрочем, в последнее время в некоторых правовых системах эта модель потеряла свою прежнюю привлекательность, и первое место занял подход, в основе которого лежит право каждого подать иск, рассматриваемый в судебном порядке. Считается, что непосредственное обращение в суд общей или специальной юрисдикции – индивидуальное правоприменение – имеет ряд преимуществ перед разрешением споров в административном порядке. На практике несудебные органы часто испытывают затруднения с финансированием, приводящие к невозможности осуществления ими функции по регулированию дискриминации, что порождает явление, названное «пробелом в правоприменении». Непосредственный доступ граждан к органам правосудия обеспечивает большую степень автономии заявителя, так как предоставляет ему больше прав в отношении распоряжения судьбой жалобы, что рассматривается как чрезвычайно важный аргумент в пользу обращения в суд.

3.4. Разрешение споров квазисудебными органами

[...] Во-первых, существуют страны, в которых наравне с общими судами, рассматривающими гражданские иски, традиционно существуют квазисудебные органы специальной компетенции для разрешения *споров, возникающих из трудовых отношений*, – так называемые трудовые суды или трибуналы по вопросам занятости. В случае, если такие органы существуют, представляется разумным, чтобы дела о дискриминации в трудовых отношениях рассматривались именно ими.

Во-вторых, существуют страны, в которых жалобы о дискриминации традиционно относятся к сфере уголовного права, в то время как в других правовых системах такие дела имеют гражданско-правовой характер. Очевидно, что характер модели предопределяет выбор функциональной направленности правового регулирования, с одной стороны, и института, на который возлагается задача рассмотрения соответствующих дел, – с другой.

В-третьих, существуют страны, в которых жалобы на действия публичных властей рассматриваются в ином, нежели жалобы на действия частных лиц, порядке, и подпадают под юрисдикцию специальных административных трибуналов – квазисудебных органов, в состав которых входят не профессиональные судьи, а специалисты в соответствующей области.

3.5. Эффективность разрешения споров

[...] Необходимо отметить, что между теорией и реальностью существуют некоторые противоречия. Исследования показали, что во многих странах

граждане сталкиваются со сложностями доказывания факта дискриминации. В этой связи мы можем выделить ряд наиболее распространенных проблем, приводящих к фактическому отрицанию идеи индивидуальной справедливости. К ним относятся недостаточная институциональная поддержка лиц, подающих индивидуальные иски; высокий уровень финансовых затрат на проведение успешного судебного дела; недостаток квалифицированных юристов, желающих представлять интересы заявителей в таких делах; неадекватность средств возмещения вреда, включая как финансовую компенсацию морального вреда, так и возмещение в отношении фактической выгоды, которую лицо не получило по дискриминационным основаниям; недостаточный уровень осведомленности судей в отношении норм и принципов антидискриминационного законодательства, что приводит к недостаточности присуждаемого возмещения; отсутствие информации о защите прав лиц, пострадавших или могущих пострадать от дискриминационного обращения; проволочки в судебном процессе.

[...] Эффективное содействие в расследовании фактов дискриминации оказали специальные институты по обеспечению принципа равенства, общественные союзы и организации, стоящие на защите общественных интересов. Для создания надлежащей защиты индивидуальных прав дискриминируемого лица были использованы следующие средства. На работодателей и должностных лиц была возложена обязанность объяснять причины отказа в предоставлении какого-либо блага (например, премии) лицу, заявившему по этому поводу жалобу о дискриминации. Были изменены процессуальные правила с тем, чтобы облегчить бремя заявителя по представлению доказательств, обосновывающих жалобу. Широко распространенной является специализация судей, приведшая к повышению уровня специальных знаний по делам о нарушении принципа равенства. В ряде стран был пересмотрен подход к присуждению возмещения, который позволил наилучшим образом учесть интересы заявителя. [...]

4. Модель групповой справедливости

[...] Модель индивидуальной справедливости подвергается критике за недостаточную эффективность, причиной которой является недостаточное внимание данного подхода к проблемам отношений между группами большинства и меньшинства, природы и последствий принадлежности к последней.

Это приводит к предложению альтернативных моделей. Ряд критиков модели индивидуальной справедливости призывают оказывать регулятивное воздействие не только на процесс, но и на результаты принятия решений, предлагая перераспределять ресурсы между группами большинства и меньшинства в пользу последних. [...] Основной целью такой модели является улучшение положения отдельных групп по отношению к другим в качестве компенсации либо за подчиненное и дискриминационное положение этих групп, имевшее место в прошлом, либо за использование методов распределения благ между группами, приводящее к их фактической сегрегации в настоящем. В основе таких подходов лежит идея перераспределения благ и ресурсов, которая должна привести к изменению положения одной группы

по отношению к другой, а не положения отдельного индивида по отношению к иным индивидам. Эти модели зависят от критериев определения социальных классов или групп. [...]

4.1. Антидискриминационное законодательство и групповая справедливость

[...] Мы можем сказать, что на практике некоторые страны с успехом использовали антидискриминационное законодательство, чтобы продвинуть подход, основанный на групповой справедливости. В частности, среди норм антидискриминационного законодательства центральное место занимают такие концепции, как косвенная дискриминация и позитивные меры (*affirmative action*), которые проистекают из модели групповой справедливости. «Хорошо, — говорит законодатель, — предположим, что я могу использовать антидискриминационное законодательство для дальнейшего продвижения модели групповой справедливости. Но я бы не хотел, чтобы это было слишком заметно. Не могу ли я словить? Нельзя ли достичь обе цели — и индивидуальной, и групповой справедливости — используя одни и те же инструменты регулирования?»

Ответ будет до известной степени положительным. Цели обеих моделей — индивидуальной и групповой справедливости — во многом схожи. Я считаю, что причина, по которой так мало внимания уделяется существующим различиям, заключается в том, что исследователи, которые выступают за использование концепции групповой справедливости, считают, что с тактической точки зрения ее цели могут быть частично достигнуты посредством активной реализации модели индивидуальной справедливости. И в некотором смысле это верно, так как велика вероятность того, что вследствие успешного индивидуального судебного дела будут усовершенствованы средства, позволяющие достигать те цели, на которые направлена модель групповой справедливости. Мы можем привести примеры правовых систем, в которых для достижения групповой справедливости применялись классические судебные процедуры. [...]

4.2. Групповая справедливость и механизмы, характерные для модели индивидуальной справедливости

Достижение индивидуальной справедливости посредством судебного производства по частным искам представляется затруднительным; использование тех же средств в целях групповой справедливости наталкивается на еще более серьезные проблемы. Наиболее распространенные виды проблем следующие: недостаточное участие общественных объединений в борьбе за равенство; отсутствие механизмов, способных прямо воздействовать на искоренение институционализированной дискриминации; отсутствие средств, позволяющих оказать эффективное противодействие многочисленным актам дискриминации, идентичных тем, которые были установлены в отношении конкретного гражданина; индивидуальная направленность средств защиты и санкций, которые касаются конкретного лица, но не группы, положение которой затронуто дискриминационным решением; отсутствие необходимой общей информации о заработных платах и распре-

делении должностей, установленных работодателем, что существенно затрудняет доказывание систематической дискриминационной практики или косвенной дискриминации; фокусирование судебного процесса на нуждах и правах отдельного гражданина, а не на институциональной проблеме; отсутствие органов со специальной юрисдикцией по обеспечению принципа равенства, способных использовать стратегические методы, а не методы реагирования *ad hoc* (в отдельном случае); большое количество органов, не подготовленных методически, слабо финансируемых и плохо управляемых, которые испытывают переизбыток неквалифицированных должностных лиц; отсутствие эффективных возможностей по судебному оспариванию коллективных договоров.

[...] В ряде стран правом обращаться в суд с исками – без необходимости поиска пострадавшего индивида – были наделены институциональные истцы, такие как специальные институты по обеспечению принципа равенства, профсоюзы и организации, стоящие на защите общественных интересов. В ряде случаев удалось получить доступ к средствам защиты, преодолев требование об индивидуальной заинтересованности в исходе дела, а также добиться возмещения в случаях структурных и институциональных проблем, оказывающих влияние на группу, класс лиц. Случалось также, что в делах о дискриминации в трудовых отношениях на ответчиков возлагалась обязанность по предоставлению данных о структуре зарплат и распределению должностей.

4.3. Механизмы, направленные на обеспечение справедливого обращения в отношении конкретных групп

[...] При переходе к рассмотрению модели групповой справедливости мы должны, прежде всего, обратить внимание законодателя на важное изменение в природе обязанностей. В частности, характер обязанностей изменяется с негативного (не допускай дискриминационного обращения) на позитивный (обеспечь подлинное равенство возможностей). Это изменение оказывает серьезное воздействие на институциональные гарантии реализации норм законодательства.

Далее, в рамках этой модели могут быть выделены три подхода к регулированию проблемы дискриминации: во-первых, учреждение институтов, наделенных правом регулировать вопросы дискриминации посредством оказания давления на организации с целью принятия последними подхода групповой справедливости; во-вторых, принятие мер по побуждению организаций к изменению практики их функционирования, например, посредством финансирования ряда процедур, позволяющих этим организациям выполнить свои обязанности по обеспечению равенства возможностей; и, в-третьих, использование государством права заключать контракты, в частности посредством обязательного включения требования обеспечения равенства в правительственные (государственные) контракты.

4.4. Деятельность специальных органов

В ряде стран сочли необходимым учредить специальный институт, который – будучи эффективным благодаря властным полномочиям и уваже-

нию – может способствовать серьезным организационным изменениям в рамках модели групповой справедливости. Такие институты значительно отличаются друг от друга с точки зрения методов, используемых для достижения указанных изменений. Мы должны предупредить законодателя, что создание органа, который мог бы незамедлительно продемонстрировать свою эффективность, является непростой задачей. Для этого необходимо удачно разрешить ряд серьезных проблем: вопрос членства, сфера компетенции, необходимые ресурсы, объем полномочий, связанных с расследованием и присуждением возмещения и т.п. Впрочем, есть еще ряд вопросов, которые необходимо держать в уме.

Существует вечная проблема, известная как «творческий подход к соблюдению предписаний»: организации, «сталкиваясь с предписаниями, которые их не устраивают... изобретательно находят методы... интерпретировать предписания так, что и деятельность их может быть расценена как соответствующая нормам, и неблагоприятных последствий, которые бы иначе появились, удается избежать». Каков наилучший способ борьбы с этим явлением? Частично ответ зависит от выбора, как лучше добиться исполнения законодательства: преимущественно через санкции или посредством убеждения? Распространено мнение, что убеждение предпочтительней, чем наложение санкций, не только потому, что оно обеспечивает кооперацию между организациями и регулирующими органами, и, в силу этого, является более эффективным для обеспечения исполнения закона. Одной из наиболее важных ролей, которую может играть правоприменительный орган, является ведение переговорного процесса с организациями в целях достижения структурных изменений. Наложение санкций ставит под угрозу возможность кооперации и значительно снижает вероятность того, что будет достигнуто согласие в отношении стандартов соблюдения требований соответствующего законодательства. [...]

4.5. Один или несколько институтов – возможные модели

Страны, решившие в целях регулирования дискриминации использовать специальный орган, столкнулись с одним важным выбором: следует ли учредить один орган, компетентный рассматривать дела, связанные с реализацией принципа равенства по признаку пола, возраста, трудоспособности, сексуальной ориентации и проч., или несколько органов, ответственных за отдельные сегменты проблемы. [...]

Наиболее прагматичный аргумент в пользу существования одного органа заключается в том, что – в частности, с точки зрения организаций, подлежащих контролю, – «принцип одного окна» предпочтительней, когда речь идет о координации и получении рекомендаций. К тому же такой подход позволяет сохранить время, деньги и избежать иных трудностей. Похожий аргумент выдвигается и со стороны жертв дискриминации: часто жалоба на дискриминационное обращение, являясь содержательно идентичной, касается различных оснований дискриминации (например, жалоба женщины афро-カリбского происхождения). В этом случае возможность расследова-

ния этих вопросов в их взаимосвязи и с учетом природы пересекающихся юрисдикций является более предпочтительной.

Впрочем, аргумент о достоинствах «принципа одного окна» не является убедительным в том случае, если законодательные положения, касающиеся различных оснований дискриминации, – расы, возраста, вероисповедания, трудоспособности и проч. – сильно отличаются друг от друга. В настоящий момент такое разнообразие наблюдается в требованиях законодательства, регулирующих вопросы дискриминации по признаку расовой принадлежности, возраста и трудоспособности. Поэтому пока нормы, касающиеся различных форм дискриминации, не будут унифицированы, преимущества существования одного органа (по крайней мере, с точки зрения возможности реализации «принципа одного окна») будут оставаться иллюзорными.

5. Введение антидискриминационного принципа в ранг основных принципов государственной политики

5.1. Взгляд со стороны потребителей и со стороны предоставляющих услугу

Антидискриминационное законодательство призвано оказать воздействие на поведение (и, в конечном счете, на ценностные ориентиры) тех лиц, которые, как правило, обладают статусом, позволяющим им принимать решения о том, предоставить ли другим какое-либо социальное или экономическое благо либо нет: например, статус работодателя, арендодателя и т.д. Для того, чтобы в полной мере осуществить модель групповой справедливости, нам необходимо разработать программы, способные повлиять на тех, кто предоставляет услугу (изменить отдельные требования к лицам, нанимающимся на работу, увеличить общее количество возможностей посредством, например, стимулирования развития новых рабочих мест).

Для того, чтобы пройти этот путь до конца, нам необходимо выйти за пределы антидискриминационного законодательства. Антидискриминационное законодательство является не единственным средством, способным эффективно действовать на стороне потребителей. Так, многие отмечают, что проблему соотношения заработной платы мужчин и женщин можно в значительной степени решить при помощи принятия законов о минимальном размере оплаты труда, не обращаясь к классическому средству антидискриминационного законодательства – законам о равной оплате труда. Таким образом, ясно, что принятие антидискриминационных законов является необходимым, но не всегда достаточным механизмом для достижения групповой справедливости, особенно когда требуется проводить политику, ориентированную на достижение более отдаленных целей групповой справедливости, которые традиционно не ассоциируются с ограниченным фокусом действия антидискриминационного законодательства.

Антидискриминационное законодательство нацелено на изменение поведения индивидов или на официальный процесс принятияластных решений. Это законодательство, как правило, запрещает организациям совершать дискриминационные акты, в то время как программы позитивных действий направлены на стимулирование активных действий со сто-

роны организаций (помимо отказа от дискриминации), которые могли бы в значительной степени повлиять на уравнивание положения различных групп. Формальный механизм реализации конституционных антидискриминационных гарантий также предполагает, скорее, жалобы со стороны индивида или группы пострадавших от нарушения конституционных положений, нежели жалобы на то, что процесс принятия политических решений должным образом не отражает необходимость по внедрению модели групповой справедливости.

5.2. Введение антидискриминационного принципа в ранг основных принципов государственной политики

Многие страны ставят перед собой вопрос о том, насколько существующие традиционные способы борьбы с дискриминацией являются эффективными. В частности, были предприняты попытки сделать шаг вперед посредством «вплетения» принципов политики равенства и недопущения дискриминации в «канву» процесса принятия всех политических и административных решений. [...]

Введение антидискриминационного принципа в ранг основных принципов государственной политики имеет своей целью побудить правительственные органы при принятии решений изначально учитывать принцип равенства. Этот подход направлен на... учет максимально возможного круга интересов (а не узкого круга заинтересованных групп).

В основе вышеуказанных попыток лежит закономерность, согласно которой вопрос о равноправии быстро оказывается на втором плане в сознании «творцов политики» в случае, если при принятии решений он является не главным, а лишь одним из многих соображений. [...] Функционирование специального органа или иного механизма, призванного противостоять дискриминации, может служить ответом на беспокойство по поводу равенства, однако не оказывает принципиального влияния на большое количество правительственных решений, имеющих существенное значение для реализации жизненных возможностей женщин и меньшинств. Введение принципа равенства в ранг основной политической ценности посредством закрепления за государственными органами соответствующей обязанности позволяет избежать опасности подчинения его иным политическим соображениям.

Для того чтобы добиться эффективности указанной политики была разработана важная технология. В ряде стран было предложено в качестве этапа процесса оценки основных законопроектов и политических инициатив использовать так называемую оценку воздействия. Идея «оценки воздействия» заключается в том, что до принятия соответствующего законопроекта или политической инициативы должен быть проведен анализ возможных последствий применения этих мер в отношении конкретных групп общества.

[...] Существуют, впрочем, и негативные стороны политики по актуализации принципа равенства. В частности, ее результатом может стать чрезмерное дробление государственного регулирования... Когда обязанность возлагается на все публичные органы, существует опасность того, что ни один не будет воспринимать это как важную часть своих функций. Поэтому-

му необходимо возложить на правительство центральную обязанность по обеспечению однообразного применения политики всеобъемлющей реализации принципа равенства. При этом нельзя недооценивать тот факт, что встраивание этих требований в процесс принятия административных решений потребует значительного изменения культуры принятия решений внутри гражданской службы. [...] Поэтому очевидно, что решающим фактором в утверждении новых принципов принятия решений среди министерств и ведомств является личное стремление и готовность министров к утверждению новых стандартов государственной политики.

НИДЕРЛАНДСКИЙ ЗАКОН О РАВНОМ ОБРАЩЕНИИ: ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА¹

Янни Р. Диркс и Петер Р. Родригес²

Введение

Принцип равенства в Нидерландах не был защищен специальным гражданским антидискриминационным законодательством вплоть до 1994 г. Эта статья описывает специальное антидискриминационное законодательство и положительные результаты его принятия. [...]

Основные положения Закона о равном обращении (ETA)

В 1983 г. принцип равного обращения был внесен в Конституцию Нидерландов. Согласно ст. 1 Конституции ко всем лицам в Нидерландах должно применяться равное обращение в одинаковых обстоятельствах; запрещаются различия на основании религии, убеждений, политических взглядов, расы, пола или каких-либо других признаков. [...] Конституция применяется только в делах между государством и частными лицами. Конституционного суда в Нидерландах нет, но в соответствии со ст. 94 Конституции Нидерландов суды толкуют национальное законодательство в соответствии

¹ Статья из периодического издания Европейского центра по защите цыган: Roma Rights Quarterly, numbers 1 and 2, 2003. Перевод АНО «ЮРИКС» (переводчик – Т. Томаева, редактор перевода – С. Дикман)

² Янни Диркс (Janny Dierx) в настоящее время является членом Комиссии по равному обращению (ETC) Нидерландов. До вступления в ETC в 1994 г. она была юристом, уполномоченным по правам человека Национального фонда женщин – уполномоченных по правам человека и сотрудникей Министерства социальных вопросов и труда-устройства. Она также является зарегистрированным медиатором. Д-р Петер Р. Родригес – юрист, глава Департамента исследований и документации Дома Анны Франк (Амстердам). Он – член нидерландского Постоянного комитета экспертов по международной иммиграции, беженцам и уголовному праву и член Консультативного совета по приему и интеграции Нидерландского Совета по беженцам. Он был членом Нидерландской Комиссии по равному обращению с апреля 1995 по сентябрь 2000 г. Петер Родригес – член правовой консультативной сети Европейского центра по защите цыган.

с международным правом, имеющим обязательную юридическую силу. Права человека действуют также в отношениях между частными лицами. Этот так называемый горизонтальный эффект объясняется в Законе о равном обращении (ETA)¹ и связан с прямым и косвенным неравенством в обращении, основанном на религии, убеждениях, политической ориентации, расе, поле, национальности, сексуальной ориентации и семейном положении. [...]

Закрытая система

В ETA не говорится о дискриминации. В законе используется нейтральный термин «дифференциация», означающий, что ETA запрещает различное (дифференцированное) обращение, а не дискриминацию. Это не просто вопрос семантики: дифференцированное обращение может быть незаконным даже при отсутствии дискриминационного намерения, тогда как согласно голландскому уголовному праву намерение должно быть доказано. [...] Закон был составлен в соответствии с так называемой закрытой системой, которая запрещает прямую дискриминацию и позволяет только установленные законом исключения. [...] Прямая дискриминация имеет отношение к различиям, непосредственно основанным на одном из оснований дискриминации, о которых говорится в законе. ETA – в соответствии с законодательством Европейского Сообщества о равном обращении по признаку пола – также предусматривает случаи косвенной дискриминации. Косвенная дискриминация имеет место, когда определенные требования, имеющие на первый взгляд нейтральный характер, влекут несопоставимые последствия для группы людей из-за наличия у них одного или нескольких дискриминационных признаков. Понятие косвенной дискриминации разработано для того, чтобы противостоять системным формам дискриминации. Статистические факты часто используются в делах о косвенной дискриминации, но не в том случае, когда ущемление меньшинств или неграждан будет очевидно. Это понятие получило свое развитие в практике Суда Европейских Сообществ в Люксембурге². Косвенная дискриминация запрещена, за исключением случаев, когда она может быть оправдана по основаниям, не имеющим отношения к какой-либо форме дискриминации. Конкретная (дискриминационная) мера должна соответствовать действительной потребности работодателя или лица, ответственного за дискриминацию. Суд ЕС разработал тест объективного обоснования, который был включен в систему законодательства Нидерландов. Примерами устоявшейся косвенной дискриминации являются такие критерии, как языковые требования, которые могут поставить меньшинства в неравное положение. Объявление о найме неквалифицированной рабочей силы не может содержать требования свободного владения голландским языком, в отличие от,

¹ *Algemene Wet Gelijke Behandeling*, 1 сентября 1994 г. Полный текст закона на английском языке можно загрузить с английского раздела веб-сайта ETC – www.cgb.nl

² См., например, дело C-237/9, *John O'Flynn v. Adjudication Officer*, [1996], ECR I-2631.

например, объявления о найме редактора¹. Также согласно практике Суда ЕС финансовые аргументы не являются объективным обоснованием сами по себе².

Содержание ЕТА

ETA запрещает дискриминацию на основании религии, убеждений, политических взглядов, расы, пола, национальности, гетеро- или гомосексуальных предпочтений или гражданского статуса в следующих областях:

- трудоустройство и выбор профессии, включая объявления о найме, процесс отбора, начало трудовых отношений, все условия труда, включая заработную плату, пенсии, обучение в процессе работы, повышение и увольнение (Раздел 5);
- поставка товаров и услуг и заключение договоров в ходе ведения бизнеса или занятия профессией учреждениями сферы услуг и организациями, работающими в жилищной сфере, сфере социального обеспечения, здравоохранения, культуры и образования (Раздел 7);
- публичная поставка товаров и услуг и заключение договоров, относящихся только ко взаимоотношению частных лиц и предприятий; поведение государственных органов подпадает под действие ETA во всех случаях, когда оно не касается исполнения административных полномочий (Раздел 7);
- консультации по обучению и выбору профессии (Раздел 7);
- 29 июня 2000 г. Совет Европейского Союза принял Директиву 2000/43/ЕС, «внедряющую принцип равного обращения между людьми независимо от расового или этнического происхождения». Директива запрещает дискриминацию в различных сферах, включая социальное обеспечение. Последнее должно быть явным образом отражено в нидерландском законодательстве, что расширит ныне существующий уровень защиты. [...]

Исключения, предусмотренные законом

ETA также предусматривает некоторые конкретные исключения из правила равного обращения в связи с трудоустройством, а также в некоторых других областях. Вот некоторые из этих исключений:

- в случаях, когда пол или раса являются определяющим фактором, можно сослаться на юридическое исключение. Так обстоит дело с опреде-

¹ См. ETC 1999-42, 1999-87, 1999-91. Требование свободного владения голландским языком не было признано оправданным в отношении работника мойки машин или горничной в гостинице. Окружной суд Амстердама постановил, что работодатель может потребовать, чтобы его сотрудники говорили в офисе по-голландски, сочтя улучшение коммуникации и атмосферы на работе законной целью (District Court of Amsterdam, 3 November 1999, JAR 1999, 252).

² См., например, дело C-343/92, M.A. De Weerd, nee Roks, and others v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen and others, [1994] ECR 1-5 71 and Case C-200/91, Coloroll Pension Trustees Ltd v. James Richard Russell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton and Coloroll Group pic. [1994], ECR 1-4389.

ленными профессиями, например, при подборе актера на роль определенного персонажа. ...

- в некоторых случаях гражданство тоже может быть решающим фактором: например, если спортсмены желают выступать за национальную команду, может потребоваться наличие соответствующего гражданства. Это также применимо к ситуациям, когда дискриминация основывается на правительственные постановлениях, которые могут касаться предоставления убежища и иммиграции;
- организациям, основанным по религиозным, идеологическим или политическим признакам, разрешается устанавливать в соответствии с целями организации особые требования, позволяющие им требовать наличия действительной трудовой квалификации для осуществления определенной работы;
- исключением из правила равного обращения, которое имеет целью «вовлеченность» в общество представителей уязвимых групп, является предпочтительное обращение (аффирмативное действие) по признаку расы и/или пола. Предпочтение, отдаваемое женщинам или лицам, принадлежащим к определенному этническому или культурному меньшинству, допускается при условии, что его цель – устраниТЬ или сократить фактическое неравенство, а также притом, что регулирование соразмерно этой цели. ...Правило, установленное ЕТС (Комиссией по равному обращению) на основании нескольких рассмотренных ею дел¹, состоит в том, что политика предпочтения включает в себя обязанность с должным тщанием выяснить, является ли кандидат, принадлежащий к меньшинству, в равной степени пригодным для работы.

ЕТС также постановила, что расовое преследование на рабочем месте подпадает под определение дискриминации в ЕТА². Обязанность работодателя воздерживаться от дискриминации в трудоустройстве предполагает, что в ответственность работодателя входит обеспечение путем контроля того, чтобы лица, подчиняющиеся ему, воздерживались от дискриминации. Надзор с целью предотвращения дискриминации не ограничивается сотрудниками, но может также распространяться и на третьих лиц, таких как пациент в доме по уходу за престарелыми. Ответственность работодателя также включает обязанность рассматривать жалобы о дискриминации с должной тщательностью. При отсутствии должного внимания работодатель действует в нарушение принципа равенства при трудоустройстве. Это постановление соответствует требованиям Директивы о расовом равенстве (ст. 2(3)). Однако для того, чтобы ЕТА полностью соответствовал Директиве, потребуется включение в него конкретного положения против дискриминации, в том числе, расовой.

Санкции

ЕТА устанавливает только два типа санкций, и это обстоятельство неоднократно подвергалось критике. ЕТА защищает работника от дискримина-

¹ Наиболее важные дела – ЕТС 1999-31 and 1999-32.

² См. ЕТС 1996-9, 1996-22 и 1996-62.

ционного прекращения трудовых отношений стандартным положением о том, что нарушения Закона лишают дискриминационное действие юридической силы (Раздел 9). Расторжение трудового договора в нарушение Закона также не будет иметь юридической силы (Раздел 8). В соответствии с Разделом 8 ЕТА дискриминационные увольнения юридически ничтожны. Увольнение из-за подачи уволенным жалобы в соответствии с ЕТА также недействительно.

На практике установление недействительности увольнения зачастую не является выходом для уволенного. Если суд признает увольнение недействительным, уволенный имеет право на выплату всей причитающейся ему заработной платы. Но поскольку соглашение о найме все еще остается в силе, жертва дискриминации должна вновь занять свою должность у того же работодателя. Само собой разумеется, что в таких ситуациях, особенно если речь идет о небольшой компании, работнику почти невозможно продолжать трудовые отношения. Поэтому иски с требованием признать дискриминационное увольнение недействительным используются редко.

Единственным доступным средством возмещения в случаях нарушения закона о равном обращении часто бывает денежная компенсация. Поэтому уволенные лица заинтересованы в получении от ЕТС постановления, устанавливающего, что работодатель нарушил законодательство о равном обращении. Такое постановление может увеличить размер компенсации в гражданском разбирательстве, если установлено, что увольнение было очевидно необоснованным. Истцы успешно обращались в гражданские суды с требованиями о назначении компенсации в случаях невыполнения положений о позитивных действиях (*affirmative actions*) в отношении этнических меньшинств¹, а также из-за преследования по признаку расы на рабочем месте². [...]

Основные сведения о Комиссии по вопросам равного обращения

ЕТА предусматривает учреждение Комиссии по вопросам равного обращения (ЕТС), наделенной следственными, посредническими и судебными полномочиями. Для жертв дискриминации ЕТС является важной инстанцией, с помощью которой становится возможно восстанавливать и защищать права. Нидерландская Комиссия, однако, не отвечает требованиям Директивы о расовом равенстве (ст. 13(2)) о независимом содействии жертвам, поскольку ЕТС – это полусудебный орган, т.е. часть судебной системы, и как таковая она не имеет полномочий предоставлять юридическую помощь. Тем не менее жертвы дискриминации имеют доступ к юридической помощи, которая оказывается примерно 40 антидискриминационными бюро, действующими на местном уровне. Бюро играют важную роль в получении возмещения в делах о дискриминации.

¹ District Court Leeuwarden 4 August 1999 (присуждена компенсация в 11 500 евро).

² District Court Den Haag 12 September 2001 (присуждена компенсация в 950 евро).

Структура

ETC – это независимый орган, состоящий из девяти членов и девяти заместителей. Министр юстиции назначает членов Комиссии сроком на шесть лет после консультации с четырьмя другими министрами. Члены могут назначаться повторно, и их правовой статус схож со статусом судей. К кандидатам на должности председателя и сопредседателя предъявляются те же требования, что и к кандидатам в судьи окружного суда. Все члены отбираются на основании их опыта в сфере юридической защиты равенства. В целом штат ETC составляет 50 человек. Кроме того, ETC может обращаться за помощью к государственным служащим соответствующих правительственные органов, например, привлекать экспертов для оценки (схожести) должностных функций при проведении экспертизы в делах о равной оплате.

Цели деятельности и функции Комиссии

Главная цель Комиссии состоит в содействии выполнению антидискриминационного законодательства. Основное полномочие ETC – проводить расследования с целью определить, имела ли или имеет ли место дискриминация. Хотя мнения ETC не имеют обязывающей силы, они толкуют закон. Решения ETC могут также включать и часто включают рекомендации о том, как соблюсти закон. Допускаются групповые жалобы: объединения, представляющие интересы определенных групп, могут подать жалобу (как в ETC, так и в суд) от имени людей, чьи интересы они представляют. Возможность для таких объединений обращаться в суд является важным средством борьбы со структурными формами дискриминации. Тем не менее после довольно неплохого начала, когда групповые жалобы составляли 10% от общего числа, их процент к 2001 г. снизился до менее чем 4%.

В ETC могут обращаться частные лица и организации. Частные лица и организации могут также захотеть узнать, соответствует ли законодательству их собственное поведение. Советы работников или представительные органы служащих госорганов также могут обратиться с жалобой в ETC. Высокая степень доступа к ETC очень существенна, поскольку она задумывалась как легко доступный орган, полусудебная альтернатива судебному рассмотрению. Хотя индивидуальные жалобы составляют большинство дел, групповые жалобы оказались важным средством борьбы с системной дискриминацией в отношении равной оплаты, позволив сосредоточиться на структурных причинах дискриминации. [...]

Разбирательство в ETC бесплатно; юридическая помощь не требуется и не является необходимой, поскольку сама ETC играет активную роль в расследовании жалоб. Согласно нидерландскому законодательству отказ со действовать расследованию ETC является уголовным преступлением (Раздел 19 ETA). За первые шесть лет своего существования ETC обратилась в суд с иском против одного работодателя, поскольку он отказался раскрыть ей информацию о заработной плате¹. Обязательство по закону предоставлять информацию преобладает над правом работников на частную жизнь.

¹ District Court Assen 14 October 1997, JAR 1997, 240.

Как правило, обе стороны приглашаются изложить свои мнения в письменном виде. Если необходимо, может быть проведено расследование на месте. Когда ЕТС соберет достаточно информации, стороны опрашиваются в ходе слушания. При необходимости ЕТС вправе обязать стороны присутствовать в нем. Как стороны, так и ЕТС могут приглашать или вызывать свидетелей, но ЕТС не вправе заслушивать стороны под присягой. ЕТС высоко ценит слушания, так как они предоставляют возможность обсудить аргументы, равно как и объяснить содержание и значимость антидискриминационного законодательства и расширить его воздействие. После слушания ЕТС обсуждает дело в закрытом заседании и в течение восьми недель выносит решение. В срочных делах возможно ускоренное производство (например, в случаях срочного увольнения).

Ограничения полномочий Комиссии

Полномочия Комиссии ограничены в нескольких отношениях. Например, Комиссия не может рассматривать жалобы, касающиеся полиции. В основном ЕТА предоставляет защиту от дискриминации в частно-правовых отношениях. Следовательно, большая часть государственного сектора оказалась исключена. Например, Комиссия может рассматривать жалобы об отказе местных властей сдать дом в аренду представителям групп меньшинств, однако отказ в разрешении на жилищное строительство теми же властями выходит за рамки компетенции ЕТС. Наконец, полномочия ЕТС ограничены рамками конкретных законов о равном обращении. Вследствие этого ЕТС может учитывать международные нормы, запрещающие расовую или иную дискриминацию лишь посредством их толкования в соответствии с национальном законодательством о равном обращении. Информация об этих ограничениях была, в частности, доведена до сведения Комитета по ликвидации расовой дискриминации (CERD). В своих заключительных замечаниях по периодическому отчету Нидерландов, Комитет обращает внимание на предложения расширить компетенцию ЕТС и сделать ее более эффективным средством борьбы с дискриминацией¹.

Бремя доказывания

В своей нынешней форме закон ЕТА не предусматривает возможности переноса бремени доказывания. Однако ЕТС использует [такой перенос], толкая прецедентную практику Сообщества. Директива ЕС 97/80/ЕС о бремени доказывания в делах о дискриминации по половому признаку была непосредственно имплементирована в Гражданском кодексе. В настоящее время ЕТС применяет перенос бремени доказывания в делах о всех видах дискриминации. Если, например, истец утверждает, что его раса или происхождение были причиной отказа в повышении, и может доказать, что его/ее квалификации достаточно, чтобы удовлетворить требованиям [рабо-

¹ См. ООН, Комитет по ликвидации расовой дискриминации, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Netherlands. 30/03/98. CERD/C/304/Add. 46, para. 14.

тодателя], ответчик должен представить доказательства того, что имелись иные веские причины, оправдывающие отказ. Если работодатель не может должным образом пояснить свои решения, будет установлено нарушение закона. Соблюдение Директивы о расовом равенстве требует, чтобы положение о переносе бремени доказывания (ст. 8) было включено во внутреннее законодательство Нидерландов.

Следственные полномочия и консультативная роль

ЕТС может по собственной инициативе проводить расследования в конкретных областях, где существуют признаки систематической дискриминации. Предполагается, что это полномочие уравновесит нидерландское законодательство с его сильным акцентом на индивидуальных правах. На практике расследования в публичном секторе являются масштабными предприятиями, в которых ЕТС лишь пару раз добилась успеха за свой первый шестилетний период работы. Расследования, проведенные ЕТС по собственной инициативе, касались положений о коллективных договорах, о предпensionных планах, а также вопросов доступа к процедуре искусственного оплодотворения в больницах. [...]

ЕТС также полагает, что в ее функции входит предоставление консультаций министрам по соответствующим вопросам. Она давала консультации по законопроектам о возрасте и инвалидности и по другим вопросам, таким как политика равной оплаты на основании расы и пола. Кроме того, ЕТС участвует в составлении официальных и альтернативных (теневых) докладов¹ о соблюдении Нидерландами обязательств по международному праву и консультирует по [применению] права Европейского сообщества.

Воздействие постановлений

ETA не обязывает заявителей обращаться в ЕТС, прежде чем подать жалобу в суд; разбирательство в ЕТС также не препятствует подаче судебного иска. Однако лишь несколько дел, рассмотренных ЕТС, были поданы в суд после вынесения ЕТС решения. Иногда обращение в суд бывает необходимым, например, для получения компенсации за ущерб, но в целом постановление ЕТС действует как альтернатива судебному постановлению. Это иногда рассматривается как недостаток, поскольку судебные органы не рассматривают многие дела по дискриминации и лишаются возможности получить опыт и попрактиковаться в этой области.

Постановления ЕТС не имеют обязательной юридической силы. В отсутствие возможности обеспечить выполнение постановлений их воздействие зависит от авторитета ЕТС. Этот авторитет не является чем-то само собой разумеющимся, а зависит от качества постановлений, которые должны быть убедительны как для участвующих в деле сторон, так и для судебных органов.

¹ Теневой доклад («shadow report») – анализ ситуации в конкретной области, который обычно готовится и представляется неправительственными организациями параллельно с официальным докладом государства. – Прим. ред.

ЕТС выработала политику активного мониторинга выполнением своих решений. Если необходимо, ЕТС может организовать совещание между сторонами или между важными субъектами в соответствующей отрасли, или их головными организациями. В целом результаты бывают положительными. К большинству постановлений относятся очень серьезно, а некоторые повлекли изменения в дискриминационной практике и правовых нормах. Примечательно, что самое серьезное сопротивление постановлениям ЕТС оказывают центральное правительство и власть на местах. [...]

Практика

В период с 1994 по 2001 г. ЕТС получила более 1 600 письменных жалоб, а также примерно по тысяче телефонных звонков в год, что привело к вынесению в целом более чем 1 050 письменных постановлений. За первый период число дел, связанных с вопросами расы и национальности постепенно увеличилось с менее чем 10% до более чем 30%. В 2001 г. процент дел о [дискриминации] на основании расы и национальности составил 40%. Поскольку обстоятельства этих дел сильно разнятся, мы дадим лишь примерное описание. Дела [о дискриминации] на основании религии или политических убеждений составляют 7–10% всего объема дел и во многих случаях могут быть связаны с этническим происхождением заявителя, как, например, дело о головных платках, которые носят мусульманские женщины в качестве визуального выражения своей религиозной принадлежности.

Случаи, связанные с религиозными требованиями к одежде, являются проблематичными. В Нидерландах ношение головных платков вызвало значительное расхождение во мнениях. В последний раз дискуссия по этому вопросу разразилась в связи с делом заместителя секретаря окружного суда: возможно ли было отстранить ее от работы из-за того, что она носит головной платок во время судебных разбирательств? ЕТС вынесла решение в пользу женщины-мусульманки¹. В данном случае имеется доказательство косвенной дискриминации по признаку религиозной принадлежности, и ЕТС сочла объективное обоснование недостаточным. Впоследствии в ответ на вопросы, поднятые в нижней палате [парламента], министр юстиции объявил о новом законодательстве, запрещающем судьям и секретарям выказывать любые проявления личных убеждений и верований вообще. Это означает, что ношение головного платка или любого другого внешнего атрибута убеждений, как религиозных, так иных, будет в дальнейшем запрещено. [...]

Исследования Инспекции по здоровью и безопасности Министерства социальных дел и трудоустройства установили, что вознаграждение, выплачиваемое работникам-представителям расовых и этнических меньшинств, в среднем на 19% ниже, чем у других работников. Даже если внести поправку в это процентное соотношение с учетом влияния таких факторов, как уровень образования, все равно выходит, что расовые и этнические меньшинс-

¹ ETC 2001-53.

тва получают примерно на 3% меньше¹. Первое дело о неравной оплате труда по признаку расы было подано в ЕТС в 1996 году. За последние пару лет процент дел о неравной оплате по признаку расы медленно поднялся до 40% от числа дел, полученных ЕТС (по сравнению с 60% по признаку пола). До 1996 г. количество дел о дискриминации в оплате по признаку пола составляло 100%. Неравенство в оплате по признаку пола может быть более трудно доказуемым. ЕТС разработала некоторые статистически надежные методы для изучения положения различных групп персонала. Один из последних примеров — запрос, поступивший от профсоюза с жалобой на то, что женщины, работавшие в овощеводческой компании, получали за одинаковую работу меньше, чем их коллеги-мужчины, имели менее благоприятные условия труда и меньше возможностей по продвижению в тех видах работ, где требовалось использование физической силы. Комиссия установила, что неравенство в оплате было результатом различий в типе контрактов, предлагаемых мужчинам и женщинам, и применения различной шкалы заработной платы для тех и других. В ходе расследования ЕТС обнаружила, что в той же компании рабочие турецкого происхождения получали меньше, чем их коллеги голландцы². Это заключение было вынесено в 2000 году. Впоследствии работодатель отказался возмещать задолженность по зарплате, и дело было передано в суд в рамках суммарного производства, по которому до сих пор ожидается рассмотрение апелляции. Для установления компенсации могут потребоваться дополнительные разбирательства. Это вновь подтверждает мнение о том, что доказывание в делах о равной оплате бывает сложным и такие дела трудно выиграть в суде. Положительной стороной явилось то, что данное дело в результате привлекло внимание к факту, что неравенство в оплате может быть вызвано на практике явно расистскими основаниями.

Неравенство в обращении по признаку национальности часто встречается в сфере оказания услуг, связанных с возможностью финансового риска для предприятия. Это относится к прокату автомобилей, контрактам на мобильные телефоны и финансовым услугам, таким как кредитные карты и банковские счета. Отказ в предоставлении услуг иностранцам является нарушением ЕТА, если он основан исключительно на временном характере их вида на жительство. [...]

Первая оценка

Закон требует, чтобы ЕТС каждые пять лет оценивала результаты применения законодательства о равном обращении и представляла доклад министру внутренних дел. Впервые такой отчет был представлен в 2001 г. Исследование по оценке провел юридический факультет университета Ни-

¹ Spijkerman, R. De positie van allochtonen en autochtonen in het bedrijfsleven en bij een deel overheid in 1998. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Den Haag: Elsevier Bedrijfsinformatie, 2000.

² ETC 2000-09.

мегена¹. Сама ЕТС также представила свою точку зрения в докладе правительству². Периодическая оценка эффективности законодательства очень важна. В дальнейшем на основании этой оценки, а также Директивы о расовом неравенстве в некоторые разделы ЕТА будут внесены поправки.

[...] В ходе изучения закона исследователи сделали основной вывод о том, что разделение существует в сфере предоставления товаров и услуг, и что практически отсутствуют специальные санкции, а также что защита от преследования [по дискриминационным основаниям] существует только в случае увольнения.

Что касается общественного воздействия законодательства о равном обращении, основные выводы отчета университета Нимегена сводятся к тому, что в основном решения ЕТС выполнялись. Однако общественность довольно мало знакома с Законом, со сложностью его положений и с деятельностью Комиссии. Почти половина жалоб на дискриминацию по признаку расы или национальности была подана с помощью одного из примерно 40 местных антидискриминационных бюро.

Заключительные замечания

Эффективность закона зависит не только от нормы, но и от процессуальных правил, таких как бремя доказывания, групповые иски и суммарное производство, а также других вспомогательных мер, таких как деятельность антидискриминационных бюро, организаций работодателей и работников и иных институтов.

Почти 25-летний³ опыт применения законов о равном обращении вновь подтвердил, что такое законодательство не является «инструментальным»; не существует прямой и эффективной связи между законодателями, устанавливающими нормы, и частными лицами, подчиняющимися им. Специальный «правоприменительный институт» (например, ЕТС) должен способствовать повышению эффективности такого рода законодательства. Директива о расовом равенстве требует установления специальных право-применительных органов, подобных ЕТС, и во многих европейских странах уже имеются те или иные национальные институты. В Нидерландах потребовалось много лет, чтобы превратить ЕТС в тот институт, каким она является сегодня. [...]

Существование правового поля само по себе не обязательно приводит к действию против дискриминации. Использование подхода [при котором нормы формулируются с позиций обеспечения прав человека] приводит к введению нормативно закрепленных терминов, что облегчает формулирование претензий и определение носителя прав. Законодательство, подоб-

¹ Asscher-Vonk, I.P. and C.E. Groenendijk. *Gelijke behandeling: regels en realiteit* SDU Publishers, 1999.

² ETC. *Gelijke behandeling in beweging/Evaluatie van vijf jaar Algemeenewetgelijke behandeling*. Utrecht, 2000.

³ Начиная с Закона о неравном обращении по признаку пола, а с 1994 г., по признаку расы, национальности и религии.

ное нидерландскому ЕТА, позволяет людям заявить свои права на равенство. [...]

Первый шаг — законодательное установление стандартов. Второй шаг должен заключаться в создании среды, в которой проблемы меньшинств могут и будут обсуждаться с уважением.

ШВЕЦИЯ

АКТ О ЗАПРЕЩЕНИИ ДИСКРИМИНАЦИИ (2003:307)¹

Включая поправки до SFS 2004:1089 включительно

Цель Акта

Статья 1. Цель настоящего Акта состоит в противодействии дискриминации, связанной с одним из следующих оснований дискриминации: этническая принадлежность, религиозные или иные убеждения, сексуальная ориентация или инвалидность.

Другие положения, запрещающие дискриминацию

Статья 2. Положения, запрещающие дискриминацию, также содержатся в:

- Акте о равных возможностях (1991:433),
- Акте о мерах против дискриминации в трудовой деятельности на основании этнической принадлежности и религиозных и иных убеждений (1999:130),
- Акте о запрещении дискриминации в трудовой деятельности на основании инвалидности (1999:132),
- Акте о запрещении дискриминации в трудовой деятельности на основании сексуальной ориентации (1999:133) и
- Акте о равном обращении со студентами в университетах (2001:1286).

Раздел 9 главы 16 Уголовного кодекса Швеции содержит положения о незаконной дискриминации.

Определения

Дискриминация

Статья 3. В настоящем Акте «дискриминация» понимается так, как она сформулирована в этой статье:

1) прямая дискриминация: если какое-либо лицо ущемляется посредством менее благоприятного обращения, чем то, которым бы пользовалось другое лицо в подобной ситуации, если это ущемление связано с этническим происхождением, религиозными или иными убеждениями, сексуальной ориентацией или инвалидностью;

¹ Перевод АНО «ЮРИКС» (переводчик — Т. Томаева).

2) косвенная дискриминация: если какое-либо лицо ущемляется применением положений, критериев или практик, кажущихся нейтральными, но на практике в особенности ущемляющих лиц определенной этнической принадлежности, религии или иных убеждений, сексуальной ориентации или ограниченных возможностей, если только эти положения, критерии или практики не могут быть оправданы законными целями, а средства уместны и необходимы для достижения этих целей;

3) притеснение: поведение, нарушающее достоинство лица на основании его этнической принадлежности, религиозных или иных убеждений, сексуальной ориентации или инвалидности;

4) распоряжения об осуществлении дискриминации: приказы или распоряжения об осуществлении дискриминации лица, как она определена в пп. 1–3, отдаваемые лицу, находящемуся в подчиненном или зависимом положении по отношению к лицу, отдающему приказы или распоряжения или обязанному выполнять поручения этого лица.

Этническая принадлежность, сексуальная ориентация и ограниченные возможности

Статья 4. В настоящем Акте следующие термины понимаются так, как они сформулированы в этой статье:

1) этническая принадлежность: состояние принадлежности к группе лиц, имеющих одно и то же национальное или этническое происхождение, расу или цвет кожи;

2) сексуальная ориентация: гомосексуальная, бисексуальная или гетеросексуальная ориентация;

3) инвалидность: физические, психические или умственные ограничения функциональной способности лица, носящие постоянный характер, которые существовали при рождении, возникли после рождения или могут возникнуть в будущем вследствие травмы или болезни.

Запрещение дискриминации

Меры в отношении рынка труда

Статья 5. Запрещается дискриминация работников или соискателей работы, связанная с этнической принадлежностью, религиозными или иными убеждениями, сексуальной ориентацией или инвалидностью:

1) при предоставлении услуг по трудуустройству, предлагаемых государственными службами трудуустройства или другими организациями или группами, предоставляющими услуги по трудуустройству;

2) в связи с другими мерами, включенными в деятельность по политике в отношении рынка труда.

Запрещение дискриминации, однако, не является препятствием для применения положений, являющихся неотъемлемой частью мер по содействию равным возможностям независимо от этнической принадлежности.

Начало или ведение предпринимательской деятельности

Статья 6. Запрещается дискриминация, связанная с этнической принадлежностью, религиозными или иными убеждениями, сексуальной ориентацией или инвалидностью, в отношении финансовой поддержки, разрешений, регистрации или подобных мер, которые необходимы или важны для предоставления возможности лицу начать или вести предпринимательскую деятельность.

Занятость

Статья 7. Запрещается дискриминация, связанная с этнической принадлежностью, религиозными или иными убеждениями, сексуальной ориентацией или инвалидностью, в отношении присвоения квалификации, сертификации, авторизации, регистрации, одобрения или подобных мер, которые необходимы или могут быть важными для предоставления возможности лицу заниматься определенной профессиональной деятельностью.

Членство и др.

Статья 8. Запрещается дискриминация работников или соискателей работы, связанная с этнической принадлежностью, религиозными или иными убеждениями, сексуальной ориентацией или инвалидностью, относительно:

- 1) членства или участия в организации работников, организации работодателей или профессиональной организации и
- 2) преимуществ, которые любая такая организация предоставляет своим членам.

Товары, услуги и жилище

Статья 9. Запрещается дискриминация работников или соискателей работы, связанная с этнической принадлежностью, религиозными или иными убеждениями, сексуальной ориентацией или инвалидностью, в связи с предоставлением товаров, услуг или жилища.

Социальные услуги и др.

Статья 10. Запрещается дискриминация работников или соискателей работы, связанная с этнической принадлежностью, религиозными или иными убеждениями, сексуальной ориентацией или инвалидностью, в связи с:

- 1) услугами, предоставляемыми социальными службами, и
- 2) правами на услуги местного и общегосударственного транспорта для людей с инвалидностью и пособия на приспособление жилища.

Система социального страхования

Статья 11. Запрещается дискриминация работников или соискателей работы, связанная с этнической принадлежностью, религиозными или иными убеждениями, сексуальной ориентацией или инвалидностью, в связи с системой социального страхования и связанной с ней системой льгот.

Страхование от безработицы

Статья 12. Запрещается дискриминация работников или соискателей работы, связанная с этнической принадлежностью, религиозными или иными убеждениями, сексуальной ориентацией или инвалидностью, в связи со страхованием от безработицы.

Здравоохранение и медицинское обслуживание

Статья 13. Запрещается дискриминация работников или соискателей работы, связанная с этнической принадлежностью, религиозными или иными убеждениями, сексуальной ориентацией или инвалидностью, в связи со здравоохранением и медицинским обслуживанием и другими медицинскими услугами.

Запрещение дискриминации на основании сексуальной ориентации не составляет препятствий для применения норм Акта об искусственном оплодотворении (1984:1140) и Акта об экстракорпоральном зачатии (1988:711).

Запрещение виктимизации

Статья 14. Лицо, которое, как утверждается, допустило в отношении кого-либо дискриминацию, как она определена в настоящем Акте, не имеет права подвергать какое-либо лицо виктимизации за то, что оно сообщило о дискриминации, привлекло к ней внимание или приняло участие в расследовании данного случая дискриминации.

Недействительность и возмещение ущерба

Недействительность

Статья 15. Если положение в каком-либо договоре допускает дискриминацию какого-либо лица образом, запрещенным согласно настоящему Акту, это положение должно быть исправлено или объявлено недействительным, если этого требует лицо, пострадавшее от дискриминации. Если положение обладает такой значимостью для договора, что нельзя разумно требовать, чтобы договор применялся в других отношениях без существенных изменений, то договор может быть исправлен также и в иных отношениях или быть признан недействительным полностью.

Если посредством прекращения договора или любого подобного юридического документа допущена дискриминация какого-либо лица каким-либо образом, запрещенным согласно настоящему Акту, то этот юридический документ должен быть объявлен недействительным по требованию лица, пострадавшего от дискриминации.

Возмещение ущерба

Статья 16. Всякий, осуществляющий дискриминацию какого-либо лица любым образом, запрещенным согласно настоящему Акту, должен выплатить компенсацию ущерба за нарушение, допущенное при дискриминации. Если дискриминацию какого-либо лица осуществляет работник, ущерб должна возместить сторона, на чьей службе находится работник.

Статья 17. Всякий, подвергающий какое-либо лицо виктимизации, образом, запрещенным согласно статье 17, должен выплатить компенсацию ущерба за нарушение, допущенное при виктимизации. Если виктимизацию какого-либо лица осуществляют работник, ущерб должна возместить сторона, на чьей службе находится работник.

Статья 18. Возмещение ущерба по статье 16 или 17 может быть сокращено или отменено, если это обоснованно.

Надзор

Статья 19. Омбудсман по вопросам этнической дискриминации, омбудсман по вопросам дискриминации на основании сексуальной ориентации и омбудсман по вопросам инвалидности должны осуществлять надзор за соблюдением настоящего Акта.

Омбудсманы должны пытаться побудить стороны, на которые распространяются запрещения дискриминации и виктимизации, к добровольному соблюдению Акта.

Юридическое разбирательство

Применимые нормы

Статья 20. Дела, касающиеся применения положений против дискриминации и о запрещении виктимизации, согласно настоящему Акту рассматриваются в соответствии с положениями Кодекса судопроизводства Швеции по гражданским делам, допускающим достижение примирения по делу.

Суд вправе, однако, распорядиться, чтобы каждая сторона несла собственные расходы по судебному разбирательству, если лицо, считающее, что оно подверглось дискриминации или виктимизации, проиграло дело, но имело разумные причины для исследования спора. Однако это не применяется, когда один из омбудсманов подает иск в соответствии со статьей 22.

Бремя доказывания

Статья 21. Если лицо, полагающее, что подверглось дискриминации или виктимизации, демонстрирует обстоятельства, которые дают основания предполагать, что оно действительно подверглось дискриминации или виктимизации, ответчик должен доказать, что дискриминация или виктимизация не имела места.

Право на иск

Статья 22. В споре в соответствии с настоящим Актом омбудсман по делам об этнической дискриминации, омбудсман по делам о дискриминации на основании сексуальной ориентации или омбудсман по делам инвалидов может выступать стороной, подающей иск от имени лица, считающего, что против него была допущена дискриминация или виктимизация, если это

лицо даст на то свое согласие. Если омбудсман обращается с таким иском, то он может в том же судебном разбирательстве подать другой иск в качестве представителя этого лица.

Установленное законом ограничение и др.

Статья 23. Судебное разбирательство по делу в соответствии с настоящим Актом должно быть инициировано в течение двух лет со времени данного действия или с последней даты, когда должно было быть выполнено обязательство. В противном случае право на инициирование судебного разбирательства утрачивается.

Статья 24. Положения Кодекса судопроизводства Швеции, касающиеся сторон в отношении дисквалификации, незаконченного разбирательства, личного присутствия и опроса под присягой, а также другие вопросы, относящиеся к даче показаний, также применяются к лицу, от чьего имени омбудсмен по делам об этнической дискриминации, омбудсмен по делам о дискриминации на основании сексуальной ориентации или омбудсмен по делам инвалидов подает иск в соответствии с настоящим Актом.

Положения Кодекса судопроизводства Швеции, касающиеся незаконченных разбирательств, для лица, подающего иск в соответствии с настоящим Актом, также относятся к омбудсману, подающему иск от имени лица в соответствии с этим Актом.

Статья 25. Решение Суда в деле, в котором омбудсмен по делам об этнической дискриминации, омбудсмен по делам о дискриминации на основании сексуальной ориентации или омбудсмен по делам инвалидов подает иск от имени лица, обладает юридической силой в отношении этого лица. Решение может быть обжаловано данным лицом.

БОЛГАРИЯ **ЗАКОН О ЗАЩИТЕ ОТ ДИСКРИМИНАЦИИ¹**

(Утвержден Парламентом 16 сентября 2003 г.)

ГЛАВА 1 **ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ**

Статья 1. Настоящий Закон регулирует защиту от всех форм дискриминации и способствует ее предотвращению.

Статья 2. Цель настоящего закона – гарантировать каждому право на:
1) равенство перед законом;

¹ Перевод АНО «ЮРИКС» (переводчик – Т. Томаева, редактор перевода – А. Соболова).

2) равенство в обращении и в возможности участвовать в жизни общества;

3) эффективную защиту от дискриминации.

Статья 3. (1) Настоящий закон предоставляет защиту от дискриминации всем лицам, находящимся на территории Болгарской Республики.

(2) Объединения частных лиц, а также юридические лица обладают правами, предусмотренными согласно настоящему Закону, когда они подвергаются дискриминации по основаниям, изложенным в ст. 4 (1) в отношении своих членов или работников.

Статья 4. (1) Запрещается любая прямая или косвенная дискриминация по признаку пола, расы, этнического происхождения, национальности, происхождения, религии или вероисповедания, образования, убеждений, политической принадлежности, личного или публичного статуса, инвалидности, возраста, сексуальной ориентации, семейного положения, имущественного положения или по любому иному признаку, предусмотренному законом или международным договором, участницей которого является Болгарская Республика.

(2) Прямая дискриминация – это обращение с каким-либо лицом в силу признаков, указанных в ст. 4 (1), менее благоприятным образом, чем обращаются, обращались или обращались бы с другим лицом в аналогичных обстоятельствах.

(3) Косвенная дискриминация – это ущемление в силу признаков, изложенных в ст. 4(1), какого-либо лица по сравнению с другими лицами посредством применения с виду нейтрального положения, критерия или практики, за исключением случаев, когда такое положение, критерий или практика объективно оправданы законной целью, а средства достижения этой цели уместны и необходимы.

Статья 5. Притеснения¹ по признакам, изложенным в ст. 4 (1), сексуальные домогательства, подстрекательство к дискриминации, виктимизация и расовая сегрегация, а также строительство и поддержание архитектурной среды, затрудняющей лицам с инвалидностью доступ к общественным местам, должны рассматриваться как дискриминация.

Статья 6. Запрет на дискриминацию является обязательным для всех при осуществлении и защите прав и свобод, предусмотренных Конституцией и законодательством Болгарской Республики.

Статья 7. (1) Нижеследующее не является дискриминацией:

1) различие в обращении с лицами по признаку гражданства или отсутствия гражданства, предусмотренное законом или международным договором, участницей которого является Болгарская Республика;

¹ Дефиниции терминов, встречающихся в законе, в том числе термина «притеснение», содержатся в конце текста закона в главе «Дополнительное положение». (Прим. ред.)

2) различие в обращении с лицами на основании характеристики, относящейся к признакам, перечисленным в ст. 4 (1), если в силу природы конкретной занятости или деятельности или условий ее осуществления такая характеристика является существенным и определяющим профессиональным требованием, цель законна, а требование не превышает необходимого для ее осуществления;

3) различие в обращении с лицами по признакам религии, вероисповедания или пола в отношении к трудовой деятельности, которая осуществляется в религиозных институтах или организациях, если в силу характера конкретной занятости или деятельности или условий ее осуществления религия, вероисповедание или пол является существенным и определяющим профессиональным требованием ввиду природы института или организации, цель законна, а требование является строго необходимым для ее осуществления;

4) различие в обращении с лицами по признакам религии, вероисповедания или пола в религиозном образовании и обучении, в том числе обучении и образовании с целью выполнения деятельности, указанной в подразделе 3 выше;

5) установление требований к минимальному возрасту, профессиональному опыту или стажу в целях найма или доступа к определенным преимуществам, связанным с трудоустройством, при условии, что оно объективно оправдано законной целью, а средства ее достижения являются строго необходимыми;

6) установление максимальных возрастных критериев для трудоустройства, связанных с такими требованиями, как подготовка в связи с данной должностью или необходимость в разумном периоде трудовой деятельности перед выходом на пенсию, при условии, что это объективно оправдано законной целью, а средства ее осуществления являются строго необходимыми;

7) меры особой защиты, предоставляющие преимущества беременным женщинам и матерям, предусмотренные законом, за исключением случаев, когда беременная женщина или мать не желает воспользоваться этими мерами, уведомив об этом своего работодателя в письменном виде;

8) требования к возрасту и сроку службы, предусмотренные законом в целях выхода на пенсию;

9) меры, предусмотренные в соответствии с Законом о содействии трудоустройству;

10) различие в обращении с лицами, имеющими инвалидность, в обучении или образовании, направленное на удовлетворение их особых образовательных потребностей с целью выравнивания их возможностей;

11) установление требований к минимальному и максимальному возрасту для доступа к обучению или образованию, при условии, что это объективно оправдано законной целью ввиду характера обучения или образования, или условий его осуществления, а средства для достижения такой цели являются строго необходимыми;

12) меры в области обучения и образования, направленные на гарантирование соразмерного участия женщин и мужчин, в той степени и в течение такого срока, насколько такие меры необходимы;

13) особые меры, предоставляющие преимущество находящимся в ущемленном положении лицам или группам, обладающим признаками, изложенными в ст. 4 (1), и направленные на выравнивание их возможностей, в той степени и в течение такого срока, насколько такие меры необходимы;

14) меры по особой защите, предусмотренные законом и предоставляющие преимущество детям, не имеющим родителей, несовершеннолетним, родителям-одиночкам и инвалидам;

15) меры, направленные на защиту особой идентичности лиц, принадлежащих к этническим, религиозным и языковым меньшинствам, и их права индивидуально или совместно с другими членами их группы сохранять и развивать свою культуру, исповедовать и практиковать свою религию и использовать свой язык;

16) меры в области обучения и образования, направленные на гарантирование участия лиц, принадлежащих к этническим меньшинствам, в той степени и в течение такого срока, насколько такие меры необходимы.

(2) Список видов трудовой деятельности, для которых пол является существенным и определяющим профессиональным требованием в значении пункта (1), подпункта 2 определяется:

1) указом министра труда и социальной политики в координации с министром внутренних дел. Этот список приводится в соответствие с трансформациями рынка труда, подвергаясь пересмотру по крайней мере раз в три года;

2) указом министра обороны в отношении профессиональной деятельности и должностей в вооруженных силах.

Статья 8. Лица, которые сознательно способствовали совершению актов дискриминации, подлежат ответственности в соответствии с настоящим Законом.

Статья 9. В разбирательстве о защите от дискриминации после того, как сторона, утверждающая, что стала жертвой дискриминации, приведет факты, из которых можно сделать вывод о наличии дискриминации, сторона-ответчик должна доказать отсутствие нарушения права на равное обращение.

Статья 10. При осуществлении своих полномочий государственные органы и органы местного самоуправления должны принимать все возможные и необходимые меры для реализации целей настоящего Закона.

Статья 11. (1) Где необходимо для реализации целей настоящего Закона, государственные органы и органы местного самоуправления, а также общественные органы, должны принимать меры по смыслу ст. 7 (1.13) и (1.15).

(2) Государственные органы и органы местного самоуправления, а также публичные органы должны в приоритетном порядке принимать меры в

значении ст. 7 (1.13) и(1.15) для выравнивания возможностей жертв, подвергшихся множественной дискриминации¹.

ГЛАВА 2 ЗАЩИТА ОТ ДИСКРИМИНАЦИИ

Раздел I. Защита при осуществлении трудовых прав

Статья 12. (1) Объявляя о вакансии, работодатель не имеет права устанавливать требования, связанные с признаками, изложенными в ст. 4 (1), за исключением случаев, перечисленных в ст. 7.

(2) Перед заключением трудового договора работодатель не имеет права требовать от кандидата информации, касающейся признаков, изложенных в ст. 4 (1), за исключением случаев, перечисленных в ст. 7, или если это необходимо для расследования в целях получения разрешения на работу с секретной информацией согласно условиям Закона о защите секретной информации.

(3) Работодатель не имеет права отказывать в трудоустройстве по признакам беременности, материнства или деторождения.

(4) Работодатель не имеет права отказывать в трудоустройстве или брать на работу какое-либо лицо на менее благоприятных условиях в силу признаков, перечисленных в ст. 4 (1), за исключением случаев, указанных в ст. 7.

Статья 13. (1) Работодатель должен обеспечивать равные условия труда без проведения различия по признакам, указанным в ст. 4 (1).

(2) Если существует возможность компенсировать неблагоприятное влияние на общую производительность, работодатель должен обеспечивать часы и дни работы и отдыха в соответствии с требованиями религии и вероисповедания работников, за исключением случаев, когда это чрезмерно затруднительно для организации и осуществления производственного процесса.

Статья 14. (1) Работодатель обязан обеспечивать равное вознаграждение за одинаковую работу одинакового объема.

(2) Пункт (1) применяется ко всем формам вознаграждения, выплачиваемого непосредственно или опосредованно, деньгами или в натуральном выражении.

(3) При определении размеров вознаграждения критерии оценки качества труда должны быть одинаковыми для всех работников и определяться в соответствии с коллективными трудовыми соглашениями или внутренними нормами, касающимися заработной платы, либо установленными усло-

¹ Под множественной дискриминацией подразумевается дискриминация одновременно по нескольким основаниям. См. п. 10 «Дополнительного положения» в конце текста данного закона. – *Прим. ред.*

виями аттестации государственных служащих без проведения различия по признакам, указанным в ст. 4 (1).

Статья 15. Работодатель обязан предоставлять работникам равные возможности профессионального обучения, повышения профессиональной квалификации и переподготовки, а также профессионального роста и продвижения в должности или ранге, применяя одинаковые критерии оценки производительности труда, без проведения различия по признакам, указанным в ст. 4 (1).

Статья 16. После приема на работу или если лицо получило инвалидность во время трудоустройства, работодатель обязан приспособить рабочее место к потребностям лица, имеющего инвалидность, за исключением случаев, когда расходы чрезмерны и серьезно обременили бы работодателя.

Статья 17. Получив от сотрудника жалобу на то, что он подвергся притеснениям, в том числе сексуальным домогательствам, на рабочем месте, работодатель обязан немедленно провести проверку, принять меры к прекращению притеснений и наложить дисциплинарную санкцию, если притеснения имели место со стороны кого-либо из работников.

Статья 18. Работодатель обязан в сотрудничестве с профессиональными союзами принимать эффективные меры к предотвращению всех форм дискриминации на рабочем месте.

Статья 19. В случае невыполнения обязательств по ст. 18 работодатель несет ответственность согласно настоящему Закону за акты дискриминации, совершенные на рабочем месте кем-либо из работников.

Статья 20. При наложении дисциплинарных санкций работодатель обязан применять одинаковые критерии без проведения различия по признакам, указанным в ст. 4 (1).

Статья 21. При осуществлении права на одностороннее прекращение трудового договора по ст. 328 (1.2–1.5), (1.10), (1.11) и ст. 329 Трудового кодекса или договора о государственной службе согласно ст. 106 (1), (2), (3) и (5) Закона о гражданской службе работодатель обязан применять одинаковые критерии без проведения различия по признакам, указанным в ст. 4 (1).

Статья 22. Работодатель обязан разместить текст настоящего Закона, а также внутренние правила и положения коллективного трудового соглашения, относящиеся к защите от дискриминации, на рабочем месте, там, где они будут доступны работникам.

Статья 23. (1) Работодатель обязан предоставлять информацию лицу, утверждающему о нарушении его прав в соответствии с этим Разделом, по его требованию.

(2) Информация в соответствии с пунктом (1) должна содержать основания для любых решений, принятых работодателем, а также другие относящиеся к делу сведения.

Статья 24. (1) Там, где это необходимо для реализации целей настоящего Закона, работодатель должен стимулировать прием на работу лиц, принадлежащих к недостаточно представленному полу или этнической группе.

(2) При прочих равных условиях работодатель должен поощрять профессиональный рост и участие работников, принадлежащих к определенному полу или этнической группе, если этот пол или этническая группа в недостаточной степени представлены среди работников, выполняющих определенную работу или занимающих определенную должность.

Статья 25. Территориальные органы Службы занятости обязаны обеспечивать равные возможности для безработных лиц в использовании и осуществлении их прав, установленных законом, вне зависимости от наличия у них признаков, изложенных в ст. 4 (1).

Статья 26. Лица имеют право на равные условия доступа к профессии или трудовой деятельности, а также равные возможности работать и продвигаться в профессиональной и трудовой деятельности без проведения различия по признакам, указанным в ст. 4 (1).

Статья 27. (1) Положения настоящего Раздела также применяются к дискриминации по признаку пола в профессиональной военной службе, за исключением видов деятельности и должностей, для которых пол является определяющим фактором.

Статья 28. Положения настоящего раздела применяются *mutatis mutandis* к государственной службе.

Раздел II. Защита при осуществлении права на образование и обучение

Статья 29. (1) Министр образования и науки, а также органы местного самоуправления обязаны принимать меры, необходимые для недопущения расовой сегрегации в образовательных учреждениях.

(2) Директор образовательного учреждения обязан принимать эффективные меры для предотвращения всех форм дискриминации в учебном заведении со стороны преподавательского или административного состава или учащихся.

Статья 30. Директор образовательного учреждения обязан разместить текст настоящего Закона, а также внутренние правила, относящиеся к защите от дискриминации, в доступном месте.

Статья 31. Получив от учащегося жалобу на то, что он подвергся притеснению со стороны кого-либо из преподавательского или административ-

ного состава либо другого учащегося, директор образовательного учреждения обязан немедленно провести проверку, принять меры к прекращению притеснения и наложить дисциплинарную санкцию.

Статья 32. Образовательные учреждения обязаны принимать соответствующие меры по компенсации ограниченных возможностей людей, имеющих инвалидность, в целях эффективного осуществления ими своих прав на образование и обучение, кроме случаев, когда расходы были бы избыточны и крайне обременительны для учреждения.

Статья 33. (1) Директор образовательного учреждения обязан предоставлять информацию лицу, утверждающему о нарушении его прав в соответствии с этим Разделом, по его требованию.

(2) Информация в соответствии с пунктом (1) должна содержать основания для любых решений, принятых директором, а также другие относящиеся к делу сведения.

Статья 34. В случае невыполнения обязательств по ст. 29 (2) директор образовательного учреждения несет ответственность в соответствии с настоящим Законом за акты дискриминации в учебном заведении, совершенные представителем преподавательского состава, администрацией либо учащимся.

Статья 35. (1) Лица, предоставляющие обучение или образование, и составители учебных пособий и материалов обязаны подавать информацию и применять методы обучения и образования таким образом, чтобы они способствовали преодолению стереотипов, касающихся роли женщин и мужчин во всех сферах общественной и семейной жизни.

(2) Дошкольные учреждения, школы и учреждения высшего образования должны включать в свои учебные программы и планы занятия по вопросам равенства между женщинами и мужчинами.

(3) Пункт (1) также относится к преодолению негативных стереотипов в отношении расовых, этнических и религиозных групп, а также лиц, имеющих инвалидность.

Раздел III. Защита при осуществлении иных прав

Статья 36. Профсоюзы, гильдии и другие профессиональные организации и организации работодателей не должны устанавливать условия для подписки, членства или участия в их деятельности, связанные с признаками, перечисленными в ст. 4 (1), за исключением образовательных требований применительно к гильдиям и профессиональным организациям.

Статья 37. Не допускается отказ в предоставлении товаров или услуг, или предоставление товаров или услуг низшего качества, или на худших условиях из-за признаков, перечисленных в ст. 4 (1).

Статья 38. Государственные органы и органы местного самоуправления, а также общественные органы обязаны осуществлять политику содействия сбалансированному участию женщин и мужчин в управлении и принятии решений, а также содействия тому, чтобы были представлены лица, принадлежащие к этническим, религиозным или языковым меньшинствам.

Статья 39. (1) В случаях, когда кандидаты на административную должность равны в отношении требований к занятию этой должности, государственные и общественные органы, а также органы местного самоуправления обязаны принять на работу кандидата, принадлежащего к недостаточно представленному полу, пока не будет достигнута доля в 40% представителей этого пола в данной административной единице.

(2) Пункт (1) также относится к отбору участников и членов правлений, экспертных рабочих групп, руководящих, консультативных или иных органов, за исключением избираемых членов.

ГЛАВА 3

КОМИССИЯ ПО ЗАЩИТЕ ОТ ДИСКРИМИНАЦИИ

Статья 40. (1) Комиссия по защите от дискриминации, здесь и далее называемая «Комиссией» – независимый специализированный государственный орган, создаваемый с целью предотвращения дискриминации, защиты от нее и охраны равных возможностей.

(2) Комиссия осуществляет контроль над исполнением и соблюдением настоящего Закона, а также других законов, регулирующих равное обращение.

(3) Комиссия является юридическим лицом, финансируемым из государственного бюджета, и находится в Софии.

(4) Не позднее 31 марта каждого года Комиссия представляет Народному Собранию доклад о своей деятельности, содержащий, в том числе, информацию о деятельности каждой из ее специализированных групп.

Статья 41. (1) В состав Комиссии входят девять человек, из которых не менее четырех должны быть юристами. Народное Собрание избирает пятерых членов Комиссии, и четверых назначает Президент Республики.

(2) По установлении состава Комиссии Народное Собрание избирает председателя и заместителя председателя Комиссии.

(3) Срок полномочий членов Комиссии составляет пять лет.

(4) При избрании или назначении членов Комиссии должны соблюдаться принципы сбалансированного участия женщин и мужчин, а также участия лиц, принадлежащих к этническим меньшинствам.

Статья 42. (1) Членом Комиссии может быть только гражданин Болгарии, который:

- 1) имеет законченное высшее образование;
- 2) обладает знаниями и опытом в области защиты прав человека;

3) не был осужден за совершение умышленного преступления, официально подлежащего преследованию.

(2) Член Комиссии не может:

1) быть коммерсантом, управляющим, прокурором, членом исполнительного или контрольного органа коммерческого партнерства или кооператива, управляющим или ликвидатором при банкротстве;

2) занимать другую оплачиваемую должность, кроме ведения научной деятельности;

3) быть членом управляющего органа политической партии.

Статья 43. Период работы в качестве члена Комиссии засчитывается в стаж работы в должности, установленной в Законе о государственной службе.

Статья 44. (1) Полномочия члена Комиссии прекращаются до истечения их срока:

1) по его просьбе;

2) в случае неспособности с его стороны исполнять обязанности в течение срока, превышающего шесть месяцев;

3) после его признания в совершении умышленного преступления;

4) в случаях несовместимости.

(2) В случаях, перечисленных в пункте (1), председатель или заместитель председателя Комиссии вносит предложение об освобождении от должности, с изложением причин, на рассмотрение Народного Собрания или Президента Республики.

(3) В течение месяца с момента прекращения полномочий по смыслу пункта (1) Народное собрание или Президент Республики соответственно избирает или назначает нового члена Комиссии для выполнения полномочий освобожденного члена.

Статья 45. (1) Председатель Комиссии получает базовое ежемесячное вознаграждение в размере трех средних месячных заработных плат государственного служащего согласно данным Института национальной статистики.

(2) Заместитель председателя Комиссии получает базовое ежемесячное вознаграждение в размере 80%, а члены Комиссии – 75% от вознаграждения председателя Комиссии.

Статья 46. (1) Комиссия принимает нормы, регулирующие ее структуру и деятельность, которые публикуются в Официальной газете.

(2) Деятельности Комиссии оказывает содействие административный аппарат, структура, функции и число сотрудников которого устанавливаются в соответствии с нормами, упомянутыми в пункте (1).

Статья 47. (1) Комиссия по защите от дискриминации:

1) устанавливает факты нарушений настоящего или других законов, регулирующих вопросы равного обращения, и устанавливает виновную и пострадавшую стороны;

- 2) издает предписание о предотвращении или прекращении нарушения и о восстановлении *status quo ante* (положения, существовавшего до нарушения);
- 3) налагает санкции и принудительные административные меры;
- 4) издает обязательные к исполнению распоряжения, направленные на обеспечение соблюдения настоящего или иных законов, регулирующих вопросы равного обращения;
- 5) обжалует административные акты, нарушающие данный или другие законы, регулирующие вопросы равного обращения, начинает судебные разбирательства и, в качестве заинтересованной стороны, вступает в судебное разбирательство, начатое в соответствии с настоящим или другими законами, регулирующими вопросы равного обращения;
- 6) вносит предложения и рекомендации для государственных органов и органов местного самоуправления по прекращению дискриминационных практик и по отмене актов, противоречащих настоящему или другим законам, регулирующим вопросы равного обращения;
- 7) ведет публичный реестр своих окончательных решений и обязательных для исполнения распоряжений;
- 8) дает заключения по вопросам соответствия законопроектов положениям антидискриминационного законодательства и предлагает рекомендации по принятию, отмене, внесению изменений или дополнений в законодательство;
- 9) предоставляет независимую помощь жертвам дискриминации при обращении с жалобой на дискриминацию;
- 10) проводит независимые исследования;
- 11) публикует независимые отчеты и дает рекомендации по любым вопросам, относящимся к дискриминации;
- 12) осуществляет деятельность, предусмотренную в соответствии с Положением о структуре и деятельности Комиссии.

Статья 48. (1) Комиссия рассматривает и выносит решения по делам, заседая в группах, назначенных председателем Комиссии.

(2) Председатель Комиссии формирует постоянные группы, специализирующиеся по вопросам:

- 1) расовой и этнической дискриминации;
- 2) дискриминации по признаку пола;
- 3) дискриминации по иным признакам, изложенным в ст. 4 (1).

(3) Случаи множественной дискриминации рассматриваются расширенной группой в составе пяти членов.

Статья 49. (1) Председатель Комиссии:

- 1) представляет Комиссию и организует и руководит ее работой;
 - 2) заключает трудовые договоры и назначает служащих в административный аппарат;
 - 3) выполняет бюджет Комиссии.
- (2) Заместитель председателя помогает председателю в исполнении его функций и действует в отсутствие последнего вместо него.

ГЛАВА 4

РАЗБИРАТЕЛЬСТВО ПО ЗАЩИТЕ ОТ ДИСКРИМИНАЦИИ

Раздел I. Разбирательство перед Комиссией по защите от дискриминации

Статья 50. (1) Разбирательство перед Комиссией инициируется:

- 1) по жалобе пострадавшей стороны;
- 2) по собственной инициативе Комиссии;
- 3) по сообщению частных лиц или организаций, или государственных органов, или органов местного самоуправления.

Статья 51. (1) Жалоба или сообщение в Комиссию должны быть поданы в письменном виде. Если они написаны на иностранном языке, они должны сопровождаться переводом на болгарский.

(2) В жалобе или сообщении должны содержаться:

- 1) имя обратившегося;
- 2) адрес или место нахождения либо адрес места работы обратившегося;
- 3) изложение фактов, составляющих основание жалобы или сообщения;
- 4) изложение сути ходатайства к Комиссии;
- 5) дату и подпись обратившегося или его представителя.

(3) Комиссия не рассматривает анонимные жалобы или сообщения.

Статья 52. (1) Если с момента совершения нарушения прошло пять лет, разбирательство не начинается, а начатое разбирательство прекращается.

(2) Если установлено, что на основании тех же фактов был подан судебный иск, Комиссия не начинает или прекращает начатое разбирательство.

Статья 53. (1) Государственная пошлина за разбирательство перед Комиссией не взимается.

(2) Расходы на разбирательство покрываются за счет бюджета Комиссии.

Статья 54. После начала разбирательства председатель Комиссии передает дело одной из групп, которая назначает докладчика из числа своих членов.

Статья 55. (1) Докладчик начинает процедуру исследования, в ходе которой с помощью сотрудников и внешних экспертов собирает письменные доказательства, необходимые для полного и всеобъемлющего выяснения обстоятельств.

(2) Все лица, равно как и государственные органы и органы местного самоуправления, обязаны оказывать Комиссии содействие в ходе расследования и предоставлять требуемую информацию, показания и документы.

(3) Коммерческая, производственная или иная охраняемая законом тайна не может служить причиной для отказа в содействии.

(4) Если имеются основания для доступа к секретной информации, такая информация должна предоставляться в порядке, установленном Законом о защите секретной информации.

Статья 56. (1) При осуществлении своих полномочий Комиссия имеет право:

- 1) запрашивать документы и иную информацию, относящуюся к расследованию;
 - 2) запрашивать показания у лиц, вовлеченных в расследование, по вопросам, относящимся к такому расследованию;
 - 3) допрашивать свидетелей.
- (2) В случаях отказа в предоставлении информации или доступа к помещениям, запрашиваемого Комиссией, равно как и в других случаях неоказания содействия, виновные несут ответственность согласно настоящему Закону.

Статья 57. (1) Если существует риск потери или сокрытия доказательств или если их сбор сопряжен с особыми трудностями, по запросу жалующегося такие доказательства могут быть в принудительном порядке собраны у лиц или из мест, в которых они находятся.

(2) Принудительный сбор доказательств в значении пункта (1) осуществляется с разрешения судьи Софийского городского суда, выданного по запросу председателя Комиссии.

(3) В день подачи запроса судья выносит решение в форме постановления, подлежащего немедленному исполнению.

(4) Докладчик по делу собирает доказательства при сотрудничестве органов Министерства внутренних дел.

(5) В ходе принудительного сбора доказательств Комиссия вправе:

- 1) осуществлять инспекцию помещений в целях расследования;
- 2) собирать доказательства в целях расследования.

(6) Вещественные доказательства и оригиналы изъятых документов должны быть возвращены лицам, у которых они были изъяты, по завершении дела.

Статья 58. (1) Собранные документы и полученная информация должны использоваться только в целях расследования.

(2) Члены Комиссии, а также сотрудники и внешние эксперты не должны разглашать информацию, представляющую охраняемую законом тайну и полученную в ходе осуществления ее деятельности.

Статья 59. (1) Расследование должно быть проведено в течение 30 дней. В делах, представляющих фактическую или юридическую сложность, этот период может быть продлен не более чем на 30 дней распоряжением председателя Комиссии.

(2) По завершении расследования сторонам предоставляется возможность ознакомиться с материалами дела.

(3) Если в ходе расследования обнаруживаются доказательства совершенного преступления, Комиссия обязана передать дело в прокуратуру.

Статья 60. (1) Докладчик готовит заключение и представляет дело председателю группы, который назначает слушание в течение недели.

(2) Стороны вызываются на слушание, а заинтересованные стороны уведомляются о нем в порядке, установленном Гражданским процессуальным кодексом.

Статья 61. (1) Слушания Комиссии носят публичный характер.

(2) Слушания могут проводиться при закрытых дверях в порядке, установленном в ст. 105 (3) Гражданского процессуального кодекса.

(3) Члены заседающей группы вызываются в соответствии с порядком, изложенным в Главе 3 Гражданского процессуального кодекса.

Статья 62. (1) На первом слушании докладчик предлагает сторонам заключить мировое соглашение. Если стороны согласны заключить мировое соглашение, докладчик назначает слушание с целью достижения соглашения.

(2) Если в ходе разбирательства о мировом соглашении стороны приходят к соглашению на основании принципов равенства в обращении, Комиссия утверждает такое соглашение посредством вынесения постановления и закрывает дело.

(3) Если соглашение касается только части спора, разбирательство продолжается в отношении неурегулированной части.

(4) Соглашение, утвержденное Комиссией, подлежит исполнению, а Комиссия осуществляет контроль над его исполнением.

Статья 63. (1) Рассматривая обстоятельства дела, нуждающиеся в прояснении, председатель группы предоставляет сторонам возможность представить свои замечания.

(2) После выяснения обстоятельств и правовых вопросов дела председатель группы закрывает слушание и объявляет дату вынесения решения.

(3) Решение выносится в срок 14 дней со дня слушания.

Статья 64. (1) Решения принимаются простым большинством членов группы и подписываются ими.

(2) Член группы, не согласный с большинством, подписывает постановление с приложением мотивированного особого мнения.

Статья 65. Постановление заседающей группы должно:

- 1) содержать выводы о совершенном нарушении;
- 2) устанавливать виновную и пострадавшую стороны;
- 3) определять вид и размер взыскания;
- 4) налагать принудительные административные меры;
- 5) содержать вывод об отсутствии нарушения закона и отклонять жалобу.

Статья 66. Постановление выносится в письменном виде и должно содержать:

- 1) имя вынесшего его органа;
- 2) фактические и юридические основания, на которых оно было вынесено;
- 3) порядок определения вида и размера взыскания или наложенной принудительной административной меры;

4) орган и срок, в который можно обжаловать решение.

Статья 67. (1) Комиссия осуществляет контроль над исполнением принудительных административных мер.

(2) Сторона, на которую наложена санкция или принудительная административная мера, обязана принять меры к соблюдению любых обязывающих указаний и уведомить об этом Комиссию в письменном виде в срок, указанный в постановлении, но не позднее чем через месяц.

(3) В случае несоблюдения обязывающего предписания должностным лицом Комиссия направляет отчет, содержащий предложения о принятии соответствующих мер в компетентные государственные или муниципальные органы.

(4) Комиссия может направить свое постановление в другие органы, вовлеченные в проведенное расследование, для их сведения или в целях принятия соответствующих мер.

Статья 68. (1) Постановления Комиссии могут быть обжалованы в Верховный административный суд согласно условиям и процедуре Закона о Верховном административном суде в течение 14 дней со дня уведомления заинтересованных сторон.

(2) Жалоба о признании постановления недействительным может подаваться без ограничения срока.

Статья 69. Постановления Комиссии вступают в силу, если:

1) в установленный срок на них не подана жалоба;

2) поданная жалоба отклонена;

3) мировое соглашение, достигнутое сторонами, одобрено Комиссией.

Статья 70. (1) К любым вопросам, не регулируемым настоящим разделом, применяется Закон об административной процедуре.

(3) Штрафы и имущественные санкции в соответствии со вступившими в силу постановлениями Комиссии взимаются в порядке, установленном Налоговым процессуальным кодексом.

Раздел II. Судебное разбирательство

Статья 71. (1) В делах за исключением тех, на которые распространяются положения Раздела I, любое лицо, чьи права в соответствии с настоящим или другими законами, регулирующими вопросы равного обращения, нарушены, может обратиться в районный суд с требованием:

1) об установлении нарушения;

2) о распоряжении, чтобы ответчик прекратил нарушение и восстановил *status quo ante*, и воздержался от последующих нарушений;

3) о принятии решения о выплате компенсации за нанесенный ущерб.

(2) Профсоюзы и их подразделения, а также некоммерческие организации, защищающие общественные интересы, вправе обратиться в суд от имени лиц, чьи права нарушены, по их просьбе. Такие организации могут

также вступить в разбирательство, начатое в соответствии с пунктом (1), в качестве заинтересованной стороны.

(3) В делах о дискриминации, нарушающей права многих лиц, организации, упомянутые в пункте (2), могут также обратиться с иском от собственного имени. Лица, чьи права нарушены, могут вступить в разбирательство в качестве содействующей стороны в значении ст. 174 Гражданского процессуального кодекса.

Статья 72. (1) Стороны, упомянутые в ст. 71 (1) и (2), могут в течение месяца с момента подачи иска обнародовать его содержание посредством публикаций или иных письменных средств информации по своему выбору, приглашая другие пострадавшие стороны, профсоюзы и их подразделения, некоммерческие общественные организации вступить в процесс.

(2) Лица, упомянутые в пункте (1), могут вступить в процесс не позднее окончания устных выступлений в суде.

Статья 73. Любое лицо, чьи права затронуты административным актом, нарушающим настоящий закон или иные законы, регулирующие вопросы равного обращения, вправе обжаловать подобный акт в порядке, предусмотренном Законом об административной процедуре или, соответственно, Законом о Верховном административном суде.

Статья 74. (1) В делах, указанных в Разделе I, любое лицо, понесшее ущерб в результате нарушения его прав по настоящему или иным законам, регулирующим вопросы равного обращения, вправе подать иск о компенсации ущерба в общем порядке против лиц и/или органов, ответственных за ущерб.

(2) В делах, где ущерб был причинен лицам в результате незаконных действий или упущений со стороны государственных органов или должностных лиц, иск о компенсации ущерба следует подавать в порядке, установленном Законом о государственной ответственности за ущерб, причиненный частным лицам.

Статья 75. (1) К любым вопросам, не регулируемым настоящим разделом, применяются положения Гражданского процессуального кодекса.

(2) В отношении судебного разбирательства согласно настоящему Закону пошлина не взимается, а расходы оплачиваются за счет бюджета суда.

ГЛАВА 5 **ПРИНУДИТЕЛЬНЫЕ АДМИНИСТРАТИВНЫЕ МЕРЫ** **И АДМИНИСТРАТИВНЫЕ ШТРАФНЫЕ САНКЦИИ**

Раздел I. Принудительные административные меры

Статья 76. (1) С целью предотвращения или прекращения нарушений согласно настоящему или другим актам, регулирующим вопросы равного обращения, а также предотвращения и устранения вредных последствий

таких действий, Комиссия по своей инициативе или по предложению профсоюза, частного лица или организации имеет право наложить следующие принудительные административные меры:

1) обязывающее предписание работодателям и должностным лицам об устранении нарушений антидискриминационного законодательства;

2) приостановление исполнения незаконных решений или распоряжений работодателей, ведущих или способных привести к дискриминации.

(2) Если в делах согласно пункту 1 вступившее в силу обязывающее предписание и вступившее в силу судебное постановление по одному и тому же вопросу вступают в противоречие, судебное постановление имеет преемственную силу.

Статья 77. Постановление Комиссии о наложении принудительной административной меры согласно настоящему Разделу может быть обжаловано в порядке ст. 68. Жалоба не приостанавливает исполнение принудительной административной меры, если только суд не решит иначе.

Раздел II. Административные штрафные санкции

Статья 78. (1) Лицо, допустившее дискриминацию в значении настоящего Закона, подлежит штрафу в размере от 250 до 2 000 болгарских левов, за исключением случаев, когда на него налагается более строгое взыскание.

(2) Лицо, не предоставившее доказательство или информацию, либо препятствующее или не предоставляющее доступ в помещения по требованию Комиссии, подлежит штрафу в размере от 500 до 2 000 болгарских левов.

Статья 79. Надлежащим образом вызванный свидетель, без уважительной причины не являющийся в Комиссию для дачи показаний, подлежит штрафу в размере от 40 до 100 болгарских левов.

Статья 80. (1) Лицо, не выполнившее какой-либо обязанности, вытекающей из настоящего Закона, подлежит штрафу в размере от 250 до 2 000 болгарских левов, за исключением случаев, когда на него налагается более строгое взыскание.

(2) Если нарушение было допущено в ходе осуществления деятельности юридического лица, такое лицо подлежит штрафу в размере от 250 до 2 000 болгарских левов.

(3) Руководитель юридического лица, осуществляющий найм на работу, при совершении нарушения согласно пункту (1) подлежит штрафу в размере от 200 до 2 500 болгарских левов, за исключением случаев, когда на него налагается более строгое взыскание.

Статья 81. Лицо, допустившее нарушение согласно предшествующим положениям настоящего Раздела вторично, подлежит штрафу или, соответственно, имущественной санкции в размере, вдвое превышающем размер первоначально наложенной санкции.

Статья 82. (1) Лицо, не выполнившее постановление Комиссии или суда, вынесенное согласно настоящему Закону, подлежит штрафу в размере от 2 000 до 10 000 болгарских левов, за исключением случаев, когда на него налагается более строгое взыскание.

(2) Если нарушение продолжается более трех месяцев с момента окончательного наложения взыскания в соответствии с предыдущим пунктом, налагается штраф в размере от 5 000 до 20 000 болгарских левов.

(3) Взыскание согласно пункту (2) налагается до тех пор, пока не будут устранены вредные последствия нарушения.

Статья 83. Суммы штрафов или имущественных санкций, наложенных согласно настоящему Разделу, вносятся в бюджет Республики.

Статья 84. (1) Члены Комиссии, назначенные председателем Комиссии, издают акты об установлении нарушений.

(2) Комиссия налагает санкции постановлением, которое может быть обжаловано в порядке, установленном Законом о Верховном административном суде.

(3) Закон об административных нарушениях и санкциях применяется к любым вопросам, на которые не распространяется настоящий Раздел.

ДОПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПОЛОЖЕНИЕ

§ 1. В значении настоящего Закона:

1. «Притеснение» означает любое нежелательное поведение, вызванное признаками, перечисленными в ст. 4 (1), и выраженное в физической, словесной или любой иной форме, которое имеет своей целью или результатом унижение достоинства лица и создание враждебной, оскорбительной или пугающей атмосферы.

2. «Сексуальное домогательство» означает любое нежелательное поведение сексуального характера, выраженное в физической, словесной или любой иной форме, унижающей достоинство и честь лица и создающей враждебную, оскорбительную, унижающую или пугающую атмосферу, – особенно, если отказ подчиниться такому поведению или давлению с целью подобного подчинения может повлиять на принятие решений, затрагивающих данное лицо.

3. «Виктимизация» означает:

а) менее благоприятное обращение с лицом, которое предприняло или предположительно предприняло, или намерено предпринять в будущем любые действия с целью защиты от дискриминации;

б) менее благоприятное обращение с лицом, если другое связанное с ним лицо предприняло или предположительно предприняло, или намерено предпринять в будущем любые действия с целью защиты от дискриминации;

с) менее благоприятное обращение с лицом, отказавшимся проводить дискриминацию.

Действия по защите от дискриминации могут включать обращение с жалобой или сообщением, подачу судебного иска или дачу показаний в разбирательстве о защите от дискриминации.

4. «Подстрекательство к осуществлению дискриминации» означает непосредственное и намеренное поощрение, распоряжение, оказание давления или уговоры с целью побудить кого-либо провести дискриминацию, где подстрекающая сторона в состоянии оказывать влияние на подстрекаемую сторону.

5. «Расовая сегрегация» означает издание акта, совершение действия или бездействие, которое ведет к насильственному разделению или изоляции лиц на основании их расы, этнической принадлежности или цвета кожи.

6. «Менее благоприятное обращение» означает любое деяние, действие или бездействие, прямо или косвенно затрагивающее права или законные интересы.

7. «По признакам, перечисленным в ст. 4 (1)» означает по признакам действительного, прошлого или настоящего либо предполагаемого наличия одной или более данных характеристик у лица, подвергающегося дискриминации, или у лица, в действительности или предположительно находящегося в связи с последним, где такая связь является причиной дискриминации.

8. «Лица, находящиеся в связи» означает супругов, родственников по прямой линии без ограничения, родственников по боковой линии до четвертой степени включительно и родственников по браку до третьей степени включительно; опекунов и лиц, находящихся под опекой; совместно проживающих партнеров; работодателей и работников; лиц, участвующих в управлении предприятиями друг друга; деловых партнеров; других лиц, которых можно считать прямо или косвенно зависящими от жертвы дискриминации в силу иных обстоятельств, где такая зависимость является причиной дискриминации; лиц, от которых может прямо или косвенно зависеть жертва дискриминации, и такая зависимость является причиной дискриминации; лиц, сопровождающих жертву дискриминации во время совершения акта дискриминации, где такая связь является причиной дискриминации.

9. «Сексуальная ориентация» означает гетеросексуальную, гомосексуальную или бисексуальную ориентацию.

10. «Множественная дискриминация» означает дискриминацию по нескольким основаниям, перечисленным в ст. 4 (1).

11. «Нарушение, совершенное вторично» означает нарушение, совершенное в течение одного года после вынесения окончательного постановления о наложении санкций на виновного за нарушение того же самого типа.

12. «Семейное положение» означает брачный статус или фактическое сожительство и заботу о потомстве или родителях, включая внуков, дедов и бабок, или о родственнике по боковой линии до третьей степени включительно, зависящем от них в силу возраста или немощности.

ПЕРЕХОДНЫЕ И ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

§ 2. В течение трех месяцев с момента вступления настоящего Закона в силу Народное Собрание избирает, а Президент Республики назначает свою долю членов Комиссии.

§ 3. В течение трех месяцев Комиссия принимает нормы, регулирующие ее структуру и деятельность, согласно ст. 46 (1). [...]

§ 7. В течение трех месяцев с момента вступления настоящего Закона в силу министр труда и социальной политики и министр обороны издают указы согласно ст. 7 (2).

§ 8. Настоящий Закон вступает в силу 1 января 2004 г.

ЮЖНОАФРИКАНСКАЯ РЕСПУБЛИКА АКТ О ПООЩРЕНИИ РАВЕНСТВА И ПРЕДОТВРАЩЕНИИ НЕСПРАВЕДЛИВОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ № 4 , 2000 Г.¹

[...]

ПРЕАМБУЛА

Укрепление демократии в нашей стране требует искоренения социально-го и экономического неравенства, особенно носящего системный характер, которое было порождено в нашей истории колониализмом, апартеидом и патриархатом и приносило боль и страдания огромному большинству нашего народа.

Несмотря на значительный прогресс в реструктуризации и трансформации нашего общества и его институтов, системное неравенство и несправедливая дискриминация по-прежнему глубоко пронизывают общественные структуры, существующие практики и суждения, подрывая устремления нашей конституционной демократии.

Основа для последовательного устранения этих условий лежит в Конституции, которая, среди прочего, утверждает ценности человеческого достоинства, равенства, свободы и социальной справедливости в объединенном, свободном от расизма и сексизма обществе, дающем каждому возможность процветания.

Южная Африка также имеет международные обязательства по имеющим обязательную силу договорам и международному обычному праву в области прав человека, которые поощряют равенство и запрещают несправедливую дискриминацию. Среди этих обязательств – упомянутые в Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин и Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации.

Раздел 9 Конституции предусматривает принятие национального законодательства, предотвращающего или запрещающего несправедливую дискриминацию и способствующего достижению равенства.

¹ Перевод АНО «ЮРИКС» (переводчик – Т. Томаева, редактор перевода – А. Соболева).

Это предполагает содействие, с помощью особых правовых и иных мер, улучшению положения исторически ущемленных лиц, сообществ и социальных групп, которые были лишены своих земель и ресурсов, лишены человеческого достоинства и продолжают испытывать на себе последствия этого.

Настоящий Акт ставит своей целью облегчить переход к демократическому обществу, единому в своем разнообразии, характеризующемуся человеческими отношениями, основанными на заботе и сочувствии, и руководимому принципами равенства, справедливости, беспристрастности, социального прогресса, человеческого достоинства и свободы.

Поэтому он принимается Парламентом Южноафриканской Республики в следующем виде: [...]

ГЛАВА 1

ОПРЕДЕЛЕНИЯ, ЦЕЛИ, ТОЛКОВАНИЕ, РУКОВОДЯЩИЕ ПРИНЦИПЫ И ПРИМЕНЕНИЕ АКТА

Определения

1. (1) В настоящем Акте, если только контекст не указывает на иное —

(i) «взраст» включает ущемленное и уязвимое положение, испытываемое лицами на основании их возраста, особенно преклонного;

(ii) «секретарь суда равенства» означает служащего суда равенства, назначенного в соответствии с разделом 17, читаемым вместе с разделом 31, и включает любые упоминания о «секретаре»;

(iii) «Комиссия по гендерному равенству» означает Комиссию по гендерному равенству, упоминаемую в разделе 187 Конституции;

(iv) «потерпевший» означает любое лицо, утверждающее о каком-либо нарушении настоящего Акта и предпринимающее разбирательство в соответствии с этим Актом;

(v) «Конституция» означает Конституцию Южноафриканской Республики 1996 г. (Акт № 108 от 1996 г.);

(vi) «конституционное учреждение» означает любое из соответствующих учреждений, поддерживающих конституционную демократию, о которых говорится в Главе 9 Конституции, и включает Пан-Южноафриканскую языковую комиссию;

(vii) «Департамент» означает Департамент юстиции и конституционного развития;

(viii) «дискриминация» означает любое действие или упущение, в том числе комплекс политических мер, закон, норму, практику, условие или ситуацию, которые прямо или косвенно —

(a) налагаю бремя, обязательство или создают ущемленное положение, или

(b) лишают какое-либо лицо благ, возможностей или преимуществ по одному или более запрещенному признаку;

(ix) «равенство» включает полное и равное пользование правами и свободами, как они предусмотрены в Конституции, и включает равенство де-юре и де-факто, а также равенство в отношении результатов;

(x) «суд равенства» означает суд, упомянутый в разделе 16, читаемом совместно с разделом 31, и включает любую ссылку на «суд»;

(xi) «семейная ответственность» означает ответственность по отношению к супругу, партнеру, материально зависимому от потерпевшего лицу, ребенку или другим членам его или ее семьи, в отношении которых данный член отвечает за заботу и поддержку;

(xii) «семейный статус» включает членство в семье и социальные, культурные или юридические права и ожидания, связанные с таким статусом;

(xiii) «притеснение» означает нежелательное поведение, характеризующееся настойчивостью и серьезностью, которое оскорбляет, унижает или создает обстановку враждебности и запугивания или рассчитано на то, чтобы заставить кого-либо подчиняться посредством действительных неблагоприятных последствий или угрозы таковых, и которое связано с:

(a) полом, гендером или сексуальной ориентацией; или

(b) действительной или предполагаемой принадлежностью лица к группе, идентифицируемой по одному или более из запрещенных признаков или характеристике, связанной с такой группой;

(xiv) «статус ВИЧ/СПИД» включает действительное или предполагаемое присутствие в теле лица вируса иммунодефицита человека (ВИЧ) или симптомов синдрома приобретенного иммунодефицита (СПИД), равно как и неблагоприятные предположения на основании этого статуса;

(xv) «семейное положение» включает статус или положение неженатого (незамужней), женатого, разведенного, вдовца или находящегося в постоянных отношениях, независимо от пола партнера, включающее обязательство взаимной поддержки в рамках этих отношений;

(xvi) «министр» означает министра юстиции и конституционного развития;

(xvii) «национальность» означает этническое или национальное происхождение и включает практики, связанные с ксенофобией и другими неблагоприятными предположениями дискриминационного характера, но не включает права и обязанности, обычно связанные с гражданством;

(xviii) «лицо» включает юридическое лицо, неюридическое лицо, группу или категорию лиц;

(xix) «беременность» включает любое состояние, связанное с беременностью, планируемой беременностью, возможной беременностью или прерыванием беременности;

(xx) «предписанный» означает предписанный нормой в значении настоящего Акта;

(xxi) «председательствующий» означает председательствующее должностное лицо суда равенства, упомянутого в разделе 16, читаемом совместно с разделом 31;

(xxii) «запрещенными признаками» являются:

(a) раса, гендер, пол, беременность, семейное положение, этническое или социальное происхождение, цвет кожи, сексуальная ориентация,

возраст, инвалидность, религия, совесть, убеждения, культура, язык и рождение или

(b) любой иной признак, где дискриминация, основанная на нем:

(i) порождает или поддерживает системную ущемленность;

(ii) подрывает человеческое достоинство или

(iii) оказывает неблагоприятное воздействие на равное пользование правами и свободами лица серьезными образом, сравнимым с дискриминацией по одному из признаков в параграфе (а);

(xxiii) «норма» означает норму в значении настоящего Акта;

(xxiv) «ответчик» означает любое лицо, против которого начато разбирательство в соответствии с настоящим Актом;

(xxv) «сектор» означает любой сектор, упоминаемый в разделе 29, и включает секторы, установленные в Приложении;

(xxvi) «социально-экономический статус» включает действительное или предполагаемое социальное или экономическое состояние лица, поставленного в ущемленное положение нищетой, низким трудовым статусом или отсутствием или низким уровнем образовательной квалификации;

(xxvii) «Южноафриканская комиссия по правам человека» означает Южноафриканскую комиссию по правам человека, о которой говорит-ся в разделе 184 Конституции;

(xxviii) «государство» включает:

(a) любой Департамент государства или администрации в национальной, провинциальной или местной сфере управления;

(b) любое иное должностное лицо или учреждение:

(i) осуществляющее какие-либо полномочия или исполняющее какую-либо функцию в соответствии с Конституцией или провинциальной конституцией или

(ii) осуществляющее публичные полномочия или исполняющее публичную функцию в соответствии с любым законодательным актом или обычным правом или традицией;

(xxix) «настоящий Акт» означает любую норму, установленную в рамках настоящего Акта;

Цели Акта

2. Целями настоящего Акта являются:

(a) принятие законодательства, требуемого разделом 9 Конституции;

(b) приведение в исполнение буквы и духа Конституции, включающих:

(i) равное пользование правами и свободами каждым лицом;

(ii) утверждение равенства;

(iii) ценности свободы от расизма и сексизма, содержащиеся в разделе 1 Конституции;

(iv) предотвращение несправедливой дискриминации и защиты человеческого достоинства, как предусматривают разделы 9 и 10 Конституции;

(v) запрет пропаганды вражды, основанной на признаках расы, этноса, гендера или религии, которая представляет собой подстрекательство

к причинению вреда, как установлено в разделе 16(2)(с) Конституции и разделе 12 настоящего Акта;

(c) введение мер, способствующих искоренению несправедливой дискриминации, выражения вражды и притеснений, особенно на основаниях расы, гендера и инвалидности;

(d) установление процедур для определения обстоятельств, в которых дискриминация является несправедливой;

(e) введение образовательных мер для общественности и мер для повышения осознания обществом важности утверждения равенства и преодоления несправедливой дискриминации, выражения вражды и преследований;

(f) предоставление возмещения жертвам несправедливой дискриминации, выражения вражды и притеснений также лицам, пострадавшим от нарушения их права на равенство;

(g) введение мер, способствующих улучшению положения лиц, ущемленных несправедливой дискриминацией;

(h) содействие дальнейшему соблюдению международных правовых обязательств, включая договорные обязательства, в том числе по Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации и Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин.

Толкование Акта

3. (1) Любое лицо, применяющее настоящий Акт, должно интерпретировать его положения таким образом, чтобы приводить в исполнение:

(a) Конституцию, положения которой включают утверждение равенства посредством законодательных и других мер, разработанных с целью защиты или улучшения положения лиц, ущемленных несправедливой дискриминации в прошлом и в настоящее время.

(b) Преамбулу, цели и руководящие принципы настоящего Акта, тем самым приводя в исполнение его дух, сущность и цели.

(2) Любое лицо, истолковывающее настоящий Акт, должно иметь в виду:

(a) любой имеющий к этому отношение закон или норму, имеющую характер закона;

(b) международное право, в частности международные соглашения, упомянутые в разделе 2, и международное обычное право;

(c) соответствующее иностранное законодательство.

(3) Любое лицо, применяющее или интерпретирующее настоящий Акт, должно принимать во внимание контекст спора и назначение Акта.

Руководящие принципы

4. (1) При вынесении решения по какому-либо разбирательству, предпринятым в соответствии с настоящим Актом, должны применяться следующие принципы:

(a) быстрое и неформальное рассмотрение дел, облегчающее участие сторон в разбирательстве;

- (b) доступ к правосудию для всех лиц в соответствующих судебных и других органах разрешения споров;
 - (c) использование процессуальных норм согласно разделу 19 и критерии для облегчения участия;
 - (d) использование исправительных или восстановительных мер в сочетании с мерами сдерживающего характера;
 - (e) выработка особых умений и способностей для лиц, применяющих настоящий Акт, с целью обеспечить его эффективную реализацию и исполнение.
- (2) При применении настоящего Акта следует признавать и учитывать следующее:
- (a) существование системной дискриминации и неравенства, в особенности в отношении расы, гендера и ограниченных возможностей во всех сферах жизни в результате имевшей место в прошлом и настоящем несправедливой дискриминации, порожденной колониализмом, системой апартеида и патриархата; и
 - (b) необходимость принятия мер на всех уровнях для искоренения такой дискриминации и неравенства.

Применение Акта

- 5.** (1) Настоящий Акт является обязательным для государства и для всех лиц.
- (2) Если какой-либо конфликт, относящийся к вопросу, затрагиваемому в настоящем Акте, возникает между этим Актом и положениями любого другого закона, кроме Конституции или какого-либо Акта парламента, явным образом вносящего изменения в настоящий Акт, то преимуществом пользуются положения настоящего Акта.
- (3) Настоящий Акт не применяется к тем лицам, к которым применяется Акт о справедливости при трудоустройстве 1998 г. (Акт № 55 от 1998 г.).

ГЛАВА 2

ПРЕДОТВРАЩЕНИЕ, ЗАПРЕЩЕНИЕ И ИСКОРЕНЕНИЕ НЕСПРАВЕДЛИВОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ, ВЫРАЖЕНИЯ ВРАЖДЫ И ПРЕСЛЕДОВАНИЙ ПРЕДОТВРАЩЕНИЕ И ОБЩЕЕ ЗАПРЕЩЕНИЕ НЕСПРАВЕДЛИВОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ

- 6.** Ни государство, ни какое-либо лицо не имеет право осуществлять несправедливую дискриминацию какого-либо иного лица.

Запрещение несправедливой дискриминации по признаку расы

- 7.** В соответствии со ст. 6 никакое лицо не имеет право осуществлять несправедливую дискриминацию какого-либо иного лица по признаку расы, включая:

- (a) распространение любой пропаганды или идей, отстаивающих расовое превосходство или неполноценность какого-либо лица, включая подстрекательство к любым формам расового насилия или участие в них;

- (b) участие в любой деятельности, имеющей своей целью способствовать или способствующей пропаганде исключительности на основании расы;
- (c) исключение лиц определенной расовой группы в соответствии с какой-либо нормой или практикой, представляющейся законной, но на деле направленной на сохранение исключительного контроля со стороны другой расовой группы;
- (d) предложение или продолжение предоставления услуг более низкого качества любой расовой группе по сравнению с другой расовой группой;
- (e) отказ в доступе к возможностям, включая доступ к услугам или договорным возможностям по предоставлению услуг за вознаграждение или непринятие мер для разумного удовлетворения нужд таких лиц.

Запрещение несправедливой дискриминации по признаку гендера

8. В соответствии со ст. 6 никакое лицо не имеет право осуществлять дискриминацию какого-либо лица на основании гендера, включая:

- (a) гендерно-мотивированное насилие;
- (b)увечье женских гениталий;
- (c) воспрепятствование женщинам в унаследовании семейного имущества;
- (d) любую практику, в том числе традиционную, установленную обычаем или религиозную, нарушающую достоинство женщин и подрывающую равенство между женщинами и мужчинами, включая нарушение достоинства и благополучия девочек;
- (e) любую политику или поведение, несправедливо ограничивающее доступ женщин к земельным правам, финансовым и другим средствам;
- (f) дискриминацию из-за беременности;
- (g) ограничение доступа женщин к социальным услугам или преимуществам, таким как здравоохранение, образование и социальное обеспечение;
- (h) отказ в доступе к возможностям, включая доступ к услугам или возможностям заключать договоры об оказании услуг за вознаграждение или отказ в принятии мер для разумного удовлетворения нужд таких лиц;
- (i) системное неравенство в доступе к возможностям для женщин в результате полового разделения труда.

Запрещение несправедливой дискриминации на основании инвалидности

9. В соответствии со ст. 6 никакое лицо не имеет права осуществлять дискриминацию какого-либо лица по признаку инвалидности, включая:

- (a) отказ в предоставлении или отъем у любого лица с инвалидностью любого поддерживающего или облегчающего действия приспособления, необходимого для его функционирования в обществе;
- (b) нарушение норм и правил Южноафриканского бюро стандартов, определяющих доступность окружающей среды;
- (c) отказ в устранении препятствий, несправедливо ограничивающих лиц с инвалидностью или препятствующих им в пользовании равны-

ми возможностями или непринятие мер для разумного удовлетворения нужд таких лиц.

Запрещение подстрекательства к вражде (языка вражды)

10. (1) С учетом оговорки в разделе 12, никакое лицо не имеет права публиковать, распространять, пропагандировать или передавать слова, указывающие на один или более запрещенных признаков, направленные против другого лица, которые могут быть разумно истолкованы как демонстрирующие ясное намерение:

- (a) быть оскорбительными;
- (b) нанести вред или подстрекать к нему;
- (c) поощрять или распространять ненависть.

(2) Без ущерба каким-либо средствам возмещения гражданского характера в соответствии с настоящим Актом суд может в соответствии с разделом 21(2)(n) и там, где это уместно, передать любое дело, связанное с публикацией, пропагандой, распространением или передачей выражения вражды, согласно определению в подразделе (1) директору государственного обвинения¹, обладающему полномочиями начать уголовное разбирательство в соответствии с обычным правом или соответствующим законодательством.

Запрещение притеснений

11. Никакое лицо не может подвергать какое-либо лицо притеснениям.

Запрет распространения и публикации информации, содержащей несправедливую дискриминацию

12. Никакое лицо не имеет права распространять или передавать по радио или телевидению какую-либо информацию или публиковать или размещать любую рекламу или объявление, которые могут быть обоснованно истолкованы или поняты как демонстрирующие явное намерение дискриминации какого-либо лица.

Добросовестное занятие художественным творчеством, академические и научные изыскания, справедливая и точная передача событий в общественных интересах или публикация любой информации, рекламы или объявления в соответствии с разделом 16 Конституции, не запрещаются настоящие статьей.

ГЛАВА 3 БРЕМЯ ДОКАЗЫВАНИЯ И ОПРЕДЕЛЕНИЕ ОБОСНОВАННОЙ ИЛИ НЕОБОСНОВАННОЙ [ДИСКРИМИНАЦИИ]

Бремя доказывания

13. (1) Если пострадавший выдвигает *prima facie* жалобу на дискриминацию:

¹ В ЮАР, а также в Австралии и Канаде – руководитель прокуратуры, который обычно контролируется генеральным прокурором. – Прим. ред.

(a) ответчик должен доказать на основании фактов, представленных суду, что указанная дискриминация не имела места; или

(b) ответчик должен доказать, что данное поведение не связано с одним или более запрещенными признаками.

(2) Если дискриминация действительно имела место:

(a) по какому-либо из признаков, указанных в параграфе «а» определения «запрещенные признаки», то она является необоснованной, если только ответчик не докажет, что дискриминация обоснована;

(b) по какому-либо из признаков, указанных в параграфе «б» определения «запрещенные признаки», то она является несправедливой:

(i) если установлено одно или более оснований, изложенных в параграфе «б» определения «запрещенные основания», и

(ii) за исключением случаев, когда ответчик способен доказать обоснованность дискриминации.

Определение обоснованности и необоснованности

14. (1) Не является необоснованной дискриминацией принятие мер, разработанных для защиты или улучшения положения лиц или категорий лиц, поставленных в ущемленное положение необоснованной дискриминацией, или членов таких групп или категорий лиц.

(2) При определении того, доказал ли ответчик обоснованность дискриминации, следует учитывать следующее:

(a) контекст;

(b) факторы, упоминаемые в подразделе (3);

(c) действительно ли дискриминация разумно и обоснованно проводит различия между людьми согласно объективно определимым критериям, внутренне присущим рассматриваемой деятельности.

(3) Факторы, упоминаемые в подразделе (2)(б), включают следующие:

(a) наносит ли дискриминация ущерб человеческому достоинству либо способна нанести его;

(b) действительное или вероятное влияние дискриминации на пострадавшего;

(c) положение пострадавшего в обществе и то, страдает ли он или она от стереотипов дискриминации или принадлежит к группе, испытывающей воздействие таких стереотипов дискриминации;

(d) характер и степень дискриминации;

(e) является ли дискриминация системной по своему характеру;

(f) имеет ли дискриминация законную цель;

(g) достигает ли дискриминация своей цели и в какой степени;

(h) имеются ли менее ограничивающие и менее неблагоприятные меры для достижения этой цели;

(i) принял ли ответчик, и если да, то в какой степени, меры, разумные в конкретных обстоятельствах, с целью:

(i) преодолеть уязвимость, порожденную одним или более запрещенными признаками или связанную с ними; или

(ii) обеспечить различия.

Отсутствие необходимости определять обоснованность в делах о выражении вражды и притеснениях

15. В случаях выражения вражды или притеснений раздел 14 не применяется.

ГЛАВА 4 СУДЫ РАВЕНСТВА

Суды равенства и председательствующие

16. (1) В целях настоящего Акта, но с учетом положений раздела 31:

(a) каждый магистратский суд и каждый Высокий суд является судом равенства для сферы своей юрисдикции; и

(b) министр может назначить любого магистрата, дополнительного магистрата или судью после совещания с председателем суда или главой соответствующего административного региона, определенного в разделе 1 Акта о магистратских судах 1944 г. (Акт № 32 от 1994 г.), председателем суда равенства в районе, в отношении которого он или она является судьей-магистратом, дополнительным магистратом или судьей, в зависимости от конкретного случая.

(2) Председатель должен выполнять функции и осуществлять полномочия, порученные или данные ему в соответствии с настоящим Актом или любым другим законом.

Секретари судов равенства

17. (1)(а) С учетом законов, регулирующих государственную службу, генеральный директор департамента может назначить одного или более служащих департамента для каждого суда равенства или в установленном порядке на установленных условиях одного или более лиц в качестве секретарей суда равенства, которые должны оказывать общее содействие суду, к которому они прикреплены, в исполнении его функций и исполнять обязанности, которые им могут быть предписаны.

(b) Если секретарь суда равенства по какой-либо причине не в состоянии действовать в качестве такового или для какого-либо суда равенства не было назначено секретаря в соответствии с параграфом (а), председатель может назначить любого компетентного служащего в департаменте действовать в качестве такого секретаря на время, в течение которого указанный секретарь не в состоянии действовать, или до тех пор, пока не будет назначен секретарь в соответствии с параграфом (а), в зависимости от обстоятельств.

Свидетели

18. Присутствие свидетелей и уплата свидетельских пошлин в делах, вытекающих из применения настоящего Акта, должны определяться министром предписанным образом.

Процессуальные нормы и судебные разбирательства

19. (1) За исключением случаев, когда настоящий Акт устанавливает иное, положения Акта о магистратских судах 1944 года (Акт № 32 1994 года), Акта о Верховном суде 1959 г. (Акт № 59 от 1959 г.) и норм, установленных в соответствии с ними, равно как и норм, установленных в соответствии с Актом о регламентах управления судами 1985 г. (Акт № 107 1985 г.) с необходимыми в зависимости от обстоятельств изменениями применяются к судам равенства в той мере, в какой эти положения относятся к:

- (a) назначению и функциям служащих;
- (b) выдаче и доставке судебного извещения;
- (c) исполнению судебных решений или распоряжений;
- (d) наложению взысканий за неисполнение постановлений суда, воспрепятствование исполнению судебных решений или распоряжений и за неуважение к суду;
- (e) направлению правосудия с учетом условий подраздела (3) и если нормами не было предусмотрено иное в соответствии с разделом 30 настоящего Акта.

(2) Все разбирательства перед судом должны вестись открыто, за исключением случаев, когда суд может распорядиться об ином в интересах направления правосудия.

(3) (а) С учетом условий параграфа (b), ничто в настоящем Акте не препятствует магистратскому суду, заседающему в качестве суда равенства, сделать распоряжение, предусмотренное в разделе 21(2), которое превышает пределы финансовой юрисдикции магистратского суда, в каком случае это распоряжение должно быть установленным образом представлено судье Высокого Суда, обладающему полномочиями для его утверждения.

(б) Действие параграфа (а), относящегося к утверждению распоряжения, приостанавливается до окончательного решения по любому обжалованию, предусмотренному разделом 23.

Возбуждение разбирательства в соответствии с настоящим Актом

20. (1) Разбирательство в соответствии с настоящим Актом может быть начато:

- (a) любым лицом, действующим в своих собственных интересах;
- (b) любым лицом, действующим от имени другого лица, которое не может действовать от собственного имени;
- (c) любым лицом, действующим в качестве члена или в интересах группы или класса лиц;
- (d) любым лицом, действующим в общественных интересах;
- (e) любым объединением, действующим в интересах своих членов;
- (f) Южноафриканской комиссией по правам человека или Комиссией по гендерному равенству.

(2) Лицо, желающее начать разбирательство согласно настоящему Акту, должно в установленном порядке уведомить секретаря суда равенства о своем намерении.

(3)(а) Секретарь суда равенства должен в установленный срок после получения такого уведомления передать дело председателю данного суда равенства, который в установленный срок должен решить, должно ли дело быть рассмотрено судом равенства или должно быть передано в другое соответствующее учреждение, орган, суд, трибунал либо другой судебный орган (здесь и далее называемый «альтернативный форум»), который, по мнению председателя, более пригоден для рассмотрения данного дела в соответствии с полномочиями и функциями этого альтернативного форума.

(b) Если председатель решит, что дело должно слушаться судом равенства, он должен передать дело секретарю суда равенства, который должен в установленный срок с момента такой передачи назначить дату слушания дела.

(4) Прежде, чем принять решение о передаче дела, как это предусмотрено в подразделе (3), председатель должен принять во внимание все относящиеся к делу обстоятельства, включая следующие:

(a) личные обстоятельства участников разбирательства и в особенности потерпевшего;

(b) физическую доступность любого предусмотренного альтернативного форума;

(c) потребности и желания сторон и в особенности потерпевшего;

(d) характер предполагаемого разбирательства и то, будет ли способствовать исход разбирательства развитию системы судебных прецедентов и юриспруденции в этой области права;

(e) мнение соответствующего должностного лица в любом предполагаемом альтернативном форуме.

(5)(а) Если председатель решит, что дело следует передать в альтернативный форум, он (она) должен в установленном порядке издать распоряжение о том, чтобы секретарь суда равенства передал дело в альтернативный форум, упомянутый в распоряжении.

(b) При издании распоряжения, предусмотренного в параграфе (а), председатель может приложить к нему любые комментарии, которые он полагает необходимыми представить вниманию альтернативного форума.

(6) При получении распоряжения, упоминаемого в подразделе (5), секретарь суда равенства должен передать дело и уведомить стороны по делу о передаче в установленном порядке.

(7) При получении переданного ему дела альтернативный форум должен рассмотреть его безотлагательно в соответствии со своими полномочиями и функциями.

(8) Если альтернативный форум, упоминаемый в подразделе (7):

(a) не рассматривает дело в разумный в данных обстоятельствах срок или

(b) не может разрешить дело к удовлетворению одной или обеих сторон, и одна или обе стороны об этом просят, альтернативный форум должен в установленном порядке передать дело обратно в суд равенства, из которого дело было получено, для вынесения решения в установленный срок со дня передачи в суд равенства.

(9) Государство и конституционные институты должны, насколько это возможно, оказывать содействие любому лицу, желающему начать разбирательство в соответствии с настоящим Актом, в том числе обеспечивая его направление к соответствующему должностному лицу для принятия необходимых мер в поддержку данного дела.

Полномочия и функции суда равенства

21. (1) Суд равенства, в котором начато разбирательство в соответствии с настоящим Актом, должен провести расследование в установленном порядке и определить, имели ли место заявленные выражение вражды или притеснения.

(2) После проведения расследования суд может вынести распоряжение, соответствующее данным обстоятельствам, включая:

(a) временное распоряжение;

(b) разъяснительное распоряжение;

(c) определение о заключении соглашения между сторонами в разбирательстве;

(d) распоряжение о выплате компенсации за любой ущерб в отношении любого доказанного материального ущерба, в том числе будущего, или в отношении ущемления достоинства, перенесенных боли и физического страдания или эмоционального и психологического страдания, в результате необоснованной дискриминации, выражения вражды или притеснений;

(e) после заслушивания мнений сторон или, при отсутствии ответчика, позиции истца по делу, распоряжение о выплате компенсации за ущерб в форме выплаты соответствующему органу или организации;

(f) распоряжение, ограничивающее практику необоснованной дискриминации или указывающее на конкретные шаги, которые следует принять, чтобы остановить необоснованную дискриминацию, выражение вражды или домогательства;

(g) распоряжение о предоставлении потерпевшему возможностей и привилегий, в которых было в данных обстоятельствах несправедливо отказано,

(h) распоряжение о реализации специальных мер для борьбы с необоснованной дискриминацией, выражением вражды или притеснениями;

(i) распоряжение о разумном приспособлении ответчика к потребностям группы или класса лиц;

(j) распоряжение о принесении безоговорочного извинения;

(k) распоряжение, требующее от ответчика пройти проверку того, какие конкретные меры или практики были приняты в соответствии с определением суда;

(l) соответствующее распоряжение сдерживающего характера, включая рекомендации соответствующему органу власти о приостановлении или отзыве лицензии какого-либо лица;

(m) директиву, требующую от ответчика регулярных отчетов о процессе суда или соответствующему конституционному органу в отношении исполнения судебного распоряжения;

(n) распоряжение, предписывающее секретарю суда равенства направить дело директору государственного обвинения, обладающему юрисдикцией для возбуждения уголовного разбирательства в соответствии с обычным правом или соответствующим законодательством;

(o) соответствующее распоряжение о выплате судебных издержек в отношении любой стороны в разбирательстве;

(p) распоряжение об исполнении любого положения настоящего Акта.

(3) Определение, вынесенное судом равенства в соответствии с настоящим Актом, имеет силу определения, вынесенного указанным судом в гражданском разбирательстве, где это применимо.

(4) Суд вправе, во время или после расследования, передать:

(a) свои соображения о любом разбирательстве, находящемся перед ним, особенно в случае упорного нарушения или невыполнения какого-либо положения настоящего Акта либо в случае системной необоснованной дискриминации, выражения вражды или притеснений в любой соответствующий конституционный орган для дальнейшего расследования;

(b) любое разбирательство перед ним в любой соответствующий конституционный орган для посредничества, примирения или переговоров.

(5) Суд обладает всеми вспомогательными полномочиями, необходимыми или разумно вытекающими из исполнения им своих функций и осуществления полномочий, включая полномочия выносить промежуточные определения или судебные запреты.

Заседатели

22. (1) В любом разбирательстве в соответствии с настоящим Актом суд вправе по просьбе любой из сторон или по собственному усмотрению, если председатель сочтет это в интересах правосудия, призвать на помощь одного или двух лиц, подходящих и имеющих возможность и желание заседать и действовать в качестве заседателей.

(2) Заседатели, назначенные в соответствии с подразделом (1), с учетом условий подраздела (3), считаются членами суда в целях настоящего Акта.

(3) Любой вопрос права, вытекающий из решения, вынесенного в ходе разбирательства, и любой вопрос относительно того, является ли вопрос для решения вопросом фактических обстоятельств или права, должен решаться председателем в установленном порядке.

(4) Выводы или решение большинства членов суда по всем вопросам фактических обстоятельств дела являются выводами или решением суда, а в случае присутствия только одного заседателя выводы или решение суда имеют преимущество.

(5) (a) В случае смерти заседателя, или если, по мнению председателя, он становится неспособным действовать в качестве заседателя или по какой-

либо причине отсутствует, получил отвод или взял самоотвод на любой стадии до завершения разбирательства, председатель может в интересах правосудия и после должного рассмотрения аргументов, выдвинутых сторонами или их юридическими представителями в разбирательстве:

(i) распорядиться, чтобы разбирательство продолжалось перед оставшимися членами суда;

(ii) распорядиться о начале разбирательства заново или

(iii) если заседатель отсутствует, отложить разбирательство с целью обеспечить его присутствие.

(b) Председатель должен изложить причины для любого предписания, указанного в подпунктах (i) или (ii);

(c) Председатель, которому в расследовании оказывают содействие заседатели, в случае, когда против одной из сторон вынесено определение, должен изложить мотивы для своего мнения, если:

(i) данная сторона в разбирательстве не имеет юридического представителя; и

(ii) председатель придерживается мнения, что заседатели сделали явно неверные выводы.

(b) Секретарь суда равенства должен насколько возможно быстро представить эти причины и материалы дела апелляционному суду для пересмотра в установленном порядке.

(c) Апелляционный суд вправе оставить указанные выводы в силе или вынести соответствующее определение с выводами, которые, по мнению апелляционного суда, должны были быть сделаны в данных обстоятельствах.

Апелляции и пересмотры

23. (1) Любое лицо, не согласное с определением, вынесенным судом равенства в соответствии с настоящим Актом, вправе в течение установленного срока и в установленном порядке обжаловать такое определение в компетентный Высокий суд или в Верховный апелляционный суд сообразно обстоятельствам.

(2) Рассмотрев апелляцию, Высокий суд или Верховный апелляционный суд, сообразно обстоятельствам, вправе вынести такое определение по делу, которое сочтет уместным.

(3) Невзирая на подраздел (1), любое лицо, несогласное с определением, вынесенным судом равенства, вправе согласно правилам Конституционного суда апеллировать непосредственно в Конституционный суд.

(4) В случае, когда председатели выносят противоречащие друг другу решения по спору, затрагивающему «запрещенные признаки», перечисленные в параграфе «б», министр может передать указанное дело для решения в Верховный апелляционный суд или Конституционный суд.

(5) (а) Если председатель магистратского суда выносит решение по спору, затрагивающему «запрещенные признаки» для дискриминации, перечисленные в параграфе «б», это решение должно после окончания разбирательства в установленном порядке быть передано Высокому суду, обладающему юрисдикцией для его пересмотра.

(b) Указанный Высокий суд должен, после рассмотрения дела, вынести распоряжение относительно признака, указанного в подразделе (5)(а), и в дальнейшем может выносить любые распоряжения в соответствии с настоящим Актом, какие сочтет нужными;

(c) действие подраздела (5)(а) приостанавливается до завершения любого апелляционного разбирательства, предусмотренного в этом разделе.

ГЛАВА 5

ПООЩРЕНИЕ РАВЕНСТВА

Общая ответственность по содействию равенству

24. (1) На государство возложены долг и ответственность содействовать равенству и достигать его.

(2) На всех лицах лежат долг и ответственность содействовать равенству.

Долг государства по содействию равенству

25. (1) Государство должно там, где необходимо, при содействии соответствующих конституционных органов:

(a) вырабатывать осознание основных прав с целью содействия атмосфере взаимопонимания, взаимного уважения и равенства;

(b) принимать меры по разработке и реализации программ по содействию равенству и:

(c) где это необходимо или уместно:

(i) разрабатывать планы действий по борьбе с любой несправедливой дискриминацией, выражением вражды или домогательствами;

(ii) принимать дальнейшее законодательство с целью содействовать равенству и устанавливать законодательные рамки в соответствии с целями настоящего Акта;

(iii) разрабатывать нормы и правила, как предусмотрено в настоящем Акте, с целью содействия равенству; а также руководящие принципы, в том числе в отношении разумного приспособления;

(iv) предоставлять помощь, консультации и обучение по вопросам равенства;

(v) вырабатывать соответствующие внутренние механизмы для рассмотрения жалоб на несправедливую дискриминацию, выражение вражды или притеснений;

(vi) проводить информационные мероприятия по популяризации настоящего Акта.

(2) Южноафриканская комиссия по правам человека и другие соответствующие конституционные органы вправе, в дополнение к любым другим обязательствам в соответствии с Конституцией или любым законом запросить любой другой государственный орган или любое лицо о предоставлении информации о любых мерах, относящихся к достижению равенства, включая, где это применимо, о законодательных или исполнительных ме-

рах и соблюдении законодательства, норм и правил и программных положений.

(3) В дополнение к полномочиям и функциям конституционных органов эти органы также правомочны:

(a) помогать потерпевшим подавать заявления для разбирательства в судах равенства, в особенности потерпевшим, находящимся в ущемленном положении;

(b) проводить расследования дел и, по указанию суда, давать рекомендации относительно последовательных нарушений настоящего Акта или по делам о необоснованной дискриминации, выражения вражды или домогательств, которые были переданы им судом равенства;

(c) запрашивать у Департамента в установленном порядке регулярные отчеты о количестве дел, их характере и результатах.

(4) Все министры должны в рамках имеющихся возможностей внедрять меры, направленные на достижение равенства в их сферах ответственности посредством:

(a) устранения любых форм необоснованной дискриминации или сохранения неравенства в любом законе, политике или практике, за которые отвечают эти министры; и

(b) подготовки и осуществления в установленном порядке и после консультаций с министром финансов планов равенства, содержание которых должно включать временные рамки для реализации этих планов.

(5) (a) Планы равенства должны быть в течение двух лет с начала действия настоящего Акта представлены Южноафриканской комиссии по правам человека для рассмотрения в установленном порядке.

(b) При рассмотрении планов, предусмотренных в параграфе (a), Южноафриканская комиссия по правам человека должна проводить консультации с Комиссией по гендерному равенству.

Ответственность лиц, действующих в публичной сфере, за содействие равенству

26. Каждое лицо, прямо или косвенно связанное с государством или осуществляющее публичную власть, обязано содействовать равенству посредством:

(a) принятия соответствующих планов, кодексов, регулятивных механизмов по равенству и других соответствующих мер для эффективного содействия равенству в сфере своей компетенции;

(b) соблюдения разработанных ими планов, кодексов и регулятивных механизмов в сфере равенства и контроля за их выполнением и

(c) составления регулярных отчетов в соответствующие контрольные органы или институты, как предусмотрено в нормах, где это применимо.

Социальное обязательство всех лиц содействовать равенству

27. (1) В соответствии с разделом 26 все лица, неправительственные организации, организации общественности и традиционные институты долж-

ны содействовать равенству в их отношениях с другими органами и в своей публичной деятельности.

(2) Министр должен разработать нормы в отношении этого Акта, а другие министры вправе разработать нормы в связи с другими Актами, которые требуют от компаний, закрытых корпораций, партнерств, клубов, спортивных организаций, корпораций и объединений, где уместно, образом, пропорциональным их размеру, средствам и влиянию, подготавливать планы равенства или соблюдать предписанные нормы или отчитываться перед соответствующим органом по мерам, направленным на содействие равенству.

Особые меры по содействию равенству в отношении расы, пола и инвалидности

28. (1) Если в ходе преследования за любое нарушение будет доказано, что необоснованной дискриминации на основании расы, пола или ограниченных возможностей играла роль в совершении правонарушения, это следует считать отягчающим обстоятельством при вынесении приговора.

(2) Южноафриканская комиссия по правам человека в своем докладе, упоминаемом в разделе 15 Акта о комиссии по правам человека 1994 г. (Акт № 54 от 1994 г.), должна представить оценки степени, в которой необоснованная дискриминация по признакам расы, пола и инвалидности продолжает сохраняться в Республике, и ее влияния, а также давать рекомендации о наилучших способах борьбы с этой проблемой.

(3) (а) Государство, органы, осуществляющие публичные функции, и все лица имеют долг и обязанность, в частности:

(i) искоренять дискриминацию по признаку расы, пола и инвалидности;

(ii) содействовать равенству в отношении расы, пола и инвалидности.

(b) При осуществлении обязанностей, перечисленных в параграфе (а), государственные органы, осуществляющие публичные функции и, где это применимо и уместно, юридические и неюридические лица должны:

(i) осуществлять проверку законов, мер и практик с целью ликвидации их дискриминационных аспектов;

(ii) принимать соответствующие законы, вырабатывать прогрессивные меры и нормы с целью ликвидации дискриминации по признакам расы, пола и инвалидности;

(iii) принимать жизнеспособные планы действий по содействию и достижению равенства по признакам расы, пола и инвалидности и

(iv) отдавать приоритет ликвидации необоснованной дискриминации и содействию равенству по признакам расы, пола и инвалидности.

Иллюстративный список несправедливых практик в определенных секторах

29. (1) Не умаляя общего содержания положений настоящего Акта, Приложение к настоящему Акту имеет своей целью проиллюстрировать и подчеркнуть некоторые практики, которые являются или могут быть несправ-

ведливыми, но которые широко распространены и с которыми необходимо бороться.

(2) Государство должно, где это уместно, обеспечивать применение законодательных и иных мер для борьбы с практиками, перечисленными в подразделе (1).

(3) Министр должен по рекомендации Наблюдательного комитета по вопросам равенства регулярно оценивать актуальность практик, содержащихся в Приложении, в целях расширения, изменения, разнообразия и исправления списка практик в Приложении.

(4) Приложение также имеет своей целью предоставить иллюстративный список практик, которые являются или могут быть дискриминационными, для того, чтобы:

(a) бороться с этими практиками и искоренять их и

(b) помогать любым лицам в толковании их [личного] опыта и практики.

(5) Иллюстративный список практик в Приложении не является окончательным и подлежит постоянному пересмотру Наблюдательным комитетом по вопросам равенства.

ГЛАВА 6 **ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ И РЕАЛИЗАЦИЯ АКТА**

Нормы

30. (1) Министр может и, где этого требуют обстоятельства, обязан издавать нормы, относящиеся к:

(a) процедурам, которым нужно следовать в связи с расследованием в соответствии с настоящим актом, включая порядок проведения разбирательства, передачу дел, предусмотренную в разделе 20, и рассмотрение срочных дел;

(b) формуляру любого заявления, документа, сертификата, согласия, уведомления, распоряжения, процесса, реестра или повестки, издаваемых, выдаваемых или сохраняемых в соответствии с настоящим Актом, и любого иного документа, который требуется в процессе реализации положений настоящего Акта;

(c) предоставлению юридической помощи за счет государства в соответствующих случаях после консультации с Советом по юридической помощи;

(d) выступлению лиц, представляющих стороны в судебном разбирательстве, которые могут включать подходящих лиц, не являющихся поверенными или адвокатами;

(e) назначению, полномочиям, обязанностям и функциям секретаря суда равенства;

(f) участию свидетелей в делах, возникающих из применения настоящего Акта, и уплате свидетельских пошлин;

(g) утверждению судебных постановлений, исходящих от магистратских судов, заседающих в качестве суда равенства, как предусмотрено в разделе 19(3)(a);

(h) процедуре и критериям, применяемым при назначении и регистрации лиц из общественности, которые являются подходящими и в состоянии служить заседателями в каждом суде равенства;

(i) методу назначения заседателей в отношении разбирательства в соответствии с настоящим Актом;

(j) факторам, которые следует принимать во внимание суду равенства при решении, приглашать ли заседателей для отправления правосудия;

(k) принятию присяги или даче торжественного заявления заседателями;

(l) роли председательствующих и процедуре в тех случаях, когда суду равенства содействуют заседатели;

(m) отводу заседателей и процедуре такого отвода;

(n) кодексу поведения заседателей и механизмам приведения его в исполнение, включая ответственность заседателя в случае нарушения им какого-либо положения кодекса;

(o) установлению механизма рассмотрения жалобы или претензии, заявляемой заседателем или против него;

(p) подготовке заседателей;

(q) выплате содержания заседателям;

(r) любому другому вопросу, который необходимо предписать для регулирования службы заседателей в судах равенства;

(s) процедуре апелляции или пересмотра, предусмотренной в разделе 23;

(t) докладам, предусмотренным в разделах 25(3)(c) и 26(c), и планам равенства, предусмотренным в разделе 25(4)(b) и (5)(a) и разделе 27(2);

(u) переводу на официальные языки и распространению настоящего Акта, как предусмотрено в разделе 31(2)(b);

(v) полномочиям и функциям Наблюдательного комитета по вопросам равенства, предусмотренным в разделе 33;

(w) любому вопросу, требующему или допускающему принятие норм в соответствии с данным Актом;

(x) любому другому вопросу, требующему нормирования для достижения целей настоящего Акта.

(2) Любая норма, принятая в соответствии с этим разделом и могущая повлечь расходы для государства, должна приниматься в консультации с министром финансов.

(3) Норма, принятая в соответствии с этим разделом, может предусматривать, что любое лицо, нарушающее его положения или не соблюдающее его, виновно в правонарушении и может быть приговорено к уплате штрафа или тюремному заключению на срок, не превышающий 12 месяцев.

(4) (a) Любая норма, принятая в соответствии с этим разделом, должна быть представлена на обсуждение парламента за 30 дней до публикации в «Газетт», если парламент в это время заседает.

(b) Если парламент не заседает, как предусмотрено в параграфе (a), нормы должны представляться спикеру парламента за 30 дней до публикации их в «Газетт».

(5) Нормы, принятые в соответствии с этим разделом и в особенности подразделом (1)(a), относящиеся к процедуре проведения расследования, должны, насколько возможно, обеспечивать, чтобы применение настоящего Акта было простым, справедливым и доступным.

Исполнение Акта

31. (1) Несмотря на раздел 16(1)(a) и (b) и до тех пор, пока министр не уведомит о своем решении в газете, ни в каком суде не могут быть начаты никакие разбирательства, за исключением случаев, когда:

(a) имеется председатель, который был назначен в силу своей подготовки, опыта, квалификации и пригодности в сфере равенства и прав человека; и

(b) имеется хотя бы один подготовленный секретарь.

(2) В целях полного исполнения настоящего Акта и его максимальной доступности

(a) и реализуя подраздел (1), министр может назначить подходящих магистратов, дополнительных магистратов или судей, в зависимости от обстоятельств, и секретарей, упомянутых в подразделе (1), в качестве соответственно председателей и секретарей для одного или более судов равенства;

(b) министр несет ответственность за то, чтобы текст настоящего Акта стал доступен на всех официальных языках в установленном порядке в период двух лет после начала действия этого Акта.

(3) Министр должен принимать все разумные меры в рамках имеющихся ресурсов Департамента к назначению хотя бы одного председателя и обеспечению наличия подготовленного секретаря для каждого суда в Республике.

(4) Министр должен после консультации с Комиссией по магистратам и Комиссией по судебной системе издавать программные директивы и разрабатывать курсы подготовки с целью:

(a) установления единообразных норм, стандартов и процедур, которые должны соблюдаться председателем и секретарями при выполнении ими своих функций и обязанностей и осуществлении полномочий, и

(b) создания убежденного и опытного резерва специально подготовленных председателей и секретарей.

(5) Министр должен представить в парламент копию любой программной директивы, изданной в соответствии с подразделом (4), в разумный период после ее разработки.

ГЛАВА 7

ПЕРЕСМОТР АКТА, КРАТКОЕ НАЗВАНИЕ И ВСТУПЛЕНИЕ В СИЛУ

Учреждение Наблюдательного комитета по вопросам равенства

32. Министр должен немедленно по провозглашении настоящего Акта, посредством уведомления в «Газетт», учредить Наблюдательный комитет по вопросам равенства и назначить членов, состоящих из:

- (a) старшего судебного должностного лица с соответствующими квалификациями;
- (b) председателя Южноафриканской комиссии по правам человека;
- (c) председателя Комиссии по гендерному равенству;
- (d) представителя общественности;
- (e) эксперта в области прав человека, особенно права на равенство;
- (f) члена Национальной ассамблеи;
- (f) члена Национального совета провинций.

Полномочия, функции и срок полномочий Наблюдательного комитета по вопросам равенства

33. (1) Наблюдательный комитет по вопросам равенства:

- (a) должен консультировать министра о действии настоящего Акта;
- (b) должен консультировать министра по законам, влияющим на равенство;
- (c) должен представлять министру регулярные доклады о действии Акта, указывая, достигнуты ли цели Акта и Конституции, и давать рекомендации о необходимых поправках к Акту для улучшения его действия;
- (d) осуществлять другие предусмотренные полномочия и функции.

(2) Наблюдательный комитет по вопросам равенства вправе вести свои заседания и работу на своих встречах так, как считает нужным.

(3) Члены Наблюдательного комитета по вопросам равенства, упомянутые в разделе 32(а), (d) и (e), назначаются сроком на пять лет и могут переназначаться по истечении срока полномочий.

(4) Другие условия назначения членов Наблюдательного комитета по вопросам равенства предусмотрены законом.

(5) Административная работа, связанная с осуществлением функций Наблюдательного комитета по вопросам равенства, должна осуществляться служащими, назначенными Генеральным директором Департамента.

(6) Члены Наблюдательного комитета по вопросам равенства имеют право на такое вознаграждение, выплаты и другие преимущества, как определит министр при консультации с министром финансов.

Директивный принцип в отношении ВИЧ/СПИД, национальности, социально-экономического статуса и семейной ответственности и статуса

34. (1) Ввиду очевидной важности, влияния на общество и связи с системной уязвимостью и дискриминацией по признаку ВИЧ/СПИД, социально-экономического статуса, национальности, семейной ответственности и семейного статуса:

(a) особое внимание должно уделяться включению министром этих оснований в параграф (а) дефиниции «запрещенных признаков»;

(b) Наблюдательный комитет по вопросам равенства должен в течение одного года провести расследование и представить необходимые рекомендации министру.

(2) Ничто в настоящем разделе:

(a) не затрагивает обычной компетенции судов рассматривать споры, которые могут быть разрешены, с учетом данных [дискриминационных] оснований, при помощи закона;

(b) не препятствует пострадавшему в подаче иска в суд по любому из этих оснований;

(c) не препятствует суду вынести решение, что любой из этих признаков является признаком в значении параграфа «б» дефиниции «запрещенных признаков» или включен в один или более признаков, перечисленных в параграфе «а» дефиниции «запрещенных признаков».

Краткое наименование и вступление в силу

35. (1) Настоящий Акт именуется «Акт о содействии равенству и предотвращении несправедливой дискриминации 2000 г.» и вступает в действие в день, установленный Президентом посредством публикации в «Газете».

(2) Подобным образом в отношении различных положений Акта могут быть установлены различные даты.

ПРИЛОЖЕНИЕ. ИЛЛЮСТРАТИВНЫЙ СПИСОК НЕСПРАВЕДЛИВЫХ ПРАКТИК В ОПРЕДЕЛЕННЫХ СЕКТОРАХ

[Раздел 29]

Труд и трудоустройство

1. (а) Создание искусственных барьеров на пути к равному доступу к возможностям труда и трудоустройства использованием определенных процедур найма и отбора.

(b) Применение практик использования, развития, продвижения и удержания человеческих ресурсов, приводящих к необоснованной дискриминации в отношении групп, идентифицируемых по запрещенным признакам.

(c) Несоблюдение принципа равной оплаты за равный труд.

(d) Сохранение непропорциональной разницы в доходе, порожденной необоснованной дискриминацией в прошлом.

Образование

2. (a) Несправедливое исключение учащихся из образовательных учреждений, в том числе учащихся с особыми потребностями.

(b) Несправедливый отказ в стипендиях или любой иной форме помощи учащимся из определенных групп, идентифицируемых по запрещенным признакам.

(c) Неспособность разумно и практически обеспечить различия в образовании.

Здравоохранение и социальные блага

3. (a) Проведение медицинских экспериментов на любых лицах без их информированного согласия.

(b) Несправедливый отказ любому лицу в доступе к услугам здравоохранения или неспособность сделать такие услуги доступными любому лицу.

(c) Отказ в предоставлении скорой медицинской помощи лицам определенных групп, идентифицируемых по одному или более запрещенным признакам.

(d) Отказ в предоставлении достаточных услуг здравоохранения пожилым людям.

Обеспечение жильем, земля и собственность

4. (a) Произвольные изгнания лиц на основании одного или более запрещенных признаков.

(b) Отказ или повышение стоимости из-за расы и социального статуса.

(c) Необоснованная дискриминация при предоставлении жилищных облигаций, займов или финансовой помощи по признакам расы, пола или другим запрещенным признакам.

(d) Отсутствие соответствующего приспособления к особым потребностям пожилых людей.

Услуги страхования

5. (a) Несправедливый отказ в предоставлении или обеспечении страховыми полисом любого лица в связи с наличием у него одного или более запрещенных признаков.

(b) Несправедливая дискриминация при предоставлении благ, удобств и услуг, относящихся к страхованию.

(c) Несправедливое ущемление одного или более лиц, в том числе несправедливый и необоснованный отказ в оказании услуг лицам исключительно на основании их ВИЧ/СПИД статуса.

Пенсии

6. (a) Несправедливое лишение какого-либо лица членства в пенсионном фонде или любых преимуществ, предоставляемых фондом, по одному или более запрещенным признакам.

(b) Необоснованная дискриминация членов или бенефициариев пенсионного фонда.

Партнерства

7. (a) Несправедливость и дискриминация при определении того, кто должен быть приглашен стать партнером данного партнерства.

(b) Наложение несправедливых и дискриминационных условий, на которых лицо приглашается или принимается в партнеры.

Профессии и организации

8. (a) Наложение условий, несправедливо ограничивающих или запрещающих доступ к профессии лицам из исторически уязвимых групп.

(b) Несправедливое ограничение или отказ членам в благах или услугах по запрещенным признакам.

Предоставление товаров, услуг и удобств

9. (a) Необоснованный отказ или непредоставление товаров или услуг или удобств любому лицу или группе лиц по одному или более запрещенным признакам.

(b) Наложение условий или осуществление практик, сохраняющих последствия необоснованной дискриминации, имевшей место в прошлом, или отказ в доступе к финансовым ресурсам.

(c) Несправедливое ограничение доступа к заключению контрактов о поставке товаров и услуг.

Клубы, спорт и ассоциации

10. (a) Несправедливый отказ в рассмотрении заявления лица о членстве в ассоциации или клубе по любому из запрещенных признаков.

(b) Несправедливый отказ какому-либо из членов в доступе или ограничение доступа к любому преимуществу, предоставляемому ассоциацией или клубом.

(c) Неспособность содействовать обеспечению разнообразия при наборе команд.

РУМЫНИЯ
ПОСТАНОВЛЕНИЕ О ПРЕДОТВРАЩЕНИИ И НАКАЗАНИИ
ВСЕХ ФОРМ ДИСКРИМИНАЦИИ (2000)¹

Постановление Правительства № 431/2000

На основании ст. 107 параграфов (1) и (3) Конституции Румынии и ст. 1 буквы S пункта 2 Закона № 125/2000, позволяющего Правительству издавать постановления

Румынское Правительство принимает следующее Постановление:

ГЛАВА I. Принципы и определения

Статья 1

(1) В Румынии – демократическом и социальном государстве, управляющимся в соответствии с принципом верховенства права, – человеческое достоинство, права и свободы граждан, свободное развитие человеческой личности являются наивысшими ценностями и гарантируются законом.

(2) Принцип равенства граждан, упразднение любых привилегий и дискриминации гарантируются, в частности, при осуществлении следующих прав:

(а) право на равное обращение в судах и любых других юрисдикционных органах;

(б) право на личную безопасность и государственную защиту от насилия и дурного обращения со стороны любого лица, группы или учреждения;

(с) политические права, в частности избирательные, право принимать участие в общественной жизни и занимать государственные должности;

(д) другие гражданские права, в частности:

 i) право на свободу передвижения и выбора места жительства;

 ii) право выезда из страны и возвращения в нее;

 iii) право на получение румынского гражданства;

 iv) право на вступление в брак и выбор партнера;

 v) право на владение собственностью;

 vi) право на наследование;

 vii) право на свободу мысли, совести и религии;

 viii) право на свободу выражения мнения;

 ix) право на свободу мирных собраний и объединений;

(е) экономические, социальные и культурные права, в частности:

 i) право на труд, на свободный выбор профессии, на справедливые и удовлетворительные условия труда, на защиту от безработицы, на равную оплату за равный труд, на справедливую и удовлетворительную оплату труда;

 ii) право на создание профессиональных союзов и членство в них;

 iii) право на жилище;

¹ Перевод АНО «ЮРИКС» (переводчик – Т. Томаева).

- iv) право на здоровье, медицинскую помощь, социальную защиту и обеспечение;
- v) право на образование и профессиональное обучение;
- vi) право на равное участие в культурной деятельности;
- f) право на доступ ко всем общественным местам и услугам.

(3) Любое физическое или юридическое лицо обязано соблюдать принципы равенства и недопущения дискриминации.

Статья 2

(1) Согласно настоящему постановлению термин «дискриминация» включает в себя любое различие, исключение, ограничение или предпочтение по признаку расы, национальности, этнической принадлежности, языка, религии, социального статуса, убеждений, пола или сексуальной ориентации, принадлежности к ущемленной категории или любого иного критерия, имеющее целью или результатом ограничение или отказ в равном признании, пользовании правами и основными свободами в политической, экономической, социальной, культурной или любой другой сфере общественной жизни.

(2) Любое активное или пассивное поведение, порождающее результаты, способные повлечь неоправданное предпочтение или ущемленное положение для лица, группы или общности лиц, или подвергающее их несправедливому и унижающему обращению по сравнению с другими лицами, группами лиц или общностями, влечет ответственность за нарушение закона, за исключением тех случаев, когда оно подпадает под действие уголовного законодательства.

(3) Инструкции и распоряжения, изданные физическим или юридическим лицом и порождающие результаты, перечисленные в параграфе (2), влекут ответственность за нарушение, за исключением тех случаев, когда они подпадают под действие уголовного законодательства.

(4) Меры, принимаемые государственными органами или юридическими лицами согласно частному праву в пользу какого-либо лица, группы лиц или общности и направленные на обеспечение их естественного развития и эффективного достижения их права на равные возможности по отношению к другим лицам, группам лиц или общностям, а также положительные меры, направленные на защиту ущемленных групп, не считаются дискриминацией согласно настоящему постановлению.

(5) В соответствии с настоящим постановлением искоренение всех форм дискриминации должно быть достигнуто посредством:

- а) позитивных действий в пользу лиц и групп лиц, принадлежащих к национальным меньшинствам, и общностей национальных меньшинства, в случаях, когда они не пользуются равными возможностями;
- б) установления санкций за проявления дискриминации, определенные параграфами (2) и (3) настоящей статьи.

Статья 3

Положения настоящего постановления применяются ко всем публичным и частным физическим или юридическим лицам, а также к государственным учреждениям, обладающим полномочиями в следующих сферах:

- а) условия трудоустройства, условия и критерии найма и отбора, критерии продвижения по службе, доступ ко всем формам и уровням профессиональной ориентации, профессиональная подготовка и курсы повышения квалификации;
- б) социальная защита и социальное обеспечение;
- в) государственные или иные услуги или другие услуги, доступ к товарам и удобствам;
- г) система образования;
- д) соблюдение общественного спокойствия и порядка.

Статья 4

По смыслу настоящего постановления термин «ущемленная категория» – это категория лиц, которые либо находятся в неравном положении по сравнению с большинством граждан в силу своего социального происхождения или недостатка, либо сталкиваются с отторжением и вытеснением в силу конкретных обстоятельств, таких как хроническая незаразная болезнь, ВИЧ-инфекция или статус беженца или лица, просящего о политическом убежище.

ГЛАВА II. Особые положения

Раздел I. Равенство в экономической деятельности в отношении трудоустройства и профессиональной деятельности

Статья 5

Согласно настоящему постановлению наложение условий на участие какого-либо лица в экономической деятельности или на свободный выбор и занятие какой-либо профессиональной деятельностью на основании его принадлежности, соответственно, к какой-либо расе, национальности, этнической группе, религии, социального положения, убеждений, пола или сексуальной ориентации или его принадлежности к ущемленной категории является правонарушением.

Статья 6

Правонарушением является следующее: дискриминация по признаку расы, национальности, этнической группы, социального положения, принадлежности к ущемленной категории, соответственно на основании убеждений, пола или сексуальной ориентации в отношении труда и социальной защиты, в связи с:

- а) завершением, приостановлением, изменением или завершением трудового отношения;

- b) установлением и изменением трудовых обязанностей, места работы или заработной платы;
- c) предоставлением иных социальных прав помимо заработной платы;
- d) профессиональной подготовкой, повышением квалификации, переподготовкой или повышением;
- e) применением дисциплинарных мер;
- f) правом на вступление в профессиональный союз и пользование предоставляемыми им преимуществами;
- g) любыми другими условиями, относящимися к выполнению работы, в соответствии с действующим законодательством.

Статья 7

(1) В соответствии с настоящим постановлением отказ любого юридического или физического лица от найма какого-либо лица из-за расы, национальности, этнической принадлежности, религии, социального положения, убеждений, пола или сексуальной ориентации является нарушением закона.

(2) Если в объявлении о приеме на работу или при собеседовании работодатель или его представитель устанавливают условия для занятия должности, связанные с принадлежностью к расе, национальности, этнической группе, религии, полу или сексуальной ориентации, социального положения или ущемленной категории или убеждений претендента, за исключением ситуации, предусмотренной ст. 2 параграфом 4, то такое деяние является нарушением закона.

(3) Физические или юридические лица, участвующие в посредничестве и распределении рабочих мест, должны обеспечивать равное обращение со всеми претендентами, их свободный и равный доступ к возможностям получить консультацию о спросе и предложении на рынке труда, о возможностях получения работы или квалификации и должны отказываться поддерживать дискриминационные требования работодателя. Вся информация, относящаяся к расе, национальности, этнической принадлежности, полу или сексуальной ориентации претендентов на работу или любая другая информация частного характера, должна оставаться конфиденциальной.

Статья 8

Дискриминация, допускаемая работодателями в отношении работников при распределении предоставляемых работникам социальных благ, из-за их принадлежности к какой-либо расе или национальности, их родного языка, этнического происхождения, религии, пола, социального положения, сексуальной ориентации или убеждений, является нарушением закона.

Статья 9

Никакое из положений ст. 5–8 не должно толковаться как ограничение права работодателя отказать в найме лицу, не удовлетворяющему обычным

требованиям и стандартам в данной сфере, если только такой отказ не представляет собой акта дискриминации согласно настоящему постановлению.

Раздел II. Доступ к государственным юридическим и административным услугам и услугам в сфере здравоохранения, а также к другим услугам, товарам и удобствам.

Статья 10

Согласно настоящему постановлению отказ в обеспечении юридического или административного обслуживания физическому лицу, группе лиц или юридическому лицу на основании их принадлежности или принадлежности администрации к какой-либо расе, национальности, этнической группе, религии, социальной категории или ущемленной категории, их убеждений, пола или сексуальной ориентации, если деяние не подпадает под действие уголовного законодательства, является нарушением закона.

Статья 11

Согласно настоящему постановлению отказ какому-либо лицу или группе лиц к услугам здравоохранения (выбор семейного врача, медицинская помощь, медицинское страхование, первая помощь и спасательная служба или другие услуги здравоохранения) на основании их принадлежности к какой-либо расе, национальности, этнической группе, религии, социальной категории или ущемленной категории, убеждений, пола или сексуальной ориентации является нарушением закона.

Статья 12

Согласно настоящему постановлению отказ в продаже или аренде участка земли или здания для жилья, в предоставлении банковского кредита или в заключении любого иного вида договора физическому лицу или группе лиц на основании их принадлежности или принадлежности администрации к какой-либо расе, национальности, этнической группе, религии, социальной категории или ущемленной категории, их убеждений, пола или сексуальной ориентации является нарушением закона.

Статья 13

Согласно настоящему постановлению отказ какому-либо лицу или группе лиц на основании их принадлежности к какой-либо расе, национальности, этнической группе, религии, социальной категории или ущемленной категории, их убеждений, пола или сексуальной ориентации к услугам, предоставляемым гостиницами, театрами, кинотеатрами, библиотеками, магазинами, ресторанами, барами, дискотеками или любыми другими учреждениями сферы услуг, независимо от того, находятся они в частной или государственной собственности, или предприятиями общественного транспорта (самолет, судно, поезд, метро, автобус, троллейбус, трамвай, такси или любой иной вид транспорта) является нарушением закона.

Статья 14

В соответствии с настоящим постановлением отказ любому лицу в предоставлении определенных прав или преимуществ на основании их принадлежности к какой-либо расе, национальности, этнической группе, религии, социальной категории или ущемленной категории, убеждений, пола или сексуальной ориентации является нарушением закона.

Раздел III. Доступ к образованию

Статья 15

(1) В соответствии с настоящим постановлением отказ любому лицу или группе лиц в доступе к государственной или частной системе образования любого рода, ступени или уровня из-за их принадлежности к какой-либо расе, национальности, этнической группе, религии, социальной категории или ущемленной категории, убеждений, пола или сексуальной ориентации является нарушением закона.

(2) Положения предыдущего параграфа относятся ко всем этапам и уровням образования, включая прием или запись в образовательные учреждения, оценку и экзаменационную проверку знаний учащихся.

(3) Согласно настоящему постановлению требование в качестве условия доступа к образованию на родном языке подачи заявления, подтверждающего принадлежность лица или группы к какой-либо этнической группе, является нарушением закона. Исключением из этого правила в системе среднего и высшего образования является ситуация, когда кандидаты подают заявления на места, специально отведенные для определенного меньшинства, в каком случае они должны подтвердить свою принадлежность к этому меньшинству посредством документа, выданного законно учрежденной организацией соответствующего меньшинства.

(4) Положения параграфов (1), (2) и (3) не должны интерпретироваться как ограничение права образовательного учреждения отказывать в приеме лицу, чей уровень знаний и/или предыдущие результаты не соответствуют требуемым критериям приема этого учреждения, если только отказ не обусловлен принадлежностью этого лица к какой-либо расе, этнической группе, национальности, религии, социальной категории или ущемленной категории, его/ее убеждениями, полом или сексуальной ориентацией.

(5) Положения параграфов (1) и (2) не должны толковаться как ограничение права образовательных учреждений, обучающих служителей культа, отказывать в приеме лицу, чей религиозный статус не соответствует требованиям, установленным для поступления в соответствующее учреждение.

(6) Согласно настоящему постановлению любые ограничения, основанные на принадлежности к какой-либо расе, этнической группе, национальности, религии, социальной категории или ущемленной категории при учреждении и лицензировании образовательных учреждений, создаваемых в соответствии с действующим законодательством, являются нарушением закона.

Раздел IV. Свобода передвижения, выбора места жительства и доступа к общественным местам

Статья 16

(1) Любые угрозы, ограничения, применение силы или любые иные способы ассимиляции, колонизации или насильственного перемещения лиц с целью изменения этнического, расового или социального состава региона или местности являются нарушением закона.

(2) Согласно настоящему постановлению любые действия с целью принуждения лиц, принадлежащих к какой-либо расе, национальности, этнической группе или религии или общности, недобровольно покинуть свое место жительства, депортация или ухудшение их уровня жизни с целью принудить их покинуть свое традиционное место жительства являются нарушением закона. Принуждение группы лиц, принадлежащих к национальному меньшинству, покинуть местность или регион, где они живут, или группы лиц, принадлежащей к большинству населения, поселяться в местностях или регионах, населенных национальными меньшинствами, является нарушением закона.

Статья 17

(1) Любые действия, имеющие целью заставить лицо или группу лиц выехать из здания или района или изгнать их на основании их принадлежности к какой-либо расе, национальности, этнической группе, религии, социальной категории или ущемленной категории, их убеждений, пола или сексуальной ориентации, являются нарушением закона.

(2) Предыдущее положение не должно интерпретироваться как ограничение права властей на осуществление планов городского планирования, если переселение осуществляется в соответствии с законом, с предоставлением справедливой компенсации и данная мера не обусловлена принадлежностью этого лица или группы к какой-либо расе, этнической группе, национальности, религии, социальной категории или ущемленной категории, их убеждениями, полом или сексуальной ориентацией.

Статья 18

В соответствии с настоящим постановлением отказ любому лицу или группе лиц в доступе к общественным местам на основании их принадлежности к какой-либо расе, национальности, этнической группе, религии, социальной категории или ущемленной категории, убеждений, пола или сексуальной ориентации является нарушением закона.

Раздел V. Право на личное достоинство

Статья 19

В соответствии с настоящим постановлением любое оскорбительное поведение в общественном месте, любое поведение национал-шовинистического характера в общественном месте, любое подстрекательство к расовой

или национальной вражде или любое поведение, имеющее целью нанести ущерб достоинству какого-либо лица, группы лиц или общности на основании их принадлежности к какой-либо расе, национальности, этнической группе, религии, социальной категории или ущемленной категории, убеждений, пола или сексуальной ориентации является нарушением закона, если только данное деяние не подпадает под действие уголовного права.

ГЛАВА III. Санкции

Статья 20

(1) Нарушения, предусмотренные статьями 5–8, 10–14, 15 параграфы (1), (2), (3), (6), 16, 17 параграф (1), 18 и 19 настоящего постановления наказываются штрафом в сумме от 500 тыс. до 10 млн. леев, если они совершены против физического лица, или от 1 до 20 млн. леев, если они совершены против группы лиц или общности.

(2) Эти санкции применяются также к физическим лицам.

(3) Правонарушения, предусмотренные в Главе II, и санкции за них устанавливаются членами Национального совета по предотвращению дискриминации. Положения Закона 32/1968 об Установлении и санкционировании правонарушений, с последующими изменениями и дополнениями, применяются соответственно.

(4) Штрафы, предусмотренные настоящим постановлением, пересматриваются в соответствии с положениями ст. 7¹ Закона 32/1968 об Установлении и санкционировании правонарушений, с последующими изменениями и дополнениями.

Статья 21

(1) Во всех случаях дискриминации, предусмотренных настоящим постановлением, лица, в отношении которых была допущена дискриминация, имеют право требовать возмещения соразмерно понесенному ущербу, а также восстановление ситуации, существовавшей до дискриминации, или устранения ситуации, созданной дискриминацией, в соответствии с обычным правом.

(2) Компенсация ущерба освобождается от судебных налогов.

(3) По запросу суд может постановить, чтобы компетентные органы власти лишили лицензии юридические лица, которые наносят существенный ущерб обществу дискриминационными действиями или, хотя ущерб, наносимый ими, незначителен, неоднократно нарушают положения настоящего закона.

Статья 22

(1) Правозащитные неправительственные организации могут выступать в суде в качестве сторон по делам о дискриминации, относящимся к их сфере деятельности и наносящим ущерб какой-либо общности или группе лиц.

(2) Организации, упомянутые в предыдущем параграфе, также могут выступать в суде в качестве сторон по делам о дискриминации против физического лица, если последнее уполномочит на это данные организации.

ГЛАВА IV. Заключительные положения

Статья 23

(1) Национальный совет по предотвращению дискриминации учреждается в качестве специального органа центральной государственной администрации, подчиненного правительству, в течение 60 дней с опубликования настоящего постановления в Румынской официальной газете.

Статья 24

Настоящий закон вступает в силу через 60 дней с момента его опубликования в Румынской официальной газете.

Премьер-министр
МУГУР КОНСТАНТИН ИСАРЕСКУ

Источник: Правительство Румынии, Департамент по защите национальных меньшинств.

КОРОЛЕВСТВО НИДЕРЛАНДЫ ЗАКОН О РАВНОМ ОБРАЩЕНИИ (1994)¹

Общие правила, предоставляющие защиту от дискриминации по признакам религии, веры, политических убеждений, расы, пола, национальности, гетеросексуальной или гомосексуальной ориентации или гражданского статуса (Закон о равном обращении)

Мы, Беатрикс, Божией милостью Королева Нидерландов, принцесса Оранская-Нассауская, и прочая, и прочая, и прочая. Приветствия всем, видащим или слышащим сие!

Да будет известно:

Ввиду того, что Мы, принимая во внимание, в числе прочего, статью 1 Конституции, сочли, что желательно предоставить защиту от дискриминации по признаку религии, веры, политических убеждений, расы, пола, гетеросексуальной или гомосексуальной ориентации или гражданского статуса, с целью способствовать равному участию в жизни общества, и, следовательно, желательно запретить дискриминацию по этим признакам, кроме случаев, установленных законом, и что, для осуществления этого запрета, желательно учредить Комиссию по равному обращению. И потому Мы, заслушав Государственный совет и посовещавшись с Генеральными штатами, настоящим утверждаем и предписываем:

¹ Перевод АНО «ЮРИКС» (переводчик – Т. Томаева).

Глава I

Равное обращение с лицами, независимо от их религии, веры, политических взглядов, расы, пола, национальности, гетеросексуальной или гомосексуальной ориентации или гражданского статуса

§ 1. Общие положения

Раздел 1

В целях настоящего Закона и основанных на нем положений применяются следующие определения:

- а) дискриминация: прямая и косвенная дискриминация, а также распространение об осуществлении дискриминации;
- б) прямая дискриминация: дискриминация в отношении лиц по признаку религии, убеждений, политических взглядов, расы, пола, национальности, гетеросексуальной или гомосексуальной ориентации или гражданского статуса;
- с) косвенная дискриминация: дискриминация по признаку других характеристик или поведения, нежели перечисленные в пункте (б), приводящая к прямой дискриминации.

Раздел 1а

Запрет на дискриминацию, устанавливаемый в настоящем Законе, также включает запрет на притеснения.

Притеснение, как оно упоминается в первом подразделе, означает образ действий, относящийся к характеристикам или поведению, указанным в разделе 1 под пунктом (б), и имеющий своей целью или результатом унижение достоинства личности и создание атмосферы запугивания, враждебности, пренебрежения, унижений или оскорблений.

Раздел 2, подразделы со 2 по 6 раздела 5, подраздел 2 раздела 6а и подразделы 2 и 3 раздела 7 не применяются к запрету на притеснения, содержащемуся в настоящем Законе.

§ 2. Общие исключения

Раздел 2

1. Запрет на дискриминацию, содержащийся в настоящем Законе, не применяется к косвенной дискриминации, если такая дискриминация объективно оправдана законной целью и средства, используемые для достижения этой цели, уместны и необходимы.

2. Запрет на дискриминацию на основании пола, содержащийся в настоящем Законе, не применяется:

- а) в случаях, когда пол является определяющим фактором;
- б) в случаях, относящихся к защите женщин, в первую очередь в связи с беременностью и материнством.

3. Запрет на дискриминацию, содержащийся в настоящем Законе, не применяется, если такая дискриминация касается конкретной меры, которая имеет целью поставить женщин или лиц, принадлежащих к определенному этническому или культурному меньшинству, в привилегированное положение с целью устраниить или уменьшить *de facto* существующее ущемленное положение на основании расы или пола, и дискриминация разумно соразмерна такой цели.

4. Запрет на дискриминацию на основании расы, содержащийся в настоящем Законе, не применяется:

а) в случаях, когда расовые признаки лица являются определяющим фактором, при условии, что цель является законной и требование соразмерно этой цели;

б) если дискриминация учитывает расовые признаки лица, которые являются, в силу характера определенного рассматриваемого вида занятости или контекста ее осуществления, подлинным и определяющим профессиональным требованием, при условии, что цель законна, а требование соразмерно такой цели;

5. Запрет на дискриминацию на основании национальности, содержащийся в настоящем Законе, не применяется:

а) если дискриминация основана на общеобязательных постановлениях или на писанных или неписанных правилах международного права;

б) в случаях, когда национальность является определяющим фактором.

6. Случаи, о которых идет речь в подразделах 2, 4 и 5(б), определяются более подробно королевским указом в совете.

Раздел 3 Настоящий Закон не применяется:

а) к правоотношениям внутри религиозных общин и независимых отделений таковых и внутри других объединений духовного характера;

б) к деятельности служителей религии.

Раздел 4

Настоящий Закон не наносит ущерба:

а) Закону о равных возможностях;

б) разделам 646, 647, 667 и 670 книги 7 Гражданского кодекса.

§ 3. Положения, касающиеся сферы трудоустройства и свободных профессий

Раздел 5

1. Незаконным является осуществление дискриминации в отношении:

а) публичного объявления о приеме на должность и процедур, ведущих к заполнению вакансии;

б) направления на работу;

с) начала или окончания трудовых отношений;

- d) назначения или увольнения государственных служащих;
- e) условий найма;
- f) разрешения сотрудникам на получение образования или обучения во время или до трудоустройства для сотрудников;
- g) продвижения по службе;
- h) условий труда.

2. Подраздел 1 не применяется к:

- a) свободе организации, основанной на религиозных или идеологических принципах, устанавливать требования, которые, ввиду целей такой организации, необходимы для исполнения обязанностей, связанных с должностью; такие требования не могут вести к дискриминации исключительно из-за политических убеждений, расы, пола, национальности, гетеросексуальной или гомосексуальной ориентации или гражданского статуса;
- b) свободе организации, основанной на политических принципах, устанавливать требования, которые, ввиду целей такой организации, необходимы для исполнения обязанностей, связанных с должностью; такие требования не могут вести к дискриминации исключительно из-за политических убеждений, расы, пола, национальности, гетеросексуальной или гомосексуальной ориентации или гражданского статуса;
- c) свободе частного образовательного учреждения устанавливать требования для занятия должности, которые, ввиду целей такого учреждения, необходимы для того, чтобы его деятельность соответствовала принципам, в соответствии с которыми оно учреждено, при условии, что такие требования не должны вести к дискриминации исключительно из-за политических убеждений, расы, пола, национальности, гетеросексуальной или гомосексуальной ориентации или гражданского статуса.

3. Подраздел 1 не применяется к требованиям, которые, ввиду частного характера трудового отношения, могут обоснованно быть наложены на трудовое отношение.

4. Подраздел 1 не применяется к требованиям относительно политических убеждений, которые могут обоснованно быть наложены в связи с назначениями в административные или консультативные органы.

5. Подраздел 1 не применяется к требованиям относительно политических убеждений, которые могут обоснованно быть наложены в связи с назначениями на конфиденциальные должности.

6. Подраздел 1 (d) не применяется к дискриминации по признаку гражданского статуса в связи с пенсионным обеспечением ближайших родственников и пенсионными требованиями, выдвинутыми до даты вступления в силу раздела I части В закона от 21 декабря 2000 г., содержащего изменения к Акту о пенсионных и сберегательных фондах и некоторым другим Актам, относящимся к праву выбора пенсии по преклонному возрасту вместо пенсии ближайшего родственника и равному обращению с мужчинами и женщинами (Бюллетень Актов и Декретов (*Staatsblad*) 625).

Раздел 6

Незаконным является осуществление дискриминации в отношении условий для доступа к свободным профессиям и возможности для занятия свободными профессиями или совершенствования в них.

Раздел 6а

1. Незаконной является дискриминация в связи с членством или участием в организации работодателей или профессиональном союзе или профессиональной организации, а равно и с преимуществами, вытекающими из такого членства или участия.

2. Подраздел 1 не влияет на:

а) свободу организации или объединения, основанных на религиозных или идеологических принципах, устанавливать требования, которые, ввиду ее целей, необходимы для реализации целей, с которыми она была создана; такие требования не должны оправдывать дискриминации исключительно из-за политических убеждений, расы, пола, гетеросексуальной или гомосексуальной ориентации или гражданского статуса и

б) свободе организации или объединения, основанных на политических принципах, устанавливать требования, которые, ввиду ее целей, необходимы для реализации целей, с которыми она была создана; такие требования не должны оправдывать дискриминации исключительно из-за политических убеждений, расы, пола, гетеросексуальной или гомосексуальной ориентации или гражданского статуса.

§ 4. Другие положения, относящиеся к социально-экономической сфере

Раздел 7

1. Незаконным является осуществление дискриминации при предложении или разрешении доступа к товарам или услугам, при заключении, исполнении или прекращении договоров по данному вопросу, при предложении консультации по выбору карьеры и консультаций и информации, связанных с выбором образовательного учреждения или карьеры, если такие акты дискриминации допускаются:

а) в процессе ведения предпринимательской или профессиональной деятельности;

б) государственной службой;

с) организациями, работающими в сфере жилья, социальных услуг, здравоохранения, культуры или образования или

д) частными лицами, не занятymi предпринимательской или профессиональной деятельностью, если предложение делается публично.

2. Подраздел 1 (с) не оказывает влияния на свободу частного образовательного учреждения устанавливать требования, регулирующие прием или участие в процессе предоставляемого им обучения, которые, ввиду целей такого учреждения, необходимы для соблюдения его принципов; такие

требования не могут вести к дискриминации исключительно из-за политических убеждений, расы, пола, национальности, гетеросексуальной или гомосексуальной ориентации или гражданского статуса. Дискриминация по признаку пола разрешается исключительно, если этого требует отличительный характер учреждения и аналогичные заведения имеются для учеников или студентов обоих полов.

3. Подраздел 1 (а и д) не применяется к требованиям, которые могут обоснованно быть наложены ввиду частного характера обстоятельств, к которым относится данное правоотношение.

Раздел 7а

1. Без ущерба разделу 7 незаконным является осуществление дискриминации по признаку расы в социальной защите, включая социальное обеспечение и социальные преимущества.

2. Понятия социальной защиты, социального обеспечения и социальных благ, упомянутые в подразделе 1, могут быть определены королевским указом в совете. Такой указ в совете, определенный в соответствии с первым предложением, не должен быть выдвинут ранее, чем через четыре недели после представления законопроекта обеим Палатам Генеральных штатов.

§ 5. Защита и правоприменение

Раздел 8

1. Если работодатель прекращает наем работника в нарушение раздела 5 на основании, что работник сослался на раздел 5 в судебном порядке или иным образом или оказал содействие в связи с ним, то такое прекращение найма является недействительным.

2. Без ущерба главе 8 Акта об общем административном законодательстве работник может прибегнуть к подразделу 1 в течение двух месяцев с момента получения уведомления о прекращении найма. Раздел 55 Книги 3 Гражданского кодекса не применяется.

3. Срок давности по претензиям в связи с недействительностью прекращения найма истекает через шесть месяцев после прекращения найма.

Раздел 8а

Запрещается враждебное обращение в ответ на использование лицом в судебном порядке либо иным образом положений настоящего Акта либо на оказание помощи в связи с ним.

Раздел 9

Все положения договоров, противоречащие данному Акту, являются недействительными.

Раздел 10

1. Если лицо, которое считает, что ему был причинен ущерб посредством дискриминации, как она определена в этом Акте, приведет перед судом факты, позволяющие предположить, что дискриминация имела место, ответчик должен будет доказать, что данное действие не было нарушением Акта.

2. Подраздел 1 применяется *mutatis mutandis* к судебным искам, как они определены в разделе 305а Книги 3 Гражданского кодекса, и к обжалованием, поданным заинтересованными сторонами по смыслу раздела 1:2 подраздела 3 Акта об общем административном законодательстве.

Глава 2 **Комиссия по равному обращению**

Раздел 11

1. Настоящим учреждается Комиссия по равному обращению, здесь и далее именуемая Комиссией.

2. Комиссия может создавать подкомитеты из числа своих членов для осуществления своих обязанностей.

Раздел 12

1. Комиссия может по письменному запросу проводить расследование с целью определения, имела ли или имеет ли место дискриминация, как она определена в настоящем Акте, Акте о равных возможностях или разделе 646 Книги 7 Гражданского кодекса, и может обнародовать свои выводы. Комиссия может также проводить расследование по собственной инициативе в целях определения, имеет ли место такая дискриминация систематически в государственных учреждениях или в одной или более сферах общественной жизни, и обнародовать свои выводы.

2. Письменный запрос, упомянутый в подразделе 1, может быть подан:

а) лицом, которое полагает, что стало жертвой дискриминации, как она определена в настоящем Акте, Акте о равных возможностях или разделе 646 Книги 7 Гражданского кодекса;

б) физическим или юридическим лицом или компетентным органом, желающим знать, виновны ли они в дискриминации, как она определена в настоящем Акте, Акте о равных возможностях или разделе 646 Книги 7 Гражданского кодекса;

с) лицом, ответственным за разрешение споров, касающихся дискриминации, как она определена в настоящем Акте, Акте о равных возможностях или разделе 646 Книги 7 Гражданского кодекса;

д) советом предприятия, который полагает, что дискриминация, как она определена в настоящем Акте, Акте о равных возможностях или разделе 646 Книги 7 Гражданского кодекса, имеет место в компании, в отношении которой он назначен, или представительным консульта-

тивным органом, подобным совету предприятия, который полагает, что дискриминация, как она определена в настоящем Акте, Акте о равных возможностях или разделе 646 Книги 7 Гражданского кодекса, имеет место в органе, в отношении которого он назначен;

е) полностью правомочным юридическим лицом, которое в соответствии со своей конституцией или уставом представляет интересы тех, чья защита является целью настоящего Акта, Акта о равных возможностях или раздела 646 Книги 7 Гражданского кодекса, и может обнародовать свои выводы.

3. Если письменный запрос, упомянутый в подразделе 2 (д и е), называет лиц, которые, как утверждается, были ущемлены, или если расследование, проведенное по инициативе Комиссии, касается таких лиц, Комиссия уведомляет указанных лиц о планируемом расследовании. Комиссия не имеет полномочий привлекать лиц, указанных в предыдущем предложении, к расследованию или оценке, если они письменно заявили о своем возражении против такого участия.

Раздел 13

1. Комиссия проводит расследование и направляет его выводы, в письменном виде и с обоснованиями, лицу, подавшему запрос, лицу, предположительно виновному в дискриминации, и в случаях, где это применимо, жертве дискриминации.

2. Комиссия может давать рекомендации, направляя свои выводы лицу, предположительно виновному в дискриминации.

3. Комиссия может направлять свои выводы тем из Наших Министров, которых они могут касаться, и тем организациям работодателей, работников, профессионалов, государственных служащих, потребителей товаров и услуг и соответствующим консультативным органам, которым она сочтет уместным.

Раздел 14

1. Комиссия не проводит расследование, если:

а) запрос, о котором идет речь в разделе 12, подразделе 2, явно необоснован;

б) интерес подающего запрос или значимость деяния, о котором идет речь, явно недостаточны;

с) период времени, истекший с момента, когда дискриминация, упомянутая в разделе 12, имела место, таков, что расследование уже не может быть проведено должным образом.

2. В случаях, указанных в подразделе 1, Комиссия письменно с изложением причин уведомляет подавшего запрос.

Раздел 15

1. Комиссия может обратиться с судебным иском для вынесения судом решения о незаконности образа действий, противоречащего настоящему Акту, Акту

о равных возможностях или разделу 646 Книги 7, требуя запрета такого образа действий или вынесения предписания об исправлении его последствий.

2. Никакой образ действий не может стать предметом иска, упомянутого в подразделе 1, если лицо, затронутое данным образом действий, возражает против этого.

Раздел 16

1. Комиссия состоит из девяти членов – включая председателя и двух помощников председателя – и такого же числа их заместителей.

2. Председатель и помощники председателя должны удовлетворять требованиям, изложенным в разделе 1d Акта о судоустройстве, устанавливающего критерии пригодности для назначения в качестве судьи окружного суда.

3. Члены и заместители членов назначаются Нашим Министром юстиции по согласованию с Нашим Министром внутренних дел, Нашим Министром труда и социального обеспечения, Нашим Министром образования и науки и Нашим Министром благосостояния, здравоохранения и культуры.

4. Разделы 46c, 46d, подраздел 2, 46f, 46g, 46i, с исключением подраздела 1 (c), 46j, 46l, подраздел 1, с исключением пункта (c), и подраздел 3, 46m, 46n, 46o и 46p Акта о судебной (организации) применяются *mutatis mutandis* при условии, что:

а) в отношении членов Комиссии дисциплинарная мера, установленная в разделе 46c, подразделе 1, налагается председателем;

б) запрет общаться во время беседы со сторонами или их адвокатами, доверенными или представителями или принимать от них особую информацию или письменные материалы, как указано в разделе 46c, подразделе 1(b), не относится к членам Комиссии.

5. Члены и заместители членов назначаются на максимальный срок шесть лет. Они могут быть переназначены немедленно. Министр юстиции может принять их отставку, если прошение о таковой будет подано.

Раздел 17

1. Для содействия Комиссии в исполнении ее обязанностей создается офис.

2. Наш Министр юстиции, по рекомендации Комиссии, назначает, повышает в должности, отстраняет и увольняет штат офиса. Наш Министр юстиции решает, в каких случаях они должны назначаться, повышаться, отстраняться и увольняться.

3. Секретарь, который также является главой офиса, должен удовлетворять требованиям, заложенным в разделе 1(d) Акта о судоустройстве, устанавливающего критерии пригодности для назначения в качестве судьи окружного суда.

Раздел 18

1. Комиссия может при исполнении своих обязанностей обращаться к помощи государственных служащих, назначенных теми из Наших Министров, которых это касается.

2. Комиссия может, при исполнении своих обязанностей, обращаться к помощи одного или более лиц, могущих предоставить информацию, необходимую Комиссии.

Раздел 19

1. Комиссия и лица, указанные в разделе 17, назначенные Комиссией, могут обращаться за всей информацией и документами, которые могут быть разумно сочтены необходимыми для выполнения ее обязанностей.

2. Каждый должен, за исключением случаев, когда лицо обязано хранить тайну в силу должностной или профессиональной принадлежности, предоставлять достоверную информацию и документы, требуемые в соответствии с подразделом 1, таким образом и в такой срок, который установлен Комиссией. Это обязательство не применяется, если таким образом лицо подвергло бы себя или родственника по крови или браку по прямой или непрямой линии до второй или третьей степени, или своего супруга или бывшего супруга риску уголовного преследования за преступление, преследуемое по обвинительному акту.

Раздел 20

1. Комиссия издает годовой отчет о своей деятельности, который публикуется. Она направляет этот отчет в любом случае тем из Наших Министров, кого это касается, и заинтересованным консультативным органам.

2. Каждые пять лет, исчисляемые с момента вступления в силу настоящего Акта, Комиссия составляет доклад, содержащий ее выводы о действии этого Акта, Акта о равных возможностях или раздела 646 Книги 7 Гражданского кодекса. Она направляет этот отчет Министру внутренних дел.

Раздел 21

1. Дальнейшие правила, касающиеся методов работы Комиссии, устанавливаются королевским указом в совете, включая в любом случае правила, регулирующие:

- a) процедуру рассмотрения дел;
- b) заслушивание обеих сторон;
- c) публичное проведение слушаний;
- d) обнародование выводов, как указано в разделе 13, подразделе 3.

2. Оклады, расходы на транспорт и размещение и другое вознаграждение членов и заместителей членов Комиссии устанавливаются королевским указом в совете, и подобным же образом устанавливаются правила, касающиеся права членов Комиссии на пособие по увольнению после истечения периода, на который они были назначены. [...]

ЗАПРЕТ ДИСКРИМИНАЦИИ КАК ПРИНЦИП РАВНОЙ ЗАЩИТЫ СО СТОРОНЫ ЗАКОНА¹

Р. Гольдман, Э. Лентовска, С. Франковски

Как уже упоминалось во Введении, ни Конституция, ни Билль о правах в своем первоначальном виде не содержали положений, запрещающих дискриминацию (более того, некоторые положения предполагали дальнейшее существование рабства). Только после Гражданской войны были добавлены три поправки о правах граждан, которые тем или иным образом касались данного вопроса. Принятая в 1865 году Тринадцатая поправка запрещала рабство, практикуемое как отдельными штатами, так и федеральными властями (Соединенными Штатами как государством), а также частными лицами. Четырнадцатая поправка с 1868 года запрещала штатам отказывать в равной защите со стороны закона. В свою очередь, принятая в 1871 году Пятнадцатая поправка запрещала расовую дискриминацию в отношении избирательных прав.

Хотя основная цель принципа равной защиты со стороны закона состояла в прекращении действия дискриминирующих правовых регулирований, направленных против негритянского населения, тем не менее, в соответствии с толкованием Верховного суда, этот принцип налагает запрет на дискриминацию также и других категорий лиц, в том числе, дискриминацию по признаку пола, национальности, статуса иностранца и внебрачного происхождения.

Напомним, что конституционная жалоба, базирующаяся на обвинении в нарушении права на равную защиту со стороны закона, обычно отклоняется, разве что данное правовое регулирование вводит дискриминацию категории имеющих особую защиту лиц или нарушает фундаментальные права, как, например, право на участие в выборах или на перемещение из штата в штат.

Как было более обширно изложено во Введении, Верховный суд выработал определенные критерии оценки дел по равной защите со стороны закона. В частности, любые категоризации по признаку расы должны пройти так называемое «строгое исследование» («strict scrutiny») и могут быть признаны конституционными только тогда, когда этого требует «непреложный интерес властей» («compelling state interest»), и единственno в тех случаях, когда обосновление по признаку расы является одновременно совершенно необходимым с точки зрения реализации цели, предусмотренной положением. На протяжении последних пятидесяти лет не устояло ни одно исследуемое Верховным судом правовое регулирование, вводящее дифференциацию, исходящую из расового фактора, если оно имело неблагоприятные последствия для расового меньшинства.

¹ Глава из книги «Верховный суд США об основных правах и свободах». Гольдман Р., Лентовска Э., Франковски С.; пер. с польск. – Варшава, «БЕГА», 1997. При перепечатке данного текста произведена редакторская правка с целью привести его в соответствие с правилами русского языка. – *Прим. ред.*

Первая группа дел по равной защите со стороны закона касалась положений, направленных против негритянского населения. Верховный суд постановил, что Четырнадцатая поправка запрещает любую дискриминацию этой группы лиц. Например, за попрание права на равную защиту со стороны закона был признан неконституционным закон, не допускающий включения негров в состав жюри присяжных.

Исключает ли расовую сегрегацию положение о равноправии?

ПЛЕССИ ПРОТИВ ФЕРГЮСОН (PLESSY V. FERGUSON, 1896)

«В свете Конституции, перед лицом закона не существует в нашей стране какого-либо высшего, господствующего и правящего класса граждан. У нас нет каст. Наша Конституция “слепа” к цвету кожи, не знает и не допускает деления граждан на классы. Человек самого низкого сословия равен самым могучим. Там, где речь идет о гражданских правах, гарантированных основным законом нашей страны, право подходит к человеку как к [отдельной] личности, невзирая на цвет его [...] кожи» (из особого мнения судьи Харлана).

Закон штата Луизиана повелевал железнодорожным перевозчикам обеспечить одинаковые, но отдельные купе для белых и «цветных». Следовательно, состав поезда следовало сформировать, по крайней мере, из двух пассажирских вагонов или соответствующим образом разделить один вагон. Пассажир должен был занимать место в вагоне в соответствии со своей расой. «Цветной» пассажир Плесси отказался покинуть вагон, предназначенный для белых пассажиров. По этой причине его удалили из поезда, полиция задержала его и арестовала. Он был доставлен в суд с обвинением в совершении преступления, состоящего в нарушении правила о расовой сегрегации в железнодорожном сообщении. Основным аргументом защиты было противоречие между применяемым по этому делу положением закона и гарантируемым Конституцией принципом равной защиты со стороны закона.

Большинство судей признало, однако, что закон штата Луизиана не нарушает принципа равной защиты со стороны закона. Целью Четырнадцатой поправки было «несомненно достижение абсолютного равенства двух рас перед законом. Однако по самой природе вещей намерением ее авторов не могло быть упразднение различий, вытекающих из разного цвета кожи, равно как установление равенства на почве не только политической, но также и общественной, или же, наконец, перемешивание представителей разных рас на условиях, не удовлетворяющих обе стороны. Положения, допускающие или прямо-таки предписывающие разделение [людей разных рас] в местах, в которых возможен их контакт, не должны имплицировать низость одной расы по отношению к другой». Дальше отмечалось, что наличие положений, предписывающих расовую сегрегацию в школах, а также запрещающих браки между белыми и «цветными», указывает на апробацию сегрегации рас в Соединенных Штатах уже после вступления в жизнь Четырнадцатой поправки. Следовательно, цель поправки состояла исключительно в обеспечении

политического равенства, например, активного избирательного права или участия в жюри присяжных, а не в ликвидации расовой сегрегации в других сферах общественной жизни. Иначе говоря, принцип «разделенные, но равные» («separate but equal») полностью соответствует Конституции.

Обвиняемый привел следующую аргументацию: если при помощи правовых норм можно ввести сегрегацию чернокожих и белых, то, может быть, государство могло бы ввести также сегрегацию блондинов, иностранцев или представителей конкретных национальностей? Могло бы ввести положения, предписывающие «цветным»ходить одной стороной улицы, а белым – по другой? Разве могло бы оно приказать дома белых выкрасить в белый цвет, а чернокожих – в черный? Могло бы велеть, чтобы регистрационные номера автомобилей белых и черных людей имели разные цвета? При этом основанием для таких директив могла быть предпосылка, что одна сторона улицы такая же хорошая, как и другая, что цвет здания или автомобиля не имеет существенного значения. Реплика Суда на приведенные гипотетические предписания была такова: «власти в любом случае должны выполнять свои административные правомочия разумно и не должны выходить за рамки законов, принятых с добрыми намерениями на благо общества, а не с целью причинять обременения или угнетать какую-то конкретную группу людей».

Суд признал разумным оспариваемый закон штата Луизиана, ибо он отвечает «установившимся обычаям и традиции народа и способствует строительству благосостояния и сохранению спокойствия и порядка». В более противоречивой части решения были предприняты попытки оспоривать мнение, что закон предполагает неполноценность чернокожих. «Даже если бы было так, причина ни в коем случае не коренится в самом законе: это имеет место исключительно потому, что представители цветной расы именно таким образом предпочитают интерпретировать этот закон». Если бы законодательная власть находилась в руках черного населения – излагал дальше Суд – и именно это большинство приняло бы сегрегационный закон, можно быть уверенными, что белые не стали бы утверждать, что этот закон не ставит на них клеймо низшей расы. Закон не в состоянии заниматься проблемой предубеждений общества, а положения, предписывающие смешение рас, не гарантируют равноправия, так как оно зависит исключительного от индивидуального выбора. «Если представители двух рас имеют одинаковые гражданские и политические права, не может быть так, чтобы одна из этих рас находилась ниже другой в гражданском или политическом отношении. Если же одна из рас фактически занимает более низкое общественное положение по сравнению с другой, Конституция Соединенных Штатов не в состоянии сравнять их».

Судья Харлан был единственным судьей, выступившим с особым мнением. Именно его взгляды в настоящее время разделяет большинство судей Верховного суда. Харлан сказал, что Четырнадцатая поправка должна была полностью «исключить расовую сегрегацию из нашей политической системы», он также не согласился с мнением большинства, что оспариваемый закон одинаково подходит к представителям обеих рас. Ведь совершенно очевидно, что положения о сегрегации были приняты именно для того, чтобы запретить «цветным» входить в вагоны, предназначенные для белых.

Это было несомненным нарушением личной свободы граждан, охраняемой принципом надлежащей правовой процедуры.

Судья Харлан выразил опасение, что судебное решение может оказаться весьма неблагоприятным, «так как судьбы представителей обеих рас неразрывно взаимоувязаны. В интересах как одной, так и другой расы, чтобы общие для обеих рас власти не позволили сеять расовую ненависть, санкционированную законом. Разве может что-либо более действенно вызывать расовую ненависть, создавать и поддерживать взаимное недоверие представителей двух рас, как принятые властями положения, выходящие из предпосылки, что “цветные” значительно хуже и занимают настолько плохое положение, что нельзя им позволить путешествовать в вагонах, занимаемых белыми? А ведь каждый должен признать, что именно такой реальный смысл имеют положения закона, введенного штатом Луизиана».

А, может быть, сегрегация сама по себе является неконституционной?

В течение следующих десятилетий Верховный суд рассматривал несколько дел по расовой сегрегации в школах. В них не ставился под сомнение принцип «разделенные, но равные», выработанный по делу Плесси. Неравенство усматривали, скорее, в том, что на практике условия в школах, которые посещают негритянские дети, намного хуже по сравнению с условиями в школах, в которых занимаются белые ученики. Итак, школы для белых и чернокожих учеников не только были отделены друг от друга, но не были *de facto* одинаковыми с точки зрения предлагаемых возможностей обучения. По известному делу Brown (1954), к обсуждению которого сейчас перейдем, речь шла, однако, о школах, действительно сопоставимых в отношении качества зданий, программ обучения, квалификации и вознаграждения учителей и иных измеримых факторов. Суд должен был определить влияние, оказываемое сегрегацией как таковой на образование молодежи. Кроме того, значение этого дела вытекает из факта, что по нему впервые было вынесено одно из важнейших решений по правам личности, которые принял Верховный суд под председательством судьи Эрла Уоррена. Период предводительства Уоррена (1953–1979) обеспечил самую высокую защиту прав личности по сравнению с любым другим периодом в истории Верховного суда.

БРАУН ПРОТИВ КОМИССИИ ПО ОБРАЗОВАНИЮ (BROWN V. BOARD OF EDUCATION, 1954)

Негритянские дети и их родители добивались ликвидации сегрегации в местных общественных школах. Во всех случаях, составивших предмет конституционной жалобы, ученикам было отказано в приеме в школу для белых детей в связи с наличием правил, предписывающих или допускающих расовую сегрегацию. Пострадавшие утверждали, что сегрегация лишает учеников равной защиты со стороны закона. Власти штата, со своей стороны, аргументировали, что отдельные школы для белых и черных детей с конституционной точки зрения допустимы на основании принципа «разделенные, но равные», принятого по делу Плесси. Эти школы – хотя и разделенные – являются «равными» с точки зрения предлагаемых возможностей получения надлежащего образования. Суд обратил внимание на то, что в

течение 60 лет, отделяющих данное разбирательство от дела Плесси, очень возросло значение общественной школьной системы. Хотя Конституция не гарантирует права на просвещение, Суд следующим образом растолковал его значение в современном обществе: «Отмежевание определенных детей от других одного и того же возраста и на том же самом уровне обучения исключительно по причине их расы рождает в них ощущение принижения их общественного положения, что может неблагоприятно и безвозвратно повлиять на их сердца и сознание.

На сегодняшний день просвещение является, пожалуй, самой важной задачей властей штатов и местных властей. Образование требуется при исполнении самых простейших общественных обязанностей, включая воинскую повинность. Оно является основным достоинством хорошего гражданина. Образование сегодня является основным средством, служащим для того, чтобы привить ребенку культурные ценности, подготовить его к профессиональному обучению в будущем, оказать ему помощь в нормальном приспособлении к среде. В наше время весьма сомнительно, чтобы какой-либо ребенок мог рассчитывать на успех жизни, если его лишили возможности образования» (из единодушного мнения, автором которого был Председатель Суда Эрл Уоррен).

Итак, Суд единодушно признал, что сегрегация в общественной образовательной системе является отрицанием равной защиты со стороны закона, если учесть вредные психологические последствия, оказывающие влияние на учеников начальных и средних школ. Тем самым Суд отбросил мнение, выраженное по делу Плесси, согласно которому сегрегация не предполагает низшего статуса. При этом Суд исходил из результатов последних исследований на тему влияния расовой сегрегации в системе образования на негритянских детей. Исследования показали, что «в области общественно-го образования нет места для принципа “разделенные, но равные”. Раздельные образовательные учреждения по своей сути не являются равными».

Вскоре после дела Брауна Суд признал не соответствующими Конституции положения, санкционирующие расовую сегрегацию в парках, ресторанах и других общественных местах. Это явно означало, что правовая норма, принятая по этому делу, не сводилась только к системе образования, но была задумана как правило, носящее общий характер.

Год позднее Суд занялся трудным вопросом, касающимся соответствующих профилактических мер для школьного округа, в котором существовала сегрегация. По делу «*Brown v. Board of Education*» (1954) [Браун II] Суд употребил неоднозначную формулировку, констатируя, что ликвидация сегрегации в школах должна осуществляться «в таком темпе, как это окажется возможным для ее проведения разумным способом» («with all deliberate speed»). В результате местные управления учебных округов не стали проявлять спешку в ликвидации расовой сегрегации. Наконец, в 1968 году Суд потерял терпение и потребовал «немедленной» десегрегации.

Рассматриваемые Верховным судом дела, касающиеся сегрегации, в первый период происходили, прежде всего, из южных штатов, в которых законодательство требовало сегрегации либо допускало ее. Когда в более поздние годы в Суд попадали дела с Севера, тем школам, в которых сегрегация

существовала в результате действий местных органов системы просвещения, признавалось право на осуществление мероприятий по десегрегации. В те времена такими мероприятиями были, в частности, перевозки автобусами (т.н. *busing*) детей из жилых районов, в которых проживало белое население, в негритянские школы (и наоборот, из негритянских жилых районов в школы для белых). Первым делом, по которому Суд поставил под сомнение практику транспортировки детей из одного школьного района в школы другого района, было дело, касавшееся штата Мичиган (*Miliken v. Bradley*, 1974). Суд первой инстанции приказал перевозить детей из города Детройт, в числе жителей которого имелась большая доля черных, в пригородные школьные районы, в которых в преобладающей доле проживали белые. Однако Верховный суд США тогда постановил, что профилактические мероприятия, охватывающее более одного школьного округа, можно применять только в том случае, если можно доказать, что сегрегация в городском районе является следствием действий властей пригородных районов.

Дела, касающиеся дискриминации, вытекающей не столько из применения законодательства штата, сколько являющейся следствием действий властей, являются отличной иллюстрацией тезиса, что нарушение права на равную защиту со стороны закона может произойти в случае любых действий властей, т.е. действий, заключающихся в принятии законодательной властью дискриминационных положений, и действий конкретных должностных лиц, приводящих к фактической дискриминации. По главному в этой группе делу *«Yick Wo v. Hopkins»* (1886), гражданину Китая, проживающему в Сан-Франциско, было отказано в выдаче концессии на открытие прачечной в принадлежащем ему деревянном доме. Постановление властей города давало право чиновникам, признающим концессии, отказывать в ее выдаче лицам, которые имеют прачечные в такого типа зданиях. На практике, однако, лицам белой расы такие концессии выдавались, а китайцам — отказывали в их выдаче. Во вступлении Суд выяснил, что Четырнадцатая поправка не ограничивается защитой исключительно американских граждан, а применяется по отношению ко всем, невзирая на их расу, цвет кожи или же национальность, а также, что поправка представляет собой гаранцию защиты равноправия. Затем Суд подчеркнул наличие неравенства, несправедливости и дискриминации при практическом применении норм, которые сами по себе не были дискриминационными. В решении Суд постановил, что буква нормы часто может производить впечатление, что она является нейтральной с точки зрения расы. Если же такую норму власти применяют с недоброжелательными и дискриминирующими намерениями, случаются нарушения принципа равной защиты со стороны закона.

Нарушением права на равную защиту со стороны закона могут стать также действия судебной власти. По известному делу *«Palmore v. Sidoti»* (1984) судья суда штата постановил лишить опекунских прав разведенную мать, потому что позднее она вышла замуж за негра. Передача ребенка под опеку отца было якобы обосновано благом ребенка, так как в том случае, если ребенок будет оставлен на попечении матери, ему «могло угрожать плохое обращение со стороны сверстников, и он несомненно стал бы жертвой стигматизации». Однако Верховный суд США единодушно признал, что такого

вида общественный остракизм не является достаточным поводом, чтобы при вынесении решения по делу принимать за основу расу второго мужа.

Можно отметить как интересный момент, что в некоторых ситуациях может иметь место нарушение принципа равной защиты со стороны закона даже тогда, когда суд в своем решении относится положительно к договору сторон. По делу «*Schelley v. Kraemer*» (1948) суд штата санкционировал частный договор, согласно которому владельцы домов в определенном районе обязались, в частности, не продавать своей недвижимости неграм. И когда негритянская семья приобрела дом, нарушая этот договор, владельцы соседних домов обратились в суд за выдачей запрета на занятие этого дома купившим его негром. Верховный суд постановил, что оспариваемая часть договора нарушает право на равную защиту со стороны закона, хоть сам договор, если его рассматривать в отдельности, не нарушает Конституции, ибо является сугубо частным документом.

Имеет ли право белый мужчина жениться на черной женщине?

ЛАВИНГ ПРОТИВ ВИРДЖИНИИ (LOVING V. VIRGINIA, 1967)

По этому делу Верховный суд должен был дать ответ, является ли нарушением изложенных в Четырнадцатой поправке клаузул о равной защите со стороны закона и надлежащей правовой процедуре закон штата, запрещающий заключить браки между белыми и черными.

В те времена штат Вирджиния — подобным образом как 15 других штатов — запрещал браки между лицами разных рас, если одним из таких лиц был белый. Двое жителей штата — черная женщина и белый мужчина — заключили законный брак в столице страны городе Вашингтоне (Федеральный округ Колумбия). В скором времени после заключения брака супруги вернулись в Вирджинию, где их обвинили в нарушении положений законодательства штата и приговорили к одному году лишения свободы. Судья, однако, отсрочил исполнение приговора на 25 лет при условии, что супруги Лавинг покинут штат Виргиния и не вернутся до истечения пробного срока. Супруги переехали в Вашингтон.

«В прошлом мы последовательно отказывали в признании положений, ограничивающие права граждан по признаку расы, соответствующими Конституции. В соответствии с нашей Конституцией каждая личность сама должна принимать решение о заключении или незаключении брака с лицом, принадлежащим другой расе; государство не может нарушать эту свободу. Не подлежит сомнению, что ограничение свободы на заключение брака исключительно по соображениям расовых различий является нарушением сути клаузулы о равной защите со стороны закона» (из мнения, автором которого является председатель суда Эрл Уоррен).

Власти штата доказывали, что поскольку положение о запрещении смешанных браков под угрозой наказания касается в одинаковой степени белых и «цветных» кандидатов в супруги, следовательно, здесь отсутствует нарушение принципа равной защиты со стороны закона, так как все расы

рассматриваются одинаково (белые не могут заключать брака с черными, а черные – с белыми). Кроме того, существуют рациональные основы сохранения запрета таких браков. Тем не менее Верховный суд признал, что рассматриваемые законы базируют на расовых расслоениях, поэтому на практике они не устоят в аспекте принципа равной защиты со стороны закона и как таковые должны быть подвергнуты «наиболее жесткому исследованию» («the most rigid scrutiny»).¹ Власти штатов должны, следовательно, доказать, что вызывающие сомнения положения необходимы для достижения государством непреложной и одобряемой законом цели, а по данному делу такая цель отсутствует. Запрещение штата Вирджиния, распространяющееся исключительно на смешанные браки с белыми, доказывает, что расовая сегрегация введена с целью сохранения превосходства белой расы.²

Обсужденные выше дела касались, прежде всего, законов или действий, выполняемых государственными должностными лицами, намерением которых была расовая дискриминация. А как обстоит дело, когда данному закону или действию не свойственны такие стремления, а дискриминация является только побочным непреднамеренным следствием? По делу «Washington v. Davis» (1976) среди кандидатов, успешно сдавших экзамен в полицейское училище, белых оказалось намного больше, чем чернокожих. Верховный суд решил, однако, что, несмотря на расовый нюанс результатов, организаторы экзаменов не имели намерения дискриминировать черных, следовательно, не был нарушен принцип равной защиты со стороны закона.

Апробирует ли Конституция предпочтения по признаку расы?

В первом столетии деятельности Верховного суда по делам, касающимся равной защиты со стороны закона, речь шла о положениях законодательства, дискриминирующих меньшинства, прежде всего, негритянское меньшинство (напр., запрет заседания в жюри присяжных или сегрегация в школах). Начиная с семидесятых годов нашего столетия Суд встретился с так называемыми «поддерживающими действиями» («affirmative action») – этим понятием охватываются нормы права или политика, осуществляемая властями, направленные не во вред, а наоборот – в пользу дискриминируемых в прошлом меньшинств. Дела, касающиеся конституционности действий этого рода, чаще всего возбуждали белые мужчины, которые твердили, что стали жертвами «обратной дискриминации» («reverse discrimination»). Может ли Суд иначе интерпретировать законы, обжалованные по этим делам?

¹ Судья Стюарт, присоединившийся к мнению большинства, пошел дальше, утверждая, что Конституция запрещает принимать уголовно-правовые нормы, базирующиеся на признаком расы.

² Помимо нарушения принципа равной защиты со стороны закона Верховный суд в рассматриваемом деле усмотрел нарушение принципа материальной справедливости, ибо «свобода в заключении брака уже давно признана одним из основных прав личности, имеющим принципиальное значение в надлежащем стремлении к счастью свободных людей» (прим. ред. – С.Ф.)

Должны ли относиться рассуждения судьи Харлана, изложенные в особом мнении по делу Плесси, согласно которому Конституция «слепа» к цвету кожи, не только к положениям, дискриминирующими меньшинства — о них речь шла раньше, — но также и к законам, которые должны действовать в пользу раньше дискриминируемых групп?

По делам, заявленным на основании Раздела VII Закона о гражданских правах с 1964 года представителями меньшинства, которые протестовали против дискриминации при приеме на работу, Верховный суд апробировал правовые средства, ссылающиеся на расовый признак, если в конкретном случае было доказано наличие дискриминационных действий в прошлом. Например, фирме, которая до сих пор не принимала на работу негров, можно было приказать впредь нанимать их. Но по многим делам, касающимся поддерживающих действий, отсутствовали подтвержденные судебным производством доказательства тому, что перед претворением в жизнь законодательными или исполнительными властями программы таких действий имела место какая-либо дискриминация. Эти вопросы оказались почти столь же противоречивыми, как вопросы, касающиеся абортов. Критики такого рода действий не могут понять, почему кто-то, кто по случайному стечению обстоятельств имеет черный цвет кожи, но сам никогда не стал жертвой дискриминации, должен заслуживать более благосклонного отношения к себе из-за принадлежности к группе людей, дискриминированных в прошлом. Ведь по укоренившейся традиции принцип равной защиты со стороны закона защищает отдельные личности, а не личности по причине их принадлежности к определенной расовой или этнической группе. Еще труднее найти обоснование акции, поддерживающей, например, новоприбывших кубинцев, предки которых не составляли группы, подвергавшейся дискриминации в Соединенных Штатах.

**ЧЛЕНЫ ПРАВЛЕНИЯ КАЛИФОРНСКОГО
УНИВЕРСИТЕТА ПРОТИВ БЭККИ (REGENTS
OF UNIVERSITY OF CALIFORNIA V. BAKKE, 1978)**

На Калифорнийском медицинском факультете штата существовали две раздельные системы набора студентов на первый год учебы (100 мест): обыкновенная система и специальная система, предназначенная для несостоятельной молодежи и кандидатов, происходящих из групп меньшинств (негров, латиноамериканцев, азиатов и индейцев). По специальной системе набора ежегодно принимали 16 кандидатов из этих именно групп, а остальных 86 — в обыкновенном порядке. В период, который рассматривал Суд, ни один из студентов, принятых по специальной системе набора, не происходил из группы белых. Такой порядок набора студентов обжаловал Алан Бэкки, белый кандидат, которого не приняли в вуз. Он утверждал, что специальная система набора студентов, отдающая предпочтение представителям иных рас, нарушает полагающееся ему право на равную защиту со стороны закона.

«Принцип равной защиты со стороны закона не может иметь разное толкование в зависимости от цвета кожи личности, по отношению к которой

он применяется. Если два человека с разным цветом кожи не пользуются одинаковой защитой – такая защита не является равной. Следовательно, не имеет значения факт, что Бэкки является представителем белого большинства. Любой рода расовые или этнические различия “в своей основе подозрительны” (“inherently suspect”) и требуют по возможности строжайшего исследования судом» (из мнения судьи Пауэлла).

«С целью исключения расизма мы должны, однако, принять во внимание расовый фактор. Нет другого способа. Чтобы обеспечить некоторым людям равный подход, мы должны относиться к ним иначе, чем к другим. Мы не можем и не должны допускать, чтобы клаузула о равной защите со стороны закона усиливала дальнейшее наличие расового превосходства» (из мнения судьи Блэкмуна).

Большинство судей признали недействительность специальной системы набора, однако они не смогли обосновать свое решение.¹ К наиболее важному мнению, автором которого был судья Пауэлл, не присоединился ни один член состава Суда.

Медицинский факультет, защищая свою систему набора, приводил аргумент, что принцип равной защиты со стороны закона нарушают только критерии, действующие во вред, а не в пользу отбрасываемых на второй план меньшинств. Судья Пауэлл отметил, однако, что гарантии Четвертой поправки распространяются на всех – не только на негров, для которых эта поправка была создана, – а дискриминация по расовым или этническим признакам приводит к необходимости применить критерий «строгого исследования» («strict scrutiny»).

По нескольким причинам судья Пауэлл отбросил аргумент университета, что своего рода дискриминация белого «большинства» не должна вызывать сомнений, если ее цель можно считать «благосклонной» («benign»). Во-первых, это большинство состоит из разного рода меньшинств, причем почти все они могут ссылаться на случаи дискриминации, которым они подвергались в прошлом со стороны государства или частных лиц. Во-вторых, не всегда можно четко определить, что т.н. предпочтения на самом деле являются «благотворными». Ведь предпочтения могут оказаться неблагоприятными для группы белых, как это случилось, к примеру, когда среди ортодоксальных евреев лишили представителя в законодательных органах с той целью, чтобы своего представителя могли иметь негры. В-третьих, преференционные программы иногда служат только упрочнению повсеместно функционирующих стереотипов, в соответствии с которыми определенные группы не в состоянии добиться лучшего общественного положения без особой защиты, признаваемой на основе критериев, не имеющих никакой связи с индивидуальными качествами членов этих групп. И, наконец, само обременение невинных людей, таких как Аллан Бэкки, последствиями специальной системы набора в какой-то степени является несправедливым.

¹ Четыре судьи разрешили вопрос без ссылок на положения Конституции, считая, что калифорнийская система набора студентов нарушает федеральный закон, запрещающий практиковать дискриминацию учреждениям, которые, как данный факультет, финансируются хотя бы частично федеральным правительством.

Следовательно, поддерживающие действия следует проверять на основе того же самого критерия (т.е. «строгого исследования»), что и положения, дискриминирующие по признаку расы.

Проводя дальнейший анализ системы набора на основе этого критерия, судья Паулл усмотрел два элемента, которые могут удовлетворить требованию «непреложного государственного интереса» («compelling state interest»). Первым элементом может стать возмещение прежних дискриминационных действий со стороны факультета по отношению к меньшинствам, вторым же – стремление к «разнообразию» («diversity») состава студентов. В отношении первого из этих соображений приемная комиссия факультета была не в состоянии – в отличие от судебного органа – определить обязывающие фактические предпосылки, позволяющие констатировать, что в прошлом на самом деле имела место дискриминация. Что же касается разнообразия состава студентов, она, несомненно, является важной целью, ибо помогает осуществить вытекающий из Первой поправки постулат о разнообразии взглядов университетской среды. Однако в своем стремлении исключительно к разнообразию состава студентов факультет не выдержал теста на второй элемент критерия «строгого исследования». Классификация по признаку расы, приводящая к тому, что принимаются исключительно члены расовых меньшинств, совершенно не была необходима для достижения разнообразия студенческой среды, ибо такое разнообразие обеспечивается наличием значительно большего числа факторов и свойств; расовое или этническое происхождение здесь всего лишь один, хотя несомненно существенный элемент¹. Допускаемая с конституционной точки зрения система набора не может предусматривать бронирования заранее установленного числа мест для представителей меньшинств. Необходимо всем кандидатам обеспечить возможность бороться за место в вузе, а расу или этническое происхождение можно рассматривать как дополнительный «балл» в пользу конкретного кандидата. Даже если эта процедура привела бы к тому, что было бы принято то же самое число представителей меньшинств, то все кандидаты в процессе набора студентов, однако, рассматривались бы в одинаковой степени.

С мнением судьи Паулла не согласились четыре судьи, которые предложили иной подход к программе поддерживающих действий. «Нельзя допускать, чтобы неразличение цвета кожи превратилось в близорукость, т.е. нельзя упускать из виду факт, что многие из тех, кто “создорен равным”, встречается в наше время с худшим подходом как со стороны закона, так и других граждан». Следовательно, положения закона, дискриминирующие белых, не следует исследовать методом, принятым для исследования

¹ В 1996 г. Апелляционный федеральный суд (пятого округа) констатировал, что ответчик по делу юридического факультета университета в Техасе нарушил гарантию равной защиты со стороны закона, так как в процессе набора студентов отдал предпочтение не белой, а другим расам. Суд пошел дальше, категорически утверждая, что расовый фактор вообще не должен приниматься во внимание при приеме в вуз. Верховный суд США отклонил ходатайство факультета о рассмотрении указанного дела в порядке апелляции. (*Hopwood v. State Texas*) (прим. ред. – С.Ф.)

положений, дискриминирующих другие обездоленные меньшинства. Если факультет действительно воспользовался критерием расы для благородных целей, а не затем, чтобы стигматизировать белых, следует сохранить в силе специальную систему набора студентов. Проверку конституционности в данном случае необходимо базировать не на критерии «строгого», а на критерии «промежуточного» исследования. Применяя этот критерий, следует признать специальную систему набора соответствующей Конституции, если факультет действительно имел в виду осуществление «важных целей», а применение этого критерия было бы «существенным образом» связано с достижением этих целей.

ГОРОД РИЧМОНД ПРОТИВ КОМПАНИИ ДЖ. А. КРОСОН (CITY OF RICHMOND V. J.A. CROSON COMPANY, 1989)

Город Ричмонд в штате Вирджиния принял план поддерживающих действий в отношении строительных договоров, заключаемых городскими властями. Тридцать процентов договоров с субподрядчиками были резервированы для фирм, принадлежащих представителям некоторых меньшинств (в частности, неграм, латиноамериканцам и индейцам). План был задуман как «предупредительный», так как внедрялся с целью «содействия более широкому участию фирм представителей меньшинств при реализации инвестиций в сфере общественного строительства». Как показали исследования, проведенные до принятия плана, на протяжении предыдущих пяти лет всего лишь 1% строительных контрактов, заключенных властями города Ричмонда, население которого на 50% составляли негры, приходился на фирмы негров. Отсутствовали какие-либо прямые доказательства тезиса, что при заключении договоров город сознательно дискриминировал негров; не было также никаких доказательств дискриминации негритянских субподрядчиков со стороны главных подрядчиков, привлекаемых городскими властями. Иск предъявил белый предприниматель из строительной отрасли, предложение которого на устройство водопроводных сетей было отброшено, так как не предусматривало требуемого властями города 30-процентного участия фирм-субподрядчиков, владельцами которых являются представители меньшинств.

«Если примем аргумент города Ричмонда, что сам факт наличия в прошлом дискриминационных практик является достаточным основанием для жестких расовых предпочтений, это дало бы возможность каждой обездоленной группе предъявлять подобные притязания на “предпочтения при возмещении”. Образ народа, состоящего из равноправных граждан, живущих в обществе, в котором шансы и достижения не зависят от расы, расплылся бы в мозаике изменчивых предпочтений, признаваемых на основе не поддающихся оценке требований возмещения прежней несправедливости. Такой результат, по нашему мнению, не соответствовал бы букве и духу конституционного положения, главным императивом которого является равенство» (из мнения большинства, автор – судья О’Коннор).

«Верховный суд, – якобы являющийся оплотом равенства, – перечеркивает усилия города Ричмонда, как если бы дискриминация никогда не существ

вовала и не была доказана в ходе настоящего дела. Тем самым Суд отступает назад, вместо того, чтобы идти вперед. Тем не менее я убежден, что в определенный момент он приложит все усилия к тому, чтобы была выполнена торжественная присяга, находящаяся во вступлении к Конституции и в гарантиях, содержащихся в Билле о правах. Выполнение этой присяги сделает наш Народ достойным особого отличия» (из особого мнения судьи Блэкмунна).

Основная задача Верховного суда состояла в определении критерия, который требуется применить при оценке конституционности программы поддерживающих действий. На протяжении десятилетия, разделяющего дела *Бэкки и Кросон*, Суд выносил решения по нескольким другим делам, касающимся этого рода действий. Ни по одному из этих дел судьи не сумели добиться согласия: некоторые рекомендовали «строгое исследование», другие же высказывались в пользу менее ригористического промежуточного критерия. Лишь по делу *Кросон* большинство состава Суда смогло добиться взаимопонимания, порекомендовав «строгое исследование» как подходящее там, где власти штатов или местные власти применяют критерий расы – вне зависимости от того, делают ли они это с целью дискриминации или же в рамках поддерживающих действий (как это случилось в настоящем деле). В случае неприменения этого критерия власти могли бы воспользоваться критерием расы в целях, не соответствующих закону, например, для осуществления расистской политики, поддерживания расовых предубеждений или упрочнения стигматизирующих стереотипов, порождающих враждебность на расовой почве. Большинство состава Суда обратило внимание на то, что негры составляли около 50% населения города. В настоящем из девяти членов городском совете Ричмонда было даже пять негров. Таким образом, спорная программа позитивных действий в деле *Кросон* фактически была принята негритянским большинством.

По мнению большинства состава суда, данное дело не удовлетворяло критерию строгого исследования. Не были приведены достаточные обоснования касательно якобы имевших место в прошлом дискриминационных практик со стороны властей города. В то же время власти ограничились поверхностными установками о расовой дискриминации в строительной промышленности «в этом районе, в пределах округа, а также во всей стране». Не надлежало также исходить из расхождений между числом договоров, заключенных с предприятиями представителей меньшинств, и процентным показателем негритянского населения в численности населения города. Когда требуются конкретные профессиональные квалификации, скорее, надлежит проверить, сколько лиц, входящих в состав меньшинств, располагает этими квалификациями. Власти же города даже не знали числа принадлежащих таким лицам фирм, имеющих право реализовать инвестиции в сфере общественного строительства.

Обжалованный план не удовлетворял также требованию тесной связи с целью, которой было возмещение за прежнюю дискриминацию. План ни коим образом не был увязан с какими-либо конкретными случаями дискриминации. Во-первых, не была принята во внимание возможность такого увеличения доли участия в контрактах города фирм, принадлежащих представителям меньшинств, чтобы их участие было обеспечено с помощью

средств, не прибегающих к расовому фактору. Во-вторых, невозможно установить тесную связь между предусматриваемой 30-процентной долей участия таких фирм и какой-либо целью, за исключением – возможно – достижения определенной пропорции между расами. Эта доля участия базируется на совершенно нереальной предпосылке, что лица, относящиеся к меньшинствам, будут выбирать конкретную сферу деятельности в пропорции, равной их процентной доле в численности местного населения. С судебной административной точки зрения принятие численного показателя может оказаться удобным, но это не может оправдывать принятия за основу расового критерия. Согласно плану городского совета пользующийся успехом предприниматель – негр, мексиканец или азиат, прибывший из любого уголка страны – автоматически приобретает абсолютное превосходство над другими гражданами исключительно по поводу своей расы.

Большинство состава Суда не исключило возможность одобрения поддерживающих действий в случаях, когда в прошлом совершались акты преднамеренной расовой дискриминации. Город мог тогда наказать исполнителя таких актов и признать соответствующее возмещение жертвам дискриминации. Более того, в случае установления, что в прошлом дискриминационные акты совершались в широком масштабе, городские власти могли бы принять широкомасштабную программу, компенсирующую дискриминирование меньшинств. С этим последним мнением не согласился судья Скалия, который был склонен разрешить властям штата или местным властям применять критерий расы исключительно в экстренных ситуациях, создающих прямую и серьезную угрозу жизни и здоровью (например, в случае мятежа в тюрьме на расовой почве, когда необходимо ввести временную сегрегацию заключенных), или тогда, когда существуют доказательства дискриминационных актов по отношению к конкретным личностям, которых можно идентифицировать.

Авторам особого мнения план поддерживающих действий представлялся в совсем ином свете, как желательный символ прогресса в области расовых отношений. («Давняя столица Конфедерации предпринимает действия, направленные напрямую на ликвидацию последствий расовой дискриминации на своей территории».) Эти судьи сочли иронией тот факт, что город, в котором дискриминация по отношению к представителям иных рас, чем белая, была документирована многочисленными судебными решениями на протяжении более 100 лет, не был в состоянии, по мнению большинства состава Верховного суда, доказать наличие дискриминации. Авторы особого мнения были склонны сохранить в силе план, применяя промежуточный критерий. Одновременно они обратили внимание на то, что описываемое дело было первым делом, по которому Суд применил критерий «строгого исследования» в контексте установления конституционности поддерживающих действий. Однако существует «принципиальное различие между действиями властей, имеющими расистский характер, и действиями, цель которых состоит в исправлении последствий прежних расистских актов или в предотвращении ситуаций, когда нейтральные в расовом аспекте действия, поддерживали существование этих последствий».

По делу *Кросон* речь шла о плане поддерживающих действий, принятом местными властями. Вместе с тем какой критерий конституционности полагалось принять в отношении плана федеральных властей? По делу «Metro Broadcasting v. FCC» (1990) Суд высказался за применение промежуточного критерия, когда автором поддерживающих действий является Конгресс Соединенных Штатов, так как именно этот орган правомочен на основании Конституции приводить в конкретный вид федеральные законы, цель которых состоит в ликвидации расовой дискриминации. В итоге Суд сохранил в силе план правительенного агентства, облегчающий выдачу меньшинствам лицензий на вещание телепрограмм, а также на выкуп некоторых существующих телекомпаний. Авторы особого мнения не сочли обоснованным введение в этом контексте различия между применением расового критерия федеральными властями и властями штата. Именно это мнение было одобрено по последним делам, касавшимся поддерживающих действий.

СТРОИТЕЛЬНАЯ ФИРМА «АДАРАНД КОНСТРАКТОРС» ПРОТИВ ПЕНА (ADARAND CONTRACTORS, INC V. PENA)

Обычаем федерального правительства было применение финансового стимулирования по отношению к главным правительственным подрядчикам, реализующим правительственные строительные инвестиции, чтобы те привлекали в качестве субподрядчиков малые фирмы, владельцами которых были обездоленные в общественном и экономическом аспекте лица. При этом делалось предположение (которое в конкретных случаях можно опровергнуть), что такого рода обездоленность касается негров, латиноамериканцев и членов других определенных меньшинств. Строительная фирма «Адаранд Констракторс», владельцем которой был белый, представила предложение на установку защитных барьеров на автостраде, строительство которой велось в рамках федеральной инвестиции. Договор, однако, был заключен с фирмой «Гонзалес Конструكتион», хотя эта последняя фирма предложила более высокую цену.

«Преклонение перед концепцией расовых правомочий, хотя бы преследующее наиболее заслуживающие похвалы благородные цели – это упрочнение и поддерживание вредного хода мышления, который привел к рабству, привилегиям и расовой ненависти. С точки зрения властей мы все представители только одной расы – американской расы» (из совпадающего мнения судьи Скалия).

«Так называемая благосклонная дискриминация (“benign discrimination”) для многих является доказательством того, что меньшинства – по причине постоянной и, по всей видимости, не поддающейся реформированию обездоленности – могут конкурировать с другими только тогда, когда к ним подходят с протекцией и снисхождением. Такие программы неминуемо ведут к возникновению чувства превосходства или вызывают неблагожелательное отношение к меньшинству у тех, кто считает себя обиженными подходом властей, пользующимся критерием расы. Такие программы стигматизируют меньшинства как группы людей худшей категории; могут также выработать в них чувство зависимости от других или убеждение, что “им полагаются”

какие-то предпочтения. По моему мнению, форсируемая властями расовая дискриминация, даже если она исходит из благородных предпосылок, в одинаковой мере вредна, что и дискриминация, вытекающая из неприязненных предубеждений» (из совпадающего мнения судьи Томаса¹).

«Политика, ставящая себе целью поддерживание кастовой системы, и такая, целью которой является искоренение расового неравенства – не являются тождественными ни с моральной, ни с конституционной точек зрения. Решение представителей большинства [общества] о дискриминации расового меньшинства принципиальным образом отличается от решения тех же представителей об обременении своих избирателей побочными издержками в связи с действиями в пользу обездоленного меньшинства» (из особого мнения судьи Стивенса).

Истец полагал, что предположение, содержащееся в законе, дискриминирует по расовому признаку и тем самым нарушает обязательства федерального правительства, вытекающие из Пятой поправки. Как уже упоминалось, эта поправка, относящаяся к федеральному правительству, вводит принцип надлежащей правовой процедуры (“due process of law”), включающий запрет дискриминации. Таким образом, Верховный суд должен был решить, запрещает ли принцип надлежащей правовой процедуры федеральному правительству принимать план поддерживающих действий в той же степени, в какой клаузула о равной защите со стороны закона, содержащаяся в Четырнадцатой поправке, налагает ограничения на местные власти и власти штата. В прежних делах, касавшихся положений федерального законодательства, дискриминирующих меньшинства, решения выносились таким же самым образом, как по подобным делам, касающимся регулирований штатов, т.е. Верховный суд применял критерий «строгого исследования» и, как правило, констатировал несоответствие таких положений Конституции. Разногласия же появились в подходе Суда к местным планам поддерживающих действий (напр., по делу *Кросон*), когда был применен критерий «строгого исследования», а также к планам, разработанным на федеральном уровне (напр., упомянутое выше дело радиовещательной компании «Metro»), по которым применялся менее ригористический критерий промежуточного исследования. По делу строительной фирмы «Adarand» большинство, состоящее из пяти судей, отбросило прецедент, установленный по делу радиовещательной компании «Metro».

Эти суды обратили внимание на то, что данный прецедент противоречил трем предпосылкам, принятым по прежним делам, касавшимся расового фактора. Во-первых, раньше всегда применялся единый критерий, т.е. критерий «строгого исследования» конституционности федеральных планов и планов штатов. Во-вторых, скептически воспринимались любые расовые классификации. В-третьих, способ трактовки этих дел был единый вне зависимости от расы, к которой относилась группа, ущемленная или извле-

¹ Судья Томас – второй в истории негр, заседающий в Верховном суде (первым был Таргуд Маршалл). Он был назначен в то время, когда президентом США был Буш; судья Томас оказался, наряду с судьей Скалия, одним из более консервативных судей (прим. ред. – С.Ф.).

кающая выгоду по данному делу. В итоге любые расовые классификации, применяемые властями – местными, штатов, федеральными – необходимо проверять по одному и тому же критерию. Это означает, что поддерживающие действия соответствуют Конституции только при наличии тесной их связи с непреложным интересом властей. Однако это не означает, что любой план поддерживающих действий будет признан неконституционным, как внушили некоторые критики наиболее ригористического критерия. Большинство состава Суда отчетливо высказалось, что «неудачное сохранение как практики, так и перспективных последствий расовой дискриминации меньшинств – это огорчительный факт, и власти ни в коей мере не освобождаются от обязанности противодействовать этой ситуации».

В свою очередь, авторы особого мнения подчеркнули, что рекомендуемое большинством судей применение наиболее ригористического критерия конституционности поддерживающих действий ведет, например, к замазыванию различий между надписью «Вход запрещен» и вывеской «Сердечно приветствуем». По этим соображениям голос данного сенатора против утверждения назначения Таргуда Маршалла, отданный с целью не допустить негров к участию в Верховном суде, следовало бы рассматривать наравне с мнением президента Линдона Джонсона, который считал расу назначенного им кандидата за фактор, свидетельствующий в его пользу. Закон, признающий непригодность негров к военной службе, тоже полагалось рассматривать на той же плоскости, что и специальную программу, введенную с целью интенсификации набора чернокожих солдат. Авторов особого мнения не убедила аргументация, что это влечет за собой ущемление по признаку расы. Подтверждающие действия необходимо предпринимать для противодействия перспективным последствиям дискриминации. Также в настоящее время довольно часто бывает, что люди, стремящиеся получить работу, потребители, лица, желающие снять или купить квартиру, или предприниматели, старающиеся получить заказ, встречаются с разным подходом в зависимости от цвета кожи. «Сознательные или несознательные предубеждения, отражающие традиционный и непроверенный способ мышления, поддерживают те преграды, которые необходимо преодолеть, чтобы равенство шансов и отсутствие дискриминации стали в действительности законом и практикой в нашей стране».

Приведенные выше рассуждения – особенно по делу строительной фирмы «Adarand» – убедительно показывают, насколько дифференциированы взгляды судей на конституционность позитивных действий. Четыре судьи Верховного суда были склонны признать такие планы неконституционными почти во всех случаях, в то время как четверо других высказывались за их сохранением в силе. Решающий голос имела автор решения по делу фирмы «Adarand», судья О'Коннор. Решающую роль играет судья О'Коннор также и в третьей из основных сфер поддерживающих действий – в учреждении избирательных округов законодательным органом.¹ В некоторых случаях избирательные округа формируют таким образом, чтобы обеспечить меньшин-

¹ Дело Бэкки иллюстрирует дела первого вида, касающиеся поддерживающих действий – набора слушателей в высшие и профессиональные школы; дела Кросон и Адаранд – это примеры второго типа, т.е. планов, касающихся правительственный договоров.

ствам (особенно расовым) надлежащее представительство в законодательных органах на уровне штата или на местном уровне. Судья О'Коннор является автором основного мнения на эту тему (*Shaw v. Reno*, 1993). Признавая необходимость применения в таких случаях критерия «строгого исследования», тем не менее она одновременно констатировала, что иногда следует допустить принятие во внимание фактора расы при установлении избирательных округов, с тем, однако, чтобы этот фактор не играл решающей роли.

Разрешает ли Конституция разный подход к гражданам по признаку пола?¹

В отличие от расовой дискриминации, запрещение которой несомненно было целью клаузулы о равной защите со стороны закона, положения законодательства, допускающие дискриминацию с точки зрения пола, еще до недавнего времени признавали конституционными. По первому делу этого типа, которое рассматривал Верховный суд (*«Bradwell v. State of Illinois»*, 1872), судья Брэдли разъяснил, почему положения законодательства штата, запрещающие женщинам выполнять профессию юриста, необходимо признать соответствующими Конституции. Он без всяких обиняков сказал, что «мужчина является или же должен являться опекуном и защитником женщины. Естественная и свойственная женскому полу робость делает их, само собой разумеется, неспособными выполнять многие профессии. Сама по себе структура семьи, вытекающая из прав господних и из самой природы вещей, указывает на домашние занятия как на сферу, которая обоснованно является миром и полем деятельности женщины. Согласованность, а можно сказать тождественность, этих интересов и взглядов, которые свойственны – или же должны быть свойственны – институту семьи, противоречат облику женщины, выполняющей профессиональное занятие самостоятельно и независимо от мужа. Верховным предназначением и заданием женщины является выполнение благородных и приносящих пользу обязанностей жены и матери. Таковы законы Всевышнего».

Первым в истории делом, по которому Верховный суд признал закон неконституционным по поводу дискриминации по признаку пола, было дело *«Reed v. Reed»*. До этого дошло лишь в 1971 году. Согласно закону штата Айдахо, среди кандидатов на должность управляющего имуществом умершего всегда надлежало выбрать мужчину, разве что речь идет о женщине, обладающей более высокими квалификациями. Суд постановил, что обжалованный закон не соответствует Конституции, даже если применить менее строгий критерий, т.е. критерий «rationального обоснования» (*«the rational basis» test*). Два года спустя перед Судом появилась проблема, следует ли под-

¹ Современная доктрина и американская юрисдикция по этому вопросу оперирует двумя терминами: «сексуальная дискриминация» (*«sex discrimination»*) и «половая дискриминация» (*«gender discrimination»*). Второй из этих терминов употребляется для того, что подчеркнуть, что пол является не только чисто биологической (*«sex»*), но также общественно-политической (*«gender»*) категорией (прим. ред. – С.Ф.).

вергать наиболее ригористическому критерию «строгого исследования» («the strict scrutiny» test) положения, вводящие дискриминацию по признаку пола.

ФРОНТЬЕР ПРОТИВ РИЧАРДСОНА (FRONTIER V. RICHARDSON, 1973)

Суд рассматривал вопрос, имеет ли право женщина — лейтенант авиации, указать своего мужа как «находящееся на иждивении лицо», чтобы получить дополнительную жилую площадь и права на пользование медицинским обслуживанием на тех же основаниях, на которых могли это получить мужчины, служащие в армии. Мужчина мог указать жену как «находящееся на иждивении лицо» независимо от того, действительно ли она находилась на полном или частичном его иждивении. Женщина же, служащая в армии, не могла указать мужа как «находящееся на иждивении лицо», если не докажет, что по крайней мере половину издержек на содержание мужа покрывает она.

Госпожа Шэрон Фронтьер ходатайствовала в получении большей жилой площади и медицинского обслуживания для мужа, утверждая, что «он находится на ее иждивении». Так как ей не удалось доказать этого, соответствующие органы власти отказали в признании ее мужу упомянутых выше льгот. Тогда госпожа Шэрон Фронтьер обратилась в суд, требуя признания льгот на том же основании и в том же объеме, как это полагалось ее супругу — мужчине, который служил в авиации. Итак, Верховный суд должен быть решить, является ли такого рода дифференцированный подход не соответствующей Конституции дискриминацией служащей в армии женщины и тем самым нарушением принципа надлежащей правовой процедуры, изложенного в Пятой поправке.

«Что отличает пол от таких не вызывающих сомнений свойств, как интеллигентность или увесье, и ставит этот фактор наравне с критериями, признаваемыми чрезвычайно сомнительными, является факт, что между полом данного лица и трудоспособностью, или способностью к деятельности в пользу общества, нет никакой связи. В результате часто встречающейся законодательной дифференциации по признаку пола женщинам присваивается более низкий правовой статус, вне зависимости от реального потенциала отдельных членов этой группы» (из мнения относительного большинства, автор — судья Брэннан).

Четверо судей — на одного меньше, чем требуется для образования большинства — согласно признали, что дифференциация по признаку пола, подобным образом как по признаку расы, статусу иностранца или национальности, является «в своей основе подозрительным» (*<inherently suspect>*) и по этой причине требует применения критерия «строгого исследования». Эти судьи обратили внимание на наличие в Соединенных Штатах длительной и заслуживающей порицания традиции дискриминации женщин. Традиционно такую дискриминацию оправдывали «романтическим патернализмом», который на практике не столь возводил женщину на пьедестал, сколь замыкал ее в клетке. К женщинам относились как гражданам второй категории. На протяжении значительной части прошлого столетия положение женщин в Америке во многих отношениях можно сравнить с положением

негров во времена рабства. Женщины не могли занимать постов в государственных органах, заседать в жюри присяжных или от собственного имени обращаться в суд. Замужним женщинам отказывали в правоспособности на владение или передачу собственности, а также на роль законного опекуна собственных детей. Хотя в 1879 году неграм было гарантировано право голоса, женщины не имели даже этого права, которое само по себе является фундаментом иных основных гражданских и политических прав, вплоть до принятия Девятнадцатой поправки к Конституции спустя полвека.

Затем четверка судей подчеркнула, что положение женщин в Америке значительно улучшилось в последние десятилетия. Однако помимо этого, частично по причине очевидных и заметно отличающих их анатомических свойств, женщины продолжают встречаться с широко распространенной, иногда весьма утонченной дискриминацией во многих учебных заведениях, на рынке труда и – что пожалуй больше всего бросается в глаза – на форуме политической деятельности. Хотя по абстрактным понятиям женщины уже не являются небольшим и бессильным с политической точки зрения меньшинством, тем не менее – в значительной мере вследствие прежней дискриминации – численность их представительства в принимающих решения органах по сей день является весьма недостаточной.

Другой причиной, из-за которой относительное большинство признало классификацию по признаку пола «подозрительной», было то, что – подобно расе и национальности – пол является «закрепленным» свойством, т. е. в принципе не изменяющимся во времени, предопределенным в момент рождения. Принятие особых ограничений только по поводу пола данного лица представляется нарушением одного из фундаментальных принципов системы, согласно которой возлагаемые законом ограничения должны находиться в какой-то взаимосвязи с персональной ответственностью.

Авторы мнения относительного большинства (*«the plurality opinion»*) обратили, наконец, внимание на то, что с половины шестидесятых годов конгресс проявлял возрастающую чуткость к дифференциации, основанную на критерии пола. Конгресс принял положения, запрещающие дискриминацию при трудоустройстве, а также – в 1972 году – Конституционную поправку о равных правах (*Equal Rights Amendment*), в которой декларируется, что «ни Соединенные Штаты, ни какой-либо отдельный штат не могут отменить или ограничить причитающиеся по закону равные права по признаку пола» (так как требуемое число штатов не ратифицировало этой поправки, она не вступила в жизнь). Признание федеральным законодательным органом дифференциации по признаку пола не соответствующей Конституции должно склонить Верховный суд признать дифференциацию на основе пола как «в своей основе подозрительную» и, в качестве таковой, требующей применения критерия «строгого исследования». Относительное большинство в резюме констатировало, что обжалованные положения являются неконституционными, так как рассматривают женщин и мужчин различным образом только с той целью, чтобы улучшить деятельность административных органов. Обжалованные положения нарушают принцип равной защиты со стороны закона путем обременения женщины обязанностью доказать, что муж находился на ее иждивении.

Четыре других судьи представили совпадающее мнение относительно резюме решения, признающего, что обжалованный закон не соответствует Конституции. Однако они не согласились с применением критерия «строгого исследования». Ввиду того, что в ходе судебного производства отдельные штаты продолжали рассматривать возможность ратификации поправки о равенстве прав, более подходящим решением было оставить именно за штатами принятие решения о признании дифференциации на основе пола за «подозрительную» путем принятия или отклонения предлагаемой поправки. Так как поправка еще не принята окончательно требуемым числом штатов, сами штаты не определили, какой критерий надлежит применять при толковании поправки («строгое исследование», запрещение полностью правовой дифференциации на основе пола или же иной, менее ригористический критерий).

Лишь в 1976 году большинство состава Суда добилось, наконец, согласия в отношении критерия исследования конституционности положений, вводящих различие на основе пола. По делу «*Craig v. Boren*» был принят «промежуточный» критерий, более ригористический по сравнению с критерием «рациональных оснований», но менее ригористический, чем «строгое исследование». Таким образом, Суд вывел правило, что «дифференциация на основе пола должна служить реализации [властями] серьезных целей и оставаться в существенной взаимосвязи с достижением этих целей». Дело *Kreig* касалось законодательного положения, дискриминирующего мужчин в связи с тем, что пиво более высокой крепости было доступно в продаже для женщин с 18 лет, а для мужчин — только с возраста более 21 года. Применяя критерий «промежуточного исследования», Верховный суд отклонил это положение. Авторы особого мнения приводили аргументы, что правильнее было бы применить менее ригористический критерий «рационального обоснования», особенно если учесть, что это положение дискриминировало мужчин.

Соответствуют ли Конституции положения законодательства, отдающие предпочтение женщинам?

Так же, как и в отношении расовой дискриминации, первые дела по правовой дифференциации на основе пола касались положений, призывающих женщин или основывающихся на стереотипах о роли женщин. А как следовало поступить с положениями, которые в своей основе должны были действовать в пользу женщин? Можно ли применить тот же самый критерий конституционности? По первому этого типа делу власти штата Флорида признали налоговые льготы только вдовам («*Kahn v. Shevin*», 1974). Принимая, что налоговый закон должен быть возмещением за дискриминацию женщин в прошлом, Суд считал его конституционным, применяя критерий «рационального обоснования». Авторы же особого мнения признали, что закон базируется на стереотипном подходе к женщинам как к «слабому полу», в соответствии с которым женщины нуждаются в предпочтительном подходе властей. Следующие дела, касающиеся поддерживающих дейст-

вий, показывают, что в такого рода ситуациях Суд будет применять критерий исследования «промежуточной» степени.¹

Пожалуй, наиболее противоречивым вопросом по дискриминации на основе пола является соответствие Конституции существования поддерживаемых властями штатов раздельных мужских и женских средних и высших школ. К этому вопросу Суд отнесся по делу, касавшемуся школы медсестер штата, в которую не принимали мужчин.

Является ли система совместного обучения конституционной директивой?

МИССИСИПСКИЙ ЖЕНСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ПРОТИВ ХОГЕН (MISSISSIPPI UNIVERSITY FOR WOMEN V. HOGAN, 1982)

Высшая школа для медсестер штата Миссисипи была предназначена исключительно для женщин. Заявление в эту школу с целью получения степени лиценциата подал мужчина Джоу Хоген. Несмотря на то, что он удовлетворял всем требованиям, его не приняли по причине пола. Суд отбросил его заявление о выдаче соответствующего приказа, чтобы его приняли в школу. Политику набора студентов признали рациональной, так как она предоставляла женщинам целый ряд возможностей получения в будущем интересной работы. Апелляционный суд отклонил это решение, прибегнув к критерию «промежуточного» исследования. Штат Миссисипи имел существенный интерес в том, чтобы предоставить шансы получить соответствующее образование всем своим гражданам, но власти штата не смогли доказать наличия тесной взаимосвязи между созданием такого шанса исключительно женщинам, и интересом, состоящим в обеспечении возможности образования для всех жителей штата. Верховный суд США согласился с тем, что по настоящему делу следует применить критерий «промежуточной» степени исследования и в результате признал, что были нарушены конституционные права Хогена.

«Проводимая школой для медсестер политика непринятия мужчин укрепляет стереотип профессии медсестер как исключительно женского занятия. Обеспечив женщинам большее число мест в школах для медсестер в штате Миссисипи, такая политика придает большую достоверность старомодным взглядам, что именно женщины, а не мужчины должны готовиться

¹ По делу «Johnson v. Transportation Agency» (1987), касающемуся дискриминации при трудоустройстве (дело было возбуждено на основании Закона о правах граждан с 1964 года), речь шла о приеме на работу в учреждении штата женщины вместо мужчины с минимально высшими квалификациями. Суд воспринял принятие во внимание фактора пола лица, старающегося получить работу, как существенный фактор, ибо процентная доля женщин в должности, о которой шла речь в данном деле – диспетчера автобусов – в прошлом была непропорционально низкой. Следует, однако, заметить, что дело было разрешено на основании федерального закона, а не Конституции. Судебное решение подсказывает, тем не менее, что такого рода план поддерживающих действия был бы признан соответствующим Конституции на основании критерия «промежуточного исследования».

к профессии медсестры, а предпосылка, что профессия медсестры является сферой деятельности исключительно женщин, играет роль самореализующегося пророчества» (из мнения большинства, автор – госпожа судья Сандрा Дэй О'Коннор).

«Характерной чертой американской традиции всегда было ее уважительное отношение к многообразию, ибо в ней состоит сущность нашей демократической системы. По настоящему делу ставкой было сохранение в силе определенного мелкого аспекта этого многообразия. Этот аспект ни в коей мере не является малосущественным, тем более, если принять во внимание традиционно одобряемую у нас свободу выбора между вузами совместного и раздельного обучения» (из особого мнения судьи Пауэлла).

«Надеюсь, что мы не растеряем всех ценностей, которые некоторые считают заслуживающими сохранения (а они не исходят из дифференциации, базирующей на расе или религии) и не поддадимся нажимам излишнего конформизма. Красивая формулировка клаузулы о равной защите со стороны закона в Четырнадцатой поправке не требует от нас настолько большой самоотверженности» (из особого мнения судьи Блэкмуна).

Школа пыталась обосновать свою систему набора, ссылаясь на идею поддерживающих действий, направленных на компенсацию женщинам дискриминационного обращения в прошлом. Судья Сандрा Дэй О'Коннор, автор мнения большинства, обратила, однако, внимание на то, что женщины никогда не лишились возможности получить профессию медсестры (в году, предшествующему отказу в принятии заявления Хогена, женщины получили 94% дипломов лицензиатов в штате Миссисипи и 98% – по всей стране). Обжалованную политику набора можно было признать соответствующей Конституции в том случае, если бы власти штата были в состоянии доказать, что либо в момент открытия школы, либо в настоящее время женщины имели или имеют слишком малые шансы получить образование по профессии медсестры или же занять руководящие должности в этой области. Председатель Верховного суда Бургер, в свою очередь, в особом мнении указал, что дело ограничивается контекстом профессиональной школы для медсестер, в то время как мнение большинства состава Суда в значительной мере исходит из констатации, что профессия медсестры является традиционно феминизированной профессией. Это позволяет судить, что власти штата могли бы учредить женские школы экономического профиля или же осуществлять специальные программы обучения (только для женщин) по гуманитарным наукам, в которых традиционно преобладают – особенно в лучших университетах – мужчины. Авторы остальных особых мнений выразили опасение, что может дойти до такой ситуации, когда ни один из штатов не будет иметь у себя хотя бы одного исключительно женского вуза. В то же время многие женщины принципиально предпочитают женские школы, а не школы совместного обучения. «Многие поколения большое число наших умнейших личностей как среди педагогов, так и студентов были убеждены в наличии особых выгод, вытекающих из раздельных учебных заведений уровня выше основного».

Допускает ли Конституция отдельные военные академии для мужчин?

Со времен дела Хогена вопрос учреждений высшего образования раздельно для мужчин и женщин появлялся в контексте мужских военных академий штатов. По делу «U.S v. Virginia» (1996) Верховный суд признал, что факт отказа в приеме девушек в Вирджинскую военную академию (Virginia Military Institute – V.M.I. – У.М.И.) явился нарушением принципа равной защиты со стороны закона. Задачей академии – одного из 15 общественных учреждений высшего образования на территории штата – является подготовка военных лидеров для гражданской и военной жизни. Студенты подвергаются огромной психической и физической нагрузке с целью выработки в них требуемой физической формы и дисциплины. Власти штата аргументировали, что ограничения в приеме в академию женщин имеет свое обоснование по двум причинам. Во-первых, ограничения обеспечивают многообразность концепции обучения. Во-вторых, ригористический подход академии к процессу образования в случае приема женщин должен будет претерпеть радикальные изменения. Суд отбросил первый аргумент, упрекая властей штатов в том, что они заботятся исключительно об интересах граждан мужского пола, пренебрегая интересами молодых женщин. Нельзя отказывать женщинам, способным выдержать режим процесса образования, в праве вступления в академию. Суд сослался на успехи женщин в федеральных военных академиях и позднее в действительной военной службе. Федеральная прокуратура в ходе судебного разбирательства предложила применить критерий «строгого исследования», который применяется в случае дискриминации по признаку расы. Однако вместо этого критерия Суд предложил новую формулировку – «скептическое исследование». Затем подчеркнул, что любая дифференциация по признаку пола требует «чрезвычайно убедительного обоснования», чтобы можно было считать ее конституционной. Можно со всей вероятностью предполагать, что Верховный суд весьма неохотно подойдет к признанию соответствующими Конституции положений, вводящих дискриминацию по признаку пола. Суд отбросил также предупредительную меру, подсказанную властями штата – программу обучения только для женщин, осуществляющую в близлежащем колледже. В отличие от процесса обучения в академии, базирующего на соперничестве и дисциплине, программа для женщин делала упор на соперничество между студентками, что должно было способствовать укреплению чувства собственного достоинства. Что же касается спектра предлагаемых учебных предметов, а также статуса, источников финансирования, престижа, помощи студентам и влияний вуза, программа обучения для женщин ни в коей мере не была аналогом академии, а лишь ее слабым отражением. Такого рода подход не соответствует принципу равной защиты со стороны закона. Судья Скалия, автор единственного особого мнения, констатировал, что раздельные мужские и женские учебные заведения относятся к американской традиции, которую большинство состава Суда решительным образом хочет уничтожить.

Комментарий читателя из Европы

Дискриминация – это не только неравенство, «записанное» в законе

Несколько лет тому назад, когда еще существовал «социалистический лагерь», на одном научном конгрессе, в котором принимали участие специалисты Востока и Запада, автор настоящего комментария имела возможность впервые убедиться в основном отличии подхода людей «с Востока» и подхода людей «с Запада» к вопросу дискриминации.

Докладчик («с Востока») с глубокой верой убеждал собравшихся, что в его стране (да что говорить – во всем существующем тогда социалистическом мире) нет дискриминации женщин, ибо «закон не содержит никаких положений, которые предусматривали бы такую дискриминацию». И он был неприятно удивлен подозрительностью коллег «с Запада», которые, во-первых, не очень хотели верить тому, что социалистическое законодательство действительно абсолютно недискриминационное (по отношению к своему у них не было в этом отношении никаких иллюзий), а во-вторых – и это было важнее – пытались коллегу «с Востока» убедить, что дискриминация обозначает не только то, что написано в законах, но и то, что в повседневной жизни происходит в учреждениях, канцеляриях, предприятиях, судах.

Таким образом мы подошли к первому различию между «Востоком» и «Западом»: **о существовании дискриминации свидетельствует не состояние по декларациям (в Конституции или в каком-либо законодательном акте), но состояние, действительно существующее в практической жизни.**

Читателю «с Востока» довольно легко понять решение, по которому Верховный суд США не согласился с законодательством штата Вирджиния (дело Лавингса), запрещающим смешанные браки между белыми и черными или решение по делу «Reed v. Reed» (законодательство штата Айдахо давало привилегии мужчинам по делам о наследовании), ибо в этом случае мы имеем дело с дискриминацией, установленной законодателем штата. Более экзотичным будет для того же читателя дело Айк Во, по которому Верховный суд США осудил как нарушение Конституции дискриминационную практику, исходящую не из законодательства, а из действий администрации. Правда, администрация действовала в этом случае в рамках закона (ибо можно было отказаться от взятия концессии на устройство прачечной в деревянном здании). Но только, как-то странно складывалось, что разрешение получали находящиеся в идентичной ситуации белые, а отказы – китайцы. Именно это было признано проявлением дискриминации. Но ведь закон сам по себе никакой дискриминации не предусматривал. Точно так же деятельность городских властей не выходила за рамки закона (ибо они могли отказать в признании концессии каждому, кто хотел устроить прачечную в деревянном здании). Дискриминация и неконституционность – вот причины и источник отрицательных решений властей, направленных только против китайцев.

В Центральной и Восточной Европе отсутствует бдительность к дискриминации, исходящей не от законодателя. Например, очень удивилась бы дирекция предприятия, увольняющая большую группу работников, если бы мы ей сказали, что они допускают запрещенную законом дискриминацию,

руководствуясь принципом: «уволим женщин; муж их содержит, а молодые кое-как справляются». (Пример этот реальный, взят из периода, когда в девяностые годы начались преобразования общественного строя в Польше.) Возьмем другой пример. Рецидивисты – они дискриминируются или нет? «Что вы! Ведь нет никаких правил, которые бы утверждали неравный подход к этим людям, следовательно, все в порядке. Если даже предусматриваются некоторые обострения по их наказанию, это предусматривает закон, и ни о каком произволе даже нет речи, дело только в общей превентивности и не более» – так, по-видимому, нам бы сказали те, чье правовое сознание формировалось в условиях формалистической концепции, характерной для Центральной и Восточной Европы. Каждый, кто немного знаком с практической деятельностью судов, прокуратуры, пенитенциарных служб, будет испытывать сомнения. Скажем, положа руку на сердце, одинаково ли вежливы и внимательны в суде по отношению к интеллигенту, по неосторожности ставшему виновником автодорожной аварии, и к лицу с длинным реестром судимостей? Не будем обманывать самих себя.

Разумеется, чтобы получить правовую защиту от так понимаемой дискриминации, надо иметь, во-первых, суд, куда можно обжаловать отказ на выдачу разрешения на устройство прачечной. В странах Центральной и Восточной Европы традиция обжалования деятельности администрации и само обжалование не слишком укоренились. Во-вторых, следовало бы, чтобы и судьи хорошо понимали, что, например, увольнения с работы, о законности которых они выносят решения, или жалобы рецидивистов на отношение к ним судов, а также дела о наследстве по закону требуют бдительной судебской оценки не только с точки зрения соответствия закону, действующему непосредственно по этим вопросам, но также соответствие Конституции как высшему источнику запрета дискриминации. И, в-третьих, им не следует принимать решение «дискриминации нет, ибо ее нет в законодательстве», или: «дискриминации нет, ибо такое неравенство подхода предусмотрено законодателем, а я – судья дел, а не законов, по которым дела разбираются». Прежде всего, судья подчиняется не столько самим законам, сколько Конституции. Кроме того, он должен понимать неравенство подхода не только как неравенство, необоснованно введенное законодателем, но шире, как практику жизни. Если полиция большой, многогранной страны проводит на базаре превентивное действие, связанное с поиском торговцев наркотиками или оружия, и задерживает, обращаясь грубо (хотя и в рамках закона) только смуглых брюнетов с восточными чертами лица, тогда можно иметь замечания к легальности действий полиции. (Опять-таки: это реальный пример, взятый из действий милиции в России в девяностые годы, в связи с временным распоряжением, в котором излагались подробные правила пребывания в Москве, изданным в ноябре 1993 года и направленным, главным образом, против «лиц кавказской национальности».) Подозрения в дискриминационном характере действий полиции вытекают из того, что предметом преследований становятся люди с заметными чертами их происхождения, которые утверждали, что к ним были применены полицейские меры, в то время как криминальные аспекты оказались на заднем плане. И суд (даже,

например, уголовный, который занимается проблемой законности методов, примененных во время полицейской акции) обязан этот конституционный элемент учесть, хотя в другом отношении вся эта акция не вызывала возражений. Здесь, однако, мы наталкиваемся на очередную трудность, с которой встречаются граждане в странах Центральной и Восточной Европы, ищащие защиты права от дискриминации. У их судов нет Конституции «в крови». И, исследуя данное дело, они не склонны заняться его конституционным аспектом. А жаль. В США такой селективный подход к закону называется «selective law enforcement» и может стать причиной признания такой практики нарушением принципа «due process of law» (надлежащей процедуры).

Что это означает, если Конституция гласит, что «граждане имеют одинаковые права»?

Рассмотрим, как к вопросу равенства подходит Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод – акт, который для европейских стран равносителен американскому Биллю о правах, определяющий (тоже всем стремящимся к демократическим преобразованиям странам Центральной и Восточной Европы) стандарт защиты прав личности (человека) по отношению к власти. Возьмем ст. 14: «Пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам».

Страны Центральной и Восточной Европы приучили своих граждан к другой формулировке. В ней охотно говорится, что граждане «имеют равные права». Сразу возникает вопрос, что это обозначает, что «граждане имеют?» Конституция гласит, что «имеют», следовательно, она декларирует. Исчерпывает ли вопрос такая декларация? Вытекает ли из нее обязанность для государства предпринять действия для обеспечения равенства прав на самом деле, в действительности? Только наивные верят, что утверждение чего-либо в законе уже изменяет действительность. Разумеется, это необходимое условие изменений, но не достаточное. Так обстоит и дело с равенством, записанным в Конституциях социалистических государств. Большой скептицизм, но и прагматизм, присущ Европейской конвенции. Там сказано, что каждый «имеет равные права». Статья 14 гласит: **«использование прав и свобод должно быть обеспечено без дискриминации»**.

А это обозначает буквально то, чего требует Верховный суд США: предметом его внимания и критики является не свобода «на бумаге», а практика функционирования государства, независимо от того, кто допустил дискриминационную практику: простой законодатель, устанавливающий правила, функционер, издающий постановления, или просто действующий – по отношению к гражданину, или, наконец, суд, выносящий решения по его де-

лам. Независимо от того, какой орган, какая государственная организация и в какой форме действовала, если только установлен неравный подход, мы имеем дело с дискриминацией. А само декларирование в Конституции, что граждане имеют равные права, не означает, что они их действительно имеют, и не подтверждает автоматического вывода, что в области дискриминации все в порядке.

Одинаковый подход закона к гражданам и справедливость

В учебнике для американских детей дается объяснение различных видов справедливости: «когда мы занимаемся проблемой справедливого распределения чего-либо между несколькими людьми или группами людей, мы имеем дело с распределительной справедливостью. То, что распределяется, может быть выгодой, например, вознаграждение за труд, или нагрузкой, например, налоги, домашние обязанности, задание урока на дом. Когда мы задумываемся о правильной реакции на причиненное зло или ущерб, мы имеем дело с корректирующей справедливостью». «Процессуальную справедливость называют иногда “ключом к свободе” и “сердцем правосудия”. Процессуальная справедливость – это надлежащий способ приобретения информации и надлежащий способ принятия решений, она не имеет отношения к правильности самого решения». Когда мы говорим об одинаковой правовой защите, о равенстве перед законом, мы говорим об отсутствии процессуальной дискриминации и о корректирующей справедливости. Вопрос распределительной справедливости, как она определена выше, не имеет к этому отношения.

Без равенства отношения закона к гражданам, без обеспечения им равных условий правовой защиты не может быть и речи о демократическом государстве. Но иногда говорят о «другом» равенстве: не равенстве перед лицом закона, а о равенстве в законе, что ближе понятию распределительной справедливости, решениям о справедливом распределении.

Несколько лет тому назад в Польше, в период бурных демонстраций социального недовольства, в программе телевизионных новостей была показана дама, прославившая себя гордым лозунгом: «а желудки у нас всех одинаковые». Однако скромно замолчала при этом вопрос о состоянии умов, ибо равенство не обозначает вовсе ни «всем одно и то же», ни даже «всем одинаково». **Принцип равенства требует, чтобы в одинаковых ситуациях применялись одинаковые или похожие решения, причем из этого вовсе не вытекает, что в различных ситуациях не следует (или даже нельзя) применять различные решения.** Как видно, логическая ошибка нашей телевизионной героини просматривается со всей выразительностью: она хотела применять эгалитарный, уравнивающий принцип к неодинаковым ситуациям, ибо на деле речь шла не о равенстве в утолении голода, а о возможностях предоставления труда (для утоления голода). Труд добывается, прежде всего, головой (даже если он носит физический характер).

Казалось бы, вопрос одинакового подхода к гражданам в плане применения к ним права настолько очевиден, что никто не вправе всерьез оправ-

дывать другую точку зрения. Мало того, ведь практика дает многочисленные примеры нарушения этого основного канона равенства. К сожалению, даже в прилично управляемых государствах к человеку из «низших слоев» отношение правосудия или администрации значительно хуже. Этому вопросу посвящаются многие кинокартины или театральные пьесы – дела черных граждан США нередко иначе оформляются в полиции, чем дела белых, англосаксов и протестантов (ВАСП), даже в случае автодорожной аварии... У нас тоже можно было бы немало сказать о вежливости или корректности судов по отношению, хотя бы, к упомянутым рецидивистам. Даже если окончательный эффект решения положителен, вежливость по отношению к подсудимым вызывает подозрения. А это – как мы уже сказали – наше равенство. А бывает иначе: высокопоставленное лицо получает чрезмерное рвение администрации, которого не хватает для других. И выяснения ничего не изменяют – ведь орган действовал «в соответствии с законом», а значит, все в порядке. Ибо равенство – это не понятие, которое можно было противопоставлять легальности. Следовательно, если нормальный уровень практики, корректности действий, вежливости по делам данного рода ниже, хотя и не выходит за пределы легального стандарта, и не выходят за эти пределы внимательные действия по отношению к уважаемым личностям, все это не оправдывает нарушения принципа одинакового применения закона. Ибо в этом принципе требуется как раз, чтобы **практика** была одинакова для всех, для всех на том же уровне: как плохом, так и хорошем.

Обвинения в дискриминационном подходе не губят «добрых» намерений дискриминирующего

Нередко бывает, что неравенство подхода, воспринимаемое самими заинтересованными как дискриминация, авторы дискриминационной практики оправдывают заботой о «благе» дискриминированного. Так обстояли дела по вопросу, связанному с дискриминацией женщин в процессе трудоустройства, которым занимался польский омбудсмен (RPO/43171/89).

Женщина, желающая выполнять работу в соответствии с полученным образованием, которая не была запрещена для женщин по соображениям здоровья (ибо тогда трудно говорить о произволе запрета), а именно работу по профессии железнодорожного машиниста, не могла поступить на работу. Основания, которые были ей сообщены (тоже официальные, на уровне государственной администрации), оправдывали отказ принятия тем, что работа – тяжелая и обременительная. Следовательно, запрет был применен в интересах дискриминируемой. Такая мотивировка не удовлетворяет критериям, позволяющим установить отсутствие дискриминации. Обратим внимание на то, что по дискриминационным делам, рассматриваемым в этом томе, взятым из судебной практики Верховного суда США – неравный подход никогда не оправдывается защитой дискриминируемого «от него же самого». Верховный суд США – чтобы оправдать неравенство – ссылается всегда на интерес (иногда прямо-таки «непреодолимый», необходимый, нереализуемый без рассматриваемого неравенства) публичной власти, ис-

полняющей свои обязанности. Излишний патернализм не защищает от обвинений в попустительстве дискриминации. Другие примеры связаны со случаями, когда суд (часто – по семейным делам), например, ограничивал возможности влияния на воспитание, опеку или контакт с детьми того из родителей, который, например, после развода заключил брак с лицом другой расы (цитируемое американскими авторами дело «Пальморе против Сидоти» («Palmore v. Sidoti», 1984), или почти идентичное дело в Австрии, по которому родительских прав была лишена мать ввиду того, что она присоединилась к свидетелям Иеговы. По последнему из дел Суд по правам человека в Страсбурге (дело «Хоффман против Австрии») установил наличие дискриминации по признаку религии (аналогично тому, как Верховный суд США – по расовой дискриминации), несмотря на то, что суды, которые вынесли дискриминирующие решения, аргументировали, что они это делали для блага детей, защищая их от возможной отрицательной общественной стигматизации.

Дискриминация для «блага» дискриминируемого лица наблюдается весьма явно в связи с оценкой дискриминационности или недискриминационности законов, предусматривающих другой (более короткий по сравнению с мужчинами) трудовой стаж, дающий женщинам право перехода на пенсию. То, что одни рассматривают как привилегии или благодеяние, для других является дискриминацией. Все это – новые вопросы, только появляющиеся в судебной практике государств Центральной и Восточной Европы. В Польше Конституционный Трибунал (Kw. 5/91) признал в аналогичном случае обвинение в дискриминации обоснованным; Верховный суд постановлением от 14 мая 1996, III ARN 93/95 принял другое решение, хуже того, затемняя при этом конституционную суть спора. Дело созревает для генеральной развязки.

Дискриминация – это произвол неравного подхода, а не закрытый каталог причин, вызывающих неравенство

Не каждое неравенство достойно осуждения, а лишь то, которое имеет произвольный характер; причины усомнения при принятии решения необъяснимы, известны только тому, кто решает вопрос о введении неравенства. Возьмем следующий пример: допустим существование закона, вводящего налог «на бездепность». Многие, конечно, ворчали бы и выдвигали аргумент о равенстве. Разумный автор проекта (по-видимому, правительство) постарался бы представить соответствующие расчеты, доказывающие, что вырученные средства пойдут на какую-то Богу милую цель, иллюстрируя это материалом, показывающим расходы людей семейных и не состоящих в браке. Это послужило бы основанием для повышения налогов и распределения средств таким образом, чтобы не было подозрений в произволе. А сейчас представим себе другой тип налога: за дымоходные трубы, причем введенный сейчас, когда изменился способ отопления домов (отпадает аргумент загрязнения окружающей среды существующими, но не используемыми трубами). В этом случае обвинение в произволе и субъективном подходе было бы трудно отклонить. А сейчас реальный пример, имеющий место в Польше.

Некоторые вузы требуют от поступающих, среди других документов, справку от врача – справится ли кандидат с учебой физически. Такую справку выдает врач, который берет на себя ответственность за то, что в справке написал. До этого момента все в порядке, трудно было бы признать произвольным или неразумным требование вуза. Естественным является дифференцирование требований в отношении здоровья – в зависимости от профиля учебы. В одном из политехнических институтов (не знаю, как эта практика распространена в других вузах) требуется приложить к этой справке все результаты лабораторных анализов. Это требование нельзя признать ни разумным, ни обоснованным. Для чего? Кто это будет оценивать – экзаменационная комиссия? Ничего не скажешь – самовольное вмешательство в сферу частной жизни поступающего на учебу в именно этот политехнический институт.

Верховный суд США, занимаясь проблемой дискриминации, большой упор делает именно на формализованный способ исследования, на выяснение, имеем ли мы по данному вопросу дело с произвольным введением неравенства (что равносильно установлению дискриминации), или неравенство подхода можно считать обоснованным. Это исследование проводится с особой строгостью, когда оно связано с дискриминацией, признаваемой особенно чувствительной. Как, например, в случае расовой дискриминации. Обвинение в ней влечет за собой необходимость в так называемом строгом исследовании отмеченной дискриминационной практики. Чтобы опровергнуть обвинение, нужно доказать, что она абсолютно необходима, причем ввиду «непреодолимого интереса государства». Дела о дискриминации по признаку пола (и на это обращено внимание в казусах, представленных в настоящей главе) раньше считались примерами менее впечатляющей дискриминации и подвергались относительно нестрогой оценке (тест rationalности дифференциации). В последнее время требования идут дальше, но и в случае Верховного суда США актуальные позиции были достигнуты в результате не лишенной извилин эволюции – американские авторы этой части книги стремились показать, как изменялись инструменты оценки и сама оценка того, что «естественно», «разумно» и «необходимо» в этой области.

Конституции социалистических государств обычно путем перечисления называли несколько признаков, по которым нельзя допускать дискриминацию. Такой подход вызывает желание не признавать дискриминацией нарушения конституционного равенства по другим признакам, не перечисленным в Конституции. И это опасение не является выдуманной гипотезой. Ибо как раз такую практику ведет в Польше Генеральный прокурор, доказывая это по случаю многих дел в Конституционном Трибунале (сравни дело RPO/31319/89, направленное польским омбудсманом в Конституционный Трибунал). К счастью, польский Конституционный Трибунал с самого начала своей деятельности в 1986 году весьма последовательно протестует против такого подхода и считает, что находящееся в Конституции перечисление «по поводу чего существует равенство» имеет значение лишь в качестве примеров. Эта позиция получила распространение, и в настоящее время Генеральный прокурор тоже изменил взгляды, а проекты будущей Конституции содержат “открытый” каталог причин дискриминации. Аналогично, Верховный суд США интерпретировал Пятнадцатую поправку от 1871 года, которая

в первичном виде запрещала расовую дискриминацию в избирательных правах. Постепенно, благодаря интерпретации судов, эта поправка приобрела иной смысл. Она была признана основой запрета дискриминации и по другим признакам, кроме расового признака, а также в других областях, помимо избирательного права. Для Европейской конвенции тоже характерен широкий подход к вопросу равенства (в этом отношении идентичный с подходом Пактов ООН о правах человека от 1966 года), который указывает, что практически каждый признак может быть причиной дискриминации, если связан с произвольным дифференцированием людей законами, а также административной или судебной практикой. Характерен акцент (который делает Верховный суд США, равно как и польский Конституционный Трибунал, а также Европейская конвенция) не на перечисление, «по какой причине» возможно быть дискриминированным, но на произвол действий по дифференцированию по любому признаку. Поэтому несущественно создание закрытого каталога причин дискриминации. Ибо не только пол, происхождение, возраст, религия, раса, национальность, сексуальная ориентация, но почти каждое свойство людей может стать признаком дискриминационной практики государства, если они будут необоснованными или произвольными. В Европейской конвенции неважно, *что*, важно только, *как*. И поэтому она показывает концепцию равенства, качественно отличную от исторически сложившейся в государствах Центральной и Восточной Европы. Распространенная сейчас формулировка дискриминации, свойственная развитой демократии, основана не столь на перечислении (в Конституциях или международных актах) признаков, по которым можно быть дискриминированным, сколько на критической оценке подхода. Дискриминация – это необоснованное и самовольное узурпирование права на критически-пренебрежительный подход к другим только потому, что они иные.

Приведем пример из судебной практики Европейского Суда в Страсбурге за 1984 год. По делу «Каатшеп против Дании» муж не согласился с тем, что ему, согласно датскому законодательству, дано слишком мало времени для опровержения отцовства ребенка, которого родила его жена. В то же время мать ребенка имеет подобное право вплоть до совершеннолетия ребенка. Заявитель усмотрел в этом нарушение равенства. Его жалобу, однако, Европейский Суд не удовлетворил. Было указано, что Дания смогла доказать различие ситуации женщин и мужчин при таких обстоятельствах. Этим было признано, что государство, против которого была принесена жалоба, оправдало в достаточной степени, почему подход к мужчине и женщине был неодинаковым. Жалоба Расмуссена была признана необоснованной, но Суд подчеркнул, что это, однако, не обозначает отрицания принципа равенства. Ибо применение во внутреннем законодательстве дифференцирования по отношению к некоторым лицам или группам лиц должно быть выразительным, а мотивировка введения дифференциации должна быть «контролируемой». Это, тем не менее, не исключает свободы государств вводить дифференцирование, признанное допустимым и даже желаемым или необходимым (дело «*Lithigow v. U.K.*», 1987).

В государствах Центральной и Восточной Европы, в которых традиции современной демократии не успели достаточно глубоко укорениться, слу-

чается связывать понятие дискриминации со стремлением меньшинств куважению их интереса. «Раз большинство что-то решило, меньшинство должно подчиниться; если не подчиняется, следовательно, желают дискриминировать большинство» — так примерно вкратце выглядит этот способ мышления. Он упускает из виду два вопроса. Во-первых: демократия — это правление большинства, однако с соответствующей, взвешенной защитой меньшинства, по крайней мере на уровне минимума, защищаемого правами человека, ибо большинство сумеет (в силу того, что оно в большинстве) добиться для себя надлежащей защиты, пользуясь своим политическим преимуществом. В то же время меньшинство остается бессильным. И второй вопрос: нет и речи о дискриминации, если неравенство подхода непривольно, поддается объяснению, оправданию, рационализации.

Равенство по правам, или о трудностях противодействия дискриминации посредством «компенсационной деятельности»

Самые значительные трудности связаны как раз с так называемой компенсационной дискриминацией. Речь идет о сознательной дифференциации подхода к гражданам с целью выравнивания их шансов из-за возникшего «в точке старта» отставания. В этих случаях законодатель дает «фору» более слабым, которые по разным причинам принимают участие в «гонке шансов», стартуя с худших позиций. Несколько лет тому назад при приеме в вузы в Польше существовала система «очков», которая — как полагалось — должна была оказать такое действие по отношению к кандидатам из небольших городов, рабочей и крестьянской среды, не имеющим свободного доступа к книгам, библиотекам и т.п. Очень часто этот вид «компенсационной дискриминации» применяется для поддержки более слабых слоев общества: национальных и этнических меньшинств, женщин и т.п. Например, в Польше избирательный закон некоторым образом дает привилегии национальным меньшинствам. Сразу же появились высказывания, что это обозначает дискриминацию большинства. По тем же причинам была отклонена идея (осуществленная во многих государствах) установления преимуществ для женщин (кандидаток в избирательные органы) в избирательном законе. Такого рода компенсирующая дискриминация является инструментом, широко применяемым в мире, для выравнивания материальных условий. Чтобы её отклонить, надо было доказать, что критерии этого выравнивания были определены произвольно или они слишком далеко идущие. (Так можно, например, оценить польский случай «очков» при поступлении в вузы.) Верховный суд США занимался проблематикой такого рода, рассматривая дела по так называемым действиям в поддержку, т.е. *«affirmative action»*. Решения по такого рода делам рассматриваются как дискуссионные, а сами компенсационные действия расцениваются как «дискриминация во имя борьбы с дискриминацией» и вызывают многочисленное возражения. Достаточно сказать, что в оправдание некоторых компенсационных действий приводили как аргумент «выравнивание исторической несправедливости» — например, по отно-

шению к женщинам или чернокожим. Это обозначало сознательное введение сегодня дискриминации путем создания привилегированного положения для групп, ранее дискриминируемых. Сомнения по отношению к «affirmative action» наблюдаются и в других государствах. Так случилось, когда французский Конституционный Совет (соответствующий польскому Конституционному Трибуналу) не согласился с законом, который гарантировал женщинам не менее 25% в списках кандидатов во время выборов в местные органы власти. (Закон излагал, что запрещается, чтобы в списках числилось более чем 75% кандидатов одного пола.) Итак, было установлено, что дифференциация выравнивает шансы, однако действует слишком произвольно и, следовательно, нарушает запрет недискриминации (в данном случае мужчин). Аналогичное решение принял в 1995 году Европейский суд в Люксембурге, устанавливая, что применяемые немецким законодательством системы, предусматривающие постоянный процент женщин в публичной службе, носят дискриминационный характер, если оказывают предпочтение женщинам за счет мужчин. Только в случае идентичных квалификаций полов можно — стремясь «выровнять шансы» женщин — отдать предпочтение при принятии на работу лицу этого пола. Аналогичная ситуация встречается в деле «Richmond v. J.A. Croson», в котором Верховный суд оценил действие по поддержке фирм, принадлежащих чернокожим бизнесменам и заключающееся в преимущественном доступе к публичным заказам, как конституционно недопустимое. Как видно, компенсационная дискриминация является инструментом, вызывающим различные возражения, прежде всего, из-за произвольности используемых критериев и, следовательно, произвола, против которого она сама и должна действовать. В США, стране с большой традицией подобного типа «выравнивания шансов» наблюдаются в области использования этого инструмента характерные методы, в том числе в рамках Верховного суда и правосудия вообще. Например, это связано с теорией — казалось бы забытой — «далтонизма судей», т.е. «неразличения цвета кожи» лиц, ищущих справедливость, обязательного для судей. Сейчас наблюдается возрождение этой теории именно в результате упреков в отношении правильности расовых привилегий, имеющих целью защиту цветного меньшинства.

Однако — и это очередное важное замечание — подход к компенсационной дискриминации значительно более формализован в области политических, нежели социальных или экономических прав. По первым легче получить одобрение компенсационных действий и признание их допустимыми с точки зрения конституционного принципа «равного подхода». Следовательно, мы имеем дело с характерным «двойным стандартом» по интерпретации принципа равенства, ибо иначе интерпретируется политическое равенство, а иначе — социально-экономическое. И поэтому в области личных и политических прав, свобода законодателя в сфере «маневрирования равенством» значительно меньше, чем в области социально-экономических прав, которые считаются более доступными для инструмента «компенсационной дискриминации». Все это — во имя социальной справедливости. Польский Конституционный Трибунал также определяет, что «социальная

справедливость» оправдывает подобные действия законодателя, которые рассматриваются с точки зрения равенства граждан (U 7/88, K 18/95, K 7/90, k 7/92). Поэтому «компенсационная дискриминация», в принципе, не противоречит конституционному принципу равенства и запрету дискриминации. Другое дело, что это инструмент – очень трудный для практического использования и для защиты от критики тех, кто считает, что как раз данный конкретный случай дифференциации граждан обоснован или не обоснован. Верховный суд США установил в этих случаях особенно строгие требования для доказательства, предшествующего судебной оценке вопроса, имеет ли данное компенсационное действие признаки произвола, – принцип «строгого исследования» и необходимости оценки связи цели с непреодолимым интересом властей для ее достижения путем введения мер аффирмативного характера – дело Bakke, Metro Broadcasting, Adarand. По последнему делу судья Томас в конкурирующем мнении выразительно формулирует сомнения, возникающие в связи с применением «дискриминации *a rebours*» в виде компенсационных действий: «Так называемая дискриминация для благородных целей для многих людей доказывает, что меньшинства – из-за своей постоянной и явно нереформируемой слабости – могут конкурировать с другими только при условии пренебрежительного и протекционистского отношения... Программы (действий по поддержке) ведут неизбежно к появлению чувства своего превосходства или отрицательного отношения к меньшинствам тех, которые пользуются критерием расы. Эти программы клеймят меньшинства как группы низшего качества; они могут тоже создать их зависимость от других или убежденность в том, что “им причитаются какие то преференции”. Опасение, чтобы аффирмативные действия, по своей натуре предполагающие предпочтительный подход к какому-либо меньшинству, не обратились против них же (не говоря о том, что, стремясь ликвидировать одно неравенство, устанавливается дискриминация другого рода), приводит к сдержанности оценок действий по “выравниванию шансов путем дискриминации для благородных целей”» как со стороны Верховного суда США, так и Европейского суда в Люксембурге.

Одно и то же, но отдельно — является ли проявлением дискриминации факт сепарации при идентичности подхода?

Для Верховного суда США ответ на этот вопрос (с 1954 года) очевиден: да (дело Brown). Ранее действующий принцип «равные, но разделенные», указывающий, что о дискриминации свидетельствует не сама сепарация, но уровень подхода со стороны закона и администрации, отклонен. Недостаточно «одинакового» подхода. Требуется «общий, одинаковый подход» для того, чтобы можно было говорить о равенстве правовой защиты и отсутствии дискриминации. Путь к такому подходу, акцентирующему объединение всех, кто составляет одну нацию, был в США длительным. В некоторых странах (например, мусульманских, в которых очень сильны влияния коранического права), сегрегация (по половому признаку) в

школах, на рабочих местах, в публичных учреждениях, рассматривается той государственной властью как недискриминационная, если только она не связана с неодинаковым стандартом подхода к мужчинам и женщинам, различным уровнем предоставляемых им пособий или услуг. Однако это другая, более узкая концепция равенства по сравнению с принятой в США или Европе. Сепарация, как каждое разделение или выделение, даже если не связана с более низким стандартом подхода, выражает раздел, отвержение, нежелание «быть вместе». Для судей в деле *Brown* было очевидно, что нация, общество – это означает быть вместе, а не отдельно, хотя и одинаково. Это решение и его мотивировка очень существенны для читателя из Центральной и Восточной Европы, ибо обращают внимание на часто недооцениваемый аспект дискуссий о способе понимания дискриминации: дискриминация – это не только «содержание» подхода, заключающееся в «отличительности», но и сам факт разделения групп или личностей, к которым подход одинаковый, однако в их отделении от остальных. Этот вопрос связан, например, с отсутствием чуткости и умения замечать дискриминацию в различном подходе (хотя, объективно не ущемляющем), например, к различным религиям.

Кто допускает неконституционную дискриминацию: только государство и его представители, или же в этом можно обвинить также частные лица, сограждан?

Американский Бильль о правах, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, наконец, Конституции отдельных стран, занимаются в принципе «вертикальными» отношениями: защитой личности перед властью. Они не занимаются отношениями «по горизонтали», т.е. между личностями, гражданами. Разумеется, это не обозначает, что эти отношения не регулируются законами – однако это не конституционное дело, речь не идет о конституционных гражданских правах и свободах или правах человека. Ибо правовой защитой от граждан занимаются общее законодательство и общие суды. Сказанное распространяется и на вопросы дискриминации. Конституция, закон, государственная власть не могут приказать людям проявлять терпимость и дух равенства. Конституция может только запретить, чтобы в законах и деятельности властей не было дискриминации и нетерпимости. На действия других лиц или групп Конституция не распространяется. Можно, правда, предусмотреть наказуемость особо явных проявлений дискриминации и нетерпимости, например, проявляющихся в призывах к этническим и религиозным раздорам. От власти можно требовать создания условий свободного использования равенства, но нельзя на том же конституционном основании требовать от близких, от сограждан терпимости, а тем более симпатии. Можно лишь запретить чувство ненависти, применение дискриминации в действиях. И только в пределах этого запрета нам может помочь закон.

Можно ли подвергнуть судебному контролю с точки зрения конституционности действия частных лиц, граждан по отношению к другим граж-

данам? Это очень спорный вопрос. Когда дискриминацию по половому или национальному признаку запрещает Конституция, известно, что этот запрет адресован власти. Однако если частный клуб захочет принимать только, например, голубоглазых блондинов, исключая черноглазых и чернокожих, считается, что до тех пор, пока этот запрет не сформулирован в оскорбительной или подстрекающей форме, и если этот клуб не выполняет никаких функций по поручению и на средстваластей, которые, например, уполномочили клуб выдавать удостоверения для занимающихся рыбалкой, – все в порядке. Если, тем не менее, клуб будет выдавать эти удостоверения только голубоглазым блондинам – тогда это поведение можно будет обжаловать как нарушающее конституционный принцип недискриминации, причем потому, что, выполняя функции по поручению администрации, клуб в этой области своей деятельности перестал быть частным и уподобился административному учреждению, и по отношению к нему уже может действовать конституционный запрет дискриминации. Оценка неконституционности действийластей не перестает, однако, причинять немало забот контроллерам конституционности. Есть заботы и у Верховного суда США. Их мы видим по делу «Selly v. Kraemer» (по которому признано нарушением принципа равной защиты закона решение суда штата, санкционирующего результаты частного договора между соседями, которые обязались не продавать своих домов чернокожим. Против покупателя такого дома – ибо один из соседей нарушил этот договор – другие жители получили решение суда штата, запрещающее ему поселиться в своем доме. Это решение было признано дискриминационным нарушением принципа равной правовой защиты). Как видно – косвенно – Верховный суд был вынужден высказаться по ситуации, созданной договором между частными лицами. Такое же случилось во Франции (департамент Сены, январь 1947 года), где рассматривался вопрос завещания, по которому был лишен наследства наследник еврейской национальности. Суд решил, что лишение наследства недействительно, поскольку противоречит Конституции, запрещающей дискриминацию в том числе по религиозным и расовым признакам. Следовательно, было признано, что и в «частных» отношениях, связанных со взаимоотношениями между гражданами, действует конституционный запрет дискриминации. Пример из Франции хорошо иллюстрирует проблему: возможно ли и в какой степени действие Конституции «по горизонтали» (в данном случае – запрет дискриминации) в отношениях между гражданами. В Польше омбудсмен не усмотрел дискриминационных действий по отношению к женщинам, в деятельности строго частного общества, которое согласно его Уставу должно быть открытым только для мужчин (RPO/42110/89). Но омбудсмен не согласился (и выиграл дело в Конституционном Трибунале (U 10/88)) с дискриминацией в Уставе общества, которому были переданы административные функции: это общество распределяло права на дополнительное социальное пособие для участников Второй мировой войны. В Уставе было дано определение, кто считается участником, отдающее предпочтение лицам по идейному принципу, дискриминируя другие группы ветеранов. [...]

Пирров характер побед по делам о дискриминации

Опыт показывает, что установление судами очевидной дискриминации одного пола (...) в результате дальнейшего развития вовсе не всегда приводит к выравниванию прав полов. Ибо победа в суде оказалась пирровой. Законодатель, которого суд в своем решении обвинил в дискриминации по половому признаку, вовсе не склонен выровнять положение обиженнего пола, признав за ним право на пособия и права, свойственные положению привилегированного пола. Он сваливает с себя заботу и освобождается от обвинения в дискриминации, «понижая стандарт» (отнимая пособия и права, которыми наделил привилегированный пол). С такими случаями встретился несколько раз в своей деятельности польский парламентский омбудсмен, когда заявленное им обвинение в дискриминации по половому признаку было признано, но затем были отменены привилегии, которые обеспечивали преимущество одного из полов. В Польше одно время почтовые работники пользовались по закону некоторыми социальными привилегиями, на которые имели право, кроме самих работников-мужчин, также их супруги. В то же время мужья работниц-женщин подобных привилегий не имели. Эта ситуация очень напоминает сложившуюся по делу «Frontiero v. Richardson», 1973.

Однако когда польский омбудсмен подверг критике двойную дискриминацию (мужчины – мужья работниц по отношению к работникам; женщины-работницы по отношению к мужчинам-работникам, поскольку не получали таких, как они, пособий для членов семьи), его аргументы были признаны; но потом семейные пособия были ликвидированы вообще, и исчезли малейшие подозрения в дискриминации. Таких случаев было несколько. Они, с одной стороны, показывают, со сколь деликатной материей мы имеем дело в области дискриминации, а с другой стороны хорошо иллюстрируют динамический элемент контроля властей: «игра» между законодательным органом и судебными, в которой за вторыми – последнее слово, но это не обозначает, что законодатель охотно сдается. Он обязан принять решение, но в будущем может – изменяя закон – снизить уровень защиты и убежать, таким образом, от проблемы – во вред для личностей, в защиту которой формулируются обвинения в дискриминации.

Для читателя из Центральной и Восточной Европы ознакомление с решениями Верховного суда США по вопросам дискриминации дает картину весьма сложных и тонких проблем неравенства. Вопросы компенсационной дискриминации, дискриминации во «благо» дискриминируемого, дискриминации лишь в результате сепарации, пределов допустимости и активности властей в борьбе с дискриминацией со стороны частных лиц и субъектов, – все это присутствует, конечно, и в Центральной, и Восточной Европе. Однако годы убежденности в том, что дискриминация – это только то, что записано в законах, все время притупляют чуткость восприятия как неравенства того, что, несомненно, в другом месте воспринималось бы если не как дискриминационная практика, то, во всяком случае, как событие, заставляющее задуматься и оценить его с конституционной точки зрения. Одновременно резкая «плурализация» общества в этой части Европы, интенсификация обме-

на, в том числе людей и идей (и связанное с этим всплытие на поверхность притаившихся фобий и эмоций), перестройка экономики со свойственными рыночным отношениям конкурентностью и расслоением на богатых и бедных – все это интенсифицирует явления, в которых проявляются неравенства, дискриминационные поведения, а также изменения в стремлениях личностей и групп, связанные с этими явлениями. Поэтому ознакомление с тем, как в этих условиях «справляются другие» – весьма поучительно. [...]

ВЕРХОВНЫЙ СУД США¹

Дело «Дотард против Ролинсон» (Dothard v. Rawlinson) 433 US 321, 97 S. Ct. 2720, 53 L. Ed.2d, 786 (1977)

Верховный судья Стоарт изложил решение Суда.

Истец Диана Ролинсон подала заявление о приеме на работу в Управление исправительных работ штата Алабама на должность тюремной надзирательницы, называемую в Алабаме «исправительный советник». После того, как ее заявление было отклонено, она представила настоящий иск – в соответствии с Титулом VII Закона о гражданских правах 1964 года... 78 Статья 253 с поправками Суда США 42, § 2000 и далее (издание 1970 года и Приложение V), а также в соответствии 42 Суда США, § 1983. В своем иске она утверждала, что ей было отказано в приеме на работу на основании ее пола, что является нарушением федерального законодательства. Федеральный окружной суд среднего округа штата Алабама в составе трех судей решил дело в ее пользу (см. Mieth v. Dothard)...

I

Во время обращения с заявлением о приеме на работу в качестве стажера исправительного советника Ролинсон исполнилось 22 года и она была выпускницей колледжа по специальности «Исправительная психология». Ей было отказано в приеме на работу на том основании, что она весила менее 54 килограммов, что было менее того, что требовалось по правилам штата Алабама, которые также устанавливали минимальный рост в 160 сантиметров.

После отклонения ее заявления по причине веса Роулинсон обратилась с заявлением в Комиссию по обеспечению равных возможностей в области найма и в конечном счете получила письмо, подтверждающее ее право обратиться с иском в суд. Затем она представила жалобу в окружной суд от своего имени и от имени других женщин, оказавшихся в подобном положении, в которой оспаривалась правомочность установления минимальных требований в отношении роста и веса, что представляет собой нарушение Титула VII и раздела об обеспечении равной защиты, содержащегося в Поп-

¹ Из книги: Лоурэнс Фридмэн. Введение в американское право. Пер. с англ. / Под ред. М. Калантаровой. – М.: 1993. С. 269–273.

равке XIV. Был созван суд в составе трех судей. Еще до рассмотрения иска Совет по делам исправления штата Алабама принял административное Положение № 204, устанавливающее критерии для пола в решении вопроса о назначении исправительных советников в учреждения особо строгого режима на должности, где «имеется контакт», т.е. на должностях, требующие постоянного тесного физического контакта с заключенными. Ролинсон внесла изменение в классификацию своей жалобы, поставив под вопрос правомерность Положения № 204, которое, по ее мнению, являлось также нарушением Титула VII и Поправки XIV.

Как и большинство других исправительных заведений в Соединенных Штатах, алабамские тюрьмы разделены на мужские и женские. В настоящее время в ведении Совета по вопросам исправления штата Алабама находятся четыре большие чисто мужские тюрьмы: тюрьма «Холман», исправительное заведение Килби, Исправительный центр Г. К. Фоунтэйна и Исправительный центр Дрейпера. Совет также ведает делами женской тюрьмы «Джулия Тутуайлер», молодежного центра Фрэнка Ли, почетного лагеря номер четыре, «скотоводческой фермы» штата и девяти центров работ с выпуском на свободу под расписку, один из которых является женским. Женская тюрьма «Джулия Тутуайлер» и четыре мужские тюрьмы являются заведениями особо строгого режима. В основном жилые помещения для заключенных представляют собой большие общежития с общими душами и туалетами с открытыми входами внутрь общежитий и коридоров. Тюрьмы Дрейпера и «Фаунтин» ведут большие сельскохозяйственные работы, что делает необходимым проведение большого числа обысков с раздеванием для обнаружения незаконных предметов при возвращении заключенных в тюрьму.

В этих заведениях основная задача исправительного советника заключается в том, чтобы обеспечить безопасность и контролировать поведение заключенных путем постоянного наблюдения за ними. Для того, чтобы иметь право на рассмотрение своей кандидатуры на должность исправительного советника, соискатель обязан иметь водительские права штата Алабама, среднее образование или его эквивалент, не должен иметь физических недостатков, должен быть в возрасте от двадцати с половиной до сорока пяти лет во время своего назначения и находиться в пределах минимального роста 160 сантиметров и веса в 54 килограммов и максимального роста 210 сантиметров и веса 135 килограммов. Назначение производится с учетом положительных качеств, а должность устанавливается каждому кандидату с учетом имеющегося опыта работы и полученного образования. Письменный экзамен не проводится.

Во время судебного разбирательства в окружном суде Управление исправительных работ приняло на работу 435 человек на различные должности исправительных советников, 56 из которых были женщины. Из этих 56 женщин 21 женщина была принята на работу в женскую тюрьму «Джулия Тутуайлер». Тринадцать женщин были приняты на должности, «не требующие контакта», в четыре мужские тюрьмы особо строгого режима, а остальные 22 женщины были приняты на работу в другие исправительные заведения, находящиеся в ведении Управления исправительных работ штата Алабама. В силу того, что большинство заключенных в Алабаме содержится в четы-

рех мужских тюрьмах особо строгого режима, 336 из 435 должностей исправительных советников находились именно в этих заведениях, причем большинство из этих должностей подпадало под «контактную» классификацию. Таким образом, даже если бы кандидаты-женщины отвечали требованиям в отношении роста и веса, в соответствии с Положением № 204 они могли бы участвовать на равных основаниях в конкурсе вместе с мужчинами только на предоставление им 25% имеющихся вакансий исправительных советников в алабамской тюремной системе.

II

А. Суть жалобы на то, что требования в отношении роста и веса являются дискриминационными по отношению к женщинам, не включает в себя утверждение о том, что здесь имеет место дискриминация. Скорее речь идет о том, что эти внешне нейтральные квалификационные требования являются тенденциозными, для того чтобы лишить женщин возможности получить работу в Управлении исправительных работ штата Алабама. Мы рассмотрели дела «Criggs v. Duke Power Co.», «Aldemare Paper Co. v. Moody» (422 US. 405) с аналогичными утверждениями о том, что эти внешне нейтральные квалификационные стандарты при найме на работу избирательно лишают возможности негров получить работу, и в своем подходе мы руководствуемся этими делами.

Эти дела ясно показывают, что для того, чтобы установить случай явной дискриминации, истцу необходимо лишь показать, что при внешне нейтральных стандартах имеет место выбор кандидатов на получение работы преимущественно на дискриминационной основе. «Если будет доказано, что стандарты найма являются, по сути дела, дискриминационными, работодатель обязан обеспечить предоставление соответствующей работы» (Criggs v. power co., *supra* 432). Если работодатель докажет, что оспариваемые требования связаны с характером работы, в этом случае истец может показывать, что иные выборочные методы без аналогичных дискриминационных последствий будут также «служить законной заинтересованности работодателя в эффективной и заслуживающей доверия» работе: *Albemarle Paper Co. v. Moody*, *supra* 425. Цит. по: *Mc Donnell Douglas Corp. v. Green*, 411 US 792, 802.

Хотя женщины в возрасте 14 лет и старше составляют 52,75% населения штата Алабама и 36,89% совокупной рабочей силы, они занимают лишь 12,9% должностей исправительных советников. При рассмотрении влияния, оказываемого минимальными требованиями в отношении роста и веса на разницу в процентах найма в зависимости от пола, окружной суд обнаружил, что при соблюдении требования в отношении роста в 160 см из числа кандидатов выпадает 33,29% женщин в Соединенных Штатах в возрастной группе от 18 до 79 лет и лишь 1,28% мужчин, в то время как требование по отношению к весу в 54 килограмма исключает 22,29% женщин и 2,35% мужчин в той же возрастной группе. При сочетании требований в отношении роста и веса требования, выдвигаемые в Алабаме, исключают 41,13% женщин и менее 1% мужского населения. Исходя из этого, окруж-

ной суд счел, что Ролинсон представила на его рассмотрение случай явной незаконной дискриминации по признаку пола.

В. (Апеллянты утверждают), что они опровергли дело, возбужденное в связи с открытой дискриминацией, доказав, что требования, выдвигаемые к росту и весу, связаны с характером выполняемой работы. Они говорят, что эти требования имеют непосредственное отношение к силе достаточной, но неучтенной, которая необходима для выполнения служебных обязанностей в качестве исправительного советника. Однако в окружном суде апеллянты не представили какие-либо данные, увязывающие требования к росту и весу с силой, которая, по их мнению, необходима для успешного выполнения служебных обязанностей. Более того, они не представили никаких данных для конкретного оправдания установленных стандартов.

Если качества, связанные с работой и указанные апеллянтами, являются добросовестными, их цель была бы достигнута путем принятия и утверждения теста для проверки кандидатов, который бы прямо измерял силу. Такой честно организованный тест полностью соответствовал бы Титулу VII, поскольку это был бы тест, «определяющий пригодность определенного лица к выполнению конкретной работы, а не какого-то абстрактного лица» (Griggs v. Duke power Co., 401 США по 436). Однако ничто в настоящей записи даже не приближается к такой проверке.

По причинам, которые мы уже обсудили, окружной суд вынес правильное решение о том, что Титул VII Закона о гражданских правах 1964 года с внесенными в него поправками запрещает применение установленных требований в отношении роста и веса к Ролинсон и тому классу, который она представляет.

III

В отличие от установленных требований в отношении роста и веса Положение № 204 представляет собой явную дискриминацию женщин по признаку пола. В защиту этой неприкрытой дискриминации апеллянты ссылаются на § 703 (e) Титула VII, 42 118.C. § 2000e—2(e), который разрешает проводить различие по признаку пола «в тех определенных случаях... когда пол... является добросовестным профессиональным требованием, разумно необходимым для нормального функционирования данного конкретного заведения или предприятия».

Ограничительная формулировка § 703(e), соответствующий законодательный опыт и последовательное толкование Комиссии по обеспечению равных возможностей в области найма убеждают нас в том, что вышецитируемое исключение, по сути дела, представляет собой крайне узкое исключение из общего запрещения дискриминации по признаку пола. Однако с учетом конкретных фактических обстоятельств настоящего дела мы заключаем, что окружной суд допустил ошибку, отклонив утверждение Штата о том, что Положение № 204 подпадает под узкое толкование вышецитированного исключения.

Обстановка в алабамских тюрьмах является особо неблагоприятной для людей (любого пола). Более того, Федеральный окружной суд пришел к

выводу о том, что условия содержания под стражей в тюрьмах Штата, характеризующиеся «разгулом насилия» и «атмосферой джунглей», являются нетерпимыми с конституционной точки зрения (дело «Pugh v. Locke», 406 F. Supp. 318, 325 (средний округ, Алабама). Данные настоящего дела показывают, что из-за нехватки персонала и помещений в четырех мужских тюрьмах строгого режима не делается попытка классифицировать или разделить заключенных с учетом совершенных ими преступлений или уровня представляющей ими опасности, что, по мнению экспертов, является необходимым для эффективного тюремного перевоспитания. В результате, как следует из оценок, 20% заключенных-мужчин, совершивших преступления на сексуальной почве, размещены по всем помещениям тюрем.

В такой обстановке насилия и беспорядка было бы чрезмерным упрощением характеризовать Положение № 204 в качестве осуществления на практике «романтического патернализма» (см. «Frontiero v. Richardson» 411 US, 677, 684). В обычном деле аргументу о том, что какая-то конкретная работа является чрезмерно опасной для женщин, был противопоставлен довод о том, что цель Титула VII заключается в том, чтобы оставить право принимать окончательное решение за конкретной женщиной. Однако в данном деле речь идет о чем-то большем, чем решение женщины самой взвесить и принять риск, связанный с работой в «контактной» должности в мужской тюрьме особого режима.

Суть работы исполнительного советника заключается в поддержании порядка в тюрьме. Относительная способность женщины поддерживать порядок в мужской тюрьме особого режима, такой как тюрьма в Алабаме, может быть подорвана именно потому, что она является женщиной. Есть основания полагать, что лица, совершившие преступления на сексуальной почве, напав на женщину в прошлом, склонны повторить это, если им в тюрьме будет представлена возможность доступа к женщинам. Кроме того, была бы также большая опасность того, что другие заключенные, лишенные нормальной гетерогенной среды, будут совершать нападения на надзирательниц именно потому, что они женщины. В тюремной системе, где жестокость является нормой, где условия проживания в общежитии облегчают доступ к надзирателям, где в каждом заведении имеет место нехватка персонала и где правонарушители на сексуальной почве составляют значительную часть заключенных и они беспорядочно перемешаны с другими заключенными, нет значимых факторов, которые предотвращали бы нападения на надзирательниц.

Эксперты обеих сторон настоящего судебного процесса представили существенные доказательства того, что использование женщин в качестве охранников на «контактных» должностях в условиях, существующих в настоящее время в алабамских тюрьмах строгого режима, представляет собой серьезную проблему, непосредственно связанную с полом тюремного надзирателя. На основании этих доводов мы делаем вывод о том, что окружной суд совершил ошибку, постановив, что требования о том, чтобы сотрудник был лицом мужского пола, не является добросовестным профессиональным требованием для предоставления работы в качестве исправительного советника в «контактной» тюрьме, если это касается мужской тюрьмы строгого режима в Алабаме.

Член Верховного суда Маршалл, к которому присоединяется член Верховного суда Бреннан, соглашаясь частично с решением и частично выражая свое особое мнение, написал:

«Я полностью согласен с анализом, данным Судом, требованиями в отношении роста и веса тюремных охранников, а также с его заключением о том, что эти ограничения являются дискриминационными на основании пола в нарушение Титула VII... Однако при всем моем уважении к Суду я выражают несогласие с применением Судом вышецитируемого исключения в данном деле...

Как представляется, по мнению Суда, действительным дисквалифицирующим фактором является то, что “работником является женщина”. Суд ссылается на большое число заключенных, совершивших преступления на сексуальной почве и содержащихся в тюрьмах Алабамы, а также упоминает “вероятность того, что заключенные могут совершить нападение на женщину именно потому, что она является женщиной”. Короче говоря, принципиальным объяснением вынесенного решения является то, что женщины, работающие надзирателями, провоцируют своим присутствием нападения на сексуальной почве. При всем своем уважении я должен отметить, что такая постановка вопроса, к сожалению, увековечивает один из самых старых предрассудков о женщинах, чтовольно или невольно они являются соблазнительным сексуальным предметом. Результатом решения, и я в этом уверен, будет то, что женщины будут наказаны за то, что само их присутствие может спровоцировать нападения на сексуальной почве. Именно женщины должны расплачиваться лишением возможности устроиться на работу из-за угрозы недостойного поведения заключенных. Опять же “при близком рассмотрении пьедестал, на который мы поставили женщину, оказался клеткой” (Sailer Inn, Inc.. Kirby, 5 Cal. 3d 1, 20, 485 P. 2d 541 (1971). Особая ирония заключается в том, что эта клетка воздвигается здесь в ответ на вызывающее страх поведение преступников, находящихся в тюрьме...

Соответствующей реакцией на неизбежные нападения как на женщин, так и мужчин, работающих охранниками, было бы не ограничение возможностей устроиться на работу для законопослушных женщин, решивших поработать на благо общества, а принятие быстрых и решительных мер наказания по отношению к заключенным, совершившим нарушение. Можно предположить, что одна из целей, преследуемых алабамской пенитенциарной системой, заключается в том, чтобы искоренить антиобщественное поведение, чтобы со временем заключенные смогли бы жить в свободном обществе. Заключенные, совершившие преступления на сексуальной почве, могут вступить на этот путь, научившись вести себя по отношению к женщинам-охранникам общественно приемлемым образом. Лишив женщин возможности получить работу из-за угрожающего поведения осужденных преступников, мы поставили бы наши приоритеты с ног на голову».

РАЗДЕЛ III

ЗАПРЕТ ДИСКРИМИНАЦИИ В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРИНЦИПА РАВНОПРАВИЯ И ЗАПРЕТА ДИСКРИМИНАЦИИ В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

Общая ситуация в российской правовой системе характеризуется отсутствием единой терминологии и единообразного подхода к формулированию правовых предписаний и запретов, связанных с обеспечением равенства, недостаточной конкретностью соответствующих материальных правовых норм, превалированием материальных норм над процессуальными, отсутствием достаточной для обобщения правоприменительной практики. Все это вызывает необходимость подробного и в основном умозрительного рассмотрения множества норм, относящихся к разным институтам и отраслям законодательства.

Конституция и законодательство РФ не определяют право на равенство как субъективное право лица. Правовое равенство в значении равенства прав, свобод и обязанностей человека и гражданина присутствует в Конституции и законодательстве как общий принцип, который, как правило, именуется принципом равноправия. Последний в общем плане может быть раскрыт как требование равного обращения с равными субъектами в сопоставимых ситуациях и различного обращения с неравными субъектами, если иное не имеет объективного и справедливого обоснования. Однако в законодательстве принцип равноправия формулируется посредством нескольких конструкций, допускающих различные интерпретации. Дело осложняется тем, что термин «равноправие» находит применение в весьма несходных контекстах – равноправие субъектов федерации, равноправие сторон в процессе – и даже в столь экзотических сочетаниях, как «равноправие народов» (Преамбула Конституции РФ) и «равноправие языков народов РФ» (Закон РФ «О языках народов РФ» 1991 г.). В литературе же встречаются не только различные, но и диаметрально противоположные толкования понятия.

Считается, что принцип равноправия выражается во всеобщности действия конституционных и законодательных норм, закрепляющих основные права и свободы, а также гарантий этих прав и свобод. В качестве правовых гарантий принципа равноправия можно рассматривать единство требований, обуславливающих реализацию прав и свобод граждан, и универсальность процессуальных механизмов таковой реализации.

В соответствии с ч. 2 ст. 6 Конституции РФ «каждый гражданин Российской Федерации обладает на ее территории всеми правами и свободами и несет равные обязанности, предусмотренные Конституцией Российской Федерации». Часть 1 ст. 19 предусматривает, что «все равны перед законом и судом». Часть 2 ст. 19 устанавливает, что «государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств. Запрещаются любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности».

Принцип равноправия распространяется, таким образом, не только на граждан РФ, но и на иностранных граждан и лиц без гражданства. Важно то, что ч. 2 ст. 19 Конституции содержит открытый перечень признаков, на основании которых не допускается посягательство на равенство прав и свобод. Конституция провозглашает равенство перед законом, но не равную защиту закона, однако из общего смысла ч. 2 ст. 19 следует принцип равной защиты индивидов законом. Статья 19 носит субсидиарный характер и защищает равенство в связи с реализацией конкретных прав и свобод или исполнением обязанностей.

Содержание ст. 19 Конституции открывает определенную свободу для интерпретаций. Первое предложение части 2 этой статьи не может быть однозначно истолковано как прямой и непосредственный запрет любого посягательства на равенство прав и свобод, в том числе в отношениях между частными лицами, или как обязанность государства искоренять нарушения равенства. Второе предложение той же второй части налагает запрет только на «ограничение прав» и только в связи с закрытым списком из пяти признаков.

Кроме того, ч. 3 ст. 19 Конституции также вводит понятие «равных возможностей» реализации прав и свобод для женщин и мужчин, ч. 4 ст. 32 Конституции – «равного доступа» к государственной службе, а ч. 3 ст. 37 – «дискриминации» применительно к вознаграждению за труд, но во всех этих случаях – без дефиниций.

Положения Конституции РФ о равенстве прав, свобод и обязанностей и равном доступе к определенным благам воспроизводятся в целом ряде законодательных актов. Так, в Гражданском кодексе 1994 г. декларируется равенство участников гражданско-правовых отношений (ч. 1 ст. 1, ч. 1 ст. 2). Статья 4 Уголовного кодекса 1996 г. устанавливает равенство граждан перед законом и равные основания уголовной ответственности, ст. 6 Гражданского процессуального кодекса 2002 г. и ст. 7 Арбитражного процессуального кодекса 2002 г. закрепляют принцип равенства перед законом и судом «независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям и других обстоятельств, а также всех организаций независимо от их организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения, подчиненности и других обстоятельств». В законе «О милиции» 1991 г. ч. 1 ст. 5

(в редакции Федерального закона от 31.03.1999 № 68-ФЗ) устанавливается принцип равной защиты прав и свобод человека и гражданина органами милиции. Часть 1 ст. 5 Закона «Об образовании» 1992 г. гласит: «Гражданам Российской Федерации гарантируется возможность получения образования независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным организациям (объединениям), возраста, состояния здоровья, социального, имущественного и должностного положения, наличия судимости. Ограничения прав граждан на профессиональное образование по признакам пола, возраста, состояния здоровья, наличия судимости могут быть установлены только законом». Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан 1993 г. гарантируют гражданам «равную охрану здоровья» независимо от пола, расы, национальности и других признаков, Закон РФ «О медицинском страховании граждан в Российской Федерации» 1991 г. – «равные возможности в получении медицинской и лекарственной помощи», а федеральные законы «О системе государственной службы Российской Федерации» 2003 г. и «Об основах муниципальной службы Российской Федерации» 1998 г. – «равный доступ» к государственной и муниципальной службе соответственно. Кроме того, широко, но в разных и нечетко определенных значениях используется и сам термин «равноправие».

Во всех перечисленных выше, кроме УК РФ, законах декларируется равенство прав, однако отсутствует запрет на его нарушение.

Целый ряд важных законодательных актов вообще не содержит каких-либо положений о равных правах и о запрете дискриминации. К ним относятся Федеральный закон «Об основах федеральной политики в области защиты труда» 1999 г. (затрагивает только вопросы физической безопасности), Законы РФ «О защите прав потребителей» 1992 г., «О вынужденных переселенцах» 1993 г. и «О беженцах» 1993 г. (со всеми последующими изменениями и дополнениями). Жилищный кодекс РФ 2004 г. говорит в общем виде только о «признании равенства участников регулируемых жилищным законодательством отношений» и не включает в себя никаких антидискриминационных положений.

Законодательство и правоприменительная практика, а также юридическая дискуссия в России не предлагают ни определений, ни толкований ключевых понятий, относящихся к принципу равноправия, а именно «равенства прав и свобод», «равного доступа» и «равных возможностей реализации прав». Это является серьезной лакуной в российском праве в целом. Принцип равноправия и запрет его нарушения не исключают дифференциации по тем или иным признакам, более того, институт льгот находит в российской правовой системе достаточно широкое применение. Таким образом, необходимо доктринальное и нормативное установление критерии допустимости различного обращения.

Конституция и отраслевое законодательство устанавливают запрет отступления от принципа равноправия. Ряд федеральных законов содержит понятие «дискриминация»: Трудовой кодекс 2001 г., Федеральный закон «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении

преступлений» 1995 г., Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан 1993 г., Закон РФ «Об образовании» 1992 г., Федеральный закон «О государственной гражданской службе Российской Федерации» 2004 г. Федеральный закон «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» 1996 г. запрещает дискриминацию по признаку принадлежности к профсоюзам. Эти акты используют термин «дискриминация» без его определения и в неодинаковых контекстах.

Семейный кодекс РФ запрещает «ограничение прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности»; Федеральный закон «О гражданстве» 2002 г. устанавливает, что «принципы гражданства Российской Федерации и правила, регулирующие вопросы гражданства Российской Федерации, не могут содержать положений, ограничивающих права граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности».

Следует учитывать при этом, что в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ частью правовой системы РФ являются ратифицированные Россией международные договоры, в том числе посвященные предотвращению и ликвидации дискриминации и содержащие соответствующие определения.

Наиболее подробные положения, относящиеся к равенству и запрету дискриминации, приводятся в Трудовом кодексе РФ, который обеспечивает защиту от дискриминации в сфере труда, в том числе при приеме на работу, т.е. до стадии наступления трудовых отношений. Статья 3 Кодекса оговаривает, что установление различий, исключений, предпочтений, а также ограничение прав работников, которые определяются свойственными данному виду труда требованиями, установленными федеральным законом, либо обусловлены особой заботой государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защите, не является дискриминацией.

Статья 426 Гражданского кодекса РФ, относящаяся к институту «публичного договора», т.е. предложению со стороны коммерческой организации товара или услуги неопределенному кругу потребителей, устанавливает обязанность продавца не проводить различий между потребителями, т.е. не отказывать в товаре или услуге каким-либо потребителям или устанавливать различную цену и другие условия сделки для разных потребителей, если закон не разрешает установление преимуществ для определенных категорий потребителей.

В РФ нет специального антидискриминационного законодательства. Ни в одном российском нормативно-правовом акте не устанавливается запрет на сегрегацию и иные частные формы дискриминационного обращения. В практическом плане серьезным пробелом является отсутствие прямого запрета на дискриминационные объявления, не являющиеся коммерческой рекламой и публикациями СМИ.

Российское законодательство, правоприменительная практика и даже научная литература не предлагают определения и толкования понятий «дискриминация», «ограничение прав», «создание препятствий реализации прав», «умаление прав», «законное или незаконное проведение различий». Профессиональная дискуссия затрагивает только общее содержание при-

нципа равноправия и институты льгот и привилегий. Законодательство не содержит также смежных понятий «принуждения к дискриминации» и «подстрекательства к дискриминации», введение которых вытекает из международных обязательств страны.

По формальному признаку исключение составляет ст. 136 Уголовного кодекса РФ, в которой впервые была предпринята попытка дать дефиницию слова «дискриминация». В соответствии с частью 1 новой редакции указанной статьи (Федеральный закон от 08.12.2003 № 162-ФЗ) «дискриминация» означает «нарушение прав, свобод и законных интересов человека и гражданина в зависимости от его пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям или каким-либо социальным группам».

Адекватность подобного определения вызывает сомнения. Понятие «дискриминация» раскрывается не через ее конкретные формы, а путем отождествления с нарушением прав, свобод и законных интересов. По смыслу международно-правовых актов нарушение прав и свобод может быть одной из целей или следствий, но не формой дискриминации. Законодатель также не поясняет, что в данном контексте включается в термин «нарушение прав». По устоявшейся практике под «нарушением» понимается прямое и непосредственное воспрепятствование пользованию конкретным правом, таким образом, дискриминация понимается в предельно узком смысле.

Законодательство, правоприменительная практика и профессиональная правоведческая дискуссия в целом не дают ответа на вопрос, каким образом конституционный и законодательный запрет нарушения равенства прав и свобод в России соотносится с международными обязательствами страны в отношении предотвращения и ликвидации дискриминации. В этом отношении особого внимания заслуживает правовая позиция Конституционного Суда РФ, выраженная в связи с решением вопроса о соответствии ряда норм ст. 19 Конституции РФ.

КС РФ также никогда не предпринимал попытки дать свое толкование термина «дискриминация». Дела, рассмотренные судом, затрагивали вопросы равенства по признакам возраста (Постановление № 6-П от 23 мая 1995 г., Определение № 103-О от 18 апреля 2000 г.), трудового стажа (Постановление № 8-П от 24 мая 2001 г.), профессии (Постановление № 7-П от 24 февраля 1998 г.), места жительства (Постановление № 2-П от 15 января 1998 г.). По мнению КС, принцип правового равенства означает недопустимость проведения произвольных и необоснованных различий (Постановление № 7-П от 6 июня 1995 г.). Напротив, Суд указал, что установление обоснованных и законных предпочтений или ограничений не означает нарушения конституционного принципа равенства (Постановление № 19-П от 27 декабря 1999 г.). Например, исключение или предпочтение, вызванное специфическими требованиями определенной работы или профессии, не могут считаться дискриминационными (Постановление № 8-П от 24 мая 2001 г.).

Следовательно, с точки зрения КС, нарушение принципа равноправия можно определять как проведение произвольных и необоснованных разли-

чий, затрагивающее определенные права и свободы. КС также определил, что ст. 19 применима в случаях, когда проводятся различия между организациями или иными юридическими лицами, если такое проведение различий не является оправданным и оказывает негативное воздействие на права и свободы индивидов (Постановление № 18-П от 23 декабря 1999 г.). Согласно мнению Суда принцип равенства, гарантированный ст. 19, относится не только к конституционным правам, но ко всем правам, защищаемым законом (Постановление № 13-П от 24 октября 2000 г.). Таким образом, подход КС РФ к толкованию ст. 19 Конституции близок к пониманию дискриминации, проводимому универсальными договорами по правам человека и соответствующими конвенциональными органами.

В России большинство правовых норм, относящихся к равноправию и дискриминации, являются материальными нормами, и в законодательстве явно не хватает достаточных процедурных гарантий против дискриминации. Существуют некоторые гражданско-правовые, уголовно-правовые и административные средства защиты от посягательства на принцип равноправия и возмещения понесенного вреда, но они применимы, скорее, в теории, чем на практике.

Статья 46 Конституции РФ гарантирует судебный механизм защиты прав и свобод. Дела, в которых имеют место нарушения права со стороны государственных органов и должностных лиц, подпадают под регулирование глав 23, 24 и 25 Гражданского процессуального кодекса (ГПК) РФ: производство по делам о признании недействующими нормативных правовых актов полностью или в части и производство по делам об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих. В суд может обратиться гражданин или организация, считающая, что обжалуемым нормативно-правовым актом нарушаются их права и свободы, гарантированные Конституцией РФ и другими нормативно-правовыми актами. С подобным заявлением вправе обратиться прокурор, а также органы государственной и муниципальной власти, полагающие, что этим актом нарушена их компетенция. Отказ лица, обратившегося в суд, от своего требования не влечет за собой прекращение производства по делу (ч. 3 ст. 252). Решение суда о признании нормативного правового акта недействующим не может быть преодолено повторным принятием такого же акта (ч. 4 ст. 253).

Помимо ГПК, порядок рассмотрения данной категории дел регулируется законом «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» 1993 г. В судебном порядке могут быть оспорены действия и решения, в результате которых «нарушены права и свободы гражданина; созданы препятствия к осуществлению гражданином его прав и свобод; на гражданина незаконно возложена какая-либо обязанность или он незаконно привлечен к ответственности». Гражданин освобождается от обязанности доказывать незаконность обжалуемых действий (решений), но обязан доказать факт нарушения своих прав и свобод; на заинтересованное лицо, действия (решения) которого обжалуются, возлагается процессуальная обязанность документально доказать законность обжалуемых действий

(решений). Статья 249 ГПК РФ распространяет подобный порядок распределения бремени доказывания и на дела о признании недействующими нормативных правовых актов.

Однако практика по делам подобного рода применительно к противодействию дискриминации отсутствует. Оспаривание действий и решений органов государственной власти и должностных лиц получило распространения, в том числе при оспаривании действий и решений, содержащих признаки дискриминации, но только в тех случаях, когда эти действия и решения являлись неправомерными безотносительно к их дискриминационному характеру. При этом наличие признаков дискриминации в оспариваемом действии или решении практически никогда не рассматривалось судами и не влияло на их мотивировку. Предметом рассмотрения служит лишь соответствие действия или решения конкретным положениям законов, охраняющих права, свободы и законные интересы граждан. Нет и примеров, чтобы незаконное проведение различий, вызывающее негативные последствия для лица или группы лиц, но не являющееся прямым нарушением или ограничением прав (например, при осуществлении дискреционных полномочий, официального контроля или надзора), квалифицировалось как дискриминация или нарушение равноправия.

Все остальные категории дел с элементом дискриминации в принципе могут рассматриваться в порядке искового производства.

По Трудовому кодексу, лицо, считающее, что оно подверглось дискриминации в трудовой сфере, имеет право обратиться в суд с жалобой на дискриминационное обращение (ст. 391 ТК). Параграф 15 ст. 70 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» 2004 г. предоставляет гражданским служащим право обращаться в суд, если они считают, что подверглись дискриминации.

Теоретически в антидискриминационном контексте могла бы найти применение ст. 426 Гражданского кодекса Российской Федерации о публичном договоре в тех случаях, когда речь идет о необоснованном отказе в продаже товаров или оказании услуг. Последствиями неисполнения коммерческой организацией публичного договора может быть понуждение в судебном порядке организации продать товар или оказать услугу и возместить убытки, вызванные уклонением от исполнения публичного договора, в том числе моральный вред.

В принципе, дискриминационное обращение может рассматриваться как посягательство на честь и достоинство лица, и с нарушителя в судебном порядке может быть взыскано возмещение морального вреда. Моральный вред, причиненный действиями (бездействием), нарушающими имущественные права гражданина, подлежит компенсации только в случаях, предусмотренных законом (ч. 2 ст. 1099 ГК РФ). В рассматриваемом контексте таковым может быть Закон РФ о защите прав потребителей 1992 г., предусматривающий (ст. 15) компенсацию морального вреда, причиненного нарушением прав потребителей. Часть 4 ст. 3 ТК РФ прямо предусматривает компенсацию морального вреда за дискриминацию наряду с восстановлением нарушенных прав и возмещением материального ущерба.

В тех случаях, когда речь идет о действиях, способных причинить вред в будущем, возможно применение ст. 1065 ГК РФ с целью запрещения подобной деятельности по решению суда.

Однако информация о том, чтобы какой-либо из этих правовых механизмов применялся на практике в делах с элементами дискриминации, отсутствует.

Статья 136 Уголовного кодекса «Нарушение равенства прав и свобод человека и гражданина» (в редакции декабря 2003 г.) предусматривает уголовную ответственность за «дискриминацию, т.е. нарушение прав, свобод и законных интересов человека и гражданина в зависимости от его пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям или каким-либо социальным группам». Часть 1 этой статьи предусматривает наказание в пределах от штрафа в размере 200 тыс. рублей до двух лет лишения свободы. Часть 2 предусматривает за совершение такого же преступления с использованием служебного положения наказание в пределах от штрафа в 100 тыс. рублей до пяти лет лишения свободы. Часть 2 ст. 136 является статьей публичного обвинения, а ч. 1 в 2003 г. стала статьей частно-публичного обвинения.

Статья 136 используется в единичных случаях; полные официальные статистические данные о ее применении отсутствуют. Возможность применения ч. 1 ст. 136, т.е. в отношении неопределенного широкого круга деяний вне зависимости от степени их общественной опасности, вероятно, в числе прочих факторов сдерживает применение этой нормы. Кроме того, по смыслу статьи дискриминация рассматривается только в материальном смысле, только как завершенное действие. Вместе с тем диспозиция ст. 136 потенциально препятствует противодействию дискриминации гражданско-правовыми средствами, так как судьи получают основание отказывать заявителям со ссылкой на неподведомственность дел о дискриминации в процессе гражданского судопроизводства, поскольку любая дискриминация образует состав уголовного преступления.

Практика работы ряда административных механизмов не позволяет судить о том, могут ли они использоваться в качестве средства противодействия дискриминации. Федеральная инспекция труда (создана в 1994 г.) уполномочена осуществлять общий контроль за условиями трудовой деятельности. В случае нарушения трудового законодательства трудовые инспекторы имеют право выдавать предписания, обязательные для работодателей, или подавать жалобы в прокуратуру, или возбуждать судебный процесс. Информация о том, что такое право когда-либо использовалось для предупреждения или ликвидации дискриминации, отсутствует. В обязанности Государственной жилищной инспекции (ГЖИ) входит контроль за соблюдением прав и законных интересов граждан и государства в жилищной сфере. В реальности же ГЖИ проверяет только физическое состояние жилых зданий и их соответствие официальным техническим стандартам. Так же нет сведений о том, чтобы структуры в системе исполнительной государственной власти и местного самоуправления, занимающиеся защитой прав потребителя и регулированием потребительского рынка, противодействовали дискриминации потребителей. В составе Министерстве обра-

зования и науки РФ с 2004 г. существует Федеральная служба по надзору в сфере образования и науки, в обязанности которой входят общий контроль и надзор за соблюдением законодательства. Сведения о том, что эта надзорная служба так же, как и ее предшественница, прилагала какие-либо усилия для предупреждения или ликвидации дискриминации, отсутствуют. На государственные и муниципальные органы управления образованием прямо не возложена обязанность заниматься вопросами дискриминации.

В Российской Федерации прокуратура представляет собой отдельную независимую структуру государственных органов. В обязанности прокуратуры в числе прочего входит следующее: а) общий контроль за соблюдением Конституции и федерального законодательства государственными и негосударственными органами; б) общий контроль за состоянием прав и свобод граждан; в) расследование и поддержание обвинения в суде. Информации о вмешательстве органов прокуратуры в ситуации дискриминации при осуществлении общего надзора нет. Также прокуратура не проявляет активности при преследовании дискриминации в уголовном порядке, хотя именно ей подследственны дела по ст. 136 УК РФ.

Ни один законодательный акт в Российской Федерации не предусматривает в прямой форме какой-либо специальной дисциплинарной ответственности государственных и муниципальных служащих за дискриминационное поведение или соответствующие высказывания. Статья 14 рамочного Федерального закона «Об основах государственной службы Российской Федерации» 1995 г. предусматривает общую дисциплинарную ответственность государственного служащего за ненадлежащее выполнение своих обязанностей и содержит общую ссылку на «ответственность в соответствии с федеральным законодательством» за нарушение прав и свобод граждан. Пункт 4 части 1 ст. 15 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» 2004 г. в самом общем виде оговаривает, что государственный служащий должен соблюдать «права и законные интересы граждан и организаций». Однако данные о том, чтобы перечисленные средства применялись в случаях дискриминационного поведения государственных служащих, отсутствуют. Такую же ситуацию можно наблюдать и в военизованных структурах (вооруженные силы, служба безопасности, органы внутренних дел) и в муниципальных органах.

В Российской Федерации ни на федеральном, ни на региональном уровне не существуют какие-либо специальные органы, отвечающие за предупреждение и ликвидацию дискриминации. Теоретически Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации имеет право разбираться с любой жалобой на нарушения прав человека в случаях, когда все прочие имеющиеся средства правовой защиты исчерпаны, или в случае массовых и систематических нарушений. До настоящего времени аппарат Уполномоченного по правам человека не проявил заметной активности в противодействии дискриминации. Также вопросами дискриминации практически не занимаются региональные уполномоченные по правам человека.

Кроме того, Конституция и текущее законодательство запрещают ряд смежных с дискриминацией деяний, в первую очередь возбуждение расо-

вой, этнической и религиозной вражды и устанавливают за них ответственность вплоть до уголовной.

В данном разделе хрестоматии приводятся три постановления Конституционного суда РФ – № 18-П от 15 июня 1998 г., № 19-П от 27 декабря 1999 г. и № 13-П от 24 октября 2000 г., которые наиболее четко позволяют проследить подход КС к толкованию ст. 19 Конституции РФ; Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 2 от 17 марта 2004 г. «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации», содержащее разъяснения ВС РФ относительно применения Трудового кодекса в делах о дискриминации, и Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 6 июня 2003 г. № 60-Г03-10, которое иллюстрирует применение судом принципа равноправия в сфере трудовых отношений.

ПОСТАНОВЛЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ ОТ 27 ДЕКАБРЯ 1999 Г. № 19-П

ПО ДЕЛУ О ПРОВЕРКЕ КОНСТИТУЦИОННОСТИ ПОЛОЖЕНИЙ ПУНКТА 3 СТАТЬИ 20 ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА «О ВЫСШЕМ И ПОСЛЕВУЗОВСКОМ ПРОФЕССИОНАЛЬНОМ ОБРАЗОВАНИИ» В СВЯЗИ С ЖАЛОБАМИ ГРАЖДАН В.П.МАЛКОВА И Ю.А.АНТРОПОВА, А ТАКЖЕ ЗАПРОСОМ ВАХИТОВСКОГО РАЙОННОГО СУДА ГОРОДА КАЗАНИ

Конституционный Суд Российской Федерации в составе председательствующего Г.А.Жилина, судей М.В.Баглай, Ю.М.Данилова, Л.М.Жарковой, В.Д.Зорькина, В.О.Лучина, В.Г.Стрекозова, О.С.Хохряковой,

с участием граждан В.П.Малкова и Ю.А.Антропова, постоянного представителя Государственной Думы в Конституционном Суде Российской Федерации В.В.Лазарева, представителя Совета Федерации – адвоката Ю.А.Тимохова, полномочного представителя Президента Российской Федерации в Конституционном Суде Российской Федерации М.А.Митюкова,

руководствуясь статьей 125 (часть 4) Конституции Российской Федерации, пунктом 3 части первой, частями второй и третьей статьи 3, пунктом 3 части второй статьи 22, статьями 36, 74, 86, 96, 97, 99, 101, 102 и 104 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»,

рассмотрел в открытом заседании дело о проверке конституционности положений пункта 3 статьи 20 Федерального закона от 22 августа 1996 года «О высшем и послевузовском профессиональном образовании».

Поводом к рассмотрению дела явились жалобы граждан В.П.Малкова и Ю.А.Антропова на нарушение конституционных прав и свобод указанными положениями Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании», а также запрос Вахитовского районного суда города Казани.

Основанием к рассмотрению дела явилась обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствуют ли Конституции Российской Федерации установленные этими положениями возрастные ограничения для лиц, замещающих должности заведующих кафедрами в государственных и муниципальных высших учебных заведениях.

Поскольку жалобы граждан и запрос суда касаются одного и того же предмета, Конституционный Суд Российской Федерации, руководствуясь статьей 48 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», соединил дела по этим обращениям в одном производстве.

Заслушав сообщение судьи-докладчика О.С.Хохряковой, объяснения представителей сторон, выступление приглашенного в заседание представителя от Министерства образования Российской Федерации – первого заместителя Министра В.М.Жураковского, исследовав представленные документы и иные материалы, Конституционный Суд Российской Федерации установил:

1. В соответствии с абзацем первым пункта 3 статьи 20 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» в государственных и муниципальных высших учебных заведениях должности ректоров, проректоров, деканов факультетов, заведующих кафедрами, руководителей филиалов и институтов замещаются лицами в возрасте не старше шестидесяти пяти лет независимо от времени заключения трудовых договоров (контрактов); лица, занимающие указанные должности и достигшие данного возраста, переводятся с их согласия на иные должности, соответствующие их квалификации. Абзацем четвертым того же пункта предусматривается, что по представлению ученого совета высшего учебного заведения ректор может продлить срок пребывания в должности заведующего кафедрой до достижения семидесятилетнего возраста.

По мнению заявителей, установление законодателем предельного возраста при замещении ряда должностей в государственных и муниципальных высших учебных заведениях является недопустимым ограничением свободы труда, препятствует реализации конституционного права каждого свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, носит дискриминационный характер, а потому положения пункта 3 статьи 20 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» не соответствуют статьям 2, 7 (часть 1), 15 (часть 1), 17 (части 1 и 2), 18, 19 (части 1 и 2), 37 (часть 1) и 55 (части 2 и 3) Конституции Российской Федерации.

2. Заявителю В.П.Малкову, занимавшему должность заведующего кафедрой в Казанском государственном университете, на основании пункта 3 статьи 20 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» было отказано в продлении срока пребывания в этой должности после достижения им шестидесятипятилетнего возраста. С предложенным переводом на должность профессора той же кафедры В.П.Малков не согласился и был уволен из университета. Вахитовский районный суд города Казани, куда В.П.Малков обратился с иском к Казанскому государственному университету о восстановлении на работе в

должности заведующего кафедрой и о признании незаконным решения ученого совета не продлевать срок его пребывания в этой должности, прияя к выводу о том, что положения пункта 3 статьи 20 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» противоречат Конституции Российской Федерации, приостановил производство по делу и направил в Конституционный Суд Российской Федерации запрос о проверке их конституционности. С соответствующей жалобой в Конституционный Суд Российской Федерации обратился и гражданин В.П.Малков.

Заявителю Ю.А.Антропову, занимавшему должность заведующего кафедрой в Пензенском институте усовершенствования врачей Министерства здравоохранения Российской Федерации, в связи с достижением семидесятилетнего возраста было отказано в заключении на очередной срок трудового договора (контракта) о работе в этой должности. Приказом ректора института на основании пункта 3 статьи 20 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» он был освобожден от должности заведующего кафедрой и зачислен на должность профессора той же кафедры с времененным возложением на него исполнения обязанностей заведующего кафедрой. Октябрьский районный суд города Пензы, отказавший в удовлетворении жалобы Ю.А.Антропова на действия ректора, в обоснование своего решения сослался на то, что в соответствии с пунктом 3 статьи 20 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» пребывание в должности заведующего кафедрой допускается лишь до достижения семидесяти лет. Полагая, что указанной нормой нарушаются его конституционные права, гражданин Ю.А.Антропов также обратился в Конституционный Суд Российской Федерации.

Пензенский институт усовершенствования врачей Министерства здравоохранения Российской Федерации, в котором работает Ю.А.Антропов, не является высшим учебным заведением. Как следует из статьи 26 Закона Российской Федерации «Об образовании» (в редакции от 13 января 1996 года) и пунктов 7 и 8 Типового положения об образовательном учреждении дополнительного профессионального образования (повышения квалификации) специалистов, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 26 июня 1995 года № 610, этот институт относится к образовательным учреждениям дополнительного профессионального образования (повышения квалификации) специалистов, реализующим в пределах установленного государством уровня высшего профессионального образования дополнительные образовательные программы повышения квалификации, стажировки, профессиональной переподготовки и переподготовки специалистов.

Вместе с тем пунктом 21 названного Типового положения предусматривается, что деятельность факультетов и кафедр образовательных учреждений повышения квалификации и условия назначения на должность их руководителей определяются в порядке, установленном для образовательных учреждений высшего профессионального образования. Однако указанная норма, послужившая основанием для применения к гражданину Ю.А.Антропову положений пункта 3 статьи 20 Федерального закона «О высшем

и послевузовском профессиональном образовании», в данном деле не может быть проверена с точки зрения соответствия ее Конституции Российской Федерации, поскольку Конституционный Суд Российской Федерации по жалобам граждан осуществляет проверку конституционности только законов, примененных или подлежащих применению в конкретном деле.

Таким образом, в соответствии с требованиями, вытекающими из статьи 125 (часть 4) Конституции Российской Федерации, а также из пункта 3 части первой статьи 3, статей 96 и 97 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», Конституционный Суд Российской Федерации в настоящем деле проверяет конституционность лишь тех положений пункта 3 статьи 20 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании», которые были применены в делах заявителей, а также, по мнению Вахитовского районного суда города Казани, подлежат применению в рассматриваемом им деле, т.е. положений, устанавливающих возрастные ограничения для лиц, замещающих должности заведующих кафедрами в государственных и муниципальных высших учебных заведениях.

3. В соответствии с пунктом 1 статьи 20 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» в высших учебных заведениях предусматриваются должности научно-педагогического (профессорско-преподавательский состав, научные работники), инженерно-технического, административно-хозяйственного, производственно-го, учебно-вспомогательного и иного персонала; должность заведующего кафедрой, как и декана факультета, профессора, доцента, старшего преподавателя, преподавателя и ассистента, названный Федеральный закон относит к профессорско-преподавательским. Согласно пункту 2 этой же статьи должности декана факультета и заведующего кафедрой являются выборными, а порядок выборов определяется уставами высших учебных заведений; при замещении других профессорско-преподавательских должностей заключению трудового договора (контракта) предшествует конкурсный отбор.

Из положений пункта 3 данной статьи следует, что лица, занимающие должность заведующего кафедрой в государственных и муниципальных высших учебных заведениях, по достижении шестидесяти пяти лет должны освобождаться от должности независимо от того, когда и на какой срок с ними был заключен трудовой договор (контракт); по представлению ученого совета высшего учебного заведения ректор может продлить заведующему кафедрой срок пребывания в этой должности, но лишь в пределах пятилетнего срока – до достижения семидесяти лет; если же срок пребывания в должности не продлевается, то такое лицо переводится с его согласия на иную должность, соответствующую его квалификации, а при отказе от перевода подлежит увольнению; замещение должностей заведующих кафедрами лицами, достигшими семидесятилетнего возраста, не допускается.

По смыслу оспариваемых положений, придаваемому им сложившейся правоприменительной практикой, один лишь факт достижения лицом установленного предельного возраста служит основанием, достаточным для освобождения его от данной должности и не требующим учета каких-либо

иных обстоятельств, в том числе результатов работы кафедры и самого заведующего, его научной квалификации, состояния здоровья, деловых и личных качеств. Предусмотренные возрастные ограничения в равной мере относятся и к лицам, которые не занимают должность заведующего кафедрой, но претендуют на ее замещение.

4. Конституция Российской Федерации закрепляет свободу труда, право каждого свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию (статья 37, часть 1).

Из приведенных конституционных положений не вытекает право гражданина занимать определенную должность, выполнять конкретную работу в соответствии с избранным им родом деятельности и профессией и обязанность кого бы то ни было такую работу или должность ему предоставить. В сфере трудовых отношений свобода труда проявляется прежде всего в договорном характере труда. Именно в рамках трудового договора на основе соглашения гражданина и работодателя решается вопрос о работе по определенной профессии, специальности, квалификации или должности.

Вместе с тем свобода труда предполагает обеспечение каждому возможности на равных с другими гражданами условиях и без какой-либо дискриминации вступать в трудовые отношения, реализуя свои способности к труду.

В соответствии со статьей 19 (части 1 и 2) Конституции Российской Федерации все равны перед законом и судом; государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола,расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств. Конституционный принцип равенства не препятствует законодателю при осуществлении правового регулирования трудовых отношений устанавливать различия в правовом статусе лиц, принадлежащих к разным по условиям и роду деятельности категориям, в том числе вводить особые правила, касающиеся условий замещения отдельных должностей и оснований освобождения от должности, если эти различия являются объективно оправданными, обоснованными и соответствуют конституционно значимым целям и требованиям. Различия, исключения или предпочтения в области труда и занятий, основанные на специфических требованиях определенной работы, в соответствии с пунктом 2 статьи 1 Конвенции МОТ № 111 1958 года о дискриминации в области труда и занятий, ратифицированной Союзом ССР в 1961 году и в силу статьи 15 (часть 4) Конституции Российской Федерации являющейся составной частью правовой системы Российской Федерации, не считаются дискриминацией.

Следовательно, установление предельного возраста при замещении определенных должностей по трудовому договору (контракту) допустимо, если это ограничение обусловлено спецификой и особенностями выполняемой работы; при введении такого рода возрастных ограничений должно быть обеспечено соблюдение Конституции Российской Федерации, в том числе конституционного принципа равенства, исключающего необоснованное предъявление разных требований к лицам, выполняющим одинаковые по своему содержанию функции. В противном случае установление предельно-

го возраста, достижение которого является основанием для освобождения от должности независимо от согласия работника, означало бы дискриминацию по возрастному признаку. Аналогичная правовая позиция ранее уже была выражена Конституционным Судом Российской Федерации в постановлениях от 4 февраля 1992 года по делу о проверке конституционности правоприменительной практики расторжения трудового договора по основанию, предусмотренному пунктом 1.1 статьи 33 КЗоТ РСФСР, и от 6 июня 1995 года по делу о проверке конституционности абзаца второго части седьмой статьи 19 Закона РСФСР от 18 апреля 1991 года «О милиции».

5. Должность заведующего кафедрой отнесена Федеральным законом «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» не к административному персоналу, а к профессорско-преподавательским должностям. Это означает, что на заведующего кафедрой, как высококвалифицированного специалиста, имеющего, как правило, ученую степень и ученое звание, возлагается ведение такой же учебной, научно-исследовательской и методической работы, как, например, на профессора или доцента.

Таким образом, заведующий кафедрой, будучи руководителем структурного подразделения, выполняет работу, которая по своему содержанию является существенно иной, чем у руководящих работников высшего учебного заведения, не относящихся к профессорско-преподавательскому составу, — ректора, проректора, руководителей филиала и института, основное содержание деятельности которых связано с осуществлением собственно управлеченческих, административных функций.

Устанавливая предельный возраст при замещении должности заведующего кафедрой, законодатель вместе с тем не предусматривает каких-либо возрастных ограничений при замещении других профессорско-преподавательских должностей на кафедре (что подтверждается и содержащимся в пункте 3 статьи 20 правилом о переводе лиц, которые занимают должности заведующих кафедрами и достигли шестидесятипятилетнего возраста, с их согласия на иные должности, соответствующие их квалификации, — профессора, доцента и пр.). Следовательно, сам по себе возраст, превышающий шестьдесят пять лет, не препятствует успешному осуществлению данного вида деятельности.

Должность заведующего кафедрой в государственных высших учебных заведениях не отнесена законодателем к государственным должностям государственной службы, задачи, принципы функционирования, порядок прохождения и специфика которой предопределяют особый правовой статус государственных служащих и допускают установление определенных возрастных критериев при замещении указанных должностей. Законодатель не связывает с работой в должности заведующего кафедрой и предоставление для лиц, которые замещают эту должность, каких-либо дополнительных гарантий и льгот, аналогичных тем, которые, в частности, предусмотрены для государственных служащих и призваны компенсировать ущерб, наносимый принципу равенства введением отдельных ограничений их прав и свобод.

С учетом изложенного возрастное ограничение при замещении должностей заведующих кафедрами в государственных и муниципальных высших учебных заведениях не может рассматриваться в качестве специального

требования, обусловленного характером этой деятельности, особенностями данного вида труда, а сам по себе факт достижения предельного возраста не может служить достаточным основанием для освобождения от должности заведующего кафедрой или препятствовать участию в выборах на данную должность. Однако по смыслу оспариваемых положений и сложившейся в соответствии с ними правоприменительной практики лица, претендующие на замещение должности заведующего кафедрой, только в силу того, что они достигли соответствующего возраста, лишаются возможности баллотироваться и избираться на эту должность и, следовательно, на равных с другими лицами, относящимися к профессорско-преподавательскому составу, условиях заключать трудовой договор (контракт) о работе в данной должности, а если занимают ее, – продолжить работу до окончания срока, на который они избраны.

Тем самым положения пункта 3 статьи 20 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании», предусматривающие возрастные ограничения при замещении должностей заведующих кафедрами в государственных и муниципальных высших учебных заведениях, нарушают конституционный принцип равноправия, включая равенство возможностей (статья 19, части 1 и 2, Конституции Российской Федерации), и приводят к дискриминации при реализации права, закрепленного статьей 37 (часть 1) Конституции Российской Федерации.

6. Законодатель вправе предусматривать необходимые меры в целях обновления руководящих кадров высшей школы и привлечения на эти должности наиболее квалифицированных и перспективных научно-педагогических работников. Однако такие меры должны согласовываться с автономией высших учебных заведений, гарантирующей им, как это следует из пункта 1 статьи 3 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании», самостоятельность в подборе и расстановке кадров, в осуществлении учебной, научной, финансово-хозяйственной и иной деятельности в соответствии с законодательством и уставом высшего учебного заведения, с тем чтобы автономия не утрачивала реального содержания.

Принцип автономии высших учебных заведений непосредственно не закреплен в Конституции Российской Федерации. Вместе с тем он является основополагающим для деятельности вузов и входит в число тех правовых принципов, на которых основывается государственная политика в области образования, определяются взаимоотношения государства и высших учебных заведений (статья 2 Закона Российской Федерации «Об образовании» и статья 2 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании»).

Провозглашение самостоятельности высших учебных заведений в подборе и расстановке кадров и одновременно – их ответственности за свою деятельность перед личностью, государством и обществом предполагает, что при решении вопроса о том, отвечает ли лицо, возраст которого превышает шестьдесят пять лет, необходимым требованиям, предъявляемым к заведующим кафедрами, определяющее значение должно иметь мнение руководства вузов, их коллегиальных органов. Сложившийся в вузах, в том числе на основе предписаний Федерального закона «О высшем и послевузовском

профессиональном образовании», правовой механизм замещения указанных должностей, согласно которому заведующие кафедрами избираются ученым советом высшего учебного заведения путем тайного голосования на срок, не превышающий пяти лет, из числа наиболее квалифицированных и авторитетных специалистов соответствующего профиля, рекомендованных коллективами кафедр и советами факультетов, позволяет решать этот вопрос демократическими методами, на основе оценки деловых и личных качеств претендентов. Установление же в дополнение к этому механизму возрастного критерия является необоснованным вторжением государства в договорные отношения в сфере труда, которое влечет неправомерное ограничение свободы трудового договора и автономии государственных и муниципальных высших учебных заведений в решении кадровых вопросов.

Исходя из изложенного и руководствуясь частями первой и второй статьи 71, статьями 72, 75, 100 и 104 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», Конституционный Суд Российской Федерации постановил:

1. Признать положения пункта 3 статьи 20 Федерального закона от 22 августа 1996 года «О высшем и послевузовском профессиональном образовании», предусматривающие возрастные ограничения для лиц, замещающих должности заведующих кафедрами в государственных и муниципальных высших учебных заведениях, не соответствующими Конституции Российской Федерации, ее статьям 19 (части 1 и 2) и 37 (часть 1).

2. В соответствии с частью второй статьи 100 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» дела граждан В.П.Малкова и Ю.А.Антропова, в которых применены содержащиеся в пункте 3 статьи 20 Федерального закона от 22 августа 1996 года «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» положения, признанные настоящим Постановлением не соответствующими Конституции Российской Федерации, подлежат пересмотру в установленном порядке.

3. Согласно частям первой и второй статьи 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» настоящее Постановление является окончательным, не подлежит обжалованию и вступает в силу немедленно после его провозглашения.

4. Согласно статье 78 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» настоящее Постановление подлежит незамедлительному опубликованию в «Собрании законодательства Российской Федерации» и «Российской газете». Постановление должно быть опубликовано также в «Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации».

Конституционный Суд
Российской Федерации
№ 19-П

Источник: Собрание законодательства Российской Федерации. 2000. 17 января. № 3. Ст. 354; Российская газета. 2000. 26 января. № 18.

ПОСТАНОВЛЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ ОТ 15 ИЮНЯ 1998 Г. № 18-П

ПО ДЕЛУ О ПРОВЕРКЕ КОНСТИТУЦИОННОСТИ ПОЛОЖЕНИЙ СТАТЕЙ 2, 5 И 6 ЗАКОНА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ОТ 2 ИЮЛЯ 1993 ГОДА «О ВЫПЛАТЕ ПЕНСИЙ ГРАЖДАНАМ, ВЫЕЗЖАЮЩИМ НА ПОСТОЯННОЕ ЖИТЕЛЬСТВО ЗА ПРЕДЕЛЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ» В СВЯЗИ С ЖАЛОБАМИ РЯДА ГРАЖДАН¹

Конституционный Суд Российской Федерации в составе председательствующего Э.М.Аметистова, судей М.В.Баглай, Н.Т.Ведерникова, Ю.М.Данилова, В.Д.Зорькина, В.О.Лучина, В.И.Олейника, В.Г.Стрекозова, О.С.Хохряковой,

с участием обратившихся с жалобами в Конституционный Суд Российской Федерации граждан Л.С.Кигеля, А.П.Мерхасина, а также представителя гражданина А.М.-Э.Лернера – адвоката Э.С.Донковцевой,

руководствуясь статьей 125 (часть 4) Конституции Российской Федерации, пунктом 3 части первой, частями второй и третьей статьи 3, пунктом 3 части второй статьи 22, статьями 36, 74, 85, 96, 97 и 99 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»,

рассмотрел в открытом заседании дело о проверке конституционности положений статей 2, 5 и 6 Закона Российской Федерации от 2 июля 1993 года «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации».

Поводом к рассмотрению дела явились жалобы граждан Л.С.Кигеля, А.П.Мерхасина, Г.А.Дементьева, А.Ф.Кравицкого, А.М.-Э.Лернера, В.Н.Файб и Л.И.Файба на нарушение их конституционных прав нормами Закона Российской Федерации «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации», примененными в их делах.

Основанием к рассмотрению дела явилась обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствуют ли Конституции Российской Федерации нормы названного Закона, лишающие граждан пенсионеров, выехавших на постоянное жительство за пределы Российской Федерации в период до 1 июля 1993 года либо после этой даты, но не с территории Российской Федерации, права на получение пенсий, назначенных и выплачивавшихся им до отъезда.

Поскольку все жалобы касаются одного и того же предмета, Конституционный Суд Российской Федерации, руководствуясь статьей 48 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», соединил дела по этим жалобам в одном производстве.

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. 22 июня. № 25. Ст. 3003; Российская газета. 2000. 23 июня. № 116.

Заслушав сообщение судьи-докладчика О.С.Хохряковой, объяснения сторон, выступления приглашенных в заседание: от Министерства труда и социального развития Российской Федерации – Т.М.Савицкой, от Пенсионного фонда Российской Федерации – Л.В.Акиньшиной, от Главного управления военного бюджета и военного финансирования Министерства обороны Российской Федерации – М.Я.Коновалова, исследовав имеющиеся документы и иные материалы, Конституционный Суд Российской Федерации установил:

1. Закон Российской Федерации от 2 июля 1993 года «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации» предусматривает, что гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации, перед отъездом выплачиваются суммы назначенных пенсий (независимо от вида пенсий) в российских рублях за шесть месяцев вперед (статья 1); на основании письменного заявления гражданина, выезжающего на постоянное жительство за пределы Российской Федерации, сумма назначенной пенсии может переводиться за границу в иностранной валюте по курсу рубля, устанавливаемому Центральным банком Российской Федерации на день совершения операции. При этом ее перевод производится начиная с месяца, следующего за месяцем отъезда этого гражданина за пределы Российской Федерации, но не ранее чем со дня, до которого выплата пенсии в российских рублях (статья 2); действие данного Закона не распространяется на граждан, выехавших на постоянное жительство за пределы Российской Федерации, если в отношении этих граждан законодательством Российской Федерации или межгосударственным договором (соглашением) установлен иной порядок пенсионного обеспечения (статья 5); данный Закон вводится в действие с 1 июля 1993 года (статья 6).

В соответствии с правилами, действовавшими на территории Российской Федерации до вступления в силу этого Закона, гражданину, выезжавшему на постоянное жительство за границу, пенсия выплачивалась за шесть месяцев вперед, а во время его пребывания за границей начисление и выплата пенсии (за исключением пенсий по инвалидности вследствие трудового увечья или профессионального заболевания) не производились.

На основании этих правил гражданину Л.С.Кигелю, в сентябре 1992 года выехавшему из Российской Федерации на постоянное жительство в Израиль, начисление и выплата пенсии по старости были прекращены. В связи с принятием Закона Российской Федерации «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации» Л.С.Кигель обратился с просьбой о возобновлении выплаты ему трудовой пенсии и переводе ее по месту жительства в Израиль, в чем ему было отказано. Как указывалось в ответе Министерства труда и социального развития Российской Федерации, данный Закон предусматривает выплату назначенных пенсий только тем постоянно проживающим за пределами Российской Федерации гражданам, которые выехали с территории Российской Федерации после 1 июля 1993 года.

На этом же основании правоприменительными органами было отказано в возобновлении выплаты и переводе по месту постоянного жительства

назначенных пенсий А.П.Мерхасину, проживающему с июня 1992 года в Германии, а также гражданам Российской Федерации А.М.-Э.Лернеру, В.Н.Файб и Л.И.Файбу, выехавшим с территории Российской Федерации соответственно в октябре 1990 года и в декабре 1991 года на постоянное жительство в Израиль.

Заявителю А.Ф.Кравицкому, проживавшему в Латвийской Республике, как гражданину Российской Федерации и военному пенсионеру за счет средств Российской Федерации выплачивалась пенсия за выслугу лет, назначенная в соответствии с Законом Российской Федерации от 12 февраля 1993 года «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, и их семей». В связи с выездом А.Ф.Кравицкого в августе 1994 года на постоянное жительство в Германию выплата пенсии ему была прекращена. Министерство обороны Российской Федерации, а затем Пресненский межмуниципальный суд города Москвы, куда он обратился с жалобами, отказали в удовлетворении его требований, сославшись на то, что установленный Законом Российской Федерации «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации» порядок выплаты пенсий распространяется только на граждан, проживавших до отъезда за границу на территории Российской Федерации.

По тем же мотивам был лишен возможности получать пенсию и гражданин Российской Федерации Г.А.Дементьев, постоянно проживающий с июня 1996 года в Республике Болгария и выехавший в эту страну также с территории Латвийской Республики, где он как военный пенсионер получал пенсию за выслугу лет за счет средств Российской Федерации.

В своих жалобах в Конституционный Суд Российской Федерации заявили утверждают, что примененный в их делах Закон Российской Федерации «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации» лишает их права на получение ранее назначенных и заработанных длительным трудом пенсий и тем самым не соответствует статьям 19 (части 1 и 2) и 39 (часть 1) Конституции Российской Федерации.

2. Заявители оспаривают конституционность названного Закона в целом. Однако из представленных материалов следует, что правоприменительные органы, отказывая заявителям в удовлетворении требований о возобновлении выплаты и переводе пенсий по месту постоянного жительства за пределами Российской Федерации, основывались только на тех положениях Закона, которые касаются его действия во времени и по кругу лиц. Именно эти положения, содержащиеся в статьях 2, 5 и 6 Закона, и являются предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации по данному делу.

При этом в соответствии с частью второй статьи 74 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» Конституционный Суд Российской Федерации оценивает как буквальный смысл рассматриваемых им норм, так и смысл, придаваемый им официальным и иным толкованием, а также сложившейся правоприменительной практикой.

3. Закон Российской Федерации «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации», устанавливающий правила выплаты пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации, вступил в силу с 1 июля 1993 года. При этом в нем прямо не указано, распространяются ли его положения на граждан, выехавших за границу до указанной даты.

По смыслу статьи 5 Закона, согласно которой его действие не распространяется на граждан, выехавших на постоянное жительство за пределы Российской Федерации, если в отношении этих граждан законодательством Российской Федерации или межгосударственным договором (соглашением) установлен иной порядок пенсионного обеспечения, с 1 июля 1993 года предусмотренные Законом правила, в том числе положения статьи 2 о переводе по заявлению гражданина назначенному ему пенсии за границу, могут применяться в отношении всех других граждан, для которых такой порядок не установлен, независимо от даты их выезда за пределы Российской Федерации.

В то же время в статье 2 Закона для обозначения круга лиц, которым она адресована, употребляется выражение «граждане, выезжающие на постоянное жительство за пределы Российской Федерации». В контексте статьи 2 во взаимосвязи со статьей 6 Закона это выражение может рассматриваться как включающее в число таких граждан только выезжающих за пределы Российской Федерации, начиная со дня введения Закона в действие. Вместе с тем статьи 2 и 6 могут быть интерпретированы и как лишь закрепляющие способ реализации гражданином права на получение пенсии в соответствии с установленными Законом правилами в период его проживания за границей, но не как определяющие круг лиц, имеющих такое право.

Согласно статье 3 Закона порядок выплаты пенсий в соответствии с данным Законом устанавливается Правительством Российской Федерации по согласованию с Пенсионным фондом Российской Федерации. Такая формулировка предполагает, что подзаконный нормативный акт, принимаемый во исполнение этого предписания, не должен содержать каких-либо правоустанавливающих норм в отношении условий, с которыми связывается само право на получение назначенных пенсий, поскольку законодатель предписывает определить лишь порядок их выплаты.

Правительство Российской Федерации реализовало предоставленное ему полномочие, приняв Положение о порядке выплаты пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации (утверждено постановлением от 19 августа 1994 года № 981). Положением, в частности, установлено, что его действие распространяется на граждан, которым назначены пенсии в соответствии с законодательством Российской Федерации, в случае их выезда на постоянное жительство за пределы Российской Федерации после 1 июля 1993 года (пункт 2). Тем самым Правительство Российской Федерации определило сферу действия Закона во времени и по кругу лиц, причем, по существу, истолковало положения его статей 2 и 5 в узком смысле. В результате граждане, выехавшие за границу до 1 июля 1993 года, в период проживания за пределами Российской Федерации не могут претендовать на возобновление начисления и выплаты им пенсий.

Неопределенность содержания рассматриваемых предписаний Закона привела также к тому, что правоприменительные органы толкуют их как не распространяющиеся на лиц, которые получали пенсии, назначенные в соответствии с законодательством Российской Федерации, но проживали до отъезда за пределами Российской Федерации и, соответственно, выезжали на постоянное жительство за границу не с ее территории. В результате граждане Российской Федерации, после распада Союза ССР проживающие, в частности, в Латвийской Республике, Литовской Республике и Эстонской Республике и получающие там за счет средств Российской Федерации пенсии, назначенные им по нормам Закона Российской Федерации «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, и их семей», в случае выезда на постоянное жительство с территории этих государств в другую страну лишаются назначенных им пенсий. Именно в силу такого понимания рассматриваемого Закона заявителям Г.А.Дементьеву и А.Ф.Кравицкому была прекращена выплата пенсий за выслугу лет после их выезда на постоянное жительство с территории Латвийской Республики соответственно в Болгарию и Германию.

Таким образом, исходя из рассматриваемых положений Закона Российской Федерации «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации», право гражданина, постоянно проживающего за пределами Российской Федерации, на получение ранее назначенной пенсии и возможность реализации им этого права поставлены в зависимость исключительно от таких обстоятельств, как дата выезда гражданина за пределы Российской Федерации и его проживание непосредственно перед выездом на территории Российской Федерации. Тем самым часть пенсионеров, выехавших на постоянное жительство за пределы Российской Федерации, лишается права на получение назначенных им пенсий.

4. Конституция Российской Федерации гарантирует каждому социальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей и в иных случаях, установленных законом (статья 39, часть 1). Конституционное право на социальное обеспечение включает и право на получение пенсии в определенных законом случаях и размерах.

Права гражданина в области пенсионного обеспечения производны от его трудовой или иной общественно полезной деятельности. Пенсии по старости, за выслугу лет и другие пенсии, назначаемые в связи с трудовой или иной деятельностью, которую законодатель признает общественно полезной, заработаны, заслужены предшествующим трудом, службой, выполнением определенных, значимых для общества обязанностей. Этим предопределяются содержание и характер обязанностей государства по отношению к тем гражданам, которые приобрели право на получение таких пенсий.

Прекращение как начисления, так и выплаты трудовых пенсий гражданам, выехавшим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации, на время их проживания за границей является ограничением конституционного права на социальное обеспечение, гарантированного статьей 39 (часть 1) Конституции Российской Федерации. В силу статьи 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации ограничение федеральным законом прав и свобод человека и гражданина допустимо только в той мере,

в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Установленное Законом Российской Федерации «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации» ограничение несовместимо с указанными целями и потому противоречит статье 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации. Лишение гражданина права на получение назначенней ему трудовой пенсии в период постоянного проживания за пределами Российской Федерации не соответствует и статье 4 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, из которой следует, что, признавая право каждого человека на социальное обеспечение, государство в отношении пользования этим правом может устанавливать только такие ограничения, которые определяются законом, и только постольку, поскольку это совместимо с природой указанного права и исключительно с целью способствовать общему благосостоянию в демократическом обществе.

В силу правовой природы пенсий, имеющих характер трудовых, право гражданина на получение полагающейся ему пенсии не может связываться с таким условием, как постоянное его проживание в Российской Федерации: государство обязано гарантировать это право независимо от того, где проживает гражданин, которому назначена пенсия, – в Российской Федерации или за ее пределами. Иное означало бы отказ Российского государства от выполнения вытекающей из статьи 39 (части 1 и 2) Конституции Российской Федерации обязанности обеспечивать предоставление трудовых пенсий, установленных законом, гражданам, имеющим право на их получение.

5. Неопределенность содержания положений Закона Российской Федерации «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации» в отношении круга лиц, на которых распространяется действие Закона, и в силу этого возможность произвольного его толкования и применения приводят к нарушению гарантированного Конституцией Российской Федерации равенства всех перед законом и судом (статья 19, часть 1), так как фактически устанавливаются необоснованные и несправедливые различия в праве на получение трудовых пенсий между пенсионерами, проживающими на территории Российской Федерации, и пенсионерами, постоянно проживающими за ее пределами, а также между проживающими за границей пенсионерами, выехавшими из России в разное время – до 1 июля 1993 года и после этой даты. Эти различия обусловлены исключительно местом постоянного жительства пенсионеров и датой их выезда за границу, что не соответствует статье 19 (часть 2) Конституции Российской Федерации, согласно которой государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям и других обстоятельств.

Дискриминационный характер рассматриваемых положений Закона подтверждается и сложившейся практикой выплаты пенсий при возвращении граждан на постоянное жительство в Российскую Федерацию. В частности,

гражданам, выехавшим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации после 1 июля 1993 года, в соответствии со статьей 4 Закона выплачиваются в установленном порядке суммы назначенных, но не полученных ими в период проживания за границей пенсий в отличие от граждан, выехавших за границу до введения в действие Закона, которым пенсия выплачивается лишь с даты обращения с заявлением в органы социальной защиты после возвращения в Россию.

6. Из статьи 2 Конституции Российской Федерации следует, что обязанностью государства является признание, соблюдение и защита в равной мере всех прав и свобод человека и гражданина. В связи с этим устанавливаемый законодательством порядок реализации гражданами права на получение трудовых пенсий не должен препятствовать им в осуществлении иных гарантированных Конституцией Российской Федерации прав и свобод, в частности права каждого на выбор места пребывания и жительства, права свободно выезжать за пределы Российской Федерации (статья 27, части 1 и 2). Реализация гражданином этих конституционных прав, относящихся к общепризнанным правам, не может служить основанием для ограничения его конституционного права на пенсионное обеспечение.

Противопоставлением конституционного права свободно выезжать за пределы Российской Федерации и конституционного права на пенсионное обеспечение нарушается принцип, провозглашенный в Резолюции № 41/117 Генеральной Ассамблеи ООН от 4 декабря 1986 года «Неделимость и взаимосвязь экономических, социальных, культурных, гражданских и политических прав», согласно которому все права человека и основные свободы неделимы и взаимосвязаны; развитие и защита одной категории прав никогда не могут служить предлогом или оправданием для освобождения государства от развития и защиты других прав.

Исходя из изложенного и руководствуясь частями первой и второй статьи 71, статьями 72, 75 и 100 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», Конституционный Суд Российской Федерации постановил:

1. Признать не соответствующими Конституции Российской Федерации, ее статьям 19 (части 1 и 2), 39 (часть 1) и 55 (часть 3), статьи 2, 5 и 6 Закона Российской Федерации от 2 июля 1993 года «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации» в той мере, в какой ими допускается лишение пенсионеров права на получение назначенных им трудовых пенсий, если они выехали на постоянное жительство за границу до 1 июля 1993 года либо после этой даты, но не проживали непосредственно перед выездом на территории Российской Федерации.

2. В соответствии с частью второй статьи 100 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» дела граждан Л.С.Кигеля, А.П.Мерхасина, Г.А.Дементьева, А.Ф.Кравицкого, А.М.-Э.Лернера, В.Н.Файб и Л.И.Файба, разрешенные на основании признанных неконституционными положений Закона Российской Федерации от 2 июля 1993 года «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации», подлежат пересмотру компетентными органами в установленном порядке.

3. Согласно части второй статьи 87 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» настоящее Постановление является основанием для отмены в установленном порядке положений нормативных актов, основанных на признанных неконституционными положениях Закона Российской Федерации от 2 июля 1993 года «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации», либо воспроизведящих их или содержащих такие же положения. Положения этих нормативных актов не могут применяться судами, а также другими органами и должностными лицами.

4. Согласно частям первой и второй статьи 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» настоящее Постановление является окончательным, не подлежит обжалованию, вступает в силу немедленно после его провозглашения, действует непосредственно и не требует подтверждения другими органами и должностными лицами.

5. Согласно статье 78 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» настоящее Постановление подлежит незамедлительному опубликованию в «Собрании законодательства Российской Федерации» и «Российской газете». Постановление должно быть опубликовано также в «Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации».

Конституционный Суд
Российской Федерации
№ 18-П

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ
ОТ 24 ОКТЯБРЯ 2000 Г. № 13-П**

**ПО ДЕЛУ О ПРОВЕРКЕ КОНСТИТУЦИОННОСТИ
ПОЛОЖЕНИЙ ПУНКТА 13 СТАТЬИ 39 ЗАКОНА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ «ОБ ОБРАЗОВАНИИ»,
СТАТЬИ 1 ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА «О СОХРАНЕНИИ
СТАТУСА ГОСУДАРСТВЕННЫХ И МУНИЦИПАЛЬНЫХ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ И МОРАТОРИИ НА ИХ
ПРИВАТИЗАЦИЮ» И ПУНКТА 7 СТАТЬИ 27 ФЕДЕРАЛЬНОГО
ЗАКОНА «О ВЫСШЕМ И ПОСЛЕВУЗОВСКОМ
ПРОФЕССИОНАЛЬНОМ ОБРАЗОВАНИИ» В СВЯЗИ
С ЗАПРОСОМ МАЙНСКОГО РАЙОННОГО СУДА
УЛЬЯНОВСКОЙ ОБЛАСТИ, А ТАКЖЕ ЖАЛОБАМИ ГРАЖДАН
Е.Е.НАСОНОВОЙ И Н.П.ЯРУШИНОЙ¹**

Конституционный Суд Российской Федерации в составе председательствующего Г.А.Гаджиева, судей Н.С.Бондаря, Н.В.Витрука, А.Л.Кононова,

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2000. 30 октября. № 44. Ст. 4399; Российская газета. 2000. 31 октября. № 210.

Т.Г. Морщаковой, Ю.Д. Рудкина, А.Я. Сливы, О.И. Тиунова, В.Г. Ярославцева,

с участием граждан Е.Е.Насоновой и Н.П.Ярушиной, обратившихся с жалобами в Конституционный Суд Российской Федерации, адвоката С.Е.Чистяковой – представителя гражданки Е.Е.Насоновой, постоянного представителя Государственной Думы в Конституционном Суде Российской Федерации В.В.Лазарева и представителя Совета Федерации – А.В.Попова,

руководствуясь статьей 125 (часть 4) Конституции Российской Федерации, пунктом 3 части первой, частями второй и третьей статьи 3, статьями 36, 74, 86, 96, 97, 99, 101 и 102 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»,

рассмотрел в открытом заседании дело о проверке конституционности положений пункта 13 статьи 39 Закона Российской Федерации от 10 июля 1992 года «Об образовании» (в редакции от 16 ноября 1997 года), статьи 1 Федерального закона от 16 мая 1995 года «О сохранении статуса государственных и муниципальных образовательных учреждений и моратории на их приватизацию» (в редакции от 12 апреля 1999 года) и пункта 7 статьи 27 Федерального закона от 22 августа 1996 года «О высшем и послевузовском профессиональном образовании».

Поводом к рассмотрению явились запрос Майнского районного суда Ульяновской области, а также жалобы граждан Е.Е.Насоновой и Н.П.Ярушиной, в которых оспаривается конституционность указанных законоположений в части, касающейся запрета на приватизацию расположенных в сельской местности жилых помещений государственных и муниципальных образовательных учреждений, а также высших учебных заведений.

Заслушав сообщение судей-докладчиков Ю.Д.Рудкина и В.Г.Ярославцева, объяснения сторон и их представителей, заключение эксперта – кандидата юридических наук В.Н.Литовкина, выступления приглашенных в заседание представителей: от Верховного Суда Российской Федерации – Б.А.Горохова, от Министерства образования Российской Федерации – З.П.Дащинской, исследовав представленные документы и иные материалы, Конституционный Суд Российской Федерации установил:

1. Майнский районный суд Ульяновской области, в производстве которого находится дело по иску гражданки В.Г.Прохоровой к Вешкаймскому районному отделу народного образования и Комитету по управлению имуществом Вешкаймской районной администрации о признании необоснованным отказа в приватизации занимаемого истицей жилого помещения, состоящего на балансе районного отдела народного образования, в своем запросе в Конституционный Суд Российской Федерации оспаривает конституционность положения пункта 13 статьи 39 Закона Российской Федерации «Об образовании», согласно которому не подлежат приватизации закрепленные на праве оперативного управления за государственными и муниципальными образовательными учреждениями жилые помещения, расположенные в сельской местности.

Аналогичное нормативное положение содержится в оспариваемой гражданкой Е.Е.Насоновой статье 1 Федерального закона «О сохранении статуса государственных и муниципальных образовательных учреждений и моратории на их приватизацию», подлежащей применению в ее деле, находящемся в производстве Одинцовского городского суда Московской области, а также в оспариваемом гражданкой Н.П.Ярушиной пункте 7 статьи 27 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании», на основании которого Кетовский районный суд Курганской области оставил без удовлетворения ее иск к Курганской государственной сельскохозяйственной академии.

По мнению заявителей, оспариваемые положения нарушают конституционные права и свободы граждан, в том числе равенство всех перед законом и судом, право свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства, право на жилище, и противоречат статьям 2, 19 (части 1 и 2), 20 (часть 1), 27 (часть 1), 40, 46 (части 1 и 2) и 55 Конституции Российской Федерации.

Поскольку запрос Майнского районного суда Ульяновской области и жалобы граждан Е.Е.Насоновой и Н.П.Ярушиной касаются одного и того же предмета, Конституционный Суд Российской Федерации, руководствуясь статьей 48 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», соединил дела по этим обращениям в одном производстве.

Таким образом, Конституционный Суд Российской Федерации в настоящем деле проверяет конституционность положений пункта 13 статьи 39 Закона Российской Федерации «Об образовании», статьи 1 Федерального закона «О сохранении статуса государственных и муниципальных образовательных учреждений и моратории на их приватизацию» и пункта 7 статьи 27 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» в части, не допускающей приватизацию закрепленных за государственными и муниципальными образовательными учреждениями и высшими учебными заведениями жилых помещений, находящихся в сельской местности.

2. Статья 19 Конституции Российской Федерации устанавливает, что все равны перед законом и судом; при этом государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств. По смыслу статей 17, 18, 19 и 55 Конституции Российской Федерации, конституционный принцип равенства распространяется не только на непосредственно признаваемые Конституцией Российской Федерации права и свободы, но и на связанные с ними другие права, приобретаемые на основании федерального закона.

Согласно статье 11 Закона Российской Федерации от 4 июля 1991 года «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» каждый гражданин имеет право на приобретение в собственность бесплатно, в порядке приватизации, жилого помещения в домах государственного и муници-

пального жилищного фонда один раз. Как вытекает из преамбулы названного Закона, закрепление данного права предполагает создание равных правовых условий для осуществления гражданами выбора способа удовлетворения потребностей в жилье, в том числе на основе свободы выбора места жительства, а также на обеспечение гражданам возможности эффективно использовать свои средства для улучшения жилищных условий, свободно владеть, пользоваться и распоряжаться жильем, выступать с ним на рынке недвижимости.

Право на приватизацию жилых помещений, таким образом, установлено законодателем в конституционно значимых целях, поскольку оно связано с реализацией прав граждан на жилище, свободу передвижения, а также права собственности (статьи 27, 35 и 40 Конституции Российской Федерации). Оспариваемые же положения, вводя запрет на приватизацию расположенных в сельской местности жилых помещений, закрепленных за государственными и муниципальными образовательными учреждениями и высшими учебными заведениями, напротив, не способствуют достижению этих целей.

Как указано в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 3 ноября 1998 года по делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 4 Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации», государство, закрепляя в законе право на приватизацию, обязано обеспечить возможность его реализации гражданами, гарантируя при передаче имущества в собственность соблюдение принципов и норм, предусмотренных Конституцией Российской Федерации.

Установление запрета на приватизацию расположенных в сельской местности жилых помещений государственных и муниципальных образовательных учреждений и высших учебных заведений фактически свидетельствует об отступлении от провозглашенного статьей 19 Конституции Российской Федерации принципа равенства и о дискриминации определенной категории граждан в зависимости от места жительства и рода занятий. Такой запрет не может не препятствовать осуществлению ими права свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства (статья 27, часть 1, Конституции Российской Федерации), получать в порядке приватизации наравне с другими гражданами жилье из государственного и муниципального жилищного фонда в собственность, а следовательно, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами (статья 35, часть 2, Конституции Российской Федерации), а также возможности требовать от органов государственной власти и органов местного самоуправления обеспечения одинаковых правовых предпосылок для осуществления права на жилище (статья 40, часть 2, Конституции Российской Федерации).

3. Согласно статье 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

тва, т.е. вводимые законодателем ограничения должны обеспечивать достижение указанных целей и не быть чрезмерными.

Вводя запрет на приватизацию находящихся в сельской местности жилых помещений государственных и муниципальных образовательных учреждений и высших учебных заведений, законодатель обосновывал его необходимостью сохранения системы государственного образования и закрепления государственных гарантий конституционного права на образование, с тем чтобы в условиях дефицита финансовых средств, выделяемых на социальные нужды, в том числе на строительство жилья, обеспечить возможность привлечения граждан, занятых в сфере образования, к работе в сельской местности.

Однако этот запрет не способствует выполнению поставленных законодателем задач: жилые помещения, заселенные до вступления в силу оспариваемых положений, не подлежат освобождению гражданами – работниками сферы образования, не состоящими более в трудовых отношениях с образовательным учреждением, без предоставления им иного жилого помещения; их правовой режим не может быть изменен путем перевода в иной статус (например, статус служебных помещений). Следовательно, избранные законодателем исходя из указанных целей правовые средства, ограничивая проживающих в сельской местности граждан – работников сферы образования в праве на приватизацию по признаку места жительства и рода деятельности, не могут способствовать выполнению государством обязанности по обеспечению права на образование и по созданию условий для его реализации и потому являются чрезмерными и, таким образом, недопустимыми.

4. В соответствии со статьей 55 (часть 2) Конституции Российской Федерации в Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина.

Запрет на приватизацию расположенных в сельской местности жилых помещений государственных и муниципальных образовательных учреждений и высших учебных заведений был введен законодателем после вступления в силу Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации», в соответствии с которым граждане – работники сферы образования, проживавшие в сельской местности, наравне со всеми другими гражданами имели право на приватизацию занимаемого ими государственного и муниципального жилья, могли им воспользоваться и во многих случаях воспользовались. Те же, кто не реализовал это право, в силу оспариваемых положений были неосновательно лишены его, без предоставления какой-либо иной возможности определенного выбора наравне с другими гражданами способа удовлетворения потребности в жилище, что противоречит статье 55 (часть 2) Конституции Российской Федерации.

Кроме того, первоначально Федеральный закон «О сохранении статуса государственных и муниципальных образовательных учреждений и моратории на их приватизацию» ввел указанный мораторий сроком на три года. В 1999 году мораторий был продлен без указания срока действия, что противоречит правовому смыслу данного института (как он определен, в част-

ности, в статье 202 Гражданского кодекса Российской Федерации). Замена трехлетнего моратория на не ограниченный сроком запрет для граждан, работающих в сфере образования и проживающих в сельской местности, является таким умалением их права на приватизацию занимаемых жилых помещений, которое, по существу, означает его полную отмену, что противоречит требованиям статьи 55 (часть 2) Конституции Российской Федерации.

5. Согласно правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, сформулированной в постановлении от 3 ноября 1998 года по делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 4 Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда, в Российской Федерации», ограничение прав и свобод человека и гражданина путем определения круга объектов, не подлежащих приватизации, допустимо только в том случае, если обстоятельства, фактически обуславливающие особенности правового режима жилья, прежде всего его целевое назначение (как это, в частности, имеет место применительно к служебным жилым помещениям или жилым помещениям в военных городках), исключают возможность передачи жилого помещения в частную собственность.

Что касается жилых помещений из государственного и муниципального жилищного фонда, закрепленных за государственными и муниципальными образовательными учреждениями и высшими учебными заведениями, распространение на них особого правового режима не может быть поставлено в зависимость исключительно от того, где они расположены – в городских, сельских поселениях или на других территориях.

Исходя из конституционного принципа равной защиты прав граждан, особый правовой режим жилого помещения предполагает определение законодателем не только специального целевого назначения жилого помещения, но и других критерии допустимости введения такого режима. В частности, его нельзя распространять на уже занятые жилые помещения, а необходимость его введения должна быть обусловлена особенностями служебных обязанностей работников, для проживания которых предназначено жилое помещение. В отсутствие законодательно установленных критериев запрет на приватизацию жилья приводит к произвольному ограничению прав соответствующей категории граждан. Такое ограничение не служит необходимым и соразмерным средством защиты конституционно признаваемых публичных интересов, а также прав и законных интересов других лиц.

Решение вопросов, связанных с распространением определенного правового режима на то или иное жилое помещение, не может быть оставлено на усмотрение правоприменителя, поскольку при этом не исключается противоречивая правоприменительная практика, а следовательно, нарушение равенства граждан перед законом и судом. Но и в случае отнесения законодателем – в соответствии с названными критериями – тех или иных жилых помещений к имеющим особый правовой режим и потому не подлежащим приватизации должна быть обеспечена возможность судебного обжалования распространения такого режима на конкретное жилое помещение. Как указывается в определении Конституционного Суда Рос-

сийской Федерации от 14 декабря 1999 года по запросу Юрьев-Польского районного суда Владимирской области, суды, не ограничиваясь лишь формальным подтверждением целевого назначения жилого помещения, должны проверять факты, обосновывающие в каждом случае распространение на него особого правового режима, исходя из практики и перспектив целевого использования данного помещения, включения его в соответствующую производственную и социальную инфраструктуру и т.п. Без исследования таких обстоятельств не может быть обеспечена реальная, гарантируемая статьей 46 Конституции Российской Федерации судебная защита прав граждан, в том числе права на приватизацию жилого помещения.

Исходя из изложенного и руководствуясь частями первой и второй статьи 71, статьями 72, 74, 75, 79, 100 и 104 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», Конституционный Суд Российской Федерации постановил:

1. Признать не соответствующими Конституции Российской Федерации, ее статьям 19 (части 1 и 2) и 55 (части 2 и 3), положения пункта 13 статьи 39 Закона Российской Федерации «Об образовании», статьи 1 Федерального закона «О сохранении статуса государственных и муниципальных образовательных учреждений и моратории на их приватизацию» и пункта 7 статьи 27 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» в части, содержащей запрет на приватизацию расположенных в сельской местности жилых помещений, которые закреплены за государственными и муниципальными образовательными учреждениями, а также высшими учебными заведениями.

2. Согласно частям первой и второй статьи 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» настоящее Постановление окончательно, не подлежит обжалованию, вступает в силу немедленно после его провозглашения и действует непосредственно.

3. В соответствии с частью второй статьи 100 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» дела граждан В.Г. Прохоровой, Е.Е. Насоновой и Н.П. Ярушиной должны быть разрешены в установленном порядке с учетом того, что положения, признанные настоящим Постановлением не соответствующими Конституции Российской Федерации, применению не подлежат.

4. Согласно статье 78 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» настоящее Постановление подлежит незамедлительному опубликованию в «Собрании законодательства Российской Федерации» и «Российской газете». Постановление должно быть опубликовано также в «Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации».

Конституционный Суд
Российской Федерации
№ 13-П

**ОПРЕДЕЛЕНИЕ СУДЕБНОЙ КОЛЛЕГИИ
ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ ВЕРХОВНОГО СУДА РФ
ОТ 6 ИЮНЯ 2003 Г. № 60-Г03-10¹**

[Извлечения]

Администрация г. Петропавловск-Камчатского обратилась в суд с заявлением о признании противоречащим федеральному законодательству, недействующим и не подлежащим применению подп. 3 п. 2 ст. 17 Закона Камчатской области № 87 от 16 июня 1997 г. «О муниципальной службе Камчатской области», ссылаясь на то, что данная норма предусматривает ограничение граждан в поступлении на муниципальную службу в Камчатской области в случае их близкого родства или свойства с муниципальным служащим, если их муниципальная служба связана с непосредственной подчиненностью или подконтрольностью одного из них другому. Эта норма противоречит Трудовому кодексу Российской Федерации и Федеральному закону «Об основах муниципальной службы в Российской Федерации», которые не предусматривают ограничения совместной муниципальной службы близких родственников.

Решением Камчатского областного суда от 8 апреля 2003 г. заявление администрации г. Петропавловск-Камчатского удовлетворено. В кассационной жалобе представителя губернатора Камчатской области поставлен вопрос об отмене решения суда в связи с нарушением норм процессуального права.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ 6 июня 2003 г. оснований для отмены решения суда не нашла, указав следующее.

Пункт 1 ст. 20 Федерального закона от 8 января 1998 г. № 8-ФЗ «Об основах муниципальной службы в Российской Федерации» (с последующими изменениями и дополнениями) предусматривает, что поступление на муниципальную службу осуществляется в соответствии с законодательством Российской Федерации о труде с учетом особенностей, предусмотренных настоящим Федеральным законом.

В ст. 11 этого Федерального закона приведен перечень ограничений, связанных с муниципальной службой, однако ограничение совместной муниципальной службы близких родственников в связи с их подчиненностью или подконтрольностью одного из них другому в данной норме не предусмотрено. В отличие от ранее действовавшей ст. 20 Кодекса законов о труде Российской Федерации, принятого в 1971 году, не предусмотрено такого ограничения и в Трудовом кодексе Российской Федерации, введенном в действие с 1 февраля 2002 г.

Согласно ст. 3 Федерального закона «Об основах муниципальной службы в Российской Федерации» граждане Российской Федерации имеют равный

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 6. 30 июня.

доступ к муниципальной службе независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям.

В соответствии с ч. 2 ст. 3 ТК РФ никто не может быть ограничен в трудовых правах и свободах или получать какие-либо преимущества независимо от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, социального и должностного положения, возраста, места жительства, отношения к религии, политических убеждений, принадлежности или не принадлежности к общественным объединениям, а также от других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работника.

В силу п. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом.

Согласно ч. 3 ст. 3 ТК РФ не является дискриминацией установление различий, исключений, предпочтений, а также ограничение прав работников, которые определяются свойственными данному виду труда требованиями, установленными федеральным законом.

Поскольку федеральный закон, ограничивающий права близких родственников на совместную муниципальную службу, в настоящее время отсутствует, суд пришел кциальному выводу о противоречии оспариваемой нормы Закона Камчатской области федеральному законодательству.

С утверждением о том, что администрация муниципального образования не вправе обращаться в суд с данным заявлением в силу ч. 2 ст. 251 ГПК РФ, согласиться нельзя.

Как установлено в ст. 133 Конституции Российской Федерации, одной из гарантий местного самоуправления является право на судебную защиту. В связи с этим органы местного самоуправления вправе обращаться в суды с заявлениями об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части не только по основаниям нарушения их компетенции (ч. 2 ст. 251 ГПК РФ), но также и нарушения оспариваемым нормативным правовым актом других прав местного самоуправления.

Из содержания оспариваемого администрацией Петропавловск-Камчатского городского муниципального образования Закона области следует, что он регулирует отношения по поводу организации муниципальной службы в Камчатской области, т. е. затрагивает права и законные интересы местного самоуправления.

Довод о том, что заявление администрации Петропавловск-Камчатского муниципального образования подлежит рассмотрению в порядке конституционного судопроизводства, несостоятелен, поскольку суд не разрешал вопрос о противоречии оспариваемой нормы Конституции Российской Федерации.

ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПЛЕNUMА ВЕРХОВНОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ № 2 ОТ 17 МАРТА 2004 Г.

«О ПРИМЕНЕНИИ СУДАМИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ТРУДОВОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»¹

В связи с вопросами, возникшими у судов при применении Трудового кодекса Российской Федерации, введенного в действие с 1 февраля 2002 года, Пленум Верховного Суда Российской Федерации в целях обеспечения правильного применения положений названного Кодекса при разрешении трудовых споров постановляет дать судам следующие разъяснения:

Подведомственность и подсудность трудовых дел. Общие правила разрешения судами трудовых споров

1. В силу пункта 1 части 1 статьи 22 ГПК РФ и статей 382, 391 Трудового кодекса РФ (далее – Кодекс, ТК РФ) дела по спорам, возникшим из трудовых правоотношений, подведомственны судам общей юрисдикции. Учитывая это, при принятии искового заявления судье необходимо определить, вытекает ли спор из трудовых правоотношений, т.е. из таких отношений, которые основаны на соглашении между работником и работодателем о личном выполнении работником за плату трудовой функции (работы по определенной специальности, квалификации или должности), подчинении работника правилам внутреннего трудового распорядка при обеспечении работодателем условий труда, предусмотренных трудовым законодательством, коллективным договором, соглашениями, трудовым договором (статья 15 ТК РФ), а также подсудно ли дело данному суду. Решая вопрос о подсудности дела, следует иметь в виду, что исходя из содержания пункта 6 части 1 статьи 23 ГПК РФ мировой судья рассматривает в качестве суда первой инстанции все дела, возникшие из трудовых отношений, за исключением дел о восстановлении на работе и дел о признании забастовки незаконной, независимо от цены иска. При этом необходимо учитывать, что трудовой спор, возникший в связи с отказом в приеме на работу, не является спором о восстановлении на работе, так как он возникает между работодателем и лицом, изъявившим желание заключить трудовой договор (часть вторая статьи 381, часть третья статьи 391 ТК РФ), а не между работодателем и лицом, ранее состоявшим с ним в трудовых отношениях. Мировому судье подсудны также дела по искам работников о признании перевода на другую работу незаконным, поскольку в указанном случае трудовые отношения между работником и работодателем не прекращаются. Все дела о восстановлении на работе, независимо от основания прекращения трудового договора, включая и расторжение трудового договора с работником в связи с неудовлетворительным результатом испытания (часть первая статьи 71 ТК РФ), подсудны районному суду. Дела по искам работников, трудовые отношения с которыми прекращены, о признании увольнения незаконным

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 6. 30 июня.

и об изменении формулировки причины увольнения также подлежат рассмотрению районным судом, поскольку по существу предметом проверки в этом случае является законность увольнения. [...]

2. Учитывая, что статья 46 Конституции Российской Федерации гарантирует каждому право на судебную защиту и Кодекс не содержит положений об обязательности предварительного внесудебного порядка разрешения трудового спора комиссией по трудовым спорам, лицо, считающее, что его права нарушены, по собственному усмотрению выбирает способ разрешения индивидуального трудового спора и вправе либо первоначально обратиться в комиссию по трудовым спорам (кроме дел, которые рассматриваются непосредственно судом), а в случае несогласия с ее решением – в суд в десятидневный срок со дня вручения ему копии решения комиссии, либо сразу обратиться в суд (статья 382, часть вторая статьи 390, статья 391 ТК РФ). Если индивидуальный трудовой спор не рассмотрен комиссией по трудовым спорам в десятидневный срок со дня подачи работником заявления, он вправе перенести его рассмотрение в суд (часть вторая статьи 387, часть первая статьи 390 ТК РФ). [...]

5. Судья не вправе отказать в принятии искового заявления по мотивам пропуска без уважительных причин срока обращения в суд (части первая и вторая статьи 392 ТК РФ) или срока на обжалование решения комиссии по трудовым спорам (часть вторая статьи 390 ТК РФ), так как Кодекс не предусматривает такой возможности. Не является препятствием к возбуждению трудового дела в суде и решение комиссии по трудовым спорам об отказе в удовлетворении требования работника в связи с пропуском срока на его предъявление. [...]

Заключение трудового договора

10. При рассмотрении споров, связанных с отказом в приеме на работу, необходимо иметь в виду, что труд свободен и каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, а также иметь равные возможности при заключении трудового договора без какой-либо дискриминации, т.е. какого бы то ни было прямого или косвенного ограничения прав или установления прямых или косвенных преимуществ при заключении трудового договора в зависимости от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, социального и должностного положения, места жительства (в том числе наличия или отсутствия регистрации по месту жительства или пребывания), а также других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работников, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом (статьи 19, 37 Конституции РФ, статьи 2, 3, 64 Кодекса, статья 1 Конвенции МОТ № 111 1958 года о дискриминации в области труда и занятий, ратифицированной Указом Президиума Верховного Совета СССР от 31 января 1961 г.). Между тем при рассмотрении дел данной категории в целях оптимального согласования интересов работодателя и лица, желающего заключить трудовой договор, и с учетом того, что исходя из содержания статьи 8, части 1 статьи 34, частей 1 и 2 статьи 35 Конституции

РФ и абзаца второго части первой статьи 22 Кодекса работодатель в целях эффективной экономической деятельности и рационального управления имуществом самостоятельно, под свою ответственность принимает необходимые кадровые решения (подбор, расстановка, увольнение персонала) и заключение трудового договора с конкретным лицом, ищущим работу, является правом, а не обязанностью работодателя, а также того, что Кодекс не содержит норм, обязывающих работодателя заполнять вакантные должности или работы немедленно по мере их возникновения, необходимо проверить, делалось ли работодателем предложение об имеющихся у него вакансиях (например, сообщение о вакансиях передано в органы службы занятости, помещено в газете, объявлено по радио, оглашено во время выступлений перед выпускниками учебных заведений, размещено на доске объявлений), велись ли переговоры о приеме на работу с данным лицом и по каким основаниям ему было отказано в заключении трудового договора. При этом необходимо учитывать, что запрещается отказывать в заключении трудового договора по обстоятельствам, носящим дискриминационный характер, в том числе женщинам по мотивам, связанным с беременностью или наличием детей (части вторая и третья статьи 64 Кодекса); работникам, приглашенным в письменной форме на работу в порядке перевода от другого работодателя, в течение одного месяца со дня увольнения с прежнего места работы (часть четвертая статьи 64 Кодекса). Поскольку действующее законодательство содержит лишь примерный перечень причин, по которым работодатель не вправе отказать в приеме на работу лицу, ищущему работу, вопрос о том, имела ли место дискриминация при отказе в заключении трудового договора, решается судом при рассмотрении конкретного дела. Если судом будет установлено, что работодатель отказал в приеме на работу по обстоятельствам, связанным с деловыми качествами данного работника, такой отказ является обоснованным. Под деловыми качествами работника следует, в частности, понимать способности физического лица выполнять определенную трудовую функцию с учетом имеющихся у него профессионально-квалификационных качеств (например, наличие определенной профессии, специальности, квалификации), личностных качеств работника (например, состояние здоровья, наличие определенного уровня образования, опыт работы по данной специальности, в данной отрасли). Кроме того, работодатель вправе предъявить к лицу, претендующему на вакантную должность или работу, и иные требования, обязательные для заключения трудового договора в силу прямого предписания федерального закона (например, наличие российского гражданства, являющееся в соответствии с пунктом 1 и подпунктом 6 пункта 3 статьи 21 Федерального закона от 31 июля 1995 г. № 119-ФЗ «Об основах государственной службы Российской Федерации» обязательным условием для принятия на государственную службу, за исключением случаев, если доступ к государственной службе урегулирован на взаимной основе межгосударственным соглашением), либо которые необходимы в дополнение к типовым или типичным профессионально-квалификационным требованиям в силу специфики той или иной работы (например, владение одним или несколькими иностранными языками, способность работать на компьютере).

11. Обратить внимание судов на то, что отказ работодателя в заключении трудового договора с лицом, являющимся гражданином Российской Федерации, по мотиву отсутствия у него регистрации по месту жительства, пребывания или по месту нахождения работодателя является незаконным, поскольку нарушает право граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства, гарантированное Конституцией РФ (часть 1 статьи 27), Законом Российской Федерации от 25 июня 1993 г. № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации», а также противоречит части второй статьи 64 ТК РФ, запрещающей ограничивать права или устанавливать какие-либо преимущества при заключении трудового договора по указанному основанию. [...]

Вынесение судами решений по трудовым спорам

60. Работник, уволенный без законного основания или с нарушением установленного порядка увольнения, подлежит восстановлению на прежней работе. При невозможности восстановления его на прежней работе вследствие ликвидации организации суд признает увольнение незаконным, обязывает ликвидационную комиссию или орган, принявший решение о ликвидации организации, выплатить ему средний заработок за все время вынужденного прогула. Одновременно суд признает работника уволенным по пункту 1 статьи 81 ТК РФ в связи с ликвидацией организации. [...]

63. В соответствии с частью четвертой статьи 3 и частью седьмой статьи 394 Кодекса суд вправе удовлетворить требование лица, подвергшегося дискриминации в сфере труда, а также требование работника, уволенного без законного основания или с нарушением установленного порядка увольнения либо незаконно переведенного на другую работу, о компенсации морального вреда. Учитывая, что Кодекс не содержит каких-либо ограничений для компенсации морального вреда и в иных случаях нарушения трудовых прав работников, суд в силу статей 21 (абзац четырнадцатый части первой) и 237 Кодекса вправе удовлетворить требование работника о компенсации морального вреда, причиненного ему любыми неправомерными действиями или бездействием работодателя, в том числе и при нарушении его имущественных прав (например, при задержке выплаты заработной платы). В соответствии со статьей 237 Кодекса компенсация морального вреда возмещается в денежной форме в размере, определяемом по соглашению работника и работодателя, а в случае спора факт причинения работнику морального вреда и размер компенсации определяются судом независимо от подлежащего возмещению имущественного ущерба. Размер компенсации морального вреда определяется судом исходя из конкретных обстоятельств каждого дела, с учетом объема и характера причиненных работнику нравственных или физических страданий, степени вины работодателя, иных заслуживающих внимания обстоятельств, а также требований разумности и справедливости.

64. В связи с принятием настоящего постановления: а) признать утратившими силу постановления Пленума Верховного Суда Российской Федера-

ции: от 21 марта 1978 г. № 3 «О вопросах, возникших в судебной практике при применении ст. 214 Кодекса законов о труде Российской Федерации» с изменениями и дополнениями, внесенными постановлениями Пленума от 20 декабря 1983 г. № 11 и от 23 августа 1988 г. № 9, в редакции постановления Пленума от 21 декабря 1993 г. № 11; от 22 декабря 1992 г. № 16 «О некоторых вопросах применения судами Российской Федерации законодательства при разрешении трудовых споров» в редакции постановлений Пленума от 21 декабря 1993 г. № 11 и от 25 октября 1996 г. № 10, с изменениями и дополнениями, внесенными постановлениями Пленума от 15 января 1998 г. № 1 и от 21 ноября 2000 г. № 32; б) постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, содержащие разъяснения по применению трудового законодательства, подлежат применению в той части, в которой они не противоречат Трудовому кодексу Российской Федерации.

Председатель Верховного Суда Российской Федерации В.М. Лебедев
Секретарь Пленума, судья Верховного Суда Российской Федерации
В.В. Демидов

ПРАВОВОЕ РАВЕНСТВО В МЕХАНИЗМЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ¹

М.Н. Козюк

В процессе обеспечения «равной защиты» большое значение имеют формы как материальных, так и процессуальных отраслей права, однако их роль различна. Если первые сами по себе выступают в качестве всеобщего и равного масштаба поведения, то вторые способствуют, кроме того, воплощению в жизнь принципа равноправия. Например, обязанность следователя предоставить каждому участнику расследования возможность давать показания на родном языке реально обеспечивает равноправие всех участников данного процесса. В некоторых работах процессуалистов данная обязанность трактуется как инструментальная необходимость для установления объективной истины по делу, однако не случайно равноправие участников процесса (это доказано всем опытом отправления правосудия) ведет к истинному и справедливому разрешению дела.

В связи с тем, что правовое равенство, будучи сущностным свойством права, присутствует в самом верхнем эшелоне законодательства – в актах, имеющих конституционное значение, то практика его применения и интерпретации сложилась в органах конституционной юстиции. Необходимость «равной защиты» диктуется имеющимися особенностями той или иной национальной правовой системы. Рассмотренный механизм обеспечения равной защиты законом в Российской Федерации можно проиллюстрировать на наиболее типичных ситуациях нарушения правового равенства. «Равная

¹ Волгоград: Волгоградский юридический институт, 1998. С. 77–85.

защита» требуется, если в процессе применения права будет установлено, что индивиды фактически находятся в неравном положении, которое обусловлено следующими признаками: местожительством, национальностью, полом, имущественным положением, родом занятий, возрастом и т.п.

Местожительство. В связи с тем, что Россия – федеративное государство, на ее территории складываются, кроме общего федерального правопорядка, специфические правопорядки субъектов Российской Федерации. Это обстоятельство вызывает опасения в том, что при принятии своих актов они создадут ситуацию правового неравенства различных категорий российских граждан. Напомним, XIV поправка Конституции США имела в виду подобную ситуацию. Авторы Конституции России стремились устранить такую угрозу, предусмотрев определенные механизмы предотвращения неравенства. Например, ч. 2 ст. 6 гласит: «Каждый гражданин Российской Федерации обладает на ее территории всеми правами и свободами и несет равные обязанности, предусмотренное Конституцией Российской Федерации». На первый взгляд кажется, что указанное положение только повторяет ч. 2 ст. 19, которая говорит о равноправии, но так как в данном случае речь идет о «равной защите», то тавтологии здесь нет.

Кроме того, установив равенство субъектов Российской Федерации между собой, Конституция передала им защиту прав и свобод человека и гражданина (п. «б» ст. 72), оставив на федеральном уровне их регулирование (п. «в» ст. 71).

Необходимо отменить, что эта проблема приобретает особую актуальность в период становления новой российской государственности. В прессе, в выступлениях государственных деятелей и ученых высказывается тревога по поводу того, что в процессе бурного законотворчества субъекты Российской Федерациивольно или невольно нарушают принцип равноправия граждан. Так, И. Умнова приводит такой факт: в законе «Об охране здоровья населения» Республики Саха (Якутия) закрепляется и гарантируется право граждан республики на охрану здоровья и ничего не говорится о подобном праве россиян, не являющихся гражданами республики, хотя и проживающих или находящихся на ее территории. В то же время проблемы, связанные с охраной здоровья иностранцев и лиц без гражданства, закон защищает¹.

Статья 6 Конституции России, запрещая рассматривать жителей иных субъектов Российской Федерации в качестве иностранцев, ничего не говорит о том, что такое неравенство может возникнуть не только «негативным», но и позитивным путем как «добавление» очередного права или свободы. Согласно ч. 1 ст. 55 перечень прав и свобод не является исчерпывающим, однако п. «б» ст. 72 передает субъектам только «защиту», а не установление права. Нестыковка данных положений является, скорее всего, недосмотром, и в данном случае должны действовать положения главы второй.

То, что в процессе развития правовых систем субъектов появится напряженность между равноправием в смысле ст. 19 и особыми интересами субъектов, – несомненно. Уже сейчас жители различных регионов платят

¹ См.: Умнова И. Республика людей солнца: суверенитет желаемый и возможный // Российская Федерация. 1994. № 13. С. 13.

различающиеся налоги, получают неодинаковую социальную помощь, пользуются преимуществами при поступлении в образовательные учреждения и т.п. Единственная конституционная возможность корректировки данного процесса – вмешательство в него Конституционного Суда под предлогом равной защиты¹.

Национальность. В развитии российской государственности национальный вопрос всегда имел особое значение. Недаром первые слова конституционного текста звучат так: «Мы, многонациональный народ...». Вместе с тем Конституция не подчеркивает национальные моменты, отдавая предпочтение общечеловеческим ценностям. Однако проблема расового и национального равноправия остается актуальной, особенно в связи с межнациональными конфликтами, постоянно будоражащими общество. Российская правовая система содержит некоторые средства обеспечения национального равноправия. Так, ст. 13 Конституции запрещает создание и деятельность общественных объединений, цели или действия которых направлены на разжигание социальной, расовой, национальной или религиозной розни. Уголовное законодательство (ст. 282 УК Российской Федерации) предусматривает ответственность за умышленные действия, направленные на возбуждение национальной, расовой или религиозной вражды, на унижение национального достоинства, пропаганду исключительности, превосходства либо неполноценности граждан по признаку их отношения к религии, национальной или расовой принадлежности.

Оценивая состояние борьбы с распространением различных видов национальной дискриминации, нельзя не согласиться с мнением Ю.Н. Демидова: «Своевременное, законное, наступательное применение уголовно-правовой нормы об ответственности за нарушение национального равноправия к лицам, умышленно возбуждающим национальную рознь и вражду, является одной из мер предупреждения острых социальных конфликтов на национальной почве и сопряженных с ними тяжелых преступлений против личности, общественного порядка, интересов государства»².

Актуальность данных проблем подтверждается, например, решением Судебной палаты по информационным спорам от 21 февраля 1995 г. № 5 (42) «О публикации Я. Могутина “Чеченский узел. 13 тезисов” в газете “Новый взгляд” № 3, 1995 г.» Автор публикации характеризовал чеченскую нацию как «полудикую», знаменитую «только своим варварством и угрюмой свирепостью, не давшую миру решительно ничего, кроме международного терроризма и наркобизнеса» и т.п. Это дало основание Судебной палате характеризовать факт публикации статьи как нарушение п. 2 ст. 29 Конституции Российской Федерации, ст. 4 Закона Российской Федерации «О средствах

¹ О практике деятельности Верховного суда США в этих направлениях см.: Харрел М.Э., Андерсон Б. Равное правосудие на основе закона. Верховный суд в жизни Америки. М., 1995.

² Демидов Ю.Н. Уголовная ответственность за нарушение национального и расового равноправия // Государство и право. 1994. № 7. С. 99.

массовой информации», так как он служит целям возбуждения национальной, социальной, религиозной ненависти и вражды¹.

На эту проблему обратил внимание Ю.Н. Демидов, который писал: «Серьезного научного изучения и соответствующей оценки, включая уголовно-правовую, требуют ситуации социальных конфликтов, поводом для которых послужили решения (акты) либо действия должностных лиц или коллективных органов власти. Формально правомерные (с соблюдением соответствующих процедур, уполномоченными на то, субъектами) эти решения, принятые часто без учета национальных, психологических и иных факторов фактически прямо или косвенно ущемляют права и интересы определенных групп населения по национальному признаку»², Россия как федерация, построена не только по территориальному, но и, частично, по национально-территориальному принципу. Это обстоятельство ведет к тому, что правовое неравенство нередко основывается на комплексе взаимосвязанных признаков, например mestожительстве и национальности.

Конституционный Суд России в своем постановлении от 17 сентября 1993 г. по делу о проверке конституционности постановлений Верховного Совета Северо-Осетинской ССР, в которых, со ссылкой на мнение трудовых коллективов, Советов народных депутатов и их исполкомов, утверждалось, что невозможно совместное проживание граждан осетинской и ингушской национальности, отметил: «Положения постановлений Верховного Совета Северо-Осетинской ССР о невозможности совместного проживания граждан различных национальностей находятся в противоречии со ст. 34 Конституции Российской Федерации (в ред. 1978 г.), которая устанавливает, что все равны перед законом и судом и что государство гарантирует равенство прав и свобод человека независимо от национальности, места жительства и других обстоятельств»³.

В этой связи Б. Крылов отмечал, что в конституциях некоторых субъектов Российской Федерации подчеркивается национальный фактор⁴. Например, в ст. 88 Конституции Республики Дагестан указано, что Государственный Совет состоит из 14 человек и формируется с учетом многонационального состава населения. Но в Дагестане насчитывается свыше 50 национальностей. Кроме того, в Государственный совет не может войти «более одного представителя одной и той же национальности». Правомерен вопрос: в какой мере

¹ См.: РОС. газ. 1995. 2 марта.

² Демидов Ю.Н. Указ. соч. С. 97.

³ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 сентября 1993 года по делу о проверке конституционности постановлений Верховного Совета Северо-Осетинской ССР от 6 марта 1993 года «О Программе комплексного решения проблемы беженцев, вынужденных переселенцев и лиц, покинувших территорию Северной Осетии» и от 26 марта 1993 года «О переговорах официальных делегаций Северо-Осетинской ССР и Ингушской Республики 18–20 марта 1993 года» // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1994. № 6.

⁴ См.: Крылов Б. Не заглянув в святыни. К вопросу о соответствии конституций и уставов субъектов Федерации Конституции РФ // Российская Федерация 1995. № 23. С. 56–57.

соблюдается требование ст. 26 Конституции России, которая запрещает принуждение к определению и указанию своей национальной принадлежности? Всякое повышенное внимание к представителям одной нации, как правило, ведет к дискриминации лиц, принадлежащих к другим национальностям. В Конституции Республики Бурятия установлено, что решение об изменении государственно-правового статуса республики на референдуме считается принятым только при условии, если за него проголосовало более половины граждан бурятской национальности. Но по переписи 1989 г. буряты составляют менее четверти населения республики. Подобные проблемы возникают не только в республиках, но и в иных субъектах Российской Федерации. Так, Волгоградская областная Дума 2 августа 1995 г. приняла в первом чтении проект областного закона «О добровольной казачьей дружины по охране общественного порядка и обеспечению общественной безопасности по Волгоградской области»¹. Очевидно, что этническая принадлежность – это не тот критерий, которым нужно руководствоваться при формировании структур, обеспечивающих правопорядок.

Половой признак. Часть 3 ст. 19 Конституции России гласит: «Мужчина и женщина имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации». Впервые в российском конституционном законодательстве речь идет не только о равных правах, но и равных возможностях для их реализации. Данные положения развиваются в ст. 7 и 38 под углом создания определенных механизмов, гарантирующих реализацию равенства. Так, в ст. 7 указано: «В Российской Федерации... обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства». Таким образом, понятия материнства и отцовства уравниваются. В том же духе выдержана ст. 38, закрепившая, что «забота о детях, их воспитание – равное право и обязанность обоих родителей». К проблеме обеспечения равенства мужчины и женщины привлекла внимание и Судебная палата по информационным спорам при Президенте Российской Федерации своим решением от 11 марта 1994 г. № 5, пункт первый которого звучит так: «Признать, что распространение в средствах массовой информации сообщений и материалов, в том числе рекламных объявлений, направленных на какое бы ни было прямое или косвенное ограничение прав или установление прямых или косвенных преимуществ при приеме на работу в зависимости от пола, является грубым нарушением равноправия мужчины и женщины, закрепленного в Конституции Российской Федерации, в других законодательных актах, общепризнанных нормах международного права». А.Б. Венгеров писал: «Разумеется, сама администрация решает, кого принимать на работу, но публично ограничивать права по признаку пола неконституционно»². В странах с более развитой практикой данный тезис закрепляется в специальном законодательстве³.

¹ Бюллетень Волгоградской областной Думы. 1995. Вып. 7. С. 28.

² Венгеров А.Б. Прямое действие Конституции: правовые, социальные, психологические аспекты // Общественные науки и современность. 1995. № 5. С. 51.

³ Фридмэн Л. Введение в американское право. М., 1992. С. 262.

Имущественное положение. Ранее мы попытались разграничить понятия правового и социального равенства, однако социальное равенство, в узком смысле (как экономическое равенство), имеет правовые грани. Примерно до середины XX века основным противоречием в сфере социального равенства считалось противоречие между трудом и капиталом. Сейчас представление о нуждающихся в социальной поддержке заметно изменилось и охватывает не только отдельные слои населения, но и определенные жизненные ситуации. В основе этих видов неравенства лежат экономические факторы. По мнению немецких конституционалистов, для преодоления неравенства государство может использовать:

- социальные коррективы, вносимые в частноправовые отношения (например, в трудовом праве государственное вмешательство в общественные отношения (охрана труда, помощь молодежи и т.д.);
- обеспечение общедоступности наиболее важных благ и услуг (регулирование цен на энергоносители);
- предоставление государственных учреждений частным лицам (в сфере обслуживания, образования, здравоохранения);
- поддержка общественных инициатив (выдача субсидий)¹.

На наш взгляд, данный вид неравенства при дальнейшем развитии кризисных процессов в экономике, несмотря на попытки его правового нивелирования (ст. 8 Конституции), будет прогрессировать, оказывая негативное влияние на состояние проблемы правового равенства. Он может послужить катализатором для развития иных видов неравенства, поскольку они связаны между собой единой социальной основой.

Род занятий и должностное положение. Ограничение прав граждан в сфере трудовых правоотношений, наряду с проблемами национального неравноправия, относится к числу наиболее болезненных нарушений правового равенства в современном российском обществе. Неоднократно они выявлялись Конституционным Судом России по различным делам. Например, по одному из дел Суд счел неконституционным ограничение на судебную защиту трудовых прав некоторых категорий работников, ибо такое ограничение допускается лишь в целях защиты конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других людей в демократическом обществе и, следовательно, неприемлемо к осуществлению лицом права на судебную защиту².

¹ См.: Государственное право Германии. М., 1994. Т. I. С. 68–69.

² См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности правоприменительной практики обжалования работниками прокуратуры увольнений и наложения взысканий, сложившейся в результате применения статьи 218 Кодекса законов о труде Российской Федерации, статьи 40 Закона Российской Федерации от 17 января 1992 года «О прокуратуре Российской Федерации» и статьи 23 Положения о поощрениях и дисциплинарной ответственности прокуроров и следователей органов Прокуратуры СССР, утвержденного Указом Президиума Верховного Совета СССР от 17 февраля 1984 года // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1994, № 2–3.

Возраст. Как дискриминацию по признаку возраста оценил Конституционный Суд России правоприменительную практику расторжения трудового договора по достижении работником пенсионного возраста при наличии права на полную пенсию по старости. Подобная практика ограничивала права граждан на труд и защиту от безработицы¹.

Среди иных обстоятельств, на которые часто указывают как на основание дискриминации, первое место занимает судимость. Конституционный Суд России в своем решении по делу о проверке конституционности норм жилищного права, допускающих лишение гражданина права пользования жилым помещением в связи с осуждением к лишению свободы, указал: «Положение пункта 8 части второй статьи 60 ЖК РСФСР, фактически вводящее не предусмотренное уголовным законодательством дополнительное наказание в виде лишения жилплощади, приводит к дискриминации в жилищных правах отдельных категорий граждан по признаку наличия у них судимости и в силу этого нарушает гарантированный государством принцип равенства прав и свобод человека и гражданина (статья 19, части 1 и 2 Конституции Российской Федерации)². В.И. Ткаченко отмечал, что равноправие граждан предполагает и равенство пределов ответственности за юридически тождественные действия независимо от свойств личности виновного. Таким образом, установление в законе повышенной ответственности для ранее судимых лиц нарушает принцип равенства³. Федеральный закон «Об образовании» в ст. 5 предусматривает возможность ограничения права на образование наличием судимости⁴. Такой подход представляется неконституционным. Если образование, как указано в преамбуле закона, – «процесс воспитания и обучения в интересах человека, общества и государства», то наличие судимости никак не может быть интерпретировано как обстоятельство, указанное в ч. 3 ст. 55 (основания ограничения прав и свобод человека). Другое дело, что таких лиц не принимают, например, в ведомственные вузы системы МВД. В этом случае приоритет имеют не отношения «образования», а государственной службы, так как учащиеся поступают на службу в МВД.

¹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности правоприменительной практики расторжения трудового договора по основанию, предусмотренному пунктом 1 статьи 33 КЗоТ РСФСР // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1993. № 1; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности абзака 2 части седьмой статьи 19 Закона РСФСР от 18 апреля 1991 года «О милиции» в связи с жалобой гражданина В.М. Минакова // Рос. газ. 1995. 15 июня.

² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности части первой и пункта 8 части второй статьи 60 Жилищного кодекса РСФСР в связи с запросом Муромского городского народного суда Владимирской области и жалобами граждан Е.Р. Такновой, Е.А. Оглоблина, А.Н. Ващука // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 27. Ст. 2622.

³ См.: Ткаченко В.И. Равенство уголовной ответственности // Государство и право. 1991. № 12. С. 86.

⁴ См.: Федеральный закон «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «Об образовании» // Рос. газ. 1996. 23 янв.

Конституционный Суд России настойчиво внедряет доктрину равенства в правовую систему, учитывая данный принцип по всем делам, где это возможно. Серия дел, связанных с налогообложением, также была рассмотрена под углом правового равенства. Суд констатировал наличие принципа равного налогового бремени и сформулировал его. «Принцип равного налогового бремени вытекает из статей 8 (часть 2), 19 и 57 Конституции Российской Федерации. В сфере налоговых отношений он означает, что не допускается установление дополнительных, а также повышенных по ставкам налогов в зависимости от формы собственности, организационно-правовой формы предпринимательской деятельности, местонахождения налогоплательщика и иных носящих дискриминационный характер оснований»¹.

Между тем не все решения Конституционного Суда имеют убедительный характер, что говорит о необходимости дальнейшего научного осмысления доктрины равных прав. Так, большой общественный резонанс получило решение по делу о проверке конституционности п. 2 ст. 855 Гражданского кодекса Российской Федерации. Указанная статья регулирует очередность списания денежных средств со счетов юридических лиц. Порядок, установленный законодательной властью, предусматривал содействие в получении в первую очередь причитающихся выплат работникам коммерческих организаций, а во вторую – выплаты в бюджет в виде налогов. Конституционный Суд России оспорил подобный порядок: «Очередность, введенная пунктом 2 статьи 855 ГК Российской Федерации, даже если бы она облегчила положение с задолженностью по заработной плате работникам коммерческих организаций, создает трудности с формированием доходной части бюджета, что может привести к задолженности по заработной плате работникам бюджетной сферы. В условиях кризиса неплатежей установление законодателем приоритета для той или иной группы граждан, будь то работники коммерческих и иных организаций или работники бюджетной сферы, притом, что платежи, отнесенные к каждой следующей очереди, должны производиться лишь после полного погашения всех предшествующих требований без какой-либо пропорциональности, противоречит принципу равенства всех перед законом»². В чем слабость такого аргументирования? Если даже согласиться с тем, что невыплата налогов, неплатежеспособности предприятиями может оказаться на благополучии работников бюджетной сферы (а это еще надо доказать; поскольку ст. 855 регулирует ситуацию исключительную), то все равно речь идет лишь об опасности по-

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности положений абзаца второго пункта 2 статьи 18 и статьи 20 Закона Российской Федерации от 27 декабря 1991 года «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» от 21 марта 1997 года // Рос. газ. 1997. 1 апр.

² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 855 Гражданского кодекса Российской Федерации и части шестой статьи 15 Закона Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» в связи с запросом Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 23 декабря 1997 года // Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 52. Ст. 5930.

тенциальной, а невыплата зарплаты работникам организации – ситуация уже реальная. И если следовать логике Конституционного Суда России, то, обеспечив выплаты в бюджет, но не найдя денег на зарплату работникам, государство создаст ситуацию вопиющего неравенства. Кроме того, субъекты здесь не те, о которых говорит Суд; сторонами выступают государство, со своими фискальными интересами, и работники организации, которые вопреки конституционным нормам не могут получить вознаграждение за свой труд. Напомним, что ст. 37 Конституции России гарантирует право каждому получать вознаграждение за труд, без какой бы то ни было дискриминации. Конституционный Суд обязан был учесть и ст. 2, которая однозначно объявляет приоритетными интересы человека по отношению к интересам социальных общностей, в том числе и государства.

На интересный теоретический ракурс проблемы указал в своем особом мнении судья А.Л. Кононов¹. Мы уже отмечали, что право может освещать и ситуации неравенства, если они не противоречат принципу справедливости. В особом мнении есть ссылка на Конвенцию Международной организаций труда № 95 1952 г. об охране заработной платы, которая признает трудящихся привилегированными кредиторами в отношении их заработной платы. При этом «очередность погашения привилегированного кредита, составляющего заработную плату, по отношению к другим видам привилегированного кредита определяется национальным законодательством». Следовательно, сложилась довольно парадоксальная ситуация. С точки зрения международного сообщества, признать правовое преимущество за правом трудящегося на его зарплату является вполне правомерным и справедливым. Однако Конституционный Суд России указал, что «дополнения и изменения пункта 2 статьи 855 ГК Российской Федерации не соответствуют, таким образом, критериям справедливости...». Понятно, и об этом уже много говорилось, что равенство тесно соприкасается со справедливостью. Данный пример показывает, что если при использовании в конкретном деле принципа правового равенства ситуация тщательно не проанализирована, то появляются сомнения в возможности торжества справедливости. Кроме того, подобные случаи наносят ущерб престижу решениям Конституционного Суда.

Мы рассмотрели лишь несколько моментов, требующих, на наш взгляд, более внимательного отношения органов власти с позиции обеспечения равной защиты законом. Практика Конституционного Суда России, несмотря на небольшой срок его существования, изобилует конкретными делами, в которых суд применил доктрину равной защиты законом, устранив как дискриминационные правовые нормы, так и обыкновения правоприменительной практики. С подобными делами все чаще сталкиваются суды общей юрисдикции, особенно при использовании конституционных норм.

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 855 Гражданского кодекса Российской Федерации и части шестой статьи 15 Закона Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» в связи с запросом Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 23 декабря 1997 года // Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 52. Ст. 5930.

ЗАПРЕТ ДИСКРИМИНАЦИИ В РОССИЙСКОМ И МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ¹

G.H. Комкова

[Извлечения]

Особая значимость правозащитной функции Конституционного Суда РФ обусловлена тем, что его решения распространяются на огромное количество граждан, чьи права нарушены. Так, отмена запрета на приватизацию жилья для учителей, проживающих в сельской местности, касалась 460 тыс. граждан².

В Конституционный Суд РФ наиболее часто обращаются граждане именно по поводу нарушения принципа равенства прав и свобод человека. Причем нарушение данного принципа может стать как самостоятельным предметом рассмотрения, так и наряду с другими статьями Конституции РФ. Рассмотрение жалоб граждан на нарушение конституционных прав и свобод, конституционного принципа равенства также входит в компетенцию конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации.

Судебный порядок защиты принципа равенства в судах общей юрисдикции является наиболее адекватным в случае актов дискриминации в отношении конкретных индивидов. Необходимо отметить, однако, что такая защита в судах общей юрисдикции встречается достаточно редко. Возможно, это происходит по причине низкой активности самих граждан, которые пока не имеют привычки обращаться за защитой от дискриминации в суд. В качестве призыва рассмотрения подобных дел судами общей юрисдикции можно привести решение Верховного Суда РФ. Так, истница обратилась в суд с иском к НИИ о взыскании зарплаты, не доплаченной с декабря 1991 по февраль 1992 года. При этом она ссылалась на то, что в этот период работала инженером 1 категории, а зарплату ей выплачивали исходя из минимального размера, тогда как другим работникам были установлены новые оклады. Дело дошло до надзорной инстанции, так как нижестоящие суды в иске отказывали. Суд надзорной инстанции решение нижестоящих судов отменил и направил дело на новое рассмотрение, обосновав это тем, что каждому гарантируется право на труд без какой бы то ни было дискриминации в соответствии со ст. 37 Конституции РФ. Данная норма предполагает, что работник вправе требовать равное вознаграждение за равный труд. Истица получила оплату за свой труд в меньшем размере, чем другой работник, выполнявший такую же работу, на том основании, что она подлежала увольнению в связи с сокращением, поэтому данный факт был расценен как явная дискриминация³. К сожалению, других решений по фактам за-

¹ Комкова Г.Н. Запрет дискриминации в российском и международном праве. Саратов: Поволжская Академия государственной службы, 2003. С. 49–75.

² См.: Кряжков В.А. Конституционное правосудие на защите прав человека // Российская юстиция. 2002. № 3. С. 351

щиты от дискриминации, судебная практика судов общей юрисдикции не имеет. Возможно, это связано с незнанием граждан судебного механизма защиты от дискриминации, их нежеланием обращаться в суды общей юрисдикции.

При принятии решения по индивидуальной жалобе о дискриминации суд может руководствоваться определенной схемой проверки соблюдения принципа равенства, ответив на ряд вопросов:

1. Закреплено ли различие в нормативном акте, принятом установленным в Конституции РФ органом и по определенной законной процедуре?
2. Регулирует ли данный нормативный акт равные права и свободы различными способами?
3. Установлен ли факт нарушения принципа равенства прав и свобод человека и гражданина?
4. Является ли имеющееся неравенство оправданным:
 - служит законной цели (позитивной дискриминации),
 - является необходимым и соразмерным?
5. Каковы последствия нарушения принципа равноправия?
6. Какие меры необходимо предпринять суду для устранения этих дискриминационных последствий? [...]

2.3. Судебная практика конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации по делам о нарушении запрета дискриминации

Провозглашая права и свободы человека в качестве высшей ценности, Конституция России возлагает обязанность защищать их не только на Федерацию, но и на ее субъекты (ст. 2, 18, 46). Кроме того, обеспечение конституционности и законности, защита прав и свобод человека и гражданина – это сфера совместного ведения Российской Федерации и субъектов, поэтому для осуществления данных полномочий необходимо создание специальных органов, к которым можно отнести и конституционные (уставные) суды.

Конституционные (уставные) суды субъектов Федерации занимают уникальное место в судебной системе Российской Федерации, ограничивая деятельность других государственных органов власти региона конституционными (уставными) рамками. На апрель 2002 года конституционные (уставные) суды учреждены в 43 субъектах Федерации, в том числе в 15 республиках; данные суды функционируют в 12 субъектах¹.

Анализ компетенции действующих сегодня конституционных (уставных) судов позволяет выявить дополнительные направления их деятельности, закрепленные в конституциях, уставах и законах:

- проверка конституционности правоприменительной практики;
- толкование конституции или устава субъекта Федерации;

¹ См.: Кряжков В.А. Судебная власть в субъектах Российской Федерации // Конституционное право субъектов Российской Федерации / Отв. ред. В.А. Кряжков. М., 2002. С. 488.

- рассмотрение жалоб граждан на нарушение конституционных прав и свобод;
- участие в процедуре отрешения от должности главы исполнительной власти субъекта Федерации;
- участие в процедуре роспуска органа законодательной (представительной) власти субъекта РФ;
- осуществление права законодательной инициативы;

Субъекты Федерации вправе расширять компетенцию, при этом учитывая назначение и природу конституционных (уставных) судов, их место в судебной системе. Например, в Республике Марий Эл Конституционный Суд имеет право контролировать проведение выборов и законность назначения референдумов, в Республике Башкортостан – проверять конституционность политических партий и общественных объединений, в Республике Карелия – участвовать в процедуре отрешения от должности высших должностных лиц. Наделение дополнительными полномочиями таких судов правомерно, если это согласуется с компетенцией субъекта РФ и не конкурирует с полномочиями федерального Конституционного Суда.

Отношения между Конституционным Судом Российской Федерации и конституционными (уставными) судами субъектов строятся на принципах невмешательства в компетенцию друг друга и сотрудничества, так как данные органы связаны между собой функционально как институты, обеспечивающие конституционную законность на всей российской территории. Однако федеральный Конституционный Суд не рассматривает дела, находящиеся в юрисдикции конституционных судов субъектов, а они, в свою очередь, не вторгаются в компетенции Конституционного Суда РФ. Общефедеральный Конституционный Суд не может признать незаконным постановление конституционного (уставной) суда субъекта, так как у них разные правомочия. Ведь Конституционный Суд РФ проверяет соответствие закона субъекта РФ российской Конституции, а конституционный суд субъекта Федерации – соответствие данного закона конституции (уставу) субъекта РФ. Если же Конституционный Суд РФ признает не соответствующим Конституции России то или иное положение Основного Закона субъекта РФ, то решение конституционного (уставного) суда субъекта Федерации, вынесенное на основе данного положения, также утрачивает юридическую силу.

Сотрудничество между двумя видами органов конституционного контроля в России строится на взаимном информировании, а также на деятельности Конституционного Суда РФ по защите интересов конституционной юстиции России в целом. Конституционные (уставные) суды субъектов Федерации составляют с федеральным Конституционным Судом не систему, основанную на подчинении, а систему институтов, объединенных общим конституционным пространством и едиными конституционными ценностями.

Отмечая важное значение органов конституционной юстиции субъектов РФ в деле защиты прав человека, некоторые ученые предлагают вменить в обязанность субъектов Федерации учреждать подобные судебные органы, тогда как в настоящее время это является правом субъекта. По мнению

председателя Уставного суда Свердловской области В. Задиоры, то, что в одних субъектах Федерации действуют указанные суды, а в других их нет, ведет к разной включенности данных субъектов в обеспечение конституционности и законности, в результате граждане получают неодинаковую степень защиты их прав, что не согласуется со ст. 19, 46 и п. «а» ч. 1 ст. 72 Конституции Российской Федерации¹.

Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» установил, что в систему органов государственной власти субъекта Федерации входят законодательный (представительный) орган, высший исполнительный орган и иные органы государственной власти субъекта Федерации, которые образуются в соответствии с конституцией (уставом) данного субъекта Федерации.

Конкретная система органов государственной власти субъекта Федерации устанавливается конституцией (уставом) самого субъекта Федерации, как и необходимость учреждения конституционного (уставного) суда, исходя из материальных, кадровых и иных обстоятельств и финансируется за счет средств бюджета субъекта Федерации. Если же на федеральном уровне, как предлагается, в императивном порядке обязать субъекты Федерации создать конституционные (уставные) суды, то расходы на их содержание, организационное и материальное обеспечение также должна взять на себя Федерация, что в настоящее время вряд ли осуществимо. Возможно, более целесообразно стимулировать субъекты Федерации на учреждение таких судов, сочетая это с разъяснением им их роли и значения, оказанием информационной, правовой, консультативной помощи как со стороны Конституционного Суда РФ, так и со стороны других федеральных органов государственной власти.

Ряд ученых высказываются за создание иерархически выстроенной системы конституционной юстиции во главе с Конституционным Судом РФ. По вполне справедливому мнению заместителя Председателя Конституционного Суда РФ Т.Г. Морщаковой, подобная иерархическая система приведет к следующим неблагоприятным последствиям:

- региональные суды, по сути, станут федеральными;
- конституционные (уставные) суды получат возможность наряду с федеральным Конституционным Судом интерпретировать Конституцию РФ, что разрушит единство ее понимания и применения;
- не исключено замедление рассмотрения дел в федеральном Конституционном Суде в связи с тем, что ему придется больше тратить времени на приведение решений конституционных (уставных) судов субъектов Федерации в соответствие с собственными решениями².

Деятельность органов конституционной юстиции по защите прав и свобод граждан имеет существенное значение для жителей субъектов Феде-

¹ См.: Кряжков В.А. Уставные суды – во все регионы // Российская юстиция. 2001. № 4. С. 12.

² Интервью с заместителем Председателя Конституционного Суда РФ Т.Г. Морщаковой // Законодательство. 1999. № 5. С. 7.

рации. Так, в Уставный суд Свердловской области в 2001 году поступили 36 обращений, причем 30 из них были от частных лиц¹. Особый интерес представляет защита принципа равенства прав человека. В отношении члена Федерации этот принцип может трансформироваться в положение, согласно которому субъект РФ вправе устанавливать повышенные гарантии прав и свобод человека в пределах собственных возможностей, на основе равенства и справедливости. В ряде случаев в решениях органов конституционного контроля провозглашается приоритет прав ребенка или иммунитет для депутатов и других выборных лиц. По мнению В.А. Кряжкова, «такой подход представляет собой частный случай, когда неравное обращение служит публичный интересам (например, применительно к статусу судей и депутатов) либо является условием, способствующим выравниванию положения отдельных социальных или этнических групп (малоимущих, стариков, инвалидов, национальных меньшинств)².

В своих решениях органы конституционного контроля субъектов РФ достаточно редко ссылаются на нормы и принципы международного права. Впервые подобная ссылка была сделана Конституционным Судом Республики Дагестан в постановлении от 6 марта 1997 года. По состоянию на ноябрь 2001 года конституционными (уставными) судами субъектов РФ было принято 270 итоговых решений и только в 20 из них данные нормы использовались в мотивированной части³. Около 7% решений так или иначе затрагивали нормы Всеобщей декларации прав человека, Международного билия о правах, Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Так, в постановлении Конституционного Суда Республики Карелия от 20 мая 1998 года о проверке конституционности положения, касающегося требования о постоянной прописке для постановки на учет на улучшение жилищных условий, сказано, что «право граждан на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства также установлено Международным пактом о гражданских и политических правах (ст. 12). В соответствии со ст. 11 Конституции Республики Карелия граждане Республики Карелия пользуются всеми правами и свободами человека и гражданина, предоставленными общепризнанными нормами международного права»⁴. В данном случае Конституционный Суд Республики Карелии усилил аргументацию обоснования правильности своего решения ссылкой на международный документ о правах человека.

Другим примером соотнесения норм выносимого решения с международным правом является постановление Конституционного Суда Республики Карелия от 20 мая 1998 года о проверке конституционности положения, касающегося требования о постоянной прописке для постановки на учет на улучшение жилищных условий, сказано, что «право граждан на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства также установлено Международным пактом о гражданских и политических правах (ст. 12). В соответствии со ст. 11 Конституции Республики Карелия граждане Республики Карелия пользуются всеми правами и свободами человека и гражданина, предоставленными общепризнанными нормами международного права»⁴. В данном случае Конституционный Суд Республики Карелии усилил аргументацию обоснования правильности своего решения ссылкой на международный документ о правах человека.

¹ См.: Боброва В. Деятельность конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации в 2001 году // Российская юстиция. 2002. № 6. С. 70.

² См.: Кряжков В.А. Конституционное правосудие в субъектах Российской Федерации: Правовые основы и практика. М., 1999. С. 116.

³ См.: Кряжков В.А. Конституционное правосудие на защите прав человека // Российская юстиция, 2002. № 3. С. 36.

⁴ Собрание законодательства Республики Карелия. 1998. № 12–13. Ст. 986.

лики Саха (Якутия) по делу о проверке конституционности постановлений Верховного Совета Республики Саха (Якутия) от 26 июня 1992 года «Об установлении особого режима въезда, регистрации и пребывания в отдельных районах Республики Саха (Якутия)». Обосновывая необходимость особого режима въезда и выезда на территориях, где проживают малочисленные народы Севера, Суд сослался не только на ст. 69 Конституции РФ, но также на ст. 4 Конвенции № 169 Международной организации труда (МОТ) о коренных малочисленных народах, которая гласит, что в случае необходимости применяются специальные меры для охраны лиц, принадлежащих к соответствующим народам, их институтов, собственности, труда, культуры и окружающей среды¹. Здесь Суд не усмотрел признаков нарушения свободы передвижения, признал данное ограничение в качестве способа защиты прав малочисленных народов Севера, проживающих в Якутии.

К сожалению, практика использования норм международного права в решениях конституционных судов субъектов РФ ограничивается всего несколькими опубликованными решениями. А суды общей юрисдикции и арбитражные суды весьма редко применяют в своих решениях и конституционные нормы, и общепризнанные принципы и нормы международного права.

Суды конституционных (уставных) судов при принятии решений по конкретным делам, как правило, не сообразовывают их с нормами действующего на территории России международного права. Этот пробел может быть ликвидирован в процессе повышения квалификации судей данных судов на обучающих семинарах в Конституционном Суде РФ.

Среди дел, рассмотренных конституционными (уставными) судами субъектов РФ, определенную категорию составляют дела по нарушению принципа равенства. Показательным является постановление Конституционного Суда Республики Башкортостан от 22 июня 1998 года по делу о проверке конституционности части первой и второй и пункта «ж» части второй ст. 54 Жилищного кодекса Республики Башкортостан в связи с жалобой гражданина Р.Г. Ягудина². В этих положениях Жилищного кодекса был установлен единый шестимесячный срок сохранения жилья за нанимателем и членом и членами его семьи при временном отсутствии по любой причине. Гражданин Р.Г. Ягудин был осужден в 1994 году к шести годам лишения свободы, а потому утратил право на жилое помещение, поскольку оно сохранялось за лицом, осужденным к лишению свободы на срок не более шести месяцев, а также еще на шесть месяцев после окончания этого срока наказания.

В своем решении Конституционный Суд Республики Башкортостан сослался на решение Конституционного Суда России по сходному делу и указал, что «сохранение в Жилищном законодательстве Республики Башкортостан аналогичных по смыслу норм в условиях, когда в Российской Федерации они признаны неконституционными, может привести к дискриминации в жилищных правах граждан Республики Башкортостан как по

¹ Якутия. 1997. 22 апреля.

² Известия Башкортостана. 1998, 6 июля.

признаку наличия у них судимости, так и в зависимости от места жительства». Исходя из этого, Суд признал данные нормы нарушением гарантированного государством принципа равенства прав и свобод гражданина. Данное решение интересно тем, что вводит еще одно основание для дискриминации – наличие судимости, которого нет в ст. 20 Конституции Республики Башкортостан и ст. 19 Конституции России. Однако такое расширенное толкование усиливает гарантированность равноправия граждан и тем самым создает предпосылки для запрета дискриминации не только по тем основаниям, которые прямо указаны в тексте Конституции, но и по другим явно дискриминационным признакам.

Такое же мнение высказывает и Конституционный Суд Республики Дагестан в решении по делу от 25 ноября 1998 года о проверке конституционности положения республиканского закона о выборах в представительный орган местного самоуправления, в соответствии с которым депутатом представительного органа местного самоуправления не может быть избрано лицо, осужденное за особо тяжкое или умышленное тяжкое преступление¹. Суд указал, что нормы федеральной и республиканской конституций и федеральный избирательный закон не предусматривают какие-либо ограничения избирательного права граждан в зависимости от категорий и видов преступлений, наличия судимости, ее погашения или снятия, а потому законодательный орган Республики Дагестан неправомерно ввел дополнительные ограничения избирательных прав граждан, что противоречит в том числе и принципу равенства прав человека.

Еще один дополнительный дискриминационный признак – возрастной был рассмотрен в постановлении Конституционного Суда Республики Карелия от 23 января 1995 года². Подвергалось сомнению в конституционности положение республиканского закона о том, что для совершения сделок с жилыми помещениями, в которых совместно с собственниками этих жилых помещений проживают пенсионеры, требуется предварительное разрешение органов социальной защиты. Нотариальная палата Республики Карелия обратилась в Суд, так как считала, что данная норма нарушает права граждан, ставит под сомнение дееспособность пенсионеров, ограничивает их права по распоряжению своим имуществом. Конституционный Суд также посчитал, что такое положение ограничивает права пенсионеров, нарушает их право собственности, а потому неконституционно.

В другом решении Конституционного Суда Республики Карелия возрастной признак был рассмотрен в ином ракурсе, что, соответственно, повлекло за собой противоположное решение, по нашему мнению, совершенно оправданное. Речь идет о правах детей, подлежащих приоритетной защите. В постановлении от 6 июня 1996 года о проверке конституционности ряда положений Закона Республики Карелия «О защите прав детей» указано: «Суд не находит нарушения конституционных норм в провозглаше-

¹ Собрание законодательства Республики Дагестан. 1998. №11. Ст. 2549.

² Цит. по: Кряжков В.А. Конституционное правосудие в субъектах Российской Федерации: Правовые основы и практика. С. 378–379.

нии обеспечения приоритета защиты прав детей, так как ребенок в силу возрастных особенностей не в состоянии сам осуществлять в полной мере свои права и защищать свои интересы. Равенство его с совершеннолетними членами общества достигается при гарантировании ему государством приоритета защиты прав...»¹.

Ряд дел, рассмотренных органами конституционной юстиции субъектов Российской Федерации, касаются статуса депутата представительного органа. Вопрос о депутатской неприкосновенности многократно являлся предметом судебного рассмотрения. В частности, в постановлении Конституционного Суда Кабардино-Балкарской Республики от 17 ноября 1997 года говорится о том, что парламентская неприкосновенность связана с собственно депутатской деятельностью². Иное понимание неприкосновенности, по мнению Суда, привело бы к искажению сущности парламентского иммунитета и превращению его в личную привилегию, что означало бы, с одной стороны, неправомерное изъятие из конституционного принципа равенства всех перед законом и судом, а с другой – нарушение конституционных прав потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью. Такое решение сообразуется с позицией Конституционного Суда Российской Федерации по аналогичному делу³.

Достаточно интересным представляется решение Конституционного Суда Республики Карелия от 11 декабря 1998 года, в котором рассматривалось заявление депутата А.А. Жилинского о незаконности его выселения из служебного жилого помещения, предоставленного ему на время выполнения депутатских полномочий⁴. В своем постановлении суд указал, что положение республиканского закона об обязательности освобождения служебного жилья не вступает в противоречие с конституционным принципом равенства граждан перед законом, так как оно устанавливает равным образом для всех депутатов отличный от всех порядок получения специального служебного жилья, определяет равным образом для всех депутатов и порядок его освобождения, поэтому все депутаты находятся по отношению к данному закону в равном положении, а права других граждан этот закон не затрагивает. Таким образом, здесь принцип равенства рассматривается применительно к определенной группе лиц – депутатов, обладающих равным статусом.

Однако, помимо верного, сообразующегося с общими представлениями толкования принципа равноправия, в некоторых решениях органов конституционной юстиции просматривается несколько своеобразное

¹ Собрание законодательства Республики Карелия. 1996. № 8. Ст. 1158.

² Кабардино-Балкарская правда. 1997. 21 октября.

³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 20 февраля 1996 года по делу о проверке конституционности положений части первой и второй статьи 18, статьи 19 и части второй статьи 20 Федерального закона от 18 мая 1994 года «О статусе депутата Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 1996. № 9. Ст. 828.

⁴ Карелия. 1999. 7 января.

его понимание. Например, в постановлении Конституционного Суда Республики Саха (Якутия) от 26 февраля 1998 года рассматривалось положение местного закона о возможности совмещать мандаты депутатов местного представительного органа государственной власти с мандатом народного депутата Палаты Республики, работающего не на постоянной основе¹... В обоснование своей позиции о возможности совмещения данных мандатов Суд сослался на ст. 2 Конституции Республики Саха (Якутия), которая определяет основной целью и задачей государства предоставление всем гражданам равных возможностей, т.е. конституционному равенству граждан придается абсолютное значение. По мнению Суда, гражданин республики пользуется всеобщим избирательным правом, он вправе представлять избирателей в различных институтах власти. Однако, на наш взгляд, это не означает, что один и тот же человек может представлять интересы народа в различных органах власти, отличающихся как по функциональной направленности, так и по территориальному уровню, в противном случае это противоречило бы принципу разделения властей. Конституционный Суд Республики Якутия подошел к этому вопросу формально, указав, что для пассивного избирательного права Конституцией республики установлено только два ограничения – недееспособность и вступивший в законную силу обвинительный приговор суда, предусматривающий наказание в виде лишения свободы. В данном случае принцип равенства прав и свобод человека не сообразуется с принципами функционирования публичной власти: разделения властей, самостоятельности органов местного самоуправления, невмешательства органов государственной власти и органов местного самоуправления в компетенцию друг друга.

Отмечая важное значение органов конституционной юстиции субъектов РФ в деле защиты прав человека, некоторые ученые предлагают вменить в обязанность субъектов Федерации учреждать подобные судебные органы, тогда как в настоящее время это является правом субъекта. По мнению председателя Уставного суда Свердловской области В. Задиора, то, что в одних субъектах Федерации действуют указанные суды, а в других их нет, ведет к разной включенности данных субъектов в обеспечение конституционности и законности, в результате граждане получают неодинаковую степень защиты их прав, что не согласуется со ст. 19, 46 и п. «а» ч. 1 ст. 72 Конституции Российской Федерации².

Действительно, в соответствии с п. «б» ст. 72 Конституции РФ защита прав и свобод человека и гражданина находится в совместном ведении России и ее субъектов. Субъекты Федерации имеют в своем распоряжении определенный арсенал средств, позволяющих им эффективно защищать права человека. Сложившаяся федеративная система органов государственной власти, основанная на принципе разделения властей, предпо-

¹ Якутия. 1998. 11 марта.

² См.: Кряжков В.А. Уставные суды – во все регионы // Российская юстиция. 2001. №4. С. 12.

лагает возможность формирования органов конституционной юстиции не только на уровне Российской Федерации, но и субъектов Российской Федерации.

Подводя итог обобщению судебной практики по делам о защите от дискриминации, необходимо отметить, что рассмотрение таких дел является в настоящее время прерогативой Конституционного Суда РФ и частично органов конституционной юстиции субъектов РФ. Представляется, что есть необходимость ориентировать работу и других судебных органов на защиту от посягательств по отношению к принципу равенства прав и свобод человека и гражданина, поскольку дискриминация в той или иной степени все еще не изжита из российской общественной действительности. Функционирование конституционных судов России оказывает зачастую непрямое, но глубокое влияние на весь правозащитный антидискриминационный механизм, заставляя правоприменителей считаться с прецедентами, созданными в ходе рассмотрения дел по защите равноправия граждан.

РАЗДЕЛ IV

МЕТОДИКА ДОКАЗЫВАНИЯ В ДЕЛАХ

О ДИСКРИМИНАЦИИ

МЕТОДИКА УСТАНОВЛЕНИЯ СЛУЧАЕВ ИЛИ ПРАКТИКИ ДИСКРИМИНАЦИИ

Методика установления (доказывания) случаев или практики дискриминации вытекает из определения этого понятия, и возможные алгоритмы (схемы) доказывания в таких делах тесно связаны с основными элементами понятия дискриминации. Поэтому принципиальным моментом при выборе способа доказывания дискриминации является определение ее вида – прямая или косвенная.

Прямая дискриминация определяется как менее благоприятное обращение с определенным лицом в сравнении с другими лицами, находящимися в аналогичной ситуации, на основании признаков его личного статуса. При этом не любое различие в обращении будет считаться дискриминацией, а лишь то, которому нет разумного и объективного оправдания.

В таких делах на сторону, утверждающую о дискриминации, возлагается *бремя доказывания* тех фактов, которые она приводит в обоснование своей позиции и из которых производит выводы в свою пользу. Поэтому в делах о прямой дискриминации на основании какого-либо признака, заявитель должен продемонстрировать, что:

- в отношении определенного лица *имело место различие* в обращении;
- в результате такого обращения одно лицо оказалось (или могло оказаться) в *менее выгодном положении*, чем другое;
- обстоятельства, в которых находились указанные лица, *сопоставимы* (не отличались по сути);
- *единственным основанием* различия в обращении была какая-либо из персональных характеристик (пол, возраст, язык и т.д.).

Далее *бремя доказывания переходит* на ответчика (в настоящем деле – государство), который должен доказать, что:

- продемонстрированному заявителю различию имеется *объективное* или *разумное оправдание*, т.е.:

– различие преследовало *законную цель*;

– между предпринятыми мерами и достигаемыми законными целями *существовала разумная соразмерность* (*пропорциональность*).

Примеры использования этого алгоритма (схемы) доказывания можно обнаружить в аргументации Европейского Суда по правам человека в делах,

извлечения из которых представлены как в настоящем разделе¹, так и, например, в разделе III тома 3 Хрестоматии².

Как показывает практика, дискриминация может иметь место не только в том случае, когда без объективного и разумного оправдания применяется *различный подход* к лицам, находящимся в *аналогичных ситуациях*, но и в том случае, если имеет место *одинаковое обращение с лицами*, находящимися в *абсолютно различных ситуациях*. Такую позицию Европейский Суд сформулировал в 2000 году в Постановлении по делу «Тлимменос (*Thlimmenos*) против Греции»³. Господин Тлимменос не смог стать дипломированным бухгалтером по причине наличия у него прошлой судимости. Эта судимость была связана с тем, что он, как член общества Свидетелей Иеговы, отказался нести военную службу по религиозным мотивам. Суд поддержал его жалобу на том основании, что член общества Свидетелей Иеговы, осужденный в прошлом за отказ нести военную службу по религиозным убеждениям, заслуживает обращения, отличного от того, которому подвергаются лица с обычной судимостью. Алгоритм доказывания, использованный Европейским Судом в этом деле, выглядит иначе, нежели продемонстрированный выше. Заявитель *доказал*, что:

- в отношении квалификационных требований для занятия должности аудитора существовал *единий подход*, *различия не проводились*;
- в то же время лица, к которым был применен этот *единий подход*, находились в *различных ситуациях*;
- было *единственное основание* различия ситуаций – религиозные убеждения.

Государство-ответчик со своей стороны *не смогло доказать*, что:

- применение к заявителю *единого подхода* в данном случае преследовало *законную цель*, поскольку *мотивы преступления*, вмененного заявителю, являлись *религиозными* и не свидетельствовали о наличии у него качеств, *препятствующих занятию должности аудитора*.

Отметим, что существуют случаи, при которых различие в обращении по какому-нибудь признаку признается оправданным и доктриной, и законодательством, и практикой. К ним относятся случаи, при которых, например, пол является неотъемлемым требованием для занятия должности, или же требования, предъявляемые для занятия должности религиозного характера⁴.

Гораздо труднее обнаружить и доказать дискриминацию бывает в том случае, если она маскируется посредством использования процедур, практик или критерии, которые не кажутся дискриминирующими, но которые

¹ См. Постановление по делу «Исмаилова (Ismailova) против Российской Федерации».

² См. Постановления по делам «Карнер (Karneg) против Австрии» и «Фреттэ (Frette) против Франции».

³ См. извлечения из этого постановления в разделе II тома 3 Хрестоматии.

⁴ Более подробно см. в текущем разделе: Мин М. Концепции прямой и косвенной дискриминации.

приводят к тому же различию, к которой приводит и прямая дискриминация.

Повторимся, что при рассмотрении гражданских дел на стороны традиционно возлагается бремя доказывания тех фактов, которые каждая из них приводит в обоснование своей позиции и из которых производит выводы в свою пользу. Однако история противодействия дискриминации показала, что в делах такого рода стандартные правила доказывания возлагают на заявителя непосильное бремя, не позволяющее установить наличие дискриминационных намерений лица или дискриминационных последствий какой-либо меры. Постепенно судебная практика (прежде всего в странах общего права), международное сообщество, наднациональные органы и законодательство отдельных стран склонились к новым стандартам доказывания в делах о дискриминационном обращении.

Директивы 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС¹ предусмотрели включение в спектр запрещенной дискриминации не только прямой, но и **косвенной дискриминации**, при которой внешне нейтральная норма, критерий или практика ставят представителей какого-то меньшинства «в особенно невыгодное положение» по сравнению с другими лицами.

Упомянутые директивы ЕС предусмотрели, что в гражданских делах в случае, если лицо, считающее себя жертвой дискриминационного обращения, сможет представить суду (или иному органу) факты, из которых можно предположить, что имела место дискриминация, бремя доказывания должно быть возложено на ответчика, который будет обязан доказать, что принцип равноправия не был нарушен. Многие государства-участники ЕС, а также страны, вступающие в ЕС, во исполнение соответствующего положения этих директив ввели эти «новаторские»² нормы о переносе бремени доказывания в свои правовые системы³.

Перенос бремени доказывания отражает широко распространенную практику Европейского суда правосудия⁴, квазисудебных органов, учрежден-

¹ Директива Совета 2000/43/ЕС от 29 июня 2000 г., обеспечивающая реализацию принципа равного обращения со всеми лицами независимо от их расовой принадлежности и этнического происхождения, и Директива Совета 2000/78/ЕС от 27 ноября 2000 г., устанавливающая общие рамки равного обращения в сфере труда и занятости.

² В своей работе, которая представлена в настоящем разделе (Концепции прямой и косвенной дискриминации) Мин М. прямо называет концепцию косвенной дискриминации новаторской.

³ По данным Международной организации Interights такие законодательные реформы были проведены в: Бельгии, Болгарии (см. ст. 9 Закона о защите от дискриминации в настоящем издании – раздел 2), Чешской Республике, Финляндии, Франции, Румынии, Италии, Латвии, Нидерландах (см. разд. 10.1 Закона о равном обращении в настоящем издании – раздел 2); Польше, Словакии, Словении, Испании, Швеции (см. ст. 21 Акта о запрещении дискриминации в настоящем издании – раздел 2), Турции, Соединенном Королевстве, Ирландии (на уровне не законодательства, а судебной практики).

⁴ См. дела: *Bilka-Kaufhaus*, п. 12, § 31, Case C-33/89 *Kowalska* [1990] ECR I-2591, § 16, C-184/89 *Nimz* [1991] ECR I-297, § 15; Case 109/88 *Danfoss* [1989] ECR 3199, § 16.

ных конвенциями ООН¹, а также практику стран общего права (США, Великобритания, Канада, Австралия); сравнительно недавно ему нашлось применение и в антидискриминационной практике Европейского Суда по правам человека.

Здесь следует оговориться, что указанные директивы прямо устанавливают запрет на применение национальными судами переноса бремени доказывания в уголовных делах. Это требование следует признать обоснованным ввиду существования жесткого стандарта доказывания в делах по обвинению в совершении преступлений, который находит свое основание в презумпции невиновности. Однако в Европейском Суде перенос бремени доказывания возможен и в делах, в которых речь идет о совершении представителями государства преступлений по мотиву национальной или иной ненависти, а также о непроведении эффективного уголовного расследования. Впервые Европейский Суд применил перенос бремени доказывания при рассмотрении жалоб на нарушение права на жизнь в деле «*Начова и другие против Болгарии*»². Данное дело явилось не только примером очень важной новации в практике Европейского Суда по правам человека, оно также продемонстрировало, что концепция косвенной дискриминации и метод переноса доказывания в делах о совершении расово-мотивированного насилия имеют свои пределы – и весьма значительные. Сфера защиты, предоставленная Судом заявителям при первом рассмотрении этого дела одной из палат, была существенно сужена Большой Палатой при повторном рассмотрении этого же дела.

Подчеркнем еще раз, что из концепции косвенной дискриминации также следует, что бремя доказывания возлагается на ответчика не в любом случае, а лишь когда истец (заявитель) «устанавливает перед судом... факты, из которых можно предположить, что имела место... дискриминация».

Упомянутые факты представляют собой так называемые **доказательства *prima facie***. Доказательства *prima facie* (букв. доказательства, какими они представляются с первого взгляда) – это установленные заявителем факты и представленные им сведения, которые обосновывают выдвинутые им обвинения; суд может принять решение в пользу заявителя на основании этих доказательств, если они не будут опровергнуты ответчиком.

Одним из наиболее распространенных и эффективных видов подобных доказательств являются **статистические данные**. Использование данных статистики имеет уже достаточно долгую историю в странах, принадлежащих к англо-американской правовой семье, в которых подход к доказательствам более гибок в силу существования значительной свободы усмотрения судей. Последние Директивы ЕС в этой области также побуждают государства реформировать процессуальное законодательство с тем, чтобы наличие прежде всего косвенной дискриминации могло быть установлено

¹ Например, Комитет по правам человека постановил, что если заявитель представит достаточные сведения, заслуживающие доверия, бремя доказывания будет возложено на государство-ответчика. См. дело «*Chedi Ben Ahmed Karoui v. Sweden*», Case No. 185/2001, 25 May 2002, § 10.

² См. раздел II настоящей Хрестоматии.

«любыми способами, в том числе на основании статистических данных»¹. Данное положение отражает реальность, которая такова, что косвенная дискриминация подчас может быть доказана исключительно при помощи данных статистики.

Отметим, что вопрос использования данных статистики в качестве доказательств не является простым. В делах о косвенной дискриминации статистические данные не могут служить доказательством в привычном понимании, поскольку ничего не сообщают о конкретном факте, подлежащем рассмотрению. Приведем пример. В деле о массовом увольнении статистические данные (допустим, соотношение доли женщин, подвергнутых увольнению, и их доли среди всех сотрудников конкретной организации) будут непосредственно указывать на наличие или отсутствие дискриминации, так как если при прочих равных условиях доля женщин среди уволенных работников окажется значительно большей, нежели доля женщин среди работников всего трудового коллектива, принцип недискриминации будет нарушен. В иных случаях данные статистики будут лишь информацией, свидетельствующей в пользу обоснованности обвинения в дискриминации, выдвигаемого истцом (заявителем). Цель использования статистических данных в этом случае – продемонстрировать, что степень серьезности воздействия той или иной меры на конкретную группу такова, что подобные несоответствия не могут возникнуть *случайно*. По этим причинам доказательства будут фокусироваться не на отдельных конкретных случаях, а на *статистически значимых несоответствиях и правдоподобных объяснениях* таких несоответствий. Последние будут демонстрировать суду, что презумпция законности действий ответчика, обычно обусловливающая необходимость для лица, выдвигающего обвинение в дискриминации, представлять убедительные доказательства своей позиции, должна быть пересмотрена, поскольку истец сумел предоставить достаточно веские свидетельства, позволяющие суду усомниться в обоснованности действий противной стороны.

Важно, что суды не просто полагаются на данные статистики, они *дают им оценку* с точки зрения надежности, убедительности и относимости. Статистический метод основывается на сравнении двух групп: во-первых, референтной группы (группы до того, как она подверглась воздействию предположительно дискриминационной практики или меры) и, во-вторых, группы, включающей всех лиц, которые подверглись воздействию предположительно дискриминационной практики или меры. В каждой из этих групп участники делятся на две категории – А и Б (например, мужчины и женщины). Соотношение А и Б представляет собой пропорции каждого класса в референтной группе, в то время как соотношение А' и Б' – пропорции каждого класса в группе после воздействия меры или практики. Процедура может считаться сомнительной, если одна из категорий (А или Б) имеет гораздо меньшее представительство в группе после воздействия меры или практики, чем в референтной группе. Таким образом, значимость, весомость статистических доказательств будет зависеть от того, насколько

¹ См. п. 15 Преамбулы Директивы Совета 2000/43/ЕС от 29 июня 2000 г.

серьезные несоответствия между пропорциями А – Б и А' – Б' будут установлены.

Более подробно о методологии применения статистических данных и их оценке судами можно прочесть в статье *Оливье де Шуттера*, содержащейся в настоящем разделе. В поисках же конкретных примеров успешного использования данных статистики при обосновании жалобы о косвенной дискриминации мы предлагаем Вам обратиться к двум делам, рассмотренным Европейским Судом по правам человека: делу «*Зарб Адами (Zarb Adami) против Мальты*» и делу «*D.H. и другие (D.H. and Others) против Чешской Республики*».

В деле *Зарба Адами* Суд разрешал вопрос о дискриминации лица мужского пола в связи с практикой составления списков присяжных. Заявитель, неоднократно привлекавшийся для участия в отправлении правосудия в качестве присяжного заседателя, в 1997 году снова был вызван в суд в качестве присяжного, однако не явился, за что и был впоследствии оштрафован. Он обжаловал данное решение, утверждая, что подвергся дискриминации, так как мужчины непропорционально чаще привлекались в качестве присяжных заседателей по сравнению с женщинами. В обоснование своей позиции он привел статистические данные:

- в течение пяти лет, предшествовавших 1997 году, присяжные практически исключительно были мужчинами (96,95% – мужчины, и только 3,05% – женщины);
- в 1997 году количество мужчин, включенных в списки присяжных (7 503), в три раза превышало количество женщин (2 494);
- в 1996 году около 150 тыс. женщин и 135 тыс. мужчин были включены в списки избирателей; однако только 147 женщин (из них только пять стали присяжными) были включены в список потенциальных присяжных по сравнению с 4 298 мужчин (из них 174 выполняли функции присяжных).

В данном случае в качестве референтной группы выступала группа лиц, включенных в списки избирателей, а в качестве показателей А и Б – мужчины и женщины. Европейский Суд не указал критерии оценки статистических данных, однако из содержания постановления ясно, что он счел группы сопоставимыми, а выявленное несоответствие – значительным.

С точки зрения Европейского Суда, представленные заявителем официальные данные статистики сами по себе указывали на *непропорциональное воздействие* внешне нейтральной практики на мужчин, что позволило требовать от правительства правдоподобного объяснения такого положения дел. Доводы правительства (избрание присяжных из числа лиц, добившихся успехов в карьере; возможность присяжных отказаться от исполнения обязанностей по причине ухода за детьми; более частые отводы, заявляемые адвокатами присяжным-женщинам) Суд посчитал неубедительными. Поэтому жалоба заявителя была удовлетворена.

В Постановлении по делу «*D.H. и другие (D.H. and Others) против Чешской Республики*» Европейский Суд установил, что практика помещения детей, принадлежащих к цыганскому меньшинству (рома), в «специализированные» школы была дискриминационной. В этом Постановлении Суд сформулировал (явно или неявно) ряд правил, связанных с использованием

статистических данных при доказывании фактов или практики дискриминации.

Во-первых, использование статистических доказательств не является обязательным. *Во-вторых*, для переноса бремени доказывания использование официальных статистических данных является хотя и важным, но не единственным возможным условием (в этом деле были представлены данные неофициального опроса). *В-третьих*, статистические данные, которые в конкретном деле сами по себе могут быть недостаточны для возникновения обоснованного сомнения в нейтральности оспариваемой меры, можно подкрепить иными доказательствами (например, доказательствами существования *общей картины, свидетельствующей в пользу вывода о дискриминации* (отчеты международных организаций, официальное признание проблемы и т.д.)).

Последним вопросом, которого следует коснуться в настоящей вступительной статье, является вопрос о применении **метода ситуационных тестов** (иногда используют также понятие «**тестовая провокация**») с целью судебного оспаривания дискриминации. Данный метод учитывает трудности доказывания дискриминации: частое отсутствие прямых свидетельств, недоступность письменных доказательств, подтверждающих позицию заявителя, дороговизна надежных статистических исследований.

Ситуационные тесты служат методом, позволяющим собрать доказательства, в случае, если есть заявление о (чаще всего, прямой) дискриминации. Он применяется для выявления наличия или измерения степени дискриминации при трудоустройстве, в жилищных вопросах, при доступе к общедоступным услугам.

Суть этого метода заключается в том, что подыскиваются и подготавливаются так называемые дублеры – лица, *ключевым* различием между которыми является признак, положенный в основу дискриминации. Например, существует заявление, что при приеме на работу работодатель нарушает принцип недискриминации в отношении женщин. Следовательно, необходимо будет найти и подготовить дублеров-женщин и дублеров-мужчин, которые пойдут на собеседование с работодателем. Затем показания дублеров будут проанализированы, и если они подтвердят предположение о дискриминационном обращении, их можно будет использовать в суде.

Надо отметить, что применение данного метода наталкивается на ряд сложностей. Наиболее серьезным контрапунктом является тот, что дублеры не могут обладать процессуальной правоспособностью. Существует также мнение, что применять тестирование неэтично, поскольку оно связано с обманом. В статье *Ф. Алему «Тестирование как метод доказательства дискриминации: методология и применение в Венгрии»*, а также в упомянутой статье *Оливье де Шуттера*, которые приводятся в данном разделе, приводится подробное описание этого метода, его преимуществ и недостатков, анализируется практика его применения в США и ряде европейских стран.

Мы видим, что доказывание фактов или практики дискриминации является непростой задачей. Анализ соответствующих законодательства и судебной практики позволяет заключить, что, с одной стороны, существуют сложившиеся схемы (алгоритмы) установления дискриминационного

обращения, а, с другой, – идет непрекращающийся поиск новых юридических способов доказывания, прежде всего, косвенной дискриминации, которые проходят проверку в национальных и международных судебных инстанциях.

ДОКАЗЫВАНИЕ ДИСКРИМИНАЦИИ¹

Оливье де Шуттер²

Способы доказывания случаев дискриминации имеют важнейшее значение для ее запрещения. Хотя дискриминация запрещена, лица, к ней прибегающие, могут ее использовать таким образом, что постороннему наблюдателю будет трудно ее определить. А именно, они могут пытаться открыть дискриминацию, используя процедуры, практику и критерии, которые кажутся не дискриминирующими, но которые были рассчитаны для достижения той же изоляции, к которой приводит и прямая дискриминация. Директивы 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС³, которые сформулированы практически идентично по данному вопросу, предлагают два подхода к разрешению сложностей, которые возникают при устранении дискриминации из-за применения стратегий скрытой дискриминации. Прежде всего, они предусматривают включение в спектр запрещенной дискриминации не только прямой, но и косвенной дискриминации, когда внешне нейтральная норма, критерий или практика ставят представителей какого-то меньшинства «в особенно невыгодное положение» по сравнению с другими лицами, кроме случаев, когда данная норма, критерий или практика объективно оправданы легитимной целью, и способ достижения этой цели является подходящим и необходимым⁴. Во-вторых, они предусматривают, что в гражданских делах лицо, которое, как утверждается, является жертвой дискриминации, если оно имеет достаточно серьезные основания, чтобы утверждать о наличии дискриминации (*prima facie case*), может переложить бремя доказыва-

¹ Данный текст, источником которого является отчет ERA, суммирует отчет, подготовленный Группой по миграционной политике. Из книги «Противодействие ксенофобии и этнической дискриминации». Ч. 2: учеб. пособие для сотрудников аппаратов уполномоченных и комиссий по правам человека в РФ [сост. О. Федорова]. – М.: Моск. Хельсинкск. группа, 2006. С. 5–21.

² Оливье де Шуттер – профессор права юридического факультета Университетского колледжа Лондона.

³ Директива 2000/43/ЕС от 29 июня 2000 г. о соблюдении принципа равного подхода к лицам независимо от их расовой принадлежности и этнического происхождения, Official Journal of the European Communities, # L 180 от 19 июля 2000 г., С. 22; и Директива 2000/78/ЕС Совета от 27 ноября 2000 г., являющаяся рамочным документом, устанавливающим равенство обращения в сфере занятости Communities, # L 303 от 2 декабря 2000 г., С. 16.

⁴ Статья 2 (2, б) Директивы 2000/43/ЕС; статья 2 (2, б) Директивы 2000/78/ЕС.

ния на ответчика по делу, который должен доказать, что принцип равноправия не был нарушен¹.

Разработанные под влиянием законам о гендерном равноправии² эти два подхода, поддерживающие запрет прямой дискриминации путем запрета косвенной и разделяющие бремя доказывания, которое несет не только истец, вызывают, тем не менее, ряд сложных вопросов³. В этом контексте имеются два особенно интересных аспекта. Первый вопрос касается связи между определением запрещенной косвенной дискриминации и использованием конкретного подхода к доказыванию дискриминации, который связан с использованием статистики, метод, который принят в Директивах 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС, не налагая обязательства на государства-участников по его применению⁴. Второй вопрос связан с использованием ситуационных тестов для доказывания существования запрещенной дискриминации.

1. Доказывание с использованием статистики

1.1. Добавочная ценность доказывания с использованием статистики

Существуют два различных определения косвенной дискриминации в законе о равном обращении, каждое из которых приводит к различным последствиям. Первый подход связан с использованием концепции *несоизмеримого воздействия* (*disparate impact*): если внешне нейтральная мера (которая на поверхности не предполагает различия в обращении с членами группы А по сравнению с членами группы Б) *на практике* воздействует на членов одной из групп в гораздо большей степени, данная мера будет считаться сомнительной и должна быть отменена, если только ее существование не будет объективно и рационально обосновано. Такой подход к косвенной дискриминации идентичен подходу, изложенному в вышеупо-

¹ Статья 8 Директивы 2000/43/ЕС; статья 10 Директивы 2000/78/ЕС.

² Примеры важнейших решений суда по этой теме, см. С.Ј.Е.С., 31 марта 1981 г., Дженкинс, 96/80, Сборник дел, стр. 911; и С.Ј.Е.С., 13 мая 1986 г., Bilka-Kaufhaus GmbH, 179/84, Сборник дел, стр. 1607. В отношении Директивы 97/80 от 15 декабря 1997 г. по вопросу бремени доказывания в делаах, связанных с гендерным равенством в оплате и обращении, см. О.Ј.Е.С. # L 14 от 10 января 1998 г., С. 6, где, однако, в соответствии с вышеупомянутым прецедентом Билка–Кауфхаус содержитя другое определение косвенной дискриминации.

³ Эти вопросы более подробно рассматриваются в: *O. de Шуттер. Дискриминация и рынок труда, свобода и равенство в трудовых отношениях* [O.De Schutter, Discrimination and the Labour Market, Liberty and Equality in Relationships at Work], Берн–Оксфорд–Нью–Йорк–Вена, Р.I.E. Peter Lang, 2001.

⁴ См. утверждение 15 в Преамбуле к Директиве 2000/43/ЕС и утверждение 15 в Преамбуле к Директиве 2000/78/ЕС. Обе директивы предполагают, что минимальное обязательство, которое они предусматривают по бремени доказывания, не помешает государствам-участникам ввести нормы доказательного права, более благоприятные для истца (Статья 8 (2) Директивы 2000/43/ЕС; статья 10 (2) Директивы 2000/78/ЕС).

мнянотой Директиве 97/80 от 15 декабря 1997 г. о бремени доказывания в делах, относящихся к вопросам гендерного равноправия в оплате и обращении, в соответствии с которым «косвенная дискриминация существует, если положение, критерий или практика, которые представляются внешне нейтральными, действуют на значительно больший процент представителей одного пола, кроме случаев, когда данные положение, критерий или практика являются подходящими и необходимыми и могут быть оправданы объективными факторами, не зависящими от пола задействованных лиц» (курсив автора). Этот подход основывается на статистическом анализе воздействия, которое оказывает внешне нейтральная мера на две категории лиц — задача судьи заключается в том, чтобы, применив принципы равного обращения, оценить применимость представленной ему статистики к данному случаю, например, «она охватывает значительное количество лиц, она не отражает случайные или предполагаемые явления, и она имеет общее значение»¹.

Второй подход базируется на мысли, что некоторые меры, хотя они внешне не основываются на запрещенном различительном критерии, тем не менее могут быть неблагоприятными по существу или по своей природе по отношению к лицам, которые принадлежат к категории, защищаемой от дискриминации, без необходимости статистического доказательства фактов несоизмеримого воздействия на лиц данной категории. Этот второй подход был разработан под влиянием прецедентов в праве ЕС, относящихся к запрету дискриминации по признаку национальности в отношении свободного передвижения трудовых ресурсов², и нашел отражение в директивах, основанных на статье 13 ЕС. Действительно, статьи 2(2) Директив 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС предусматривают, что косвенная дискриминация имеет место в случае воздействия внешне нейтрального критерия, который на деле является сомнительным, потому что он может поставить членов защищаемых категорий в особенно невыгодное положение.

Впрочем, эти директивы не исключают использование метода несоизмеримого воздействия. Оба документа в преамбуле гласят, что «косвенная дискриминация может быть доказана любыми способами, включая и использование статистических данных». Использование такой возможности — допустимость статистических доказательств дискриминации — поз-

¹ C.J.E.C., 27 октября 1993 г., Эндерби [Enderby], C-127/92, Сборник дел, С. I-5535 (параграф 17).

² Со времени принятия решения по делу Sotgiu от 12 февраля 1974 г. в прецедентном праве было установлено, что в делах, связанных со свободным передвижением трудовых ресурсов «принципы равного обращения [...] запрещают не только явную дискриминацию по признаку национальности, но и все скрытые формы дискриминации, которые, хотя и используют различные различительные критерии, приводят к тому же результату»; решение по делу Sotgiu идет дальше и делает заключение, «что нельзя исключить того, что такие критерии, как место рождения или проживания работника, могут, в зависимости от обстоятельств, иметь такое практическое воздействие, которое будет эквивалентно дискриминации по признаку национальности, что запрещено Договором» (C.J.E.C., 12 февраля 1974 г., Sotgiu, 152/73, Сборник дел, стр. 153 (параграф 11)).

воляет нам перейти с одной концепции косвенной дискриминации на другую. Спектр применения запрета косвенной дискриминации был расширен — допустимость статистических доказательств позволяет не только запретить сомнительные меры (т.е. меры, которые по своей природе были выбраны для оказания дискриминационного воздействия, что позволяет перенести бремя доказывания на лицо, ответственное за принятие таких мер, без необходимости расчета их статистического воздействия), но также и использование мер, которые демонстрируют несоизмеримое воздействие на некоторые защищаемые категории.

1.2. Статистический метод доказывания дискриминации

При использовании подхода к косвенной дискриминации, который рассматривает *несоизмеримое воздействие*, возникают некоторые чувствительные методологические вопросы. Этот метод основывается на статистическом сравнении двух групп, референтной группы (группы до процедуры) и группы после процедуры, включающих всех лиц, которые прошли через процедуру, воздействие которой мы пытаемся измерить. В каждой из этих групп участники делятся на две категории, А и Б, соответствующие доминантному классу или большинству и классу меньшинства или классу, традиционно находящемуся в невыгодном положении. Различие между двумя классами может быть сделано по признаку пола, расового или этнического происхождения, религии или вероисповедания, возраста, инвалидности или сексуальной ориентации. Соотношение А и Б представляет собой пропорции каждого класса в группе до процедуры, в то время как А'/Б' представляет собой пропорции каждого класса в группе после процедуры. Процедура, которая оценивается с целью установления того, является ли она косвенной дискриминацией, может считаться сомнительной, если защищаемая группа (Б) имеет гораздо меньшее представительство в группе после процедуры, чем в референтной группе (группе до отбора), т.е. $A/B < A'/B'$, что позволяет перенести бремя доказывания на ответчика. В данном случае лицо, ответственное за процедуру, должно ее оправдать, продемонстрировав, что она служит законной цели, и что меры, которые она использует для достижения этой цели, являются адекватными и необходимыми для ее достижения.

Что касается метода, то использование статистики требует, чтобы а) референтная группа была достаточно точно определена; б) каждое лицо могло быть отнесено к конкретной категории (например, к категории А или Б); в) должен быть определен порог, выше которого воздействие «нейтральной» меры, связанное с запрещенным различительным критерием, считается несоизмеримым, и как таковой оправдывает перекладывание бремя доказывания. Определение этих условий является началом анализа, приводящего к использованию такого метода доказывания дискриминации, или, с юридической точки зрения, данный метод дает возможность пострадавшему перенести бремя доказывания, т.е. указать на наличие достаточно серьезных доказательств (*prima facie*) по делу о дискриминации. Ответчик должен потом продемонстрировать, что это дело не имеет под собой оснований.

1.3. Допустимость статистики в судопроизводстве

Правовые сложности, связанные с использованием статистической информации, возникают при обработке личных данных, которые часто считаются «чувствительными», так как предполагает категоризацию групп граждан. Некоторые типы личных данных, относящихся к расовому происхождению, политическим пристрастиям, религиозным и прочим верованиям, здоровью и сексуальной жизни, защищаются особенно строго по причине риска дискриминации, связанного с использованием таких данных¹. В результате мы сталкиваемся с парадоксом: использование считающихся чувствительными данных ограничивается, потому что такие данные относятся к характеристикам, которые нерелевантны для принятия решений в отношении этого лица и которые могут повлечь за собой риск дискриминационной практики. Однако такие чувствительные данные необходимо использовать, если пострадавший от дискриминации для поддержки своих аргументов по делу нуждается в использовании конкретных статистических данных, которые позволили бы указать на наличие серьезных доказательств в деле о дискриминации и тем самым вынудили бы ответчика продемонстрировать, что в данном случае он не виновен в дискриминационном поведении. До того как мы сможем утверждать, что конкретное положение, система или критерий имеют несопоставимое воздействие на лиц, определяемых с точки зрения их расового или этнического происхождения, религии или вероисповедания, возраста, инвалидности или сексуальной ориентации, нам необходимо разделить лиц, являющихся членами «референтной группы», и членов групп после процедур на основании таких критериев. Хотя объемы этой статьи не дают возможности рассмотреть данную проблему более глубоко, тем не менее она должна быть, по меньшей мере, упомянута.

Вторая сложность возникает по причине «перекладывания» бремени доказывания, которое становится возможным в результате представления статистики. В соответствии с положением 21 Директивы 200/43/ЕС «правила бремени доказывания должны применяться в том случае, когда наличествуют достаточно серьезные основания (*prima facie*) по делу о дискриминации, и для эффективного применения принципа равного обращения бремя доказывания должно быть переложено на ответчика, когда представляются доказательства такой дискриминации». Было высказано мнение, что перенос бремени доказывания накладывает на ответчика обязательство доказать *негативный факт*, а именно он должен доказать, что он *не* прибегал к различию в обращении на основании запрещенного различительного критерия (пытаясь скрыть прямую дискриминацию использованием внешне нейтральной меры и таким образом избегая явных различий в обращении), или доказать иным способом, что он не использовал условий, кри-

¹ См. статью 8 Директивы 95/46/ЕС Европарламента и Евросовета от 24 октября 1995 г. о защите лиц в отношении обращения с личными данными и свободного обращения таких данных (*O.J.E.C. # L 281 от 23 января 1995 г., с. 31*), который в отношении этого вопроса перефразирует статью 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод в связи с автоматической обработкой персональных данных, поданную на подписание в Совет Европы 28 января 1981 г. (E.T.S. #108).

териев или практики, которые внешне представляются нейтральными, но могут поставить лиц, которые подвергаются риску запрещенного дискриминационного отношения, в особенно невыгодное положение (отсутствие косвенной дискриминации). Тем не менее этот факт не должен умалять допустимость такого метода получения доказательств. Прежде всего, в случае перекладывания бремени доказывания, как предписывается в статье 8 Директивы 200/43/ЕС и статье 9 Директивы 200/78/ЕС, где истцу позволяет вынудить ответчика доказывать, что он не виновен в дискриминации, на которую указывают некоторые факты в деле, для которого наличествуют достаточно серьезные основания (*prima facie*), доказательство «негативного факта» требуется только в отношении представленных фактов — обстоятельство, которое выражение «перекладывание бремени доказывания», к сожалению, затемняет. Во-вторых, как было признано Европейским Судом по правам человека в положении, которое тем более поразительно, что оно написано в контексте уголовного преследования, возложенное на обвинение обязательство по доказыванию фактов, которые оно утверждает, является правом ответчика¹. «Это право, однако, не является абсолютным, так как фактические и правовые презумпции характерны для всех правовых систем, что не запрещено Конвенцией, при условии, что подписавшие ее государства, не выйдут за определенные пределы и примут во внимание важность вопроса и необходимость сохранения прав защиты»².

В-третьих, предусматривая, что государства-участники сделают необходимые шаги для обеспечения того, что лицо, полагающее себя жертвой дискриминации, имеет право продемонстрировать суду или иным властям факты в поддержку дела *prima facie* о существовании прямой или косвенной дискриминации и тем самым вынудить ответчика доказать, что он не нарушил принципа равенства обращения, Директивы 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС исключают эту систему при рассмотрении уголовных дел³. Для такого исключения существуют две причины. Первая относится к принципу законности в уголовных делах (*nullum crimen sine lege* — нет преступления без предусматривающего его закона).

В соответствии с мнением Европейского Суда по правам человека это положение предполагает, что подсудимый должен знать, «на основании какой соответствующей статьи и, если в этом есть необходимость, при помощи интерпретации суда, за какие действия или их несовершение он

¹ Закон, в котором презумпция невиновности явно основывается на статье 6(2) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, но который, по мнению Суда, «продолжает общую идею справедливого судебного разбирательства в соответствии со Статьей 6(1)» (Европейский Суд по правам человека (секция 4), Решение по делу «Филлипс против Великобритании» [Phillips v. United Kingdom] от 5 июля 2001 г., параграф 40).

² Там же, параграф 40. Суд ссылается на собственные прецеденты; Европейский Суд по правам человека, Решение по делу «Салабиаку против Франции» [Salabiaku v. France] от 7 октября 1988 г., серия А № 141-A, параграф 28.

³ См. Статьи 8(3) и 10(3) Директив соответственно.

должен ответить¹. Однако широкое толкование этого принципа могло бы предполагать, что он выступает против квалификации действия как уголовного преступления в ситуации, в которой на время, когда имело место деяние, действующий не знал, что ему придется ответить за свои поступки в уголовном суде, включая и те ситуации, где закон сформулирован совершенно отчетливо, по причине незнания лицом контекста, в котором оно действовало. При подобного рода интерпретации принцип законности привел бы к исключению всех преступлений чисто материальной природы, т.е. тех, которые не содержали морального элемента, относящегося к состоянию сознания субъекта на момент совершения преступления. При такой интерпретации субъект должен был бы совершить преступное действие сознательно и намеренно, чтобы оно потом квалифицировалось как уголовное преступление, так как сам материальный факт его совершения не был бы достаточным для обоснования предъявленного обвинения. Например, неоспоримая ошибка субъекта, его незнание уголовной природы деяния в обстоятельствах, когда любой разумный и осторожный человек находился бы в таком же состоянии неведения, могла бы послужить основанием для оправдания деяния. В том случае, когда субъекту, который несет ответственность за *индивидуальные решения*, такие как, например, согласие сдать квартиру в аренду определенному лицу, взять на работу человека или продвинуть его по служебной лестнице, предъявляется обвинение в том, что он не предвидел последствий в *статистическом выражении*, которые стали следствием ряда индивидуальных решений и представляют набор таких индивидуальных решений, существует вероятность того, что субъект будет утверждать, что совершил неоспоримую ошибку. С практической точки зрения тот факт, что в компаниях и организациях процесс принятия решений часто децентрализован, не всегда представляется возможным предусмотреть статистический эффект суммы индивидуальных решений. Вполне возможно, что лица, отвечающие за эти индивидуальные решения, не осведомлены об уголовной природе таких деяний, или можно пойти еще дальше и утверждать, что они не могли об этом знать, учитывая отсутствие полной и самой последней информации о воздействии их решения на статистику, отражающую сумму таких решений.

Второй аргумент в пользу исключения переноса бремени доказывания в уголовном процессе основывается на принципе презумпции невиновности. Хотя статья 6(2) Европейской конвенции не исключает некоторых презумпций в отношении отдельных обвиняемых, попытка установить их вину на основании подхода *prima facie* может привести к нарушению принципа презумпции невиновности, если она приводит к перекладыванию бремени доказывания, другими словами, она освобождает обвинение от обязанности

¹ Европейский Суд по правам человека, Решение по делу «Коккинакис против Греции» [Kokkinakis v. Greece] от 5 мая 1993 г., серия A № 260-A, параграф 51; Решение по делу «Штрелец, Кесслер и Кренц против Германии» и «К.-Х. В. против Германии» [Streletz, Kessler and Krenz v. Germany and K.-H. W. v. Germany] от 22 марта 2001 г., параграфы 50 и 45 соответственно.

доказать факт совершения преступления¹. Действительно, можно утверждать, что использование статистических доказательств – это не столько вопрос облегчения доказывания совершения преступления для жертв, например, что обвиняемый совершил дискриминационные деяния, а вопрос предписания определенного типа поведения для субъектов, когда они под страхом уголовного наказания вынуждены вести себя так, чтобы статистика не давала оснований полагать, что они прибегают к дискриминации. В данном случае использование статистических доказательств будет служить не столько для доказательства нарушения, совершенного в индивидуальном порядке, сколько для доказательства наличия элемента состава преступления. Однако это не соответствует ни духу, ни букве Директив 200/43/ЕС и 2000/78/ЕС. Если бы такой метод был сохранен, то он в любом случае потребовал бы более точного определения правонарушения, совершенного субъектом, не соблюдающим целей, определенных в статистическом выражении. Например, путем определения этнического состава сотрудников компаний в данном регионе или распределения муниципального жилья различным этническим категориям.

2. Ситуационные тесты

2.1. Добавочная ценность доказывания дискриминации при использовании ситуационных тестов

Использование ситуационных тестов направлено на выявление прямой дискриминации, а именно поведения, когда имеются факты менее благоприятного обращения с лицом по причине его особой характеристики, чем с другим лицом в схожей ситуации, но которое не обладает такой характеристикой, в ситуациях, когда дискриминация «замаскирована», т.е. не проявляется открыто тем лицом, которое ее практикует. Ситуационные тесты сравнимы с методами, которые используются для выявления других преступлений, которые, например, связаны с организованной преступностью. Самая известная аналогия – это контрольные закупки, применяемые в борьбе с наркотиками. Оба метода предполагают захватить субъекта врасплох, когда он чувствует себя уверенно и не предполагает, что его действия и жесты находятся под наблюдением для рассмотрения в уголовном процессе, если в этом есть необходимость.

2.2. Методы использования ситуационных тестов

Цель ситуационных тестов заключается в выявлении дискриминационного поведения, при этом подозреваемые в таком поведении оказываются в ситуациях, в которых сделанный ими выбор выдаст предпочтение в пользу отдельных лиц по той причине, что другие лица, находящиеся в такой же ситуации, обладают сомнительной характеристикой. Таким

¹ Европейский Суд по правам человека, Решение по делу «Телфнер против Австрии» [Telfner v. Austria] от 20 марта 2001 г., параграфы 15–16.

образом, ситуационные тесты включают в себя две группы — тестовую группу, обладающую характеристикой, которая может послужить основой для дискриминации, и контрольную группу, идентичную по всем прочим релевантным характеристикам (профессиональной квалификации, возрасту, стилю одежды и пр.). Сопоставимость двух групп должна быть безусловной, если мы хотим доказать дискриминацию при использовании этого метода, необходимо проверить сопоставимость на основании по возможности самого полного списка черт, которые могут повлиять на решения владельца ресторана, квартиры или работодателя, в зависимости от обстоятельств дела. Идея сама по себе проста. Если сомнительная характеристика является единственной различительной чертой двух лиц, которые, например, выступают в качестве претендентов на рабочее место, квартиросъемщиков или хотят войти в открытое для населения заведение, тогда, априори, различие в обращении с ними может быть объяснено предположением, что на решение повлияла сомнительная черта, что позволит обосновать наличие достаточно серьезных обстоятельств для возбуждения дела (*prima facie*).

Такой вид ситуационных тестов позволит выявить замаскированную дискриминацию, которая либо не проявляется, либо скрыта нейтральными аргументами, которые по сути являются только отговоркой, эти тесты основываются на предположении, что лицо, ответственное за дискриминацию, осознает дискриминационную природу своего поведения. Можно сделать вывод, что ситуационные тесты неприменимы для определения косвенной дискриминации, связанной с использованием некоторых критериев и процедур, которые, будучи примененными к различным группам, могут поместить членов некоторых групп в особенно невыгодное положение, так как они предполагают сравнение между двумя кандидатами, идентичными во всех отношениях, и, таким образом, субъект не может совершить свой выбор на основании иных черт, кроме той единственной характеристики, которая их различает, например, этот метод применяется в случае различий по признаку национального или этнического происхождения. Тот факт, что два кандидата, которые в результате использования особого метода презентации являются практически идентичными, означает, что критерии или процедуры, которые могут вызывать косвенную дискриминацию, не имеют никакого значения, так как единственной чертой, которая различает двух кандидатов, является сомнительная черта, так что такие критерии или процедуры не применимы к выбору между двумя кандидатами.

2.3. Допустимость ситуационных тестов в судебном разбирательстве

Оценка допустимости такого рода доказательств иногда представляется затруднительной по причине возможного риска злоупотреблений. Допустимость, по меньшей мере, зависит от применяемого метода, который должен быть четко определен. Является предпочтительным, чтобы лицо, которое представляется независимым и заслуживающим доверия, как, например, судебный пристав, могло бы гарантировать условия, в которых был

проведен ситуационный тест. Роль такого человека, который обеспечивает надлежащее проведение теста, сводится к двум функциям: 1) ему надо проверить, что в процессе выполнения теста не возникло оснований для подозрения в том, что проверяющие спровоцировали преступное или заслуживающее порицания поведение, в то время как их целью было только установить или зарегистрировать поступки, которые были бы совершены и в том случае, если бы ситуация не была инсценирована; 2) он должен проверить, что ситуационный тест был выполнен должным образом, особенно в отношении сопоставимости лиц, принадлежащих к тестовой группе, характеризующихся сомнительной чертой (например, этническим происхождением или явной демонстрацией своих религиозных взглядов) с лицами в контрольной группе.

a. Частная жизнь и риск провоцирования

В соответствии с мнением Европейского Суда по правам человека внедрение агента с фальшивой легендой не является нарушением права на частную жизнь, если его единственной целью является разоблачение нелегальной деятельности.¹ Однако самые последние precedенты указывают, что в тех случаях, когда внедрение способствует совершению преступления, речь не идет собственно о внедрении, которое является просто пассивным наблюдением за совершением уголовного деяния, и, как результат, провокация, которую осуществляли агенты, нарушает справедливость судебного разбирательства². Такого нарушения не происходит, если внедренные агенты играли только пассивную роль в совершении преступления. Например, если они отвечали на предложение по поставке определенного количества наркотиков, а не выступали в качестве провокаторов преступления³. Это первое ограничение, о котором не следует забывать при попытке доказывания дискриминации с использованием ситуативных тестов. Доказывание дискриминации не означает ее провоцирование, и тесты, которые связаны с созданием вымышленных ситуаций, не должны проверять способность субъекта противостоять соблазну совершить правонарушение, если ему предлагается такая возможность.

¹ Европейский Суд по правам человека, Решение по делу «Луди против Швейцарии» [*Lüdi v. Switzerland*] от 15 июня 1992 г., параграфы 36 и 40.

² См. Европейская Комиссия по правам человека, отчет (статья 31) от 11 октября 1990 г. по делу «Радермачер и Пфиррер против Германии» [*Radermacher and Pfirrer v. Germany*], E.C.H.R. Ann., т. 34, с. 274; Европейский Суд по правам человека, Решение по делу «Террейра де Кастро против Португалии» [*Tereira de Castro v. Portugal*] от 9 июня 1998 г., сб. дел 1998-IV, с. 1463 и, в частности, параграфы 42–43 и 31–39.

³ См. Европейский Суд по правам человека, Решение по делу «Г. Калабро против Италии и Германии» [*G. Calabro v. Italy and Germany*] от 21 марта 2002 г. (Решение № 59895/00) (использование внедрения не нарушает право на беспристрастное судебное разбирательство, если преступление не было спровоцировано агентами).

б. Беспристрастность доказательств

Запрет на провокации, который был выражен в precedентах Европейского Суда по правам человека, является только отдельным отражением более широкого принципа беспристрастности методов, используемых для доказывания преступления. Это требование породило precedенты во Французском кассационном суде, которые имеют отношение к вопросу ситуационных тестов. В одном из недавних решений¹ Суд принял постановление от 11 июня 2002 г. в отношении апелляции, поданной организацией SOS Racism, которое отменило постановление Монпельерского апелляционного суда от 5 июня 2001 г. Этот суд оправдал обвиняемых в расовой дискриминации по признаку происхождения или этнической принадлежности при предоставлении обслуживания. В соответствии с решением судьи апелляционного суда, доказательства не были получены в результате справедливой процедуры: «Тестирование, проведенное группой потенциальных клиентов, было выполнено в одностороннем порядке организацией, которая использовала только свои методы и своих сторонников. Они прекрасно знали, что целью операции является не получения доступа в клубы La Niut, Soleil или Toro Loko, а демонстрация случаев сегрегации в процессе допуска в эти заведения».

Анализ оснований решения апелляционного суда предполагает, что судья сомневался в справедливости процедуры тестирования по той причине, что лица, занимающиеся тестированием, имевшие целью выявление дискриминации, которую они хотели доказать, могли вести себя или быть одетыми таким образом, чтобы создать условия для того, чтобы их не пустили в данные клубы. Судья апелляционного суда отметил, что даже «если бы тест и выявил разницу в отношении охраны, нет оснований предполагать, что такая разница объясняется только расовыми мотивами. Свидетельства, предоставленные суду магistrатов, и заявления ответчиков во время слушаний, предполагают, что у клубов La Niut и Soleil клиентура принадлежит к различным расам. Различные ответчики отрицают факт расовой дискриминации, и нет других оснований предполагать, что ответчики выбирали клиентов на основании расовых критериев, кроме как субъективного мнения истца. Если и был произведен выбор, то он является нормальной характеристикой для такого рода бизнеса и отражает коммерческую политику и выбранную клубом нишу на рынке, что происходит в случае клубов для геев, темнокожих, гетеросексуалов и представителей элиты». Апелляционный суд сослался на недостаточно обоснованную сопоставимость и полагал, что могли иметься и другие причины для отказа во входе воинственно настроенным членам SOS Racism, кроме их этнического происхождения. По мнению Монпе-

¹ См.: Кассационный суд Франции (уголовный), 12 сентября 2000 г., Fardeau et al. (отклонение апелляции в Кассационный суд на решение Орлеанского апелляционного суда от 2 ноября 1999 г., вынесшего три обвинительных приговора о расовой дискриминации и соучастию на основании заявления от четверых североафриканских молодых людей и журналиста, а также заявления судебного пристава, который их сопровождал, когда молодых людей не пустили в ночной клуб).

льерского апелляционного суда, в отсутствии гарантии условий проведения ситуационного теста он не является достаточно добросовестной процедурой для доказательства факта дискриминации: «...метод тестирования, использованный организацией SOS Racism, который был применен без привлечения полицейских или судебных приставов, является процедурой, недостаточно прозрачной и добросовестной, что необходимо для получения доказательств по уголовному делу, и нарушает права защиты». Это решение было отменено Кассационным судом в основном по причине того соображения, что при рассмотрении допустимости тестов в качестве средства доказывания совершенного преступления Апелляционный суд неправильно истолковал статью 427 Уголовно-процессуального кодекса, где устанавливается принцип свободы уголовных доказательств.

Вышеупомянутые дела, в особенности последнее, которое имеет наибольшее значение для нас в данном случае, затрагивают вопрос допустимости доказательств, представленных обвинением в ходе уголовного разбирательства. В таком разбирательстве доказательства являются в принципе свободными, но они могут быть исключены в тех случаях, когда они были добыты при использовании незаконных процедур, или в связи с тем, что условия, при которых они были получены или представлены, нарушают общие принципы законодательства, такие как, например, права защиты. Однако эти принципы, а также более широкая концепция справедливого судебного разбирательства применимы и к гражданским, и к уголовным делам. В целом заключения, сделанные в ходе уголовного судебного процесса в отношении методов получения доказательств, которые нарушают основные права человека, применимы и к гражданскому судопроизводству. Аналогией может выступать гражданское дело, в котором одна из сторон наняла частного следователя, чтобы «спровоцировать» правонарушение, которое могло послужить оправданием для увольнения¹ или начала бракоразводного процесса по причине неверности одного из супругов². Все, кто пытались провести общий анализ дел, в которых частные детективы или судебные приставы прибегали к хитростям и уловкам или принимали участие в таких уловках, подстроенных другими частными лицами, не могли не заметить непоследовательность реакции гражданских судов на такие ситуации. В особенности ситуации, в которых судебный пристав не сразу раскрыл свои функции, вызывали противоречивые реакции у судей³. Вследствие этого представляется особенно необходимым создание четкой правовой базы, определяющей условия применения таких тестов в государствах-участниках, прежде чем они будут применяться для доказывания дискриминации.

¹ Mons, Lab., 16 марта 1995 г., неопубл. материалы, Justel № 12433.

² Брюссель, Civ. (Ch.31), 28 июня 1988 г., неопубл. материалы, № 331.G.R. 25264.

³ См.: *Ч. Де Валкенеер. Уловки в представлении уголовных доказательств [Ch. De Valkeneer, Trickery in the Delivery of Penal Evidence]* Брюссель, Larcier, 2000, с. 281–284.

КОНЦЕПЦИИ ПРЯМОЙ И КОСВЕННОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ¹

Мишель Мин²

1. Введение

1.1. Основные вопросы

Право Европейского Союза направлено на существенное снижение всех форм дискриминации, при этом конечная цель состоит в искоренении дискриминации в Европе, в частности, в трудовых отношениях. Европейский Союз играет активную роль в этом процессе и предлагает новую модель экономического, социального и культурного развития, которая характеризуется применением принципа верховенства права³. Однако дискриминация долгое время была характерной чертой европейской истории, сохранившейся до наших дней.

Это стремление является выражением культуры гуманизма, в которой признаются права отдельного человека и, прежде всего, право на достоинство, как источник прав человека. Оно также отражает попытки использовать все возможные человеческие ресурсы, чтобы даром не растративались навыки, необходимые компаниям и обществу. Каждый человек должен иметь возможность участвовать в общей работе всего общества как в своих собственных интересах, так и для обеспечения единства общества⁴.

Для достижения этой цели необходимо, чтобы закон можно было привлекать в качестве надежной защиты от дискриминации. Эти вопросы отражаются в общепризнанной концепции дискриминации.

1.2. Определение

В обычном смысле дискриминация означает различие. Однако в юридическом смысле дискриминация связана с унизительным обращением с человеком по запрещенной причине. В этом смысле дискриминация не является лишь вопросом различия. Не все различия запрещены, и не все различия носят дискриминационный характер. Разное отношение к людям может проявляться в разрешенной манере.

¹ Адаптированный текст доклада на конференции «Борьба против дискриминации. Новые директивы на 2000 год относительно равенства», 31 марта — 1 апреля, Трир. Из книги «Противодействие ксенофобии и этнической дискриминации». Ч. 2: учеб. пособие для сотрудников аппаратов уполномоченных и комиссий по правам человека в РФ [сост. О. Федорова]. — М.: Моск. Хельсинкск. группа, 2006. С. 22–44.

² Мишель Мин — частный альянкт-профессор права в Университете Gergy-Pontoise.

³ С. Стронхолм. Европа и право, PUF, Париж, 2002. [S. Stronholm, Europe and the Law].

⁴ Амстердамский договор, статьи 2, 3 к и 2, 13, 136.

Дискриминация — это не только вопрос неравного отношения, так как дифференцированное отношение может быть оправданным и не носить дискриминационного характера. Даже если можно применить санкции, не обязательно при этом привлекать законы о дискриминации.

Для того чтобы имелись основания считать, что имеет место дискриминация, необходимо соблюдение нескольких условий. Различие в отношении не является дискриминацией, если только оно не запрещено законом¹. Дискриминация происходит, когда унизительное дифференцированное отношение не оправданно, и когда оно основано на критерии, применение которого для проведения юридических различий запрещено.

1.3. Развитие правовой базы

Для определения дискриминации следует учитывать эволюцию права ЕС. В раннем праве ЕС упоминались условия прямой и косвенной дискриминации, но не приводилось определений².

Впоследствии суды Сообщества занялись этим вопросом и начали давать определения, устанавливая прецеденты, связанные со свободным передвижением работников и, что еще более важно, с гендерным равенством в сфере трудаустройства. Это право на равенство при трудаустройстве, которое подтверждается как в четких положениях закона, так, в частности, и судебными прецедентами, является очень многогранным правом. Концептуальный прогресс, достигнутый в связи с этим правом, оказал влияние на другие сферы антидискриминационного законодательства, что благоприятно отразилось на лицах, подвергающихся другим видам дискриминации.

И наконец, Амстердамский договор существенно расширил сферу запрещенных видов дискриминации, но в нем не приводится определение³. На основе этого нового измерения и в продолжение прецедентного права, связанного с «равенством в трудовых отношениях», в новых директивах о дискриминации использовался этот теоретический вклад, например, в двух директивах от 2000 года, Директиве против расовой дискриминации⁴

¹ Лошак Д. Размышления о концепции дискриминации [D. Lochak, Reflections on the Concept of Discrimination], Lester A. British Anti-discrimination Legislation, Droit social, Париж, 1987, с. 778 и с. 791.

² В частности, Регламент Совета Европейских Сообществ № 1612/68 от 15 октября 1968 г. о свободном передвижении работников внутри Сообщества в рамках Директивы Совета 76/207/EЭС от 9 февраля 1976 г. о реализации принципа равенства мужчин и женщин в вопросах трудаустройства, профессионального образования, продвижения по службе и условий труда.

³ В статье 13 Амстердамского договора имеется ссылка на «все виды дискриминации», основанной на различных критериях.

⁴ Директива Совета № 2000/43/ЕС от 29 июня 2000 г. о реализации принципа равенства без ссылки на расовое или этническое происхождение, статья 2 (понятие дискриминации).

и Директиве о создании общих рамок для равного обращения¹, а также в Директиве 2002 года о внесении поправок в Директиву о равенстве в вопросах труда и занятости². В этих директивах определяются концепции прямой и косвенной дискриминации.

В законодательстве Европейского Союза о дискриминации имеются ссылки на эти две концепции дискриминации в отношении различных видов дискриминации, т. е. на прямую дискриминацию, концепцию, принятую в соответствии с действующим законодательством, и на косвенную дискриминацию, концепция которой является новаторской.

2. Общие перспективы

2.1. Общая структура

Законодательство о дискриминации можно представить в виде дерева:

- 1) корни, представляющие ценности, закрепленные и защищаемые по закону (человеческое достоинство и все, что под этим подразумевается);
- 2) ствол, представляющий применяемые правила и вопросы, характерные для всех видов дискриминации (понятия дискриминации и, в частности, системы оценки);
- 3) ветви, каждая из которых представляет собой конкретный вид дискриминации (сексуальная, расовая и т. п.), каждая из них характеризуется конкретными правовыми, историческими и социологическими особенностями; имеется возможность обмена правовыми решениями между отдельными ветвями.

2.2. Смежные понятия

Дискриминация — это нарушение принципа равенства по запрещенному признаку. Поэтому понятие дискриминации тесно связано и зависит от понятия равенства³. В законодательстве о труде и занятости применяются два понятия равенства:

- а) абстрактное равенство, подразумевающее, что правило должно применяться одинаково ко всем лицам, к которым оно относится, как в случае равенства перед законом. Эта концепция равенства является одним из

¹ Директива Совета № 2000/78/ЕС от 27 ноября 2000 г. о создании общих рамок для равного обращения в области занятости и профессиональной деятельности, статья 2 (понятие дискриминации).

² Директива Совета № 2002/73/ЕС от 23 сентября 2002 г., изменяющая Директиву № 76/207/ЕЭС о реализации принципа равенства мужчин и женщин в вопросах труда и занятости, профессионального обучения, продвижения по службе и условий труда, статья 2: Понятие дискриминации.

³ Маккурудден С. Новая концепция равенства [C.MacCradden, The NewConcept of Equality].

основополагающих элементов принципа верховенства права¹. Запрещается дискриминация, связанная с применением разных норм или различное применение одной и той же нормы по отношению к лицам, находящимся в одинаковом положении. Эта концепция остается действующей, но она недостаточна для рассмотрения всех видов дискриминации;

б) конкретное равенство, подразумевающее, что когда норма применяется к разным лицам, следует учитывать конкретные обстоятельства каждого человека. Оказывается, что во многих ситуациях возможна дискриминация, когда норма применяется одинаково по отношению к лицам, находящимся в разных положениях. Когда не учитываются различия, это также может составлять определенную форму дискриминации.

Понятие дискриминации происходит из теоретической концепции равенства и практически применяется, чтобы адекватно реагировать на вопросы, возникающие в ходе судебного разбирательства или коллективных переговоров. Например, рассмотрение декретного отпуска на тех же основаниях, как и других видов отпусков, в рамках концепции абстрактного равенства, или рассмотрение такого отпуска как специфического, применяющегося только по отношению к женщинам, в рамках концепции конкретного равенства, может привести нас к выводу, что дискриминации нет или что имеет место прямая дискриминация по признаку пола в случае, если женщинам отказано в льготах, связанных с декретным отпуском².

В трудовом законодательстве нет общего принципа равенства, так как было бы трудно соблюдать такой принцип с учетом фактических и юридических прав работодателя. Дискриминация может быть либо прямой, либо косвенной. Суды Сообщества признают, что дискриминация может возникнуть как при применении разных правил к сравнимым ситуациям, так и при применении одного и того же правила к различным ситуациям³. Использование такого подхода к дискриминации в законодательстве Сообщества дает возможность реализации равенства как в законе, так и на практике.

2.3. Широкая сфера применения

а. Концепции дискриминации применяются как к частному, так и к государственному сектору, включая государственные учреждения (государственные учреждения не могут игнорировать законы, применяемые к их сотрудникам).

¹ Всеобщая декларация прав человека (ООН, 1948); Декларация прав человека (Франция, 1989) и др.

² Решение ECJ от 30 апреля 1998 г., CNAVTS (Национальный фонд пенсионного страхования работников) против г-жи Тиболт [CNAVTS (National Employees' Pensions Insurance Fund) v. Ms. Thibault], дело C-136/95.

³ Решение ECJ от 17 июня 1998 г., Кэтлин Хилл [Kathleen Hill], дело C-243/95, Сборник дел, 1998, с. I-3739.

6. Ни на уровне Сообщества, ни на международном уровне¹ не существует общего принципа недискриминации. Закон предусматривает правила против дискриминации для защиты лиц, которые считаются особенно уязвимыми на рынке труда. Список мотивов, запрещенных для дифференцированного обращения, является ограничительным и изменяется, отражая социальные ценности.

Таким образом, в законодательстве ЕС содержится явный запрет на дискриминацию в отношении отдельного человека или группы людей, т. е. на неблагоприятные для них решения, основанные на критерии, относящемся к их личности² или действиям³.

Законодательство ЕС не ссылается на все эти критерии, закрепленные в международном праве. Список, содержащийся в законодательстве ЕС, более ограниченный, чем списки, приводимые в других источниках⁴. Однако в законодательстве ЕС предусматриваются различные виды дискриминации по отношению к женщинам, по признаку их половой принадлежности и, в частности, по признаку их происхождения⁵. Запрещается подстрекательство к дискриминации в отношении лиц, к которым применяется один из критериев, а также в отношении лиц, к которым не применяются критерии, но которые, тем не менее, подвергаются неблагоприятному (предвзя-тому) отношению⁶.

в. Понятия дискриминации имеют очень широкую сферу действия, они применяются к различным видам обращения, запрещенного для всех аспектов профессиональной деятельности, таких как:

¹ На международном уровне недопущение дискриминации в сфере занятости и профессиональной деятельности является одним из «четырех основополагающих принципов» законодательства о труде (Декларация Международной организации труда об основополагающих принципах и правах в сфере труда и механизм ее реализации, 19 июня 1998 г., Глобальный доклад, 91-я сессия, 2003, Конвенция о дискриминации в области труда и занятий № 111, 1958).

² Дискриминация по признаку пола, национальной или расовой принадлежности, этнического происхождения, физических недостатков или возраста.

³ Дискриминация по признаку религиозных убеждений, вероисповедания или сексуальной ориентации.

⁴ В частности, не упоминаются критерии, относящиеся к социальному происхождению, профсоюзной деятельности или политическим взглядам (ср. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод — *ECHR*, статья 14; Конвенции Международной организации труда — МОТ, №№ 111 и 97). Однако в проекте Конвенции о Европейской конституции содержится длинный список критериев (статья II-21).

⁵ Гаспар Ф. Объединенный фронт против расизма и дискриминации по признаку пола [Gaspard F., A Joint Front Against Racism and Sexism], 45-я сессия Комиссии ООН по делам женщин, Prochoix, Париж, № 18, лето 2001. Ардура А., Саймон С. Борьба с дискриминацией в Европе: опыт борьбы с дискриминацией в отношении женщин-мигрантов [A. Ardura and V. Simon, «Fighting Discrimination in Europe: Experiences of Combating Discrimination Against Female Immigrants»], исследовательская программа Codelfe, Com. DG V, Заключительный доклад, январь 2001, Iséres.

⁶ Статья 2.4 вышеупомянутых директив.

1) доступ к занятости, сфера, имеющая стратегическое значение, в которой часто наблюдается дискриминация, нередко в особо тяжких проявлениях; в этой сфере концепции дискриминации обеспечивают защиту от исключения;

2) трудовая деятельность, в частности, вопросы оплаты, условия работы и занятости, продвижение по службе, профессиональное обучение и повышение квалификации; в этой сфере концепции дискриминации обеспечивают защиту от эксплуатации.

На основе этого общего списка, включающего несколько пунктов, которые сами по себе являются нормами, можно вывести различные запрещенные дискриминационные действия, такие как сегрегация, составляющая неблагоприятные условия работы в отношении занимаемой должности.

Хараксмент также является формой дискриминации¹. Хараксмент возникает в связи с различными видами дискриминации (по признаку пола, расовой принадлежности, физических недостатков и т. п.) и понимается, в широком смысле слова, не только как преднамеренное оскорбительное поведение, но также как поведение, приводящее к таким же результатам, даже если намерения были другими. Такой харасмент может быть иерархическим (вертикальным), между коллегами (горизонтальным) или связанным с общей обстановкой в рабочем коллективе.

Подстрекательство к дискриминации применяется ко всем лицам и особенно, хотя и не исключительно, к лицам в иерархической ситуации.

г. Эти концепции имеют значительное правовое подкрепление, так как все правовые нормы можно проверять и анализировать с точки зрения антидискриминационного законодательства, связанного с прямой и, прежде всего, с косвенной дискриминацией. Например, следующие действия могут быть объявлены противоречащими закону и, вследствие этого, запрещены для реализации:

1. Разработка правовых норм между социальными партнерами, в частности, коллективные трудовые договоры².

2. Правовые нормы, разработанные государственными институтами (законодательные, нормативные и административные положения³).

3. Концепция, принятая в соответствии с действующим законодательством: прямая дискриминация.

В концепции прямой дискриминации дискриминация рассматривается с точки зрения производимых результатов (A) и в более широком смысле в отношении определенных лиц (B). В конкретных случаях дифференцированное обращение может быть основано на критерии (C).

¹ Статья 2.3.

² Решение ECJ от 30 апреля 1998 г. CNAVTS против г-жи Тиболт, дело C-136/95, см. прим. выше.

³ Решение ECJ от 9 февраля 1999 г. Регина против Госсекретаря по вопросам занятости [Regina v. Secretary of State for Employment], дело C-167/97.

3.1. Принцип

a. Цель

При прямой дискриминации какой-либо критерий используется как основание для дифференцированного отношения. Дискриминация происходит, когда к человеку проявляется менее благоприятное отношение по запрещенному мотиву. Поэтому прямая дискриминация может быть преднамеренной и явной по отношению к запрещенному мотиву. Однако явная дискриминация этого типа, особенно в нормах, встречается все реже, в законах наблюдается тенденция подчеркивать результаты дифференцированного отношения в соответствии с объективной концепцией дискриминации¹. В гражданских и административных делах установление умышленного характера дискриминации уже необязательно². Достаточно доказать неблагоприятное отношение как категорию, т. е. по отношению к запрещенному критерию³, чтобы установить случай дискриминации. Поэтому полезно рассмотреть вопрос о том, было бы отношение к конкретным лицам таким же, если бы к ним не применялся определенный критерий⁴.

b. Метод

Подход к дискриминации в значении производимых результатов связан со сравнением.

При сравнении следует:

1. Провести анализ ситуаций.

Это не значит, что сравнения должны ограничиваться идентичными ситуациями, которые случаются редко. Вместо этого следует изучать ситуа-

¹ Международные нормы, применяемые к дискриминации в отношении ее результатов: Конвенция № 111 МОТ, Конвенция ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, 1971, и Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации, 1965.

² В уголовном праве, где ответчик должен считаться невиновным, пока его вина не будет доказана, прецеденты менее строги в отношении доказательства намерения совершил преступление (ср. во французском праве: М. Мин, «Расовая дискриминация и прием на работу в уголовных судах» [M. Mine, «Racial Discrimination and Recruitment in Penal Courts»], Le Droit Ouvrier, Париж, июль 2003).

³ Английское выражение «on grounds of» [на основании] представляется более подходящим, чем французское выражение «pour des raisons de».

⁴ «Критерий одной отличительной характеристики», так называемый тест за исключением: Решение ЕСJ от 17 февраля 1998 года, Грант [mme Grant], дело C-249/96. См.: М. Мин, «Правовой подход к расовой дискриминации на работе: сравнение ситуации во Франции и Соединенном Королевстве» [M. Mine, «Legal Approach to Racial Discrimination at Work: a Comparison Between France and the United Kingdom»], Travail et Emploi, Париж, № 80, сентябрь 1999, с. 91 и, в частности, 96 — обсуждение эволюции соответствующего прецедентного права в Соединенном Королевстве.

ции, которые «сравнимы». Ситуации должны оцениваться через глубокое изучение обстоятельств дела, проводимое объективно и без влияния стереотипов.

2. Анализ с учетом фактора времени.

Такой анализ может включать сравнение конкретных ситуаций *in concreto*, так как сравнения с учетом фактора времени имеют широкую сферу применения. Сравниваемые ситуации могут продолжаться; такая ситуация наименее сложна для изучения. Определенное число аспектов¹ следует исключить, чтобы провести синхронные сравнения за один и тот же период времени. Однако рассматриваемые ситуации могут происходить последовательно. Здесь можно применить такие же методы, но по отношению к диахроническим ситуациям². Такие ретроспективные сравнения происходящих последовательно ситуаций можно проводить без ограничений по времени. Можно также проводить абстрактное сравнение *in abstracto*, с участием гипотетических лиц. Потенциально этот метод очень эффективен, так как позволяет интерпретировать ситуации, когда конкретные сравнения невозможны из-за сегрегации рынков труда³. Рассматривая положение лиц, которые, возможно, подвергаются неблагоприятному обращению, полезно рассмотреть вопрос о том, какое обращение получат другие лица, к которым не применяется тот же критерий⁴. Такое гипотетическое сравнение уже проводилось для изучения ситуации с женскими декретными отпусками⁵. При таком подходе лицо, ответственное за рассматриваемое обращение, должно объяснить объективные причины ситуации, воспринимаемой как неблагоприятная.

¹ Решение ECJ от 31 мая 1995 г., дело C-400/93 (установлено, что ситуация сравнима); решение ECJ от 11 мая 1999 года, дело C-309/97 (установлено, что ситуация не сравнима). В соответствии с этими судебными решениями необходимо учитывать характер работы и обязанности работника, а также профессиональное обучение.

² Решение ECJ от 27 марта 1980 г., дело C-129/79, Компания MacArthy's Ltd против Уэнди Смита [MacArthy's Ltd v. Wendy Smith].

³ M.-T. Lanquetin «Гендерное равенство: Директива 2002/73 ЕС от 23 сентября 2002 г.» [M.-T. Lanquetin, «Gender Equality: Directive 2002/73 EC of 23 Sept. 2002», Droit Social, Париж, 2003. С. 315].

⁴ В компании, где административные должности секретарей занимают женщины, или где уборщицами работают эмигрантки из бывших колоний и т. п., какое отношение проявлялось бы в терминах зарплаты, обязанностей, обучения и т. п., если бы на тех же должностях работали представители доминирующей в компании группы, т. е. белые мужчины, родившиеся в данной стране? Обсуждение ситуации в Квебеке см. в: М.-Т. Чича, «Равный уровень зарплат: реализация и возникающие вопросы» [M.-T. Chicha, «Equal Salaries: Implementation and Issues»], ed. Yvon Blais, Квебек, 1997, к Закону от 21 ноября 1996 г. о должностях, преимущественно занимаемых женщинами.

⁵ Решение ECJ от 4 октября 2001 г., Tele Danmark, дело C-109/00.

3.2. Особые положения в отношении инвалидов

От работодателей требуется, чтобы они создали условия, которые можно обоснованно ожидать, по предоставлению инвалидам доступа к работе в конкретной должности¹. Инвалиды имеют право на меры, учитывающие конкретный характер их инвалидности (помещение, материалы, рабочая обстановка), так как эти меры требуются по закону для обеспечения равенства, их не следует путать с позитивными случайными действиями, направленными на исправление или недопущение дискриминации.

Работодатели могут воздерживаться от принятия таких мер, при этом они лишают человека работы или обычной карьеры, если финансовое бремя не-пропорционально велико. Непропорциональный характер такого бремени следует устанавливать по отношению к компании (финансовые ресурсы) и к государственной политике (поддержка в вопросах занятости инвалидов). Неоправданный отказ в приеме на работу инвалидов является прямой дискриминацией.

3.3. Ограниченные отступления

Прямая дискриминация, которая является прямым нарушением правового принципа равенства, не может быть оправданной².

Поэтому существуют только исключительные, точно определенные отступления от запрета на дискриминацию, применяемые только к определенным видам работы.

a. Истинное и определяющее требование к конкретной должности

Дифференцированное обращение может быть законным образом связано с критерием, если такой критерий является истинным и «определяющим» требованием к конкретной должности³.

Это исключение из правила, связанное с рассмотрением вопроса о том, что дифференцированное обращение не являлось дискриминацией, применяется ограничительно, с учетом целей директив. Поэтому просьба об освобождении от применения правила должна быть оправданной в каждом отдельном случае и осуществляться соответствующим образом. При таком освобождении от применения правила исключаются лица, не отвечающие данному критерию и, если это применять слишком широко, возникнет противоречие с целями директив, что позволит применять различные стереотипы.

¹ Статья 5 Директивы, определяющей общий порядок равного обращения. А. Хендрикс, «Обоснованное соглашение» [A. Hendriks, «Reasonable Accommodation»], доклад, 1 апреля 2003 г., ERA (Трир).

² Решение ECJ от 8 ноября 1990 года, Деккер [Dekker], дело C-177/88.

³ Статья 4 Директивы против расовой дискриминации, статья 4.1 Директивы, определяющей общий порядок равного обращения, и статья 2.6 Директивы о равенстве мужчин и женщин.

Рассматриваемые должности четко определены, они могут быть разработаны в виде государственных норм в форме списков по конкретным критериям или на основе прецедентного права, со ссылками на подобные дела¹.

b. Должности религиозного характера

В профессиональной деятельности церквей и организаций, созданных по признаку религиозных убеждений или вероисповедания, критерий религии или вероисповедания может служить основой для дифференцированного отношения, если такой критерий считается «истинным, законным и оправданным требованием к должности»². Оценка этого требования зависит от особенностей рассматриваемой должности.

В государствах-участниках может действовать законодательство, в котором уже допускаются такие отступления, или они могут принять законодательство, отражающее сложившуюся практику, но они не могут разрешать принятие новых положений в этой области. Исключения из правила о недискриминации ограничиваются теми, которые уже считаются необходимыми. Такое дифференцированное обращение, основанное на критерии религии, не может оправдать дискриминацию по какому-либо другому критерию (такому, как пол, расовая принадлежность, инвалидность и т. п.).

4. Новаторская концепция: косвенная дискриминация

Концепция косвенной дискриминации может применяться ко всем видам дискриминации (А) и, в частности, к дискриминации, укоренившейся в системе (В). Однако в некоторых ситуациях косвенная дискриминация может быть оправданной (С).

4.1. Определение потенциальных результатов дискриминации

a. Основные положения концепции

Концепция косвенной дискриминации³ является одним из наиболее важных аспектов, разработанных в законодательстве ЕС, как в отношении текстов, так и в отношении прецедентов. Связанный с этой концепцией метод позволяет выявлять скрытую дискриминацию.

¹ Например, женщинам может быть запрещено занимать должности, связанные с возникновением насилиственных ситуаций, решение ECJ от 26 октября 1999 года, Анжела Мария Сирдар против Армейского совета, Госсекретарь по вопросам обороны [Angela Maria Sirdar v. The Army Board, Secretary of State for Defence], дело C-273/97. Несомненно, этот критерий может применяться к лицам со слабым здоровьем в связи с инвалидностью или преклонным возрастом. Обратным примером может служить роль Отелло в пьесе Шекспира, на которую могут предпочесть чернокожего актера.

² Статья 4.2 Директивы, определяющей общий порядок равного обращения.

³ Эта правовая концепция была разработана в США: Решение Верховного суда по делу «Григгс против компании Duke Power Co.» [Griggs v. Duke Power Co.], 1971, 401 US 424.

В соответствии с директивами косвенная дискриминация происходит при следующих условиях:

- 1) существуют положение, критерий или обычай (правило или практика, применяемая в компании или в стране),
- 2) который представляется нейтральным (не относится к критерию),
- 3) но потенциально может быть особенно неблагоприятным¹ для лиц, отвечающих одному или нескольким критериям, или
- 4) (продолжение) может быть особенно неблагоприятным для лиц одного пола по отношению к лицам другого пола²,
- 5) если только такие положение, критерий или практика не оправдываются объективно законной целью, и если средства, используемые для его достижения, не являются надлежащими и необходимыми.

Таким образом, три директивы приводят к новому и уникальному определению косвенной дискриминации, в котором подчеркивается уникальный характер этой концепции дискриминации.

Если удовлетворяются первые три условия, имеются основания считать, что может произойти косвенная дискриминация. По определению намерения не имеют значения, если речь идет о косвенной дискриминации. Значение имеют только результаты в том смысле, что дискриминационное воздействие уже произошло³ или может произойти⁴.

Как и в случае с прямой дискриминацией, этот метод является сравнительным. Однако концепция косвенной дискриминации изменилась, и она больше не связана с количественными измерениями рассматриваемых неблагоприятных результатов⁵, но в большей степени направлена на качественное изучение потенциальных неблагоприятных последствий применения какой-либо меры по отношению к лицам, отвечающим конкретному критерию, по сравнению с другими лицами. Потенциальные дискриминационные последствия рассматриваются по отношению к характеристике лиц, которые неотделимо связаны с определенным критерием.

Эта концепция новаторская. Во-первых, она предоставляет возможность предпринять меры на первых стадиях дискриминационных действий и внести превентивные изменения в сомнительные практики или нормы. Во-вторых, это новое определение дает возможность заниматься косвенной дискриминацией, связанной с критериями, в отношении которых отсутствуют количественные данные (например, инвалидность или сексуальная ориентация).

¹ Директивы 2000/43 и 2000/78, см. прим. выше.

² Директива 2000/73, см. прим. выше.

³ Эта концепция впервые была сформулирована в положениях решения ECJ от 31 марта 1981 г., Дженкинс [Jenkins], дело 96/80, и в решении ECJ от 13 мая 1986 г., Билка [Bilka], дело 170-84, в отношении равных возможностей на работе.

⁴ Решение ECJ от 23 мая 1996 года, Джон О'Флинн [John O'Flynn], дело C-237/94, в отношении свободного передвижения работников.

⁵ Директива 97/80 от 15 декабря 1997 г., подтверждающая прецеденты в законодательстве ЕС относительно сексуальной дискриминации при трудоустройстве и работе.

Например, в частной компании или государственном учреждении, где работают коренные жители страны, политика приема на работу с тенденцией отдавать предпочтение детям работающих сотрудников потенциально может привести к дискриминационным последствиям для лиц иностранного происхождения, которые ищут работу.

Неблагоприятные последствия можно оценивать по отношению к отдельным лицам или к группам. В последнем случае возникает вопрос расовой дискриминации, при этом целесообразно использовать подход *a posteriori* (основанный на опыте), не устанавливая личности соответствующих лиц¹, а определяя особенности, связанные с запрещенным критерием, который использовал работодатель (например, цвет кожи, фамилия, акцент и т. п.).

Концепция косвенной дискриминации может применяться для выявления скрытой дискриминации или дискриминации, носящей тривиальный характер из-за стереотипов². Эта концепция обеспечивает твердую поддержку при изучении решений работодателей³, традиционных норм, принятых социальными партнерами⁴, национального законодательства⁵, а также государственной и частной политики, на предмет равного отношения (обращения).

Процесс оценки⁶ тесно связан с содержанием концепции косвенной дискриминации. Процедуры оценки могут внести социологическое измерение в судебные дела.

б. Концепция в поддержку реального равенства

В косвенной дискриминации используется критерий, не являющийся одним из критериев, запрещенных законодательством ЕС как основание для дифференцированного обращения с лицами, удовлетворяющими таким критериям. Результат такой же, как и при прямой дискриминации, но процесс отличается, так как для отбора используется нейтральный критерий, чтобы скрыть дискриминацию⁷. Косвенная дискриминация вскрывается при изучении последствий применения правила или практики. Косвенная дискриминация является фактической дискриминацией. Подход,

¹ Директива 95/46/CE Европейского Парламента и Совета Европы от 24 октября 1995 г. о защите физических лиц в отношении обработки данных личного характера и о свободном обращении этих данных, статья 8.

² Решение ECJ от 28 марта 2000 г., Г. Бадек [G. Badeck], дело C-158/97. В этом решении упоминаются «предубеждения и стереотипы, связанные с ролью и способностями женщин в активной жизни».

³ Решение ECJ от 17 октября 1989 г., «Х. К. против Дэнфосс» [H. K. v. Danfoss], дело 109/88.

⁴ Решение ECJ от 30 апреля 1998 г., CNAVTS, см. прим. выше

⁵ Решение ECJ от 9 февраля 1999 г., Регина, см. прим. выше.

⁶ O. de Шуттер. Бремя доказывания [O. De Schutter, The Burden of Proof].

⁷ Родри П. Общественное право Европейского Союза [P. Rodiure, European Union Social Law], L.G.D.J., Париж, 2002.

связанный с концепцией косвенной дискриминации, можно использовать для демонстрации того, что группы лиц, отвечающих одному или нескольким критериям, являются жертвами дискриминации, таким образом можно определить группы, подвергающиеся дискриминации. Первоочередная цель этих действий заключается в помощи таким лицам через установление равного обращения и прекращение дискриминационной практики. Однако такие действия могут иметь более широкое влияние через поддержку политики в защиту равных возможностей и позитивные действия¹ на благо таких лиц и, в более широком смысле, других лиц, отвечающих тому же критерию, в форме временных регулятивных мер, при этом оставляя дверь открытой для других лиц².

4.2. Эффективная концепция борьбы с дискриминацией, укоренившейся в системе

a. Дискриминация, укоренившаяся в системе

Дискриминация, укоренившаяся в системе, является результатом практики, применяемой в компании, сфере занятости, сфере деятельности, в учреждениях или в обществе в целом. Она возникает из стереотипов или механизмов, которые представляются нейтральными и применяются в большей или меньшей степени открыто. В этом контексте дискриминация является продуктом системы.

Примером такой системы может служить процесс приема на работу в компанию, в котором участвуют как внешние агенты, например, государственные и частные посредники, работающие на рынке труда, клиенты и поставщики, так и внутренние агенты, такие как представители руководства, сотрудники, занимающие различные должности в отделах или помещениях, где будут работать новые сотрудники, а также другие сотрудники, работающие в компании.

В такой системе систематически могут исключаться лица, удовлетворяющие одному или нескольким критериям приема на работу, или такие лица могут подвергаться неравному обращению в отношении конкретных должностей или услуг. Решения о приеме на работу и назначениях на должности принимаются на основе запрещенных критериев, а не с учетом профессиональной компетенции претендентов на работу³.

¹ В законодательстве ЕС: Рекомендация 84/635/EЭС от 13 декабря 1983 г.; статья 5 Директивы против расовой дискриминации, статья 7 Директивы, определяющей общий порядок равного обращения и статья 8 Директивы против сексуальной дискриминации. *O. de Шуттер*, «Позитивные действия как ресурс» [O. De Schutter, «Positive Action as a Resource»], доклад, 1 апреля 2003 г., ERA (Трир).

² Решение ECJ от 6 июля 2000 г., К. Абрахамсон [K. Abrahamsson], дело 407/98 и решение ECJ от 19 марта 2002 г., Ломмерс [Lommers], C-476/99.

³ Поскольку речь идет о расовой дискриминации, результат можно назвать как этнический уклон при приеме на работу.

Такая дискриминационная система может быть результатом преднамеренной дискриминации со стороны агентов системы, макросоциальных и институциональных механизмов, или комбинацией этих двух причин.

б. Концепция, связанная с новыми сферами

В концепции косвенной дискриминации заложен значительный потенциал для борьбы с дискриминацией, укоренившейся в системе.

Во-первых, она вскрывает факты, которые в противном случае были бы скрыты (отказ в приеме на работу или специфическое распределение должностей в отношении лиц, отвечающих определенным критериям).

Во-вторых, она позволяет провести анализ системы, приводящей к дискриминации, через рассмотрение последствий, а также через изучение каждой стадии процесса. При такой процедуре может приниматься широкий подход, связанный с изучением внешних агентов компании, таких как школы и колледжи, где обучаются студенты, которых компания принимает на работу (школьные процедуры профессиональной ориентации, процедуры выбора школы, тип обучения, помощь в поисках работы и т. п.).

Затем внимание может переместиться на компанию. Здесь самым главным вопросом является следующий: как в компании оценивается работа сотрудников?¹ Такая оценка профессиональной компетенции сотрудника со стороны работодателя лежит в основе полномочий руководства. Полномочия по проведению подобной оценки могут восприниматься как дискреционные, но они не могут быть произвольными. При осуществлении таких полномочий работодатель должен продемонстрировать, что он невиновен в дискриминации и что его выбор основан на существенных и объективных факторах, он должен объяснить не только свои решения о приеме на работу и о назначении на должность по отношению к конкретному сотруднику, но также и общую политику приема на работу с точки зрения ее последствий. Суды могут подвергать сомнению оценку компетенции в процессе приема на работу, поэтому они способны контролировать осуществление работодателем его полномочий².

Таким образом они могут внести вклад в рационализацию осуществления полномочий. Они также могут рассмотреть якобы экономическое обоснование факторов, на которых работодатели и другие агенты, участвующие в процессе приема на работу, основывают свои решения. Таким образом, эта

¹ А. Лин-Кэн, Закон о труде. Курс законодательства о труде [A. Lyon-Caen, Employment Law, Employment Law course], Парижский университет X – Nanterre; «Борьба с дискриминацией: европейское образование в поддержку демократизации рынка труда» [«Dealing with Discrimination: European Education in Support of Democratization of the Labour Market»], незавершенный исследовательский проект, FORUM/CPDR/CEE/CREDOF, О. де Шуттер и Ф. Имар-Дуверно, Министерство труда Франции (DARES).

² Поскольку речь идет о равной оплате работающих мужчин и женщин, выполняющих одинаковую работу, в Конвенции № 100 Международной организации труда предусматривается «объективная оценка работы» (статья 3).

концепция косвенной дискриминации поддерживает «справедливую и равную оценку компетенции»¹.

4.3. Возможное оправдание

Обвинения *prima facie* в косвенной дискриминации могут быть опровергнуты, если работодатель способен оправдать свои действия с учетом задач, сформулированных в директивах. В некоторых конкретных областях директивы предусматривают возможные оправдания. Вопрос оправдания является главным вопросом, относящимся к реализации концепции косвенной дискриминации².

a. Необоснованное оправдание дискриминации

Если работодатель способен убедительно продемонстрировать, что его цели оправданы и что применявшиеся для их достижения средства являются соответствующими и использовались обоснованно, *prima facie* обвинение в дискриминации опровергается. Даже если в результате такой политики отдельные лица подверглись неблагоприятному обращению, нельзя утверждать, что эта политика является дискриминационной. Однако если работодатель не может полностью оправдать свою политику, ему предъявляется обвинение в косвенной дискриминации. Оправдание работодателя должно удовлетворять условиям, установленным в прецедентном праве ЕС³, чтобы оно было приемлемым и, таким образом, эффективно опровергало обвинение в косвенной дискриминации.

b. Оценка оправдания

Для того, чтобы оправдание было принято, оно должно отвечать следующим условиям:

- 1) оно должно быть объективным;
- 2) оно должно быть связано с легитимной целью, которая по определению исключает какую-либо форму дискриминации.

Легитимность оправдания работодателя следует оценивать с точки зрения степени реального существования такого оправдания и с учетом его соответствия таким соображениям, как размер компании, сектор, в котором она работает, условия на рынке труда и т. п. Важно определить «могут ли считаться объективно оправданными экономическими причинами» объявленные работодателем мотивы, а также попытаться установить реальную мотивацию работодателя.

¹ FORUM/CPDR/CEE/CREDOF, см. прим. выше.

² *Moro M.-A.* Причины, которые могут оправдать дискриминацию [M.-A. Moreau, «Reasons which can justify discrimination»], Европейский конгресс, Стокгольм, 3–6 сентября 2002 г., www.labourlaw2002.org, Droit Social, Париж, декабрь 2002. С. 1112.

³ Решение ECJ от 13 мая 1986 г., Билка [Bilka], см. прим. выше и, в частности, пункты 30 и 36.

Существенно важно, чтобы имелась причинная связь между оправданием и целью, на которую ссылается работодатель. Методы, применяемые для достижения цели, должны быть необходимыми и соответствующими. Необходимо проверить, были ли предпринятые меры необходимыми и соответствующими рассматриваемой цели. Избранные работодателем методы должны соответствовать «истинной потребности компании», они также должны «быть подходящими для достижения рассматриваемой цели» и «необходимыми для ее достижения». Это означает, что попытки оправданий на основе стереотипов, выраженных в форме коммерческих соображений, неприемлемы (например, исключение по признаку возраста, инвалидности, происхождения со ссылкой на якобы имеющееся требование потребителя).

И наконец, применяемые методы следует рассмотреть с точки зрения их применения в соответствующей манере, с наименьшим возможным нарушением равенства в обращении. Необходимо, чтобы между оправданием и дифференцированным обращением была установлена причинная связь.

Вышеупомянутые характеристики, оправдание которых должно быть установлено, являются стандартными. Теоретическая работа по категориям оправданий, проведенная судами ЕС по вопросу косвенной сексуальной дискриминации, является отправной точкой для других критериев дискриминации. Для иллюстрации отметим, что:

1) при использовании критерия физической силы при классификации должностей предпочтение отдается мужчинам, его следует заменить другими критериями, благоприятными для женщин¹;

2) возможность работать в любое время, что ставит женщин в невыгодное положение, должна соответствовать обязанностям, характерным для конкретной должности²;

3) политика, не являющаяся прозрачной, заслуживает того, чтобы ее считали дискриминационной³;

4) ссылка на коллективные переговоры с сотрудниками не может использоваться для оправдания неравного обращения⁴; положения коллективного договора не должны нарушать нормы ЕС в отношении равного обращения⁵;

5) не разрешается ограничивать участие в работе компании сотрудников, работающих неполный рабочий день⁶, недопустимы также аргументы о

¹ Решение ECJ от 1 июля 1986 года, Раммлер [Rummller], дело C-237/85.

² Решение ECJ от 17 октября 1989 г., Данфосс [Danfoss], см. прим. выше.

³ Там же.

⁴ Решение ECJ от 27 октября 1993 г., Эндерби [Enderby], см. прим. выше.

⁵ Решение ECJ от 7 февраля 1991 г., Нимз [Nimz], дело C-184/89, и в частности пункт 20.

⁶ Решение ECJ от 19 июля 1989 г., Риннер-Куне [Rinner-Kuhne], Сборник дел I-5535.

том, что необходимо поддерживать мотивацию сотрудников, работающих полный рабочий день, за счет наказаний сотрудников, работающих по совместительству или неполный рабочий день¹;

6) не разрешается использовать бюджетные соображения для оправдания дифференцированного обращения². Суды оценивают оправдания, при этом они постоянно должны помнить о необходимости обеспечивать соблюдение принципа равного обращения. Их задача состоит в анализе объяснений, представленных работодателем в отношении цели, сформулированной в законодательстве ЕС. При отсутствии других соображений систематическое признание приемлемыми общих объяснений экономического характера, основанных на соблюдении интересов компании и обеспечении конкурентоспособности компании, подрывало бы эффективность и действенность соответствующих законов. Сутью концепции косвенной дискриминации является потребность в поиске баланса между полномочиями работодателя, необходимыми для эффективной работы компании (при этом, возможно, учитываются такие цели, как коллективное участие), и правами отдельных лиц и, в частности, их правом на равное обращение. Хотя право на равное обращение может увязываться с другими правами, это право нельзя игнорировать. При анализе оправданий необходимо рассматривать решения каждого агента с учетом признаваемых им ценностей и принципов справедливости³.

в. Оправдания, предусмотренные законом

В законодательстве ЕС предусматривается, что дифференцированное обращение по признаку возраста⁴ не является дискриминацией, если оно обоснованно и объективно оправдывается кадровой политикой компании и особенностями профессионального обучения, при этом в качестве инструкции приводится список возможных оправданий⁵. Такая сформулированная в законе допустимость очень большого круга оправданий серьезно ограничивает действия судов. Однако суды могут рассматривать вопрос о том, оправдывают ли легитимные цели кадровой политики государств-участников дифференцированное обращение по признаку возраста.

¹ Решение ECJ Хилл [Hill], см. прим. выше.

² Решение ECJ от 20 марта 2003 г., дело C-187/00, Хельга Кутц-Бауэр [m-me Helga Kutz-Bauer], и, в частности, пункт 60.

³ Болтански Л., Теве Л. Об оправдании [L. Boltanski and L. Thévenot, OnJustification]. Gallimard, Париж, 1991.

⁴ Рейд М. Запрет на дискриминацию по возрасту при трудоустройстве: практические вопросы [M. Reid, «The Prohibition of Age Discrimination in Employment: Issues Arising in Practice»], март 2003, ERA (Трир).

⁵ Директива, определяющая общий порядок равного обращения, статья 6.1.

Концепции дискриминации, как прямой, так и косвенной, будут интерпретироваться судами на национальном уровне и, в частности, в отношении допустимого оправдания. Суды в государствах-участниках разрабатывают свои собственные аргументы на основе интерпретации решений судов ЕС и целей законодательства ЕС о равном обращении и необходимости обеспечивать социальную сплоченность¹. Фундаментальная природа этого эволюционного процесса, вероятно, отражает культурные измерения законов, направленных на борьбу с дискриминацией.

ТЕСТИРОВАНИЕ КАК МЕТОД ДОКАЗАТЕЛЬСТВА РАСОВОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ: МЕТОДОЛОГИЯ И ПРИМЕНЕНИЕ В ВЕНГРИИ²

*Фитсум Алему*³

[...] Редко можно получить прямые свидетельства дискриминации, а когда такие прямые свидетельства существуют, их подтверждение – еще более редкое явление. В результате те лица, которые жалуются на дискриминацию, вряд ли смогут подтвердить дискриминационное намерение со стороны работодателя, владельца ресторана или риелтора. «Тестирование» – метод, первоначально разработанный в США, – может обеспечить огромную помощь при доказывании дискриминации по внешности и случаев неравного отношения⁴. Тестирование полезно для целей ауди-

¹ Ср. Преамбулу к директивам, решение ECJ от 10 апреля 1984 г., С. Вон Колсон и Е. Каман [S. Von Colson and E. Kaman], дело C-14/83 и, в частности, пункт 26; решение ECJ от 13 ноября 1990 г., Marleasing, дело C-106/98 и, в частности, пункт 8; решение ECJ от 10 февраля 2000 г., Deutshe Post AG, дело C-270/97.

² Перевод статьи: *Alemu F. Testing to prove racial discrimination: methodology and application in Hungary // Roma Rights. 2000. № 3.* Перевод осуществлен «Правовой инициативой Открытого общества» (Open Society Justice Initiative).

³ Фитсум Алему работает штатным адвокатом в будапештской неправительственной организации Бюро правовой защиты национальных и этнических меньшинств (*Legal Defence Bureau for National and Ethnic Minorities – NEKI*). Он участвовал в совместном проекте *ERRC* и *NEKI* по разработке стратегических антидискриминационных судебных процессов.

⁴ См.: *Boggs, Roderic V.O., Sellers J.M., Benedick M. The Use of Testing in Civil Rights Enforcement* (далее – *The Use of Testing...*). September 1991. P. 26 (документ не опубликован). Дискриминация по внешности – это вид дискриминации, происходящей, когда правовое положение, меры официальных властей или преднамеренные действия отдельного лица направлены непосредственно на любую форму дискриминации против защищаемых групп. Неравное отношение – это форма дискриминации, происходящей, когда отдельные лица или государственные органы относятся к представителям защищаемой группы или класса менее благоприятно из-за их расовой или национальной принадлежности, пола, религии или социального статуса, но при этом

та, для проверки соблюдения договоренностей по предыдущим делам и для доказывания дискриминации в суде. В недавнем деле в г. *Патварц* венгерский суд впервые признал тестирование как действенный метод документирования дискриминации¹. Суд заслушал дублеров как свидетелей и принял результаты тестирования как доказательство, подтверждающее иск, поданный двумя рома о дискриминации в общественных заведениях.

ЧТО ТАКОЕ ТЕСТИРОВАНИЕ?

Тестирование – это метод, применяемый для сбора доказательств, когда имеется заявление о дискриминации. Тестирование в основном применяют правозащитные организации, чтобы вскрыть незаконные случаи дискриминации. Метод применяется, если представитель защищаемого класса или группы общества подозревает, что к нему было проявлено предвзятое отношение на основании его национальности, религии, пола, цвета кожи или по каким-либо другим признакам, подпадающим под правовой запрет на дискриминацию. Тестирование применяется для выявления наличия или измерения степени дискриминации при трудоустройстве, в жилищных вопросах, при доступе в общественные заведения или в любой другой сфере общественной жизни.

[...] При проведении тестирования в целях правоприменения часто целесообразно проводить повторное тестирование одной и той же вакансии, продаваемого или сдаваемого в аренду жилья, бара или клуба, в котором якобы отказываются обслуживать клиентов по расовым признакам. Цель многократного тестирования состоит в оценке природы и масштаба дискриминации с учетом возможного судебного процесса, в первую очередь такие повторные тесты проводятся, чтобы определить, были ли отмеченные

отрицают такое отношение. Чтобы доказать дискриминацию этого типа, истец обычно должен продемонстрировать, что, например, в делах о дискриминации при трудоустройстве: (i) он является членом защищаемого класса; (ii) он претендовал на работу и имеет квалификацию, необходимую для работы, на которую работодатель ищет работника; (iii) несмотря на наличие необходимой квалификации, в работе ему было отказано; (iv) после того, как ему отказали в работе, должность осталась вакантной, и работодатель продолжал принимать заявления от претендентов, квалификация которых была подобной квалификации автора жалобы, или позднее на эту должность был принят представитель незащищаемого класса с квалификацией, подобной квалификации автора жалобы. См.: *Alemtu F. Definition of Discrimination // White Booklet*. 1999. Р. В настоящей публикации термин «защищаемая группа или класс» будет применяться в отношении лиц, защищаемых по закону от дискриминации, таких как рома, латиносы, лица с определенными отклонениями физического или психического развития, члены семей с детьми и т.д.

¹ См. решение суда города Балашшадярмат (Balassagyarmat), 8.P.20.761/1999/18 számú ítélete, р.2. 17 февраля 2000 г. суд вынес решение о том, что отказ владельца паба в г. Патварц (Patvárc) обслужить посетителя-рома был дискриминационным. См. также: Hungarian Court Finds Pub Owner Guilty of Discrimination и Snapshots from around Europe // Roma Rights. 2000. №1.

различия в отношении лишь случайностью, или они отражают систематическое и типичное дискриминационное поведение¹.

ТЕСТИРОВАНИЕ И ДУБЛЕРЫ

[...] Дублеры – это непредвзятые лица, устанавливающие факты, которые, после интенсивного обучения как в классе, так и «в реальной обстановке», проводят тестирование для выявления дискриминации. Для проведения тестирования необходимы два дублера: «защищаемый дублер» и «сравнительный дублер». Защищаемый дублер принадлежит к защищаемой группе, а сравнительный дублер является представителем незащищаемой группы. Например, в делах о дискриминации рома рома будет выступать в роли защищаемого дублера, а не-рома – в роли сравнительного дублера. В деле о гендерной дискриминации в отношении женщин женщина будет пользоваться статусом защищаемого дублера, а мужчина будет выступать в роли сравнительного дублера. В общем дублеры должны быть очень похожими. Ключевым различием должно быть качество, стоящее во главе тестирования, например, расовая или национальная принадлежность дублера, если выдвигается обвинение в расовой дискриминации. [...]

Дублеры проводят тестирование в один и тот же день, выступая в роли *bona fide* [добропорядочных] претендентов на работу или, например, на аренду жилья. В процессе тестирования дублеры из одной пары отправляются через небольшой промежуток времени², чтобы получить информацию о работе, жилье или доступности определенных услуг. [...] Чтобы получить доказательства, необходимые для возбуждения судебного дела, нужно координировать поведение дублеров в зависимости от конкретных обстоятельств каждого случая попытки устройства на работу, вести четкие и полные записи опыта тестирования и следить за тем, чтобы поведение каждого дублера было как можно ближе к поведению его партнера.

Дублеры записывают свой опыт в специальных анкетах сразу же после завершения каждого тестирования. В анкете, заполняемой каждым дублером, должна содержаться подробная информация о наличии работы или жилья, процессе приема на работу или сдачи в аренду жилья, о сроках и условиях, должны приводиться те вопросы, которые задавал дублер, и информация, полученная от арендатора или работодателя. Помимо ответов на вопросы анкеты, целесообразно попросить дублеров отдельно подробно описать все, что с ними происходило во время тестирования.

В анкетах, которые заполняют дублеры, должна содержаться как минимум следующая информация: время тестирования; информация, которая требовалась от претендента (например, продолжительность интервью, характеристики интервью, вопросы, задававшиеся в ходе интервью); поток информации (например, информация предоставлялась спонтанно, для получения информации приходилось задавать вопросы); отношение

¹ The Use of Testing... P. 20.

² Сначала защищаемый класс, а затем незащищаемый класс.

к претенденту (например, сколько времени пришлось ждать, степень гостеприимства и т.п.); манера описания должности (например, обсуждение зарплаты и других выплат, на какой срок предполагается трудоустройство и т.п.)¹. [...]

В обязанности дублера не входит определение того, имеет ли место дискриминация, он должен действовать как непредвзятый источник информации. Только координатор тестирования (организация или адвокат) может оценить, имело ли место неравное отношение. Во время тестирования дублер должен воздерживаться от каких-либо наводящих замечаний о расовой или этнической принадлежности соседей, сотрудников фирмы или посетителей клуба, где проводится тестирование... Ни при каких обстоятельствах дублер не должен обсуждать свое участие в тестировании или организацию, в которой проводилось тестирование, если только он не получит согласия координатора тестирования или приказ суда. Если установлено, что имело место неравное отношение, против нарушителя можно возбуждать иск².

При тестировании с целью правоприменения дублеры могут понадобиться в суде в качестве истцов или свидетелей. С этим связаны как минимум три дополнительных соображения при выборе дублеров. Во-первых, в биографиях дублеров не должно быть никаких темных пятен, которые могут снизить доверие к ним, как к свидетелям. Во-вторых, дублеры должны быть достаточно грамотными, чтобы ясно изложить свой опыт в письменных заявлениях свидетелей и в устных показаниях в суде. В-третьих, в связи с тем, что судебное дело может продолжаться несколько лет, дублеры должны охотно поддерживать контакт с программой тестирования и периодически участвовать в судебных слушаниях в течение продолжительного периода времени³. [...]

ТЕСТИРОВАНИЕ В СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ США

Начиная с 1960-х гг. в американских судах рассматривалось большое число важных дел, в которых тестирование признавалось как эффективный метод и в некоторых случаях как единственный метод доказательства дискриминации. В наши дни в США тестирование повсеместно признается законодателями, судами и административными органами.

Процессуальная правоспособность

Несмотря на силу метода тестирования как основы для доказательства дискриминации, а, возможно, из-за этой силы применение тестирования

¹ См.: Assignment Sheet to Test Employment Discrimination (Оценочный лист (анкета) для тестирования дискриминации при трудоустройстве). NEKI, 1999; The Use of Testing... PP. 17–18; *Essed P. Understanding Everyday Racism*. Newberry Park, CA: Sage Publications, 1991.

² См.: *Alemtu F. Information for Testers*. 1999 (документ не опубликован); и Contract Between NEKI and Testers. NEKI, 1999 (документ не опубликован).

³ См.: The Use of Testing... P. 10–14.

для доказательства дискриминации подвергалось жестоким нападкам¹. Одни оппоненты утверждают, что дублеры не обладают процессуальной правоспособностью. Другие говорят, что тестирование – это неправильный и даже неэтичный метод, потому что он связан с обманом. Американские суды отклонили большинство таких аргументов и определили, что дублеры обладают процессуальной правоспособностью, и что им наносится ущерб, если им отказывают в услугах или дают неверную информацию о наличии рабочего места или жилья. Например, в деле «Корпорация Макдоннел Дуглас против Грина»², Верховный суд США постановил, что когда к дублерам проявляется неравное отношение, повторяющее обвинения в дискриминации, можно сделать вывод о наличии дискриминации. Некоторые другие суды выносили постановления, что дублеры имеют такое же право, как и любой другой человек, на правдивую информацию о наличии возможных контрактов в соответствии со статьей 1982 Закона о гражданских правах³, и что они имеют такое же право вести переговоры о подобных контрактах⁴.

В деле «Эверс против Двайера»⁵ Верховный суд отменил решение нижестоящего суда и постановил, что чернокожему человеку, который занял место в отделенной для белых части автобуса только для того, чтобы протестировать законность политики сегрегации, был нанесен ущерб в нарушение законов о гражданских правах. В этом деле 26 апреля 1956 г. заявитель зашел в автобус в Мемфисе и сел на одно из передних мест. Водитель сказал ему, что он должен пройти назад, «заявляя, что закон этого требует из-за [его] цвета кожи»⁶. После отказа заявителя подчиниться в автобус зашли двое полицейских и «приказали [заявителю] пройти в конец автобуса, выйти из автобуса или он будет арестован»⁷. После этого предупреждения заявитель вышел из автобуса. Нижестоящий суд принял аргумент ответчика о том, что г-н Эверс не обладает процессуальной правоспособностью и что имеет место фактический правовой спор, потому что он «зашел в автобус с целью возбуждения данного судебного процесса» и поэтому не является «представителем класса цветных граждан, которые пользовались в Мемфисе автобусами в качестве транспортных средств»⁸. Отменяя решение район-

¹ См.: The Use of Testing... P. 38–44.

² *McDonnell Douglas Corporation v. Green*, 411 U.S. 793 (1973).

³ Статья 1982 — Имущественные права граждан: «Все граждане Соединенных Штатов имеют такое же право, в каждом штате или территории, которым пользуются белые граждане, на наследование, покупку, аренду, продажу, владение и передачу недвижимой и личной собственности».

⁴ См.: *Coel v. Rose Tree Manor Apartments, Inc.*, No. 84-1521, U.S. Dist. LEXIS 801 (E.D.Pa. 1988).

⁵ *Evers v. Dwyer*, 358 U.S. 202 (1958).

⁶ Дело Эверса. Р. 203–204.

⁷ Дело Эверса. Р. 204.

⁸ Дело Эверса. Р. 203.

ного суда, Верховный суд постановил, что фактический правовой спор имел место, потому что г-н Эверс подвергся «специальному ограничению в правах» и поэтому имел «существенную, немедленную и реальную заинтересованность в действительности статута (закона), налагающего такое ограничение в правах»¹.

В своем решении по делу «*Пирсон против Рей*»², Суд определил, что чернокожему человеку был нанесен ущерб, когда он был арестован после того, как зашел в сегрегированную часть автобусной станции с целью тестирования законности политики сегрегации. Далее в деле «*Корпорация Havens Realty против Коулмена*»³ Суд единогласно принял решение, являющееся вехой в прецедентной практике, и подтвердил процессуальную правоспособность дублеров и организаций по справедливому решению жилищных вопросов при возбуждении иска по Закону о справедливом решении жилищных вопросов⁴.

Тестирование для доказательства неравного отношения

Американские суды установили дискриминационное намерение, скрывающееся за «нейтральными» действиями местных властей⁵. Например, использование «VIP-карточек» и «VIP-входов» в некоторых гостиницах, ресторанах и клубах для маскировки дискриминационной практики⁶ и вопросы о доказательстве возраста или наложение специальных требований к одежде⁷, чтобы отсрочить или помешать допуску «цветных», были опровергнуты на основании дискриминационного намерения таких действий⁸.

В Соединенных Штатах было установлено, что тестирование является одним из наиболее эффективных методов доказывания дискриминации в таких делах. Например, в 1989 году Комитет адвокатов Вашингтона сов-

¹ Дело Эверса. Р. 204.

² *Pierson v. Ray*, 386 U.S. 547 (1967).

³ *Havens Realty Corporation v. Coleman*, 455 U.S. 363 (1982).

⁴ Это дело было возбуждено организацией «Равные возможности в жилищных вопросах», правозащитной организацией в г. Ричмонд (шт. Виргиния), которая выступает за равноправие в жилищных вопросах.

⁵ См.: *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964); *Tillman v. Wheaton-Haven Recreation Association, Inc.*, 451 F.2d 1211 (1971); *United States v. Glass Menagerie, Inc.*, 702 F.Supp 139 (E.D.Ky. 1988); *New York v. Peter & John's Pump House*, 914 F.Supp 809 (N.D.N.Y. 1996) и *United States v. Cantrell*, 307 F.Supp 259 (E.D.La. 1969).

⁶ *United States v. Glass Menagerie, Inc.*, 317 F.Supp 139 (E.D.Ky. 1988).

⁷ *New York v. Peter & John's Pump House*, 914 F.Supp 809 (N.D.N.Y. 1996).

⁸ См. также дело «*Соединенные Штаты против Кантрелла (Cantrell)*», в котором оспаривалось распоряжение местных властей о том, что в бары и буфеты запрещенопускать «любой военный персонал в военной форме и продавать таким лицам пищу и напитки». Это распоряжение было признано дискриминационным по отношению к чернокожим лицам, которые часто посещали бар.

местно с экспертами Ховардского университета и местной общественностью адаптировал метод тестирования для доказательства дискриминации в предоставлении услуг такси в округе Колумбия. Эта работа включала обширные исследования с привлечением парных команд для тестирования дискриминации при (1) отказе в предоставлении услуг из-за расовой принадлежности пассажира и (2) отказе в доставке пассажиров в районы, населенные преимущественно чернокожими жителями¹. Обучение дублеров продолжалось два с половиной месяца, дублеры тренировались и составлялись пары белых и черных дублеров, которые провели в общей сложности 292 тестирования. Результаты тестирования показали, что в 20% случаев таксисты не останавливались возле чернокожих клиентов, в то время как лишь в 3% случаев такси проезжали без остановки мимо белых дублеров². Водители также обычно отказывались везти как белых, так и чернокожих дублеров в районы округа Колумбия, населенные преимущественно чернокожими жителями³.

По результатам тестирования были возбуждены дела против трех компаний такси, в работе которых наблюдались особенно высокие уровни дискриминации. Накануне начала судебного разбирательства стороны пришли к мировому соглашению. По условиям соглашения в качестве возмещения ущерба было выплачено около 50 000 долларов и был наложен строгий судебный запрет. В этом деле суд впервые за всю историю США вынес решение о том, что компании такси могут быть признаны ответственными за дискриминационное поведение своих водителей⁴. После этого судебного разбирательства в Департаменте прав человека округа Колумбия была открыта постоянно действующая программа по тестированию услуг такси, чтобы при необходимости предъявлять обвинения компаниям, сотрудники которых проявляют дискриминационное отношение⁵.

Тестирование также применялось для получения доказательств обвинений, выдвигавшихся чернокожими сотрудниками секретных служб против некоторых ресторанов сети Denny's о том, что к ним проявлялось дискриминационное отношение. Дело было урегулировано без судебного разбирательства, и компания заплатила истцам в качестве возмещения ущерба

¹ См.: The Use of Testing... P. 6.

² См.: Ridley, Bayton, Outtz. Taxi Service in the District of Columbia: Is It Influenced by the Patrons Race and Destination? P. 17 (June 1989).

³ Ibid. PP. 21, 27.

⁴ См.: дело «Флойд-Майерс (Floyd-Mayers) против American Cab Co.», 732 F.Supp 243 (D.D.C. 1990).

⁵ См.: Wheeler Undercover Riders Gauge Prejudice of D.C. cabbies // The Washington Post, July 17, 1990.

54 млн долларов, и еще 1 млн долларов – гражданским правозащитным организациям в качестве возмещения расходов¹.

Компенсация ущерба

С тех пор, как тестирование впервые применялось для успешного доказательства дискриминации, суммы компенсаций, присуждаемых судами, значительно возросли. В середине 1970-х гг. в мировых сделках по делам о дискриминации выплаты были чисто символическими и составляли несколько долларов, и это считалось значительной победой². Однако к 1990-м гг. Совет по справедливым сделкам с жильем Вашингтона (*Fair Housing Council of Greater Washington – FHCGW*)³ добился более дюжины соглашений или судебных решений, каждое на сумму, превышающую 20 000 долларов, а в некоторых делах сумма компенсации превышала 100 000 долларов. В большинстве этих дел показания дублеров были решающим фактором, определившим результат судебного разбирательства. В деле «Дэвис против Мансардса» Верховный суд пришел к выводу, что тот факт, что истец является дублером, «не влияет на степень нанесенного ей ущерба... в 1984 году никто не должен подвергаться расовой дискриминации – у дублера нет причин ожидать несправедливого отношения со стороны якобы правильно мыслящих бизнесменов»⁴. Дублеры, а также организации, контролирующие их деятельность, также получали возмещение ущерба за утрату возможности трудоустройства, трудности и унижения вследствие дискриминации. Например, в деле «Бриант против компании Kay Brothers Builders»⁵ суд присудил возмещение ущерба дублерам, проводившим тестирование условий предоставления жилья.

В наши дни почти во всех штатах США работают организации, которые регулярно используют тестирование для доказательства дискриминации при трудоустройстве, в вопросах жилья и допуска в общественные заведения. Они публикуют результаты тестирования, используют их для проверки соблюдения судебных запретов и для доказывания дискриминации в административных или судебных процессах. Показания дублеров обеспечивают более высокий уровень доказывания, чем раньше⁶.

¹ *Sniffen M.J. Denny's Agrees to Retrain Managers*. Associated Press. April 10, 2000; *National Fair Housing Advocate*, February 1997; Fair Housing Council, Spring 1997 Report.

² См.: *Alemu F. Fair Housing in the USA and Hungary // Fundamentum*. 1998/1-2. Р. 141–153.

³ Организация по защите гражданских прав, которая выступает за справедливое решение вопросов, связанных с жильем. Автор настоящей статьи три месяца работал в этой организации как стажер.

⁴ 597 F.Supp 334, p. 347 (N.D. Ind. 1984).

⁵ C.A. No. B-86-354 (D.Md. February 18, 1988).

⁶ См.: *The Use of Testing...* P. 4.

ВЕНГЕРСКИЕ ЗАКОНЫ И ПРАКТИКА В ОТНОШЕНИИ ТЕСТИРОВАНИЯ

[...] Венгерский закон позволяет использовать метод тестирования для сбора доказательств, обеспечивает для дублеров процессуальную право-способность в качестве свидетелей и разрешает включать отчеты дублеров в документальные доказательства. Прежде всего, статья 164(1) Гражданского процессуального кодекса Венгрии гласит, что «факты, необходимые для вынесения судебного решения по делу, должны обычно доказываться той стороной, которая заинтересована в их признании судом». Тот же закон также требует, что «если в законе не предусмотрено иное, суд не связан формальными правилами доказательства в гражданских делах и может использовать презентации дела сторонами, а также любые другие доказательства, пригодные для выяснения фактов по делу»¹. В соответствии с принципом «права свободно оценивать доказательства» венгерские суды не ограничены каким-либо специфическим типом доказательств. Личные показания, имеющие отношение к способу получения фактов по делу, рассматриваются, в соответствии с венгерским законом, как действительные доказательства². Венгерский закон также предусматривает, что как в теории, так и на практике «документальные доказательства рассматриваются как доказательства, так как они содержат мысли человека»³. Кроме того, закон предусматривает, что «истец может предъявлять иск от собственного имени или – при наличии разрешения – от имени других лиц»⁴.

Применение тестирования в венгерских делах о дискриминации при трудоустройстве

Бюро правовой защиты национальных и этнических меньшинств (NEKI)... совместно с *ERRC* в 1999 году применило тестирование в деле *Лайоша Б. Г-н Лайош Б.*, студент университета, цыган, в феврале 1999 года прочитал объявление о том, что в компанию *T. Ltd.* приглашаются на работу желающие распространять рекламные листовки. Он позвонил в эту компанию, и ему сказали, что имеется вакансия, и он может прийти на интервью. После того, как он заполнил анкету-заявление, ему сказали, что ему позвонят и сообщат результат. Через несколько дней он узнал в компании, что вакансии больше нет. В своей жалобе он заявлял, что его не приняли на работу из-за его цыганского происхождения⁵.

¹ Статья 6 Венгерского Гражданского процессуального кодекса.

² Статьи 166 и 173 Венгерского Гражданского процессуального кодекса.

³ *Miklós K. Magyar Polgári Eljárás jog (Венгерский Гражданский процессуальный кодекс) // Osiris. 1998. P. 269.*

⁴ Статья 2 Венгерского Гражданского процессуального кодекса; статья 10 Указа Совета министров № 106/1952; решение № 199 палаты по гражданским делам Верховного суда.

⁵ *White Booklet. NEKI, 1999. P. 34–36.*

Для доказательства неравного отношения в этом деле мы решили провести тестирование процесса устройства на работу в эту компанию. Дублеры претендовали на работу так же, как и автор жалобы, т.е. они сначала звонили по телефону, затем обращались в компанию лично. Первые дублеры попытались получить работу 29 апреля 1999 года. Г-н Бела С., цыган, позвонил в компанию, а через полчаса тоже сделал и г-н Питер Б., не-рома. Затем оба пошли в компанию, заполнили анкеты-заявления, и им сказали позвонить позднее. Дублеры г-н Йозеф Р. и г-н Роланд Т., соответственно рома и не-рома, обратились в компанию 4 мая 1999 года. Все четыре претендента позвонили в компанию и выяснили, что не-рома были приняты на работу, в то время как рома получили отказ. Принятые на работу дублеры подписали контракты и получили рекламные листовки для распространения. Для дальнейшего документирования дискриминации мы попросили дублеров не выполнять работу, а вернуть листовки и заявить, что эта работа для них слишком сложная. В тот же день мы отправили еще одного дублера-рома, зная, что в компании, несомненно, имеется работа, которую следует выполнить. Он также заполнил анкету-заявление и позднее также получил отказ по телефону¹.

В связи с отсутствием доказательств было трудно доказать жалобу г-на Лайоша Б., и иск был возбужден не от его имени. Вместо этого мы возбудили иск от имени г-на Йозефа Б., который был дублером, но одновременно действительно искал работу. В исковом заявлении утверждалось, что работодатель нарушил статью 5 Венгерского Кодекса о труде² и многие международные конвенции, в которых Венгрия является государством-участником. В исковом заявлении были высказаны просьбы к суду о том, чтобы суд признал эпизод нарушения прав, приказал компании принять на работу г-на Йозефа Р., прекратить нарушения прав и потребовать от нарушителя воздержаться от дальнейших нарушений, а также приказал компании выплатить штраф, который будет использован на общественные нужды³, так как некоторые другие романы также стали жертвами дискриминационного отношения со стороны данной компании. В дополнение к исковому заявлению и письменным показаниям Суд по трудовым спорам также заслушал личные свидетельские показания истца. В своем решении Суд постановил, что в данном деле наблюдались не отношения трудоустройства, а, скорее, независимые контрактные отношения, вопрос, который не подпадает под действие Венгерского Кодекса о труде. Поэтому Суд приказал передать дело в Суд по гражданским делам. Истец подал апелляционную жалобу в венгерский Суд по трудовым спорам вто-

¹ Ibid.

² Статья 5(1) Венгерского Кодекса о труде запрещает дискриминацию при трудоустройстве.

³ В соответствии со статьей 78 Венгерского Гражданского кодекса и статьей 100 Венгерского Кодекса о труде.

рой инстанции. По состоянию на 11 октября 2000 года дело находилось в процессе рассмотрения.

Применение тестирования в делах о допуске в общественные заведения

В докладах организаций по защите гражданских прав... сообщается, что иммигранты и рома также страдают в Венгрии от дискриминации в общественных заведениях. Однако воспользоваться средствами правовой защиты в таких делах трудно вследствие отсутствия антидискриминационных положений, запрещающих дискриминацию в общественных заведениях, отсутствия прецедентов, а также пассивности со стороны общественных руководителей, таких как работники службы защиты прав потребителей или городские чиновники.

Несмотря на эти трудности, *NEKI* провела более 20 тестирований для доказательства дискриминации в общественных заведениях. В Патварце и Сикцо (город, где рома якобы не допускались на дискотеку), *NEKI* отправила пары дублеров, состоящие из рома и не-рома, в дискотеки, пабы и рестораны, в отношении которых поступили жалобы.

Когда *NEKI* проводит тестирование дискриминации по отношению к рома в общественных заведениях, дублеры должны в специальных анкетах предоставить следующую информацию: время тестирования, подробное описание поведения охранников и владельцев баров, например, какую информацию или документы они требовали от дублеров; причины отказа в обслуживании; и любое упоминание расовых эпитетов или других унизительных замечаний в адрес дублеров. Относительно услуг *NEKI* требует, чтобы дублеры предоставили информацию в письменном виде о том, принял ли бармен или официант заказ, и как долго дублер ждал, пока его обслужат. Относительно книги жалоб *NEKI* требует, чтобы дублеры сообщили, можно ли было получить эту книгу, и предоставил ли книгу жалоб официант или хозяин заведения, когда дублер захотел записать свою жалобу. Если в баре или ресторане книга жалоб не была предоставлена, дублеры должны записать в анкете *NEKI* причину отказа¹.

После повторного тестирования и оценки анкет *NEKI*... возбудила в судах иски против владельцев ресторанов. Хотя в обоих делаах дискриминационные действия владельцев баров были направлены против цыганского сообщества, в венгерском законе нет положения о возможности возбуждения коллективных исков. По этой причине *NEKI* всегда просит суд приказать нарушителю выплатить штраф, который будет израсходован на общественные нужды, и постановить, чтобы нарушения были прекращены и нарушитель воздерживался от дальнейших нарушений. *NEKI* надеется, что в будущем в венгерском правовом режиме произойдут изменения, и компенсации ущерба или штрафы будут использовать-

¹ *NEKI*, Testers Assignment Form in Public Accommodation Discrimination, 1999 (документ не опубликован).

ся непосредственно в том сообществе, которое пострадало от дискриминационных действий.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Хотя венгерская правовая система не основана на precedентных делах, решение по делу в г. *Патварц* является прорывом и воодушевляет правозащитные организации во всей Европе применять тестирование для доказательства дискриминации. Однако прежде чем организация начнет применять этот метод, следует изучить его историю и эффективность в США и в других странах, где тестирование успешно применяется. Также необходимо провести исследование внутреннего гражданского законодательства, гражданского процессуального кодекса и законов о доказательствах, чтобы определить эффективные стратегии в делах с применением тестирования. [...]

СТАНДАРТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ ПО ДЕЛАМ, СВЯЗАННЫМ С ДИСКРИМИНАЦИЕЙ. ОБЪЕМ И СФЕРА СУДЕБНОГО РАССМОТРЕНИЯ¹

Аалт Виллем Херинга

[Извлечения]

2. Различные модели исследования

На мой взгляд, стандарты исследования в отношении дискриминации подчинены тем же вариациям, что и в других областях права. Одна крайность состоит в применении тестов, требующих «чистой рациональности» – наличия рационального соотношения между предполагаемым актом дискриминации и законной целью. [...]

Противоположная позиция состоит в формулировании и применении теста «строгого исследования», который требует более, нежели просто рационального отношения между дискриминационным действием и преследуемой им целью. Например, это может быть цель, важность которой неопровергима и которая может быть достигнута только посредством обжалуемого дискриминационного действия: неравенство в обращении необходимо для достижения такой цели. В США такой тест иногда квалифицируют как «строгий в теории, но фатальный на практике»².

¹ Aalt Willem Heringa / Standards of Review for Discrimination. The scope of Review by the Courts // Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives (ed.Tita Loenen, P.R. Rodrigues). Martinus Nijhoff Publishers. P. 27–37. Перевод АНО «ЮРИКС» (переводчик – Т. Томаева).

² В 1972 г. Г. Гунтер писал: «Суд Уоррена (либеральный состав Верховного суда США 1963–1969 гг., по имени судьи Э. Уоррена. – Прим. пер.) применял жесткий двухуровневый подход. В некоторых ситуациях применялся агрессивный «новый» принцип равную защиту и модель исследования, «строгого» в теории и фатального на практике;

В правовых системах встречаются вариации этих двух моделей, а также их сочетания, равно как и промежуточные уровни исследования. Для одного аспекта дискриминации применяется один стандарт, для другого – другой. Интенсивность применяемого исследования может также меняться в зависимости от участвующих в ситуации субъектов: например, субъекту – частному лицу предоставляется большая свобода, чем государственному органу.

Примером такого промежуточного стандарта (промежуточного между простой рациональностью, с одной стороны, и строгим исследованием – с другой) является американский тест «промежуточного исследования». Стандарт этот применяется в отношении к различиям по половому признаку. По мнению Верховного суда, пол не является «сомнительной» классификацией; но в то же время «мягкое» исследование недостаточно серьезно подходит к различиям по признаку пола. Согласно принципам промежуточного (или усиленного) исследования различие должно преследовать важный (не «неопровергимый») государственный интерес и быть существенным образом связанным (не «необходимым») с этим интересом: «В предшествующих делах было установлено, что для того, чтобы не противоречить конституционным требованиям, классификации по гендерному признаку должны служить важным государственным целям и быть существенным образом связанными с достижением этих целей»¹.

Вторая скользящая шкала, со встречающимися на практике диаметрально противоположными позициями, относится к формулировке моделей и стандартов рассмотрения. В этом отношении мы различаем две крайние позиции, одна из которых должна классифицироваться как открытая модель, а другая – как закрытая. В открытой модели дискриминация/неравное обращение запрещены, кроме случаев, когда им имеется разумное оправдание. Например, ст. 14 Европейской конвенции по правам человека устанавливает недопустимость «дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам». Квалификация «открытой» модели связана с двумя факторами. Первый – наличие в ст. 14 перечня оснований для дискриминации, который заканчивается упоминанием «иных признаков». Во-вторых, ст. 14 не устанавливает какого-либо стандарта оценки неравенства в обращении. Определение того, что именно является дискриминацией в контексте ст. 14, оставляется на усмотрение судов. Они вольны принимать переменные стандарты и наделять содержанием понятие «разумного обоснования»,

в иных царил почтительный «старый» принцип равной защиты, с минимальным исследованием в теории и практическим отсутствием такового на практике. (G. Gunther, Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a newer Equal Protection, 86 Harvard Law Review (1972), 1.

¹ Судья Бреннан, дело *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 92 S.Ct. 451, 50 L.Ed.2d 397 (1976).

а также определять направляющей линии между неравным обращением и дискриминацией.

Закрытая модель может быть описана как модель, которая насколько возможно тщательно и точно определяет, что является запрещенной формой дискриминации. Наличие исчерпывающего перечня оснований для дискриминации является одной из ее особенностей; другая же – это наличие списка критериев, составляющих разумное обоснование неравного обращения. Хороший пример закрытой модели – Директивы ЕС о соблюдении принципа равного обращения независимо от пола. Эти директивы конкретно ограничиваются различиями на основании пола; они также содержат исчерпывающий перечень оправдательных оснований.

Представляется, однако, что в чистейшем виде закрытой модели не существует: суды творчески истолковывают закрытые модели с целью сделать их более открытыми. Примером в этом отношении является понятие «косвенной дискриминации». Кроме того, многие законодатели признают сложность создания закрытой модели, в то же время желая иметь модель, адаптированную для эффективного разрешения непредвиденных аспектов и способную функционировать в современном обществе. [...]

Еще одно, третье по счету необходимое различие относится к автору модели и применяемого теста или тестов. Этот аспект тесно связан с вышеупомянутым выбором конкретной модели. Можно утверждать, что открытая модель призывает национальные суды самостоятельно вырабатывать и устанавливать согласованные модели и стандарты рассмотрения. Ради юридической ясности и необходимости систематически и последовательно разрабатывать корпус права в области равного обращения суды обязаны выдвигать определенные критерии и стандарты: коротко говоря, последовательную доктрину.

Что касается закрытой модели, именно законодательные органы попытались предписать судам, какие критерии применять, а также диктовать, как рассматривать различные основания дискриминации и разнообразие ее обоснований. [...]

В разных правовых культурах при разных обстоятельствах суды могут вывести различные заключения из установленной антидискриминационной модели. Однако закрытая модель, вероятно, лишает суды инициативы в отношении к разработке тестов на равенство. Открытая модель, напротив, дает судам возможность проявить инициативу, однако не обязательно требует этого в качестве логического следствия. Например, согласно ст. 14 ЕКПЧ, которая представляет собой пример открытой модели, Европейский Суд по правам человека до настоящего времени отказывается вводить понятие «косвенной дискриминации»¹, а также придерживается ограничительной позиции в рамках принципа «свободы усмотрения» при оценке ситуаций, подпадающих под ст. 14 ЕКПЧ². Это объясняется положением

¹ ECHR 28 May 1985, Abdulaziz, Cabales and Balkandali, series A, vol. 94, para. 85.

² О свободе усмотрения в отношении ст. 14 см. J. Schokkenbrock, The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation, 19 Human Rights Law Journal (HRLJ), no. 1 (1998), 20–23.

данного суда в надзорном механизме Конвенции и по отношению к национальным судам и государствам, а также осознаваемой необходимостью и желанием Европейского Суда опираться на «общую позицию» при истолковании Конвенции¹. В отсутствие такой общей позиции и в условиях наличия свободы для интерпретации Европейский Суд склонен предоставлять более широкую свободу усмотрения Договаривающимся Государствам. Именно эти аспекты иллюстрируют, насколько связано отношение Суда к статье о равенстве с его национальными или интернациональными «raison d'être».

3. Исследование в «относительно» открытых моделях

Как нам представляется, существует общая тенденция обращения с огромным многообразием оснований для дискриминации. Это огромное многообразие во многих документах иллюстрируется перечнем. За последние годы в политическую (законодательные органы) и юридическую (суды) повестку дня попало много «новых» оснований дискриминации: возрастная дискриминация, дискриминация на основании количества часов работы, дискриминация на основании инвалидности — вот лишь три ярких примера.

Подход, который применяют суды (и законодательные органы) состоит в различии между основаниями дискриминации и установлении различных уровней исследования применительно к различным категориям дискриминации.

Судебная практика Верховного суда США предоставляет много примеров подобной категоризации. Некоторые классификации, некоторые основания дискриминации подпадают под категорию «сомнительных» классификаций. Они соответственно (и вследствие этого) исследуются очень тщательно: лишь неоспоримый интерес может оправдать дискриминацию на основании «сомнительной» классификации в том случае, если дискриминация абсолютно необходима для осуществления этого интереса. Ярким примером «сомнительной» классификации в конституционной судебной практике Верховного суда США является любое различие по признаку расы.

Европейский Суд по правам человека (в отношении к ст. 14 ЕКПЧ) склонялся к общему подходу различия между «сомнительными» и «несомнительными» классификациями, однако без использования данной конкретной терминологии.

Общая модель рассмотрения по-прежнему та же, что впервые была сформулирована в «бельгийском деле о языках»:

«...Таким образом, важно искать критерии, которые позволяют определить, противоречило ли данное различие в обращении, касающееся, конечно, пользования одним из установленных прав и свобод, ст. 14. По этому вопросу Суд, следуя принципам, которые можно извлечь из юридической практики большого числа демократических государств, полагает, что принцип равен-

¹ A. W. Heringa, The «Consensus Principle». The Role of «Common Law» in the ECHR Case Law, 3 Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJ) (1996), 108-145.

ства в обращении нарушается, если различие не имеет объективного и разумного обоснования. Существование такого обоснования должно оцениваться в отношении к цели и результатам рассматриваемой меры, с учетом принципов, которые обычно преобладают в демократических обществах. Различное обращение при пользовании каким-либо правом, установленным в Конвенции, должно не только преследовать законную цель: ст. 14 равным образом нарушается, когда ясно установлено отсутствие разумного соотношения соразмерности между использованными средствами и искомой целью¹.

Различие в обращении может быть оправдано объективным и разумным обоснованием, что означает необходимость существования законной цели и разумного соотношения соразмерности между законной целью и рассматриваемой дискриминационной мерой. В своей практике Европейский Суд по правам человека отточил этот тест в контексте четырех оснований дискриминации: (не)законное происхождение, пол, религия, национальность².

То, каким образом Европейский Суд по правам человека применяет общий тест, как он сформулирован в бельгийском деле о языках в делах, связанных с каждой из этих «подозрительных» классификаций, выглядит следующим образом:

«...можно сказать, что распространение равенства полов является сегодня одной из основных целей государств – участников Совета Европы. Это означает, что для того, чтобы различие в обращении по признаку пола можно было счесть совместимым с Конвенцией, необходимо выдвинуть очень веские причины» (дело Абдулазиз, Кабалес и Балкандали)³.

А в деле Van Raalte ЕСПЧ даже изменил формулировку «очень веские причины» на «неопровергимые причины»⁴.

Общая модель одинакова для всех оснований дискриминации, но законная цель, равно как и понятие соразмерности, подвергается более жестким стандартам исследования во всех случаях, когда речь идет о «сомнительной» классификации.

В одном из недавних решений Европейский Суд по правам человека, однако, спутал это очевидно ясное различие между «сомнительными» и иными основаниями. В недавнем решении о предположительно дискриминационном характере практики назначения родительского пособия только женщинам (дело «Петрович против Австрии») Суд заявил:

¹ ECHR 23 July 1968, Series A, vol. 6.

² Можно смело предположить, что раса тоже попадает в эту категорию, хотя решения в этом отношении до сих пор не было вынесено. Лучшее представление до сих пор дает дело Jersild, ECHR 23 December 1994, Series A, vol. 298. Этого же мнения придерживается Schokkenbroek, указ. соч., с. 22. В отношении сомнительной классификации по признаку национальности необходимо проявлять осторожность: относительно политики допущения и выдворения иностранцев или предпочтения, отдаваемого гражданам стран ЕС в странах – членах ЕС, Суд не применяет жесткое исследование, а, напротив, склонен предоставлять широкую свободу усмотрения.

³ ECHR 28 мая 1985, Series A, vol. 94.

⁴ ECHR 21 February 1997, Van Raalte v. The Netherlands, 1997-I.

«Верно, что распространение равенства полов является сегодня основной целью в государствах – участниках Совета Европы. Это означает, что для того, чтобы различие в обращении по признаку пола можно было счесть совместимым с Конвенцией, необходимо выдвинуть очень веские причины (...)

Однако Договаривающиеся Государства пользуются определенной свободой усмотрения в оценке того, оправдывают ли различия в ситуациях, сходных во всех иных отношениях, различное обращение по закону и в какой степени. Объем этой свободы различен в зависимости от обстоятельств, предмета и его предпосылок; в этой связи одним из значимых факторов может быть наличие или отсутствие общего согласия между законами Договаривающихся Государств (...).

Очевидно, что во время описываемых событий, т.е. в конце 1980-х годов, в этой области не существовало общего стандарта, так как большинство Договаривающихся Государств не предусматривало выплаты родительского пособия отцам»¹.

По этим основаниям Суд постановил, что австрийское правительство не преступило рамок свободы усмотрения в контексте ст. 14. Удивительный аспект этого решения – применение широкой свободы усмотрения в отношении к «сомнительной» классификации. По моему мнению, Суд неверно применил принцип свободы усмотрения, которая внутренне присуща Договаривающимся Государствам в решении об установлении схемы родительских пособий. Однако после ее установления не должно применяться никакой дискриминации. Отсутствие общей политики в области родительских пособий и отпуска по уходу за ребенком не должно препятствовать Суду в полной оценке любых аспектов дискриминации. Суд, как представляется, забыл о существовании общеевропейской политики, определяющей классификации по признаку пола как внутренне «сомнительные». Решение по делу Петровича показывает, что в применении принципа сомнительных классификаций возможны исключения при определенных обстоятельствах. В контексте ст. 14 ЕКПЧ они также связаны с представлениями в самом Европейском суде относительно его роли как международного суда, который должен уважать соответствующую свободу усмотрения Договаривающихся Государств.

4. Исследование в закрытых моделях

Глубина исследования в закрытой модели не может определяться абстрактно. Она просто в большой степени зависит от формулировки конкретного антидискриминационного законодательства. Несколько примеров.

Статья 2 Директивы ЕС о равном обращении (1976) устанавливает обязанность равного обращения, допуская лишь несколько узко сформулированных исключений. Вот эти исключения: пол как определяющий фактор для некоторых занятий, защита женщины в связи с беременностью и материнством; аффирмативное действие².

¹ ECHR 27 March 1998, Petrovic v. Austria (156/1996/775/976).

² В то же время в Директиве применена «открытая» модель, что вызвано тем, что она также определяет косвенную дискриминацию как запрещенную форму дискрими-

Британский Акт о дискриминации по половому признаку 1975 г. и Акт о расовых отношениях 1976 г.: эти два акта были созданы по сходному образцу. Они начинаются с определения дискриминации по признаку пола/расы. Затем они описывают субъектов и сферы действия: работодатели, другие органы, образование, товары, удобства, услуги и помещения. Далее следует часть, посвященная «общим исключениям». Различные положения о субъектах и сферах действия также содержат конкретные исключения: например, оба акта содержат исключения для «реальных ограничений при трудоустройстве».

Американский Акт о гражданских правах, глава VII: в этой главе запрещается дискриминация по признаку расы, цвета кожи, религии, пола или национального происхождения. Согласно разделу 703(c) различия в обращении, о которых говорится в главе VII, не являются незаконными в «тех конкретных случаях, где религия, пол или национальное происхождение являются *bona fide* трудовой квалификацией, необходимой для нормально-го функционирования данного дела или предприятия».

Американский акт о возрастной дискриминации в трудоустройстве 1967 г. признает незаконной дискриминацию против лиц 40–70 лет на основании возраста в отношении найма, увольнения, классификации, членства в трудовых организациях и рекламы. Общее исключение – «если возраст является *bona fide* трудовой квалификацией, необходимой для нормального функционирования данного предприятия...».

Голландский акт о равном обращении (Algemene Wet Gelijke Behandeling) также следует принципу, что различия на основе конкретных упомянутых критериев незаконны, помимо исключений, явно сформулированных в одном из положений Акта.

Интересно отметить, что эти Акты допускают сходные исключения: *bona fide* или реальные трудовые ограничения. Различия выходят на поверхность, если приглядеться внимательнее: некоторые законы требуют разумной необходимости, некоторые – содержательного отношения. В этом смысле фразеология правового положения требует нашего внимания, поскольку она может определять сферу и объем судебного рассмотрения. В США Верховный суд первоначально, казалось, принял относительно широкую позицию относительно исключений в рамках трудовых ограничений¹. В более недавних делах суд, как представляется, занял более строгую позицию². [...]

6. Стандарты рассмотрения и косвенная дискриминация [...]

Мне представляется, что во многих формах законодательства косвенная дискриминация часто используется как «объективный» тест: значение имеет не столько намерение, сколько результат. Намерения могут выйти на по-

нации на основании пола. В этом отношении Европейский Суд Справедливости постепенно уточняет эту относительно открытую модель. См. ниже пар. 6.

¹ № Vieira, Constitutional Civil Rights (1990), 231, упоминает в качестве примера в этой связи Philips v. Martin Marietta Corp., 40 U. S. 542, 91 S. Ct 496, 27 L. Ed.2d 613 (1971).

² International Union, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America, UAW et al. v. Johnson Controls Inc., 499 U.S. 187 (1991).

верхность только тогда, когда возможно доказать, что определенная мера ставит в неравноправное положение женщин или представителей меньшинств, потому что только тогда субъект должен привести веские причины для проведения различия или требования трудовых навыков. [...]

Косвенная дискриминация имеет место, когда используется нейтральный критерий, который, по сути, в основном затрагивает лиц одного пола. Использование такого критерия оценивается в соответствии со следующим тестом¹:

– должно быть установлено, что нейтральный критерий затрагивает значительно больше женщин (мужчин), чем мужчин (женщин);

– такой критерий, однако, может быть объективно оправданным, если его цель состоит в достижении законной цели, а средства пригодны и необходимы для ее достижения (соразмерность);

– само различие не должно быть формой дискриминации по признаку пола [...]

ПОСТАНОВЛЕНИЯ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

СОВЕТ ЕВРОПЫ ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Дело «Исмаилова (Ismailova) против Российской Федерации»

Постановление от 29 ноября 2007 г.

[Извлечения]

ФАКТЫ

I. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

6. Заявительница родилась в 1972 году и проживает в г. Махачкале.

А. События, имевшие место до судебного разбирательства 2001 года по вопросу об определении места жительства детей заявительницы²

7. Заявительница вступила в брак в 1990 году. Заявительница и ее муж名义ально являлись мусульманами...

¹ См., напр., EC Court of Justice, 170/84, Bilka-Kaufhaus v. Weber von Hartz (1986) E.C.R. 1607.

² В английском тексте употреблен термин «custody», который в контексте семейных отношений переводится как «право опеки» или «родительские права». Однако в данном деле, как следует из Постановления, речь идет не о лишении родительских прав, а об «определении, с кем из родителей будет проживать несовершеннолетние дети после развода» (см. пункт 2 статьи 24 Семейного кодекса Российской Федерации). Таким образом, здесь и далее по тексту термин «custody» будут переводиться именно как определение места жительства детей заявительницы (*прим. переводчика*).

8. Двое их детей, мальчик и девочка, родились в 1993 и 1997 годах соответственно.

9. По-видимому, семья проживала в доме родителей мужа заявительницы в населенном пункте Новомузгри Сергокалинского района Республики Дагестан.

10. Будучи расстроенной различными сложностями во взаимоотношениях с мужем, который был моряком и часто отсутствовал дома, поскольку находился в плавании, в июне 1999 г. заявительница начала общаться с представителями организации «Свидетели Иеговы».

11. В июне 2000 г. растущая напряженность в отношениях между супругами в связи с религиозными интересами заявительницы привела к тому, что заявительница решила покинуть супружеский дом вместе с детьми. Заявительница и ее дети стали жить у родителей заявительницы. [...]

13. По-видимому, в период с июня 2000 г. по июль 2001 г. имели место весьма редкие контакты между мужем заявительницы и детьми. В связи с тем, что муж заявительницы систематически не предоставлял ей денежные средства для воспитания детей, в начале 2001 г. заявительница обратилась в суд, требуя взыскания алиментов. 26 апреля 2001 г. суд обязал мужа заявительницы выплачивать денежные средства на содержание детей.

14. 1 июля 2001 г. дети поехали навестить своих дедушку и бабушку по отцовской линии, и 26 августа 2001 г. родители отца отказались вернуть детей заявительнице. Заявительница утверждает, что с того времени она не имеет возможности регулярно встречаться со своими детьми.

В. Разбирательство дела в суде первой инстанции

15. 17 сентября 2001 г. отец детей обратился в Ленинский районный суд г. Махачкалы с заявлением о разводе.

16. Он также утверждал, что готов обеспечить детям лучшие условия для проживания и более спокойную психологическую обстановку, чем заявительница; что заявительница берет детей с собой на религиозные собрания для того, чтобы обратить их в веру Свидетелей Иеговы; что дети стали раздражительными и не хотят возвращаться к матери, и потребовал от суда установить, что оба ребенка будут проживать с ним.

17. В ответ заявительница согласилась с тем, что ее брак с отцом детей окончательно распался, но она оспорила требование мужа о передаче ему детей.

1. Заключение органа опеки и попечительства

18. В ходе предварительного слушания по делу Ленинский районный суд г. Махачкалы обратился к органу опеки и попечительства при администрации Ленинского района г. Махачкалы с просьбой представить заключение по вопросу места проживания детей. [...]

20. 4 декабря 2001 г. чиновник У. составил заключение о первоначальном обследовании жилищных условий [заявительницы]. В заключении описывалась квартира площадью 68,5 кв. метра, в которой проживали заявитель-

ница, ее родители и трое братьев. Далее в заключении указывалось следующее:

«...Дополнительная информация о семье [заявительницы]: [заявительница] посещает [собрания] организации “Свидетелей Иеговы”, члены организации иногда проводят встречи в ее доме, они изучают соответствующую литературу. Родители [заявительницы] критично относятся к ее религии.

Я полагаю, в интересах несовершеннолетних детей более целесообразно для них жить с их отцом [...] в населенном пункте Новомугри, Сергокалинского района». [...]

2. Заключение администрации Ленинского района г. Махачкалы

22. 11 декабря 2001 г. в ответ на запрос Ленинского районного суда г. Махачкалы администрация Ленинского района г. Махачкалы представила в указанный суд заключение, в котором она рекомендовала передать детей на воспитание их отцу.

23. Администрация Ленинского района г. Махачкалы отметила, что:

«[...] Проживая с детьми в г. Махачкале [...] [заявительница] не переставала регулярно посещать собрания организации “Свидетели Иеговы”. Она стала активным пропагандистом идей этой организации. Иногда ее единомышленники собираются в ее родительском доме и изучают соответствующую литературу. На собрания [заявительница] также водила и своих детей. Дети после посещения этих сборищ стали пугливыми, нервными, воспринимали окружающий мир и явления природы в той форме, в какой ее преподносит учение “Свидетелей Иеговы” (дети при дожде боялись Всемирного потопа, свекровь [заявительницы] называли “сatanой”, не посещали дни рождения сверстников и праздники, так как отмечать их по вере “Свидетелей Иеговы” не разрешалось). [...]

В настоящее время несовершеннолетние дети проживают у отца. [Мальчик] успешно обучается в [школе]...

...орган опеки и попечительства считает целесообразным проживание детей с отцом».

3. Судебное решение от 15 марта 2002 г.

24. 15 марта 2002 г. Ленинский районный суд г. Махачкалы вынес решение, которым расторг брак между заявительницей и ее мужем и установил, что дети будут проживать с отцом.

25. Решение от 15 марта 2002 г. было мотивировано следующим образом:

«...[Супруги] поженились 6 декабря 1990 г. ...

У них есть дети: Абдула, родился 30 мая 1993 г., и Аминат, родилась 15 января 1997 г.

В июне 2000 года, приехав в гости к своим родителям, [заявительница] вступила в организацию “Свидетели Иеговы”. В семье возникли конфликты, и с тех пор стороны не живут семейной жизнью. Семья распалась. Судом был дан срок на примирение, однако стороны не помирились и просят расторгнуть брак.

Следовательно, сохранить семью невозможно, и брак следует расторгнуть.

Из показаний [заявительницы], ее матери... усматривается, что члены организации “Свидетели Иеговы” несколько раз в неделю приходят в квартиру, где проживает [заявительница] с родителями, и проводят там свои мероприятия. Кроме того, [заявительница] ходит еженедельно на собрания “Свидетелей Иеговы”.

[Мать заявительницы] в ходе допроса в суде подтвердила, что сначала ее внуки очень пугались дождя и ветра и говорили о наступлении Все-мирного потопа и землетрясении. Именно тогда [мать заявительницы] узнала о том, что [заявительница] берет детей на собрания в sectu “Свидетели Иеговы”.

Из материалов дела, пояснений сторон усматривается, что в настоящее время [муж заявительницы] проживает в селе Новомугри в двухэтажном доме. Дом и хозяйство фактически принадлежат ему. Он работает несколько месяцев на море и столько же времени находится дома.

Дети проживали и в настоящее время проживают с ним и его родителями.

Согласно справке Новомугринской средней школы [сын заявительницы] учится на отлично.

[Заявительница] работает учительницей, и о ней хорошие отзывы.

Из акта обследования [ее] жилищных условий усматривается, что в квартире... состоящей из трех комнат, проживают она, ее родители и трое ее братьев.

Там же собираются члены организации “Свидетели Иеговы”, изучают соответствующую литературу....

Суд... считает, что с учетом того, что дети... более пяти лет проживали с отцом, им еще нет десяти лет, а также принимая во внимание их интересы, в соответствии со статьями 54–56 и 61–66 Семейного кодекса Российской Федерации целесообразно определить их место жительства с отцом...».

C. Рассмотрение дела судом кассационной инстанции

26. Заявительница и ее представитель подали кассационную жалобу на решение суда от 15 марта 2002 г. в Судебную коллегию по гражданским делам Верховного Суда Республики Дагестан.

27. В своей кассационной жалобе заявительница утверждала, что решение суда первой инстанции носило дискриминационный характер, поскольку было основано на причастности заявительницы к организации «Свидетели

Иеговы», что выводы суда первой инстанции были ошибочны, необоснованы и связаны с неверным толкованием фактов, что суд не учел всех обстоятельств, имеющих значение для дела в соответствии с пунктом 3 статьи 65 Семейного кодекса Российской Федерации (длительное отсутствие отца в связи с работой в море, доказанная педагогическая компетентность заявительницы как профессионального школьного учителя, предшествующая и настоящая история участия обоих родителей в воспитании их детей, предположительно аморальное поведение отца, связанное с супружеской изменой, и тому подобное), а также что суд первой инстанции действовал исходя из предположения, что организация «Свидетели Иеговы» представляет опасность.

28. Заявительница также привела цитаты из законодательства Российской Федерации по вопросу установления опеки над детьми и из Постановления Европейского Суда по делу «Хоффманн против Австрии» (Hoffmann v. Austria) от 23 июня 1993 г.

29. 17 апреля 2002 г. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Республики Дагестан в составе трех профессиональных судей, рассмотрев кассационную жалобу заявительницы, двумя голосами против одного отклонила ее как необоснованную. [...]

31. Судья, не согласившийся с большинством, представил следующее особое мнение:

«...Полагаю, решение суда первой инстанции подлежало отмене ввиду неисследованности обстоятельств, предусмотренных пунктом 3 статьи 65 Семейного кодекса Российской Федерации». [...]

33. Все соответствующие жалобы, поданные заявительницей, были отклонены как необоснованные. [...]

ПРАВО

II. ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ НАРУШЕНИЕ СТАТЬИ 8 КОНВЕНЦИИ, РАССМОТРЕННОЙ В СОВОКУПНОСТИ СО СТАТЬЕЙ 14 КОНВЕНЦИИ

44. Заявительнице не устраивали решения судов Российской Федерации, которыми местом жительства двух ее детей был определен дом отца детей. Она утверждала, что такое решение противоречило статье 8 Конвенции, рассмотренной в совокупности со статьей 14 Конвенции. [...]

A. Доводы сторон

1. Доводы властей Российской Федерации

45. В своих замечаниях о приемлемости жалобы власти Российской Федерации утверждали, что решение об определении места жительства детей с их отцом было законным, обоснованным и принятым в интересах детей, а также что детям с заявительницей было намного хуже не только из-за встреч с представителями организации «Свидетели Иеговы» и незнакомых людей в квар-

тире заявительницы, но и из-за плохого материального положения заявительницы. [...] В замечаниях по существу дела власти Российской Федерации также отметили, что религиозная принадлежность заявительницы не была решающим фактором или фактором, имеющим какое-либо значение при вынесении решения об определении места жительства детей и что в любом случае рассматриваемое решение было принято в лучших интересах детей. Власти утверждали, что заявительница не была лишена родительских прав и что она свободно могла участвовать в образовании и воспитании детей.

2. Доводы заявительницы

46. Заявительница утверждала, что ссылка властей Российской Федерации на события или факты, имевшие место после рассматриваемой процедуры, была некорректной, поскольку эти обстоятельства не имели отношения к сути дела. Заявительница полагала, что судебные решения об определении места жительства ее детей противоречили пункту 3 статьи 65 Семейного кодекса Российской Федерации и, следовательно, являлись незаконными. Она также утверждала, что судебные решения были необоснованными, недоказанными и явно дискриминационными.

В. Мнение Европейского Суда

2. Рассмотрение вопроса о том, находились ли заявительница и ее бывший муж в одинаковой или сравнимой по сути ситуации и относились ли к ним одинаково

49. Европейский Суд... напоминает, что статья 14 Конвенции применяется, только если заявитель продемонстрирует, что с ним или с ней обращались по-другому по сравнению с лицом в аналогичной ситуации применительно к материальному праву, гарантированному Конвенцией (см. Постановление Европейского Суда по делу «Фредин против Швеции (№ 1)» (Fredin v. Sweden (no. 1) от 18 февраля 1991 г., Series A, № 192, § 61).

50. Поэтому Европейский Суд должен сначала рассмотреть, может ли заявительница утверждать, что с ней обращались иным образом, чем с ее мужем, и что они находились в одинаковой ситуации.

51. Определяя местом жительства детей дом их отца, районный суд отметил условия, в которых заявительница и ее бывший муж соответственно воспитывали детей. Поступая таким образом, районный суд, с одной стороны, принял во внимание следующие факторы относительно бывшего мужа заявительницы:

«Из материалов дела, пояснений сторон усматривается, что в настоящее время [муж заявительницы] проживает в селе Новомугри в двухэтажном доме. Дом и хозяйство фактически принадлежат ему. Он работает несколько месяцев на море и столько же времени находится дома. ...

Дети проживали и в настоящее время проживают с ним и его родителями.

Согласно справке Новомугринской средней школы [сын заявительницы] учится на отлично».

52. С другой стороны, в отношении заявительницы районный суд отметил, что:

«Из показаний [заявительницы], ее матери... усматривается, что члены организации “Свидетели Иеговы” несколько раз в неделю приходят в квартиру, где проживает [заявительница] с родителями, и проводят там свои мероприятия. Кроме того, [заявительница] ходит еженедельно на собрания “Свидетелей Иеговы”.

[Мать заявительницы] в ходе допроса в суде подтвердила, что сначала ее внуки очень пугались дождя и ветра и говорили о наступлении Все-мирного потопа и землетрясении. Именно тогда [мать заявительницы] узнала о том, что [заявительница] берет детей на собрания в секту “Свидетели Иеговы” ...

[Заявительница] работает учительницей, и о ней хорошие отзывы.

Из акта обследования [ее] жилищных условий усматривается, что в квартире... состоящей из трех комнат, проживают она, ее родители и трое ее братьев....».

53. Районный суд пришел к следующему выводу:

«...орган опеки и попечительства считает целесообразным проживание [обоих детей] с отцом». ...

Суд также считает, что с учетом того, что дети... более пяти лет проживали с отцом, им еще нет десяти лет, а также принимая во внимание их интересы, в соответствии со статьями 54–56 и 61–66 Семейного кодекса Российской Федерации целесообразно определить их место жительства с отцом...».

54. Рассмотрев дело в кассационном порядке, Верховный Суд Республики Дагестан определил:

«Принимая решение об оставлении несовершеннолетних детей для проживания с отцом, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что это отвечает интересам детей. Решение суда основано на заключении органа опеки о попечительства и обстоятельствах дела, установленных в судебном заседании.

Так, судом установлено, что мать детей... являющаяся членом организации “Свидетели Иеговы”, брала детей на собрания секты, вовлекала их в общение с членами секты на дому. Тем самым она нарушила требования статьи 28 Конституции Российской Федерации, согласно которой каждому гарантируется свобода совести и свобода вероисповедания. Согласно части второй статьи 17 Конституции Российской Федерации основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения. [Судебная коллегия] находит несостоятельными доводы [заявительницы] о том, что суд лишает ее своим решением права на воспитание детей в связи с ее вероисповеданием и принадлежность к организации “Свидетели Иеговы”. Согласно части третьей статьи 17 Конституции Российской Федерации и пункту 1 статьи 65 Семейного кодекса Российской Федерации осуществление [заявительницей] своих конституционных прав, в том числе права исповедовать любую религию и родительских прав,

не должно нарушать права и свободы других лиц или противоречить интересам детей. Право родителя, проживающего отдельно от ребенка, на участие в его воспитании гарантировано статьей 66 Семейного кодекса Российской Федерации, определяющей порядок осуществления таким родителем своих родительских прав.

Судом также установлено, что материальное положение [мужа заявительницы], его жилищно-бытовые условия лучше условий [заявительницы]. [Муж заявительницы] имеет работу, проживает со своими родителями и имеет в собственности двухэтажный жилой дом, где имеются необходимые для проживания детей условия. Родители [мужа заявительницы] против совместного проживания с ними внуков не возражают. [Заявительница] работает преподавателем истории [в школе] в г. Махачкале. Она проживает в трехкомнатной квартире родителей, жилой площадью 48 кв. м, где кроме нее, отца и матери, проживают три ее брата: 1977, 1983 и 1985 годов рождения.

...Доводы [заявительницы] о том, что передача детей отцу негативно в будущем отразится на их эмоциональном состоянии, не подтверждены доказательствами. Доводы о наличии государственной регистрации религиозной организации "Свидетели Иеговы", о пользе, оказываемой этой организацией обществу, и другие, не могут быть приняты во внимание, поскольку не относятся к предмету судебного разбирательства по данному делу. Оснований к отмене состоявшегося по делу решения по доводам кассационной жалобы [заявительницы] не имеется».

55. Европейский Суд полагает, что в отличие от упомянутого выше Постановления Европейского Суда по делу «Пало-Мартинес против Франции» (*Palau-Martinez v. France*) (§§ 33–38), нельзя сказать, что суды Российской Федерации приняли решение в данном деле, руководствуясь исключительно или принципиально религиозной принадлежностью заявительницы. Фактически суды Российской Федерации ясно дали понять, что заявительница и ее муж находились в абсолютно разных ситуациях в том, что касалось существенных для дела факторов, таких как финансовое положение и условия проживания. Действительно, суды Российской Федерации рассмотрели доводы о степени воздействия и последствиях религиозных предпочтений заявительницы на воспитание ее детей, но ничто в мотивировке судов Российской Федерации не заставляет предположить, что дело могло бы быть решено иным образом, если бы не религиозные убеждения заявительницы (см. также для сравнения Постановление Европейского Суда по делу «Хоффманн против Австрии» (*Hoffmann v. Austria*), § 29, и Постановление Европейского Суда по делу «Фреттэ против Франции» (*Fretté v. France*), жалоба № 36515/97, *ECHR* 2002-I, § 32).

56. В любом случае Европейский Суд не полагает, что он должен разрешать этот вопрос, особенно поскольку доводы о воздействии религиозной принадлежности заявительницы на ее детей имеют отношение к определению того, была ли оправданной разница в обращении. Европейский Суд будет исходить из того, что заявительница и ее муж находились в аналогичной ситуации и что с ними обращались по-разному.

3. Рассмотрение вопроса о том, было ли расхождение в обращении оправданным

57. Разница в обращении считается дискриминационной в целях статьи 14 Конвенции, если она «не имеет объективного или разумного оправдания», т.е. если она не преследует «законную цель» или если отсутствует «обоснованное соотношение пропорциональности между использованными средствами и поставленной целью». Договоривающиеся Государства пользуются определенной свободой усмотрения при оценке того, в какой степени расхождения в ситуациях, в остальном схожих, оправдывают разницу в обращении (см. Постановление Европейского Суда по делу «Карлхайнц Шмидт против Германии» (Karlheinz Schmidt v. Germany) от 18 июля 1994 г., Series A, № 291-B, pp. 32–33, § 24, и приведенное выше Постановление Европейского Суда по делу «Кэмп и Бурими против Нидерландов» (Camp and Bourimi v. Netherlands), § 37).

58. Европейский Суд полагает, что в данном деле поставленная цель, а именно защита интересов детей, является законной.

59. Относительно того, имелось ли обоснованное соотношение пропорциональности между использованными средствами и поставленной целью, Европейский Суд отмечает, что, в отличие от упомянутого Постановления Европейского Суда по делу «Пало-Мартинес против Франции» (Palau-Martinez v. France) (§§ 42 и 43), в данном деле суды Российской Федерации сделали вывод о воздействии религиозной принадлежности заявительницы на воспитание ее детей на основании прямых конкретных доказательств, демонстрировавших влияние религии заявительницы на развитие ее двоих детей и их повседневную жизнь. [...]

62. Мотивировка судов Российской Федерации свидетельствует, что они сфокусировались исключительно на интересах детей. Суды ссылались не то обстоятельство, что мать детей являлась членом организации «Свидетели Иеговы», а на действия, которыми она исповедовала свою религию, к которой она приобщила и своих детей, не защитив их. По мнению судов Российской Федерации, это привело к социальным и психологическим последствиям для детей заявительницы. Суды полагали, что такая ситуации негативно скажется на развитии детей. Кроме того, это был только один из элементов в мотивировке судов, которая была в значительной степени основана на возрасте детей, на финансовом положении их родителей и на условиях проживания и иных условиях для жизни, которые им могли обеспечить родители. Ничто не заставляет предположить, что выводы судов Российской Федерации были бы произвольными или необоснованными.

63. При таких обстоятельствах Европейский Суд не может не прийти к выводу о том, что имелось обоснованное соотношение пропорциональности между использованными средствами и поставленной законной целью (см. приведенные выше Постановление Европейского Суда по делу «Хофманн против Австрии» (Hoffmann v. Austria), § 36, и Постановления Европейского Суда по делу «Пало-Мартинес против Франции» (Palau-Martinez v. France), §§ 42 – 43). Следовательно, Европейский Суд приходит к выво-

ду, что отсутствовало нарушение статьи 8 Конвенции в совокупности со статьей 14 Конвенции. [...]

На основании изложенного Суд:

2) постановил четырьмя голосами против трех, что отсутствовало нарушение статьи 8 Конвенции, рассмотренной в совокупности со статьей 14 Конвенции [...]

**СОВЕТ ЕВРОПЫ
ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА**

**Дело «Зарб Адами (Zarb Adami) против Мальты»
Жалоба № 17209/02**

*Постановление от 20 июня 2006 г.
[Извлечения]*

ФАКТЫ

I. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

7. Заявитель является гражданином Мальты и проживает в Аттарде, Мальта. [...]

1. Предыстория

9. Заявитель – фармацевт, проживающий на Мальте. С 1971 года он был включен в список кандидатов в присяжные заседатели и оставался в нем до 2005 года.

10. В период с 1971 по 1997 год заявитель трижды участвовал в качестве присяжного заседателя в рассмотрении уголовных дел. [...]

11. В 1997 году заявителя снова вызвали в Уголовный суд для участия в осуществлении правосудия в качестве присяжного заседателя. В этот раз он не явился в назначенную дату и 14 апреля 1997 года был оштрафован на 100 мальтийских лир...

2. Производство дела в Конституционном суде

12. Поскольку заявитель не уплатил штраф 11 июня 1997 года, Секретарь судов Мальты (Registrar of the Courts of Malta) подал заявление в Уголовный суд. В заявлении содержалась просьба вызвать заявителя в суд и/или перевести назначенный штраф в тюремный срок.

13. Заявитель на заседании Уголовного суда 26 июня 1997 года заявил, что назначенный штраф неконституционен и нарушает его основные права. В частности, он утверждал, что санкция являлась дискриминационной... поскольку возлагала на него бремя и обязанности, которые не распространялись на лиц, находящихся в аналогичном положении. [...]

14. ...29 сентября 1997 года Уголовный суд передал дело в Гражданский суд...

15. В Гражданском суде заявитель утверждал, что мальтийская система наказывает мужчин и оказывает предпочтение женщинам, так как ста-

тистические данные свидетельствуют, что в течение предыдущих пяти лет лишь 3,05% женщин приняли участие в осуществлении правосудия в качестве присяжных заседателей в сравнении с 96,95% мужчин. [...]

16. Гражданский суд 5 февраля 1999 года вынес постановление, отклонив жалобы заявителя. Суд постановил, что закон, провозгласив, что каждый гражданин Мальты, достигший возраста 21 года, может исполнять функции присяжного заседателя, не произвел никакого различия между гражданами. [...]

17. Гражданский суд также отметил, что заявитель не доказал, что он подвергся такому различному обращению, при котором бремя и обязанности, на него возложенные, были более значительны, нежели те, которые несли другие лица. В частности... заявитель не предоставил никаких доказательств, демонстрирующих, что различия между женщинами и мужчинами, привлеченными к участию в процессе в качестве присяжных заседателей, были связаны с намерением провести необоснованные различия между полами или были направлены на предоставление женщинам несправедливого преимущества перед мужчинами.

18. Заявитель обжаловал постановление от 5 февраля 1999 года в Конституционный суд. Он отметил, в частности, что существование дискриминации было со всей очевидностью продемонстрировано статистическими данными, которые он предоставил. Принимая во внимание этот фактический материал, необходимость доказывания дискриминационного намерения со стороны властей отсутствовала.

19. В своих замечаниях заявитель напомнил, что функция присяжного заседателя представляет собой бремя, поскольку соответствующее лицо должно покинуть его или ее работу для того, чтобы регулярно посещать судебные заседания; более того, она возлагает моральную обязанность судить о виновности или невиновности человека. Согласно Конституции Мальты и Конвенции бремя социальных обязанностей должно распределяться равномерно между всеми членами социума. Однако статистические данные демонстрируют, что в список кандидатов в присяжные заседателей были включены 0,74% женщин и 99,26% мужчин...

20. 2 ноября 2001 года Конституционный суд вынес постановление, отклонив жалобу заявителя и оставив постановление Гражданского суда в силе.

21. Конституционный суд повторил, что ни закон, ни административные нормы, устанавливающие правила составления списков кандидатов в присяжные заседатели, не были дискриминационными. В действительности статистика показала, что количество женщин в 1996 году составило 145 человек (практически вдвое больше, нежели в предыдущий год) и что в 1997 году доля женщин в списке присяжных увеличилась и составила 2 490 человек. [...]

22. Конституционный суд признал, впрочем, что число женщин, которые фактически приняли участие в осуществлении правосудия в качестве присяжных заседателей, было чрезвычайно малым: только пять человек в 1995, 1996 и 1997 годах. Это, очевидно, явилось результатом процедуры отбора присяжных, в ходе которой стороны оценивают причины за и против выбора конкретного лица в качестве присяжного заседателя. Такие результаты зависели от многих факторов, таких как удача, отводы, заявленные защи-

той, и освобождения от исполнения обязанностей присяжных заседателей, предоставляемые судами. Верно, что женщины освобождали от исполнения обязанностей присяжных заседателей по причинам социального, семейного и культурного порядка; однако это было абсолютно легитимно и законно, так как являлось следствием требований защиты, обвинителей или председательствующего судьи. [...]

ПРАВО

I. Предполагаемое нарушение статьи 14 Конвенции в сочетании с подпунктом «d» пункта 3 статьи 4

35. Заявитель утверждал, что подвергся дискриминации в связи с характером возложения на него обязанности исполнения функций присяжного заседателя. Он сослался на положения статьи 14 Конвенции в сочетании с положениями подпункта «d» пункта 3 статьи 4 Конвенции.

Соответствующие положения последней статьи гласят следующее:

- «1. Никто не должен содержаться в рабстве или подневольном состоянии.*
 - 2. Никто не должен привлекаться к принудительному или обязательному труду.*
 - 3. Для целей настоящей статьи термин “принудительный или обязательный труд” не включает в себя: ...*
- (d) всякую работу или службу, являющуюся частью обычных гражданских обязанностей.» [...]*

A. Применимость статьи 14 Конвенции, взятой в сочетании с подпунктом «d» пункта 3 статьи 4 Конвенции

1. Доводы сторон

(a) Правительство

37. Правительство утверждало, что статья 14 Конвенции в сочетании с положениями подпункта «d» пункта 3 статьи 4 Конвенции не применимы к фактическим обстоятельствам настоящего дела.

38. Оно утверждало, что исполнение функций присяжного заседателя безусловно являлось «обычной гражданской обязанностью»... Следовательно, исполнение функций присяжного заседателя не может считаться «принудительным или обязательным трудом»...

39. Правительство также отметило, что заявитель... жаловался только на процедуры, которые привели к составлению списка кандидатов в присяжные заседатели, но не на последующий процесс отбора лиц, которые фактически привлекались к исполнению функций присяжных заседателей. Однако включение лица в список не может считаться «принудительным трудом», поскольку само появление имени лица в таких списках не возлагало на него никаких функций. [...] Таким образом, факты, положенные заявителем в основу своей жалобы, не подпадают под действие положений статьи 4 Конвенции, и [следовательно] статья 14 Конвенции не применима.

(b) Заявитель

40. Заявитель отметил, что... исполнение обязанности присяжного заседателя является «обычной гражданской обязанностью». [...] Заявитель подчеркнул, что выступал в качестве присяжного заседателя не добровольно. Наоборот, эта обязанность возлагалась на него под угрозой применения штрафа, который мог быть заменен конкретным сроком лишения свободы. [...]

41. С точки зрения заявителя, исполнение обязанности присяжного заседателя подпадало под действие подпункта «d» пункта 3 статьи 4 Конвенции, и единственное логичное заключение состояло в том, что действие положений статьи 4 распространяется на фактические обстоятельства дела. Следовательно, статья 14 – положение, которое не требует нарушения иного материального положения Конвенции, но только связи с ним, – также применима.

2. Оценка Суда

42. ... [С]татья 14 Конвенции дополняет иные материальные положения Конвенции и Протоколов к ней. Положения статьи не обладают автономным значением, поскольку действуют только в связи с «пользованием правами и свободами», которые провозглашают иные положения [Конвенции]. Хотя применение статьи 14 не предполагает нарушение этих положений – и в этом заключается ее автономность – основания для ее применения отсутствуют, если фактические обстоятельства дела не подпадают под сферу действия одного или более положений Конвенции (среди прочих см. Постановление от 21 февраля 1997 года «Ван Раалте (Van Raalte) против Нидерландов», *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, р. 184, § 33, и постановление от 27 марта 1998 года «Петрович (Petrovic) против России», *Reports* 1998-II, р. 585, § 22).

43. Суд напоминает, что положения пункта 2 статьи 4 Конвенции, запрещающие «принудительный или обязательный труд», провозглашают одну и основных ценностей демократических обществ. Статья 4 – и это отличает ее от большинства положений Конвенции и Протоколов № 1 и 4, закрепляющих права и свободы – не предполагает исключений в отношении охраняемого ею права, а пункт 2 статьи 15 Конвенции гласит, что отступления от соблюдения обязательств государства в отношении указанного права невозможны даже в случае чрезвычайных обстоятельств, угрожающих жизни нации (Постановление от 26 июля 2005 года по делу «Силиадин (Siliadin) против Франции», № 73316/01, § 112). Впрочем, пункт 3 статьи 4 устанавливает, что термин «принудительный или обязательный труд» не включает в себя, *inter alia*, «всякую работу или службу, являющуюся частью обычных гражданских обязанностей».

44. В деле «*Карлхайнц Шмидт (Karlheinz Schmidt) против Германии*», в котором только мужчины были обязаны служить в пожарной бригаде или внести денежный взнос в счет несения такой службы (см. Постановление по данному делу от 18 июля 1994 года, Series A, № 291-B, р. 32, § 22), Суд установил, что статья 14 применима, отметив, что:

«...целью пункта 3 статьи 4 является не “ограничение” использования права, гарантированного пунктом 2 [этой статьи], но “определение границ” самого содержания этого права, поскольку он [пункт 3] об разует целое с пунктом 2 и указывает на то, что именно “не может в

себя включать термин "принудительный или обязательный труд"» ... Таким образом, пункт 3 выполняет вспомогательную функцию в интерпретации положений пункта 2. Четыре подпункта, содержащиеся в пункте 3, несмотря на их разнообразие, имеют своим источником основные идеи общего интереса, социальной солидарности и того, что является нормальным при обычном течении дел».

45. Суд также подчеркнул, что «критерии, которые служат определению границ понятия принудительного труда, включают концепцию того, что является нормальным при обычном течении дел. Работа или труд, которые сами по себе являются обычными, могут в действительности быть признаны ненормальными (не соответствующими норме), если выбор группы людей или отдельных лиц, обязанных их [работу или труд] выполнять, обусловливается дискриминационными факторами, что как раз и имело – как утверждал заявитель – место в настоящих обстоятельствах» (Постановление от 23 ноября 1983 года по делу «Ван Дер Мюсселе (Van Der Mussele) против Бельгии», Series A, № 70, р. 22, § 43).

46. В настоящем деле Суд не видит никаких причин отклоняться от принципов, сформулированных в двух постановлениях, процитированных выше. Следовательно, тот факт, что обстоятельства охватываются понятием нормальной гражданской обязанности в смысле пункта 3 [статьи 4], не препятствует применимости статьи 4 Конвенции, взятой в сочетании со статьей 14.

47. ...Суд считает, что обязательное исполнение функций присяжного заседателя, существующее на Мальте, представляет собой «нормальную гражданскую обязанность», предусмотренную подпунктом «d» пункта 3 статьи 4 Конвенции. [...]

48. Верно ...что заявитель в основном жаловался на процедуры, которые привели к составлению списка кандидатов в присяжные заседатели. Однако это не значит, что его жалоба не направлена против результата этих процедур, а именно того факта, что он неоднократно привлекался к исполнению гражданской обязанности участвовать в осуществлении правосудия в качестве присяжного заседателя.

49. Следовательно, фактические обстоятельства настоящего дела подпадают под сферу действия статьи 4 Конвенции, и, таким образом, статья 14 Конвенции применима.

В. Соблюдение требований статьи 14 Конвенции, взятой в сочетании с положениями подпункта «d» пункта 3 статьи 4

1. Доводы сторон

(a) Правительство

50. Правительство отметило, что... жалобы [заявителя], скорее всего... направлены против административных практик, связанных с отбором лица для исполнения обязанностей присяжного заседателя.

51. [...] Жалобы заявителя следует... понимать в том смысле, что в результате действия различных факторов для него как для мужчины шансы быть

привлеченным к исполнению обязанностей присяжного заседателя были гораздо выше, чем для женщины.

52. Правительство отметило, что изначально все женщины были освобождены от обязанности выступать в качестве присяжных заседателей. С тех пор законодательство изменилось, и женщины приобрели право обращаться с заявлением о включении их в списки кандидатов в присяжные заседатели. Сейчас и женщины, и мужчины в равной степени могут быть привлечены к исполнению обязанностей присяжных заседателей, либо освобождены от этой социальной обязанности. [...]

53. В том, что касается статистических данных, представленных заявителем, правительство заявило, что в период с 1996 по 1997 год количество присяжных-мужчин увеличилось менее чем на 74% (с 4 298 до 7 503), в то время как количество присяжных-женщин — на 1 596% (с 147 до 2 494). В любом случае следует учитывать, что большая часть присяжных заседателей отбиралась из той части населения, которая была активна в предпринимательстве и иных профессиях, требующих определенной квалификации. Такие люди в действительности с меньшей вероятностью могли иметь семью, либо другие причины, побуждающие их ходатайствовать об освобождении от исполнения обязанностей присяжного заседателя. [...]

55. Необходимо также напомнить, что в соответствии с положениями статьи 604(3) Уголовного кодекса [Мальты]... лицо, привлеченное к исполнению обязанностей присяжного, могло быть освобождено от ее исполнения, если оно должно осуществлять заботу о семье или страдает от физического или психического заболевания. Поскольку большее количество женщин, нежели мужчин, заботятся о семье, большее количество женщин было освобождено на этом основании. Однако это явилось результатом влияния социокультурных факторов, а не действия закона.

56. Правительство также подчеркнуло, что обвинение и защита обладают правом заявить отводы ряду присяжных. По причинам культурного порядка адвокаты защиты могли быть склонными заявлять отводы присяжным—женщинам, однако это было дискриминацией против женщин, но не в их пользу. [...]

(b) Заявитель

59. ...[Б]ремя исполнения обязанностей присяжного заседателя преимущественно несли мужчины, в то время как женщины были *de facto* освобождены от исполнения этой социальной обязанности. Заявитель сослался на данные статистики, которые он представил в ходе процесса в национальных судах. Он отметил, что в 1996 году 140 975 женщин и 135 527 мужчин были включены в списки избирателей; однако только 147 женщин (из которых только пять в результате исполнили обязанности присяжных) были включены в список кандидатов в присяжные заседатели, по сравнению с 4 298 мужчин (174 из которых в результате исполнили обязанности присяжных).

60. Причиной этого необоснованного различия был способ составления списков кандидатов в присяжные заседатели, и его невозможно объяснить причинами социального или культурного порядка или же отбором, который в начале процесса производят обвинение или защита. Краеугольным камнем

этой проблемы является даже не количество женщин, которые фактически исполняли обязанности присяжных заседателей, а мизерное количество женщин, включенных в списки кандидатов в присяжные избиратели.

61. [...] И мужчины, и женщины теоретически в равной степени несут обязанность участия в осуществлении правосудия в качестве присяжных заседателей и обладают равными правами быть освобожденными от этой обязанности. Однако подавляющее большинство в списке кандидатов в присяжные заседатели составляли мужчины, единственным объяснением чего является дискриминационная административная практика.

62. [...] [Д]искриминация, на которую жалуется заявитель, длилась по крайней мере 26 лет, включая год, когда заявитель инициировал разбирательство в национальных судах.

63. Что же касается выдвинутого правительством аргумента о том, что подавляющее число мужчин-присяжных было результатом того, что меньшее количество женщин занимало активную позицию в публичной и профессиональной жизни, заявитель отметил, что закон не требует от лица проявлять активность в указанных областях для того, чтобы соответствовать требованиям, необходимым для выполнения обязанностей присяжного заседателя. [...]

64. Заявитель утверждал, что различие в обращении, на которое он жалуется, не имеет объективного и разумного оправдания. Мужчины не обладают никакими специальными качествами, которые бы делали их более подходящими для осуществления обязанностей присяжных заседателей, нежели женщины. Цель суда присяжных заключается в том, чтобы гарантировать, что правосудие над обвиняемым вершил группа людей, представляющих общество. Коллегия присяжных, составленная преимущественно из мужчин, препятствует созданию сбалансированной системы уголовного правосудия в процессах, в которых женщины выступают подзащитными, потерпевшими или свидетелями. [...]

2. Оценка Суда

(a) Общие принципы

71. [Д]искриминация означает различное обращение с лицами, находящимися в одинаковых ситуациях без объективного и разумного оправдания (*Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, § 48, *ECHR* 2002-IV). [...]

72. [...] Наличие такого оправдания необходимо оценивать исходя из принципов, которые обычно превалируют в демократических обществах. Равенство в обращении при осуществлении права, предусмотренного Конвенцией, должно не только преследовать законную цель. Требования статьи 14 Конвенции также нарушаются, если со всей очевидностью установлено, что отсутствует «разумное отношение пропорциональности, соразмерности между используемыми средствами и достигаемой целью» (см., например, Постановление от 27 марта 1998 года по делу «Петрович (Petrovic) против Австрии», *Reports* 1998-II, p. 586, § 30, и Постановление от 8 июля 1986 года по делу «Литгов (Lithgow) и другие против Соединенного Королевства», Series A, № 102, pp. 66–67, § 177). [...]

(b) Существовало ли различие в обращении с лицами, находящимися в одинаковых ситуациях

75. Суд отмечает, что заявитель признал, что различие в обращении, на которое он жалуется, не связано с предписаниями национального законодательства. Мальтийское законодательство, действовавшее в соответствующее время, не проводило никаких различий между полами... (см. положения статьи 603 (1) Уголовного кодекса, пункт 30 выше). Напротив, дискриминация основывалась на том, что заявитель описал как глубоко укорененную практику, характеризуемую рядом факторов, таких как способ (*manner*) составления списков кандидатов в присяжные заседатели и критерии освобождения от исполнения обязанностей присяжных заседателей. В результате только ничтожный процент женщин привлекался к участию в осуществлении правосудия в качестве присяжных заседателей.

76. Суд в предыдущих делаах отмечал, что статистические данные сами по себе недостаточны для доказательства существования практики, которая могла бы быть классифицирована как дискриминационная (Постановление от 4 мая 2001 года по делу «Хью Джордан (Hugh Jordan) против Соединенного Королевства», № 24746/94, § 154). В то же время Суд считает, что различие в обращении, которое может потенциально нарушить положения Конвенции, может быть не только результатом законодательных мер (см., в отношении социальных обязанностей вышеупомянутое постановление по делу Карлхайнц Шмидт, pp. 32–33, §§ 24–29), но и положения дел *de facto*.

77. Суд отмечает, что статистические данные, представленные сторонами (см. пункты 53 и 59 выше), указывают на то, что в 1997 году... количество мужчин (7 503), включенных в список присяжных, в три раза превышало количество женщин (2 494). В предшествующие годы эта разница была еще более значительной, так как только 147 женщин были включены в список присяжных, в сравнении с 4 298 мужчинами. Суд также поражен тем фактом, что в 1996 году 5 женщин и 174 мужчины исполняли обязанности присяжных заседателей.

78. Суд считает, что эти данные демонстрируют, что гражданская обязанность выступать в качестве присяжного заседателя в подавляющем большинстве случаев осуществлялась мужчинами. Таким образом, имело место различие в обращении между двумя группами – мужчинами и женщинами – которые в отношении исполнения этой обязанности находились в одинаковой ситуации. [...]

(c) Существует ли объективное и разумное оправдание

80. Суд напоминает, что если предписания или меры общего характера оказывают непропорционально негативное воздействие на какую-либо социальную группу, возможность признания их дискриминационными не может быть исключена, даже если они специально на эту группу не направлены (см. Постановление от 28 мая 2002 года по делу «Макшней (McShane) против Соединенного Королевства», № 43290/98, § 135). Более того, должны быть представлены чрезвычайно веские основания для того, чтобы Суд признал различие в обращении, основанное исключительно на половой принадлежности, не противоречащим требованиям Конвенции (см. вышеупомянутое

Постановление по делу «Уиллис (Willis) против Соединенного Королевства», § 39, и Постановление от 24 июня 1993 года по делу «Шулер-Зграгген (Schuler-Zgraggen) против Швейцарии», Series A, № 263, р. 22, § 67).

81. В настоящем деле правительство утверждало, что различие в обращении обусловливалось рядом факторов. Во-первых, присяжных заседателей выбирали из той части населения, которая была активна в предпринимательстве и иных профессиях, требующих определенной квалификации. Далее... лицо, привлеченное к исполнению обязанностей присяжного, могло быть освобождено от ее исполнения, если оно осуществляет заботу о семье. Женщины в большей степени, чем мужчины, могли использовать это положение [закона]. Наконец, «по причинам культурной ориентации», адвокаты защиты, скорее всего, были склонны заявлять отводы женщинам-присяжным (см. пункты 53, 55 и 56 выше).

82. Суд не уверен, что факторы, на которые сослалось правительство, достаточны для объяснения существенной диспропорции в гендерном составе присяжных заседателей. Далее, он [Суд] отмечает, что второй и третий факторы относятся только к тем женщинам, которые были приглашены выполнить обязанности присяжных заседателей, и не объясняют малое число женщин, включенных в списки кандидатов в присяжные заседатели. В любом случае факторы, на которые сослалось правительство, всего лишь описывают механизмы, приведшие к различию в обращении, на которое жалуется заявитель. Но Суду не было предоставлено ни одного достойного аргумента, могущего надлежащим образом объяснить такое положение дел. В частности, не было продемонстрировано, что различие в обращении преследовало законную цель, и что средства, использованные для ее достижения, отвечали требованию разумной пропорциональности.

83. В свете сказанного выше Суд находит, что в этом деле имело место нарушение требований статьи 14 в сочетании с требованиями подпункта «d» пункта 3 статьи 4 Конвенции. [...]

ПО ЭТИМ ПРИЧИНАМ, СУД

1. *Постановляет* шестью голосами против одного, что положения статьи 14 Конвенции в сочетании с требованиями подпункта «d» пункта 3 статьи 4 Конвенции применимы к обстоятельствам настоящего дела;

2. *Постановляет* шестью голосами против одного, что имело место нарушение требований статьи 14 Конвенции в сочетании с требованиями подпункта «d» пункта 3 статьи 4 Конвенции; [...]