
КУРС

«ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ КСЕНОФОБИИ И ЭТНИЧЕСКОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ»



2012

Составители: О. Федорова, А. Никитина

СОДЕРЖАНИЕ

Доказывание дискриминации	5
Концепции прямой и косвенной дискриминации	22
Критерии отбора дел по этнической дискриминации	45
Российское законодательство о назначении и проведении судебной экспертизы	87
Стратегическое судопроизводство и отбор дел	69
Стратегическое судопроизводство на практике	123
Экспертиза текстов массовой информации — необходимое условие подлинного правосудия	139
Общие тенденции развития международно-правового противодействия дискриминации	148
Вопросник по отбору дел по расовой/этнической дискриминации	217

ДОКАЗЫВАНИЕ ДИСКРИМИНАЦИИ¹

Оливье Де Шуттер

профессор права юридического факультета Университетского колледжа Лондона

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 скрыть 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/ЕС², 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 ставит представителей какого-то меньшинства «в особенно невыгодное положение» по сравнению с другими ли-

¹ Данный текст, источником которого является отчет ERA, суммирует отчет, подготовленный Группой по миграционной политике.

² 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 и труда, *Official Journal of the European Communities*, # L 303 от 2 декабря 2000 г., С. 16.

цами, кроме случаев, когда данная норма, критерий или практика объективно оправданы легитимной целью, и способ достижения этой цели является подходящим и необходимым³. 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 доказывания на ответчика по делу, который должен доказать, что принцип равноправия не был нарушен⁴.

Разработанные под влиянием законов о гендерном равноправии⁵, 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 вопросов⁶. В этом контексте имеется 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 применению⁷. Второй вопрос связан с использованием ситуационных тестов для доказывания существования запрещенной дискриминации.

³ Статья 2 (2, b) Директивы 2000/43/ЕС; статья 2 (2, b) Директивы 2000/78/ЕС.

⁴ Статья 8 Директивы 2000/43/ЕС; статья 10 Директивы 2000/78/ЕС.

⁵ Примеры важнейших решений суда по этой теме, см. С.Ж.Е.С., 31 марта 1981 г., *Дженкинс*, 96/80, Сборник дел, стр. 911; и С.Ж.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 делах, связанных с гендерным равенством в оплате и обращении, см. *О.Ж.Е.С. # L 14* от 10 января 1998 г., С. 6, где, однако, в соответствии с вышеупомянутым прецедентом *Билка-Кауфхаус*, содержится другое определение косвенной дискриминации.

⁶ Эти вопросы более подробно рассматриваются в *О. де 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, P.I.E. Peter Lang, 2001.

⁷ 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).

1. Доказывание с использованием статистики

1.1. Добавочная ценность доказывания с использованием статистики

Существует 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 вышеупомянутой 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, воздействуют на *значительно больший процент представителей одного пола*, кроме случаев, когда данное 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 равно 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»⁸.

Второй подход базируется на мысли, что некоторые меры, хотя они внешне не основываются на запрещенном различительном

⁸ С.Д.Е.С., 27 октября 1993 г., Эндерби [Enderby], С-127/92, Сборник дел, С. I-5535 (параграф 17).

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 ресурсов⁹, 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 — позволяет 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 (то есть 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

⁹ 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» (С.Ј.Е.С., 12 февраля 1974 г., *Sotgiu*, 152/73, Сборник дел, стр. 153 (параграф 11)).

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 A'/B' 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), то есть $A/B < A'/B'$, 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 этого метода доказывания дискриминации, или, с юридической точки зрения, этот метод дает возможность пострадавшему перенести бремя доказывания, то есть 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 данных¹⁰. 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

¹⁰ 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 (О.Ж.Е.С. # 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. (Е.Т.С. #108).

критерий имеют несоизмеримое 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, критериев 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 этого 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 позволено 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 ответчика¹¹. «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»¹².

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 дел¹³. 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 несовершенство он должен ответить»¹⁴. Однако широ-

¹¹ 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 Филипп против Великобритании [Phillips v. United Kingdom] от 5 июля 2001 г., параграф 40).

¹² Там же, параграф 40. Суд ссылается на собственные прецеденты; Европейский суд по правам человека, решение по делу Салабиакю против Франции [Salabiaku v. France] от 7 октября 1988 г., серия А № 141-А, параграф 28.

¹³ См. Статьи 8(3) и 10(3) Директив соответственно.

¹⁴ Европейский суд по правам человека, решение по делу Коккинакис против Греции [Kokkinakis v. Greece] от 5 мая 1993 г., серия А № 260-А, параграф 51;

кое 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, то есть тех, которые не содержали морального элемента, относящегося к состоянию сознания субъекта на момент совершения преступления. При такой интерпретации субъект должен был бы совершить преступное деяние 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

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.

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 доказать факт совершения преступления¹⁵. 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 компании в данном регионе или распределения муниципального жилья различным этническим категориям.

¹⁵ Европейский суд по правам человека, решение по делу Телфнер против Австрии [Telfner v. Austria] от 20 марта 2001 г., параграфы 15–16.

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», то есть не провозглашается 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 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 безукоризненной, если мы хотим доказать дискриминацию при использовании этого метода, необходимо проверить сопоставимость на основании по возможности са-

мого 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.

а. 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.¹⁶ Однако самые последние прецеденты 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 осуществили агенты, нарушает справедли-

¹⁶ Европейский суд по правам человека, решение по делу *Луди против Швейцарии* [*Lüdi v. Switzerland*] от 15 июня 1992 г., параграфы 36 и 40.

вость судебного разбирательства¹⁷. 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 преступления¹⁸. 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.

б. Беспристрастность доказательств

Запрет на провокации, который был выражен в прецедентах Европейского Суда по правам человека, является только отдельным отражением более широкого принципа непристрастности методов, используемых для доказывания преступления. Это требование породило прецеденты во Французском кассационном суде, которые имеют отношение к вопросу ситуационных тестов. В одном из недавних решений¹⁹ Суд принял постановление от 11 июня 2002 г. в отношении апелляции, поданной организаци-

¹⁷ См. Европейская комиссия по правам человека, отчет (статья 31) от 11 октября 1990 г. по делу Радермахер и Пферрер против Германии [*Radermacher and Pferrer 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.

¹⁸ 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 непристрастное судебное разбирательство, если преступление не было спровоцировано агентами).

¹⁹ 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 соучастии на основании заявления от четырех североафриканских молодых людей и журналиста, а также заявления судебного пристава, который их сопровождал, когда молодых людей не пустили в ночной клуб).

ей 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 Togo 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 магистратов, 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 Монпельерского апелляционного суда, в отсутствие 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 увольнения²⁰ или начала бракоразводного процесса по причине неверности одного из супругов²¹. Все, кто пытались провести общий анализ дел, в которых частные детективы или судебные приставы прибегали к хитростям и уловкам или принимали участие в таких улов-

²⁰ Mons, Lab., 16 марта 1995 г., неопубл. материалы, Justel № 12433.

²¹ Брюссель, Civ. (Ch.31), 28 июня 1988 г., неопубл. материалы, № 331.G.R. 25264.

ках, 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 судей²². 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.

²² См. Ч. Де Валкенеер. Уловки в представлении уголовных доказательств [Ch. De Valkeneer, Trickery in the Delivery of Penal Evidence] Брюссель, Larquier, 2000, с. 281–284.

КОНЦЕПЦИИ ПРЯМОЙ И КОСВЕННОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ²³

Мишель Мин,

частный адъюнкт-профессор права в Университете Gergy-Pontoise.

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 права²⁴. 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 растрчивались навыки, необходимые компаниям и обществу. Каждый человек должен иметь возможность

²³ Адаптированный текст доклада на конференции «Борьба против дискриминации. Новые директивы на 2000 год относительно равенства», 31 марта – 1 апреля, Трир.

²⁴ С. Стронхолм, Европа и право, PUF, Париж, 2002. [S. Stronholm, Europe and the Law].

участвовать в общей работе всего общества, как в своих собственных интересах, так и для обеспечения единства общества²⁵.

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 унижительным 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.

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 законом²⁶. Дискриминация происходит, когда унижительное 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.

²⁵ Амстердамский договор, статьи 2, 3 к и 2, 13, 136.

²⁶ 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.

В раннем праве ЕС упоминались условия прямой и косвенной дискриминации, но не приводилось определений²⁷.

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 трудоустройства. Это право на равенство при трудоустройстве, 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 определение²⁸. 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 дискриминации²⁹ и Директиве о создании общих рамок для равного обращения³⁰, а также в Директиве 2002 года о внесении поправок в Директиву о равенстве в вопросах трудоустройства³¹. В этих директивах определяются концепции прямой и косвенной дискриминации.

²⁷ 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/ЕЭС от 9 февраля 1976 г. о реализации принципа равенства мужчин и женщин в вопросах трудоустройства, профессионального образования, продвижения по службе и условий труда.

²⁸ В статье 13 Амстердамского договора имеется ссылка на «все виды дискриминации», основанной на различных критериях.

²⁹ 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).

³⁰ 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).

³¹ Директива Совета № 2002/73/ЕС от 23 сентября 2002 г., изменяющая Директиву № 76/207/ЕЭС о реализации принципа равенства мужчин и женщин в вопросах трудоустройства, профессионального обучения, продвижения по службе и условий труда, статья 2: Понятие 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 равенства³². В законодательстве о трудоустройстве применяется 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 основополагающих элементов при-

³² МакКруdden С. Новая концепция равенства [С. MacCrudden, The New Concept of Equality].

нципа верховенства права³³. 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, применяемого 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 отпуском³⁴.

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 ситуациям³⁵. Использование такого подхода к дискриминации в законо-

³³ Всеобщая декларация прав человека (ООН, 1948); Декларация прав человека (Франция, 1789) и др.

³⁴ Решение ЕСJ 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.

³⁵ Решение ЕСJ от 17 июня 1998 г., Кэтлин Хилл [Kathleen Hill], дело C-243/95, Сборник дел, 1998, с. I-3739.

дательстве 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).

б. Ни на уровне Сообщества, ни на международном уровне³⁶ 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 личности³⁷ или действиям³⁸.

Законодательство ЕС не ссылается на все эти критерии, закрепленные в международном праве. Список, содержащийся в законодательстве ЕС, более ограниченный, чем списки, приводимые в других источниках³⁹. Однако в законодательстве ЕС предусматри-

³⁶ На международном уровне недопущение дискриминации в сфере занятости и профессиональной деятельности является одним из «четырёх 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).

³⁷ Дискриминация по признаку пола, национальной или расовой принадлежности, этнического происхождения, физических недостатков или возраста.

³⁸ Дискриминация по признаку религиозных убеждений, вероисповедания или сексуальной ориентации.

³⁹ 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).

ваются различные виды дискриминации по отношению к женщинам, по признаку их половой принадлежности и, в частности, по признаку их происхождения⁴⁰. 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 (предвзятому) отношению⁴¹.

в. Понятия дискриминации имеют очень широкую сферу действия, они применяются к различным видам обращения, запрещенного для всех аспектов профессиональной деятельности, таких как:

1) доступ к занятости, сфера, имеющая стратегическое значение, в которой часто наблюдается дискриминация, нередко в особо тяжелых 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.

Харассмент также является формой дискриминации⁴². Харассмент 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 по-

⁴⁰ 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 Codefefe, Com. DG V, Заключительный доклад, январь 2001, Iséres.

⁴¹ Статья 2.4 вышеупомянутых директив.

⁴² Статья 2.3.

ведение, приводящее к таким же результатам, даже если намерения были другими. Такой харассмент 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 договора⁴³;

2. Правовые нормы, разработанные государственными институтами (законодательные, нормативные и административные положения⁴⁴).

3. Концепция, принятая в соответствии с действующим законодательством: прямая дискриминация

В концепции прямой дискриминации дискриминация рассматривается с точки зрения производимых результатов (А) и в более широком смысле в отношении определенных лиц (В). В конкретных случаях дифференцированное обращение может быть основано на критерии (С).

3.1. Принцип

а. Цель

При прямой дискриминации какой-либо критерий используется как основание для дифференцированного отношения. Дискри-

⁴³ Решение ЕСЖ от 30 апреля 1998 г. CNAVTS против г-жи Тиболт, дело С-136/95, см. прим. выше.

⁴⁴ Решение ЕСЖ от 9 февраля 1999 г. Регина против Госсекретаря по вопросам занятости [Regina v. Secretary of State for Employment], дело С-167/97.

минация 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 дискриминации⁴⁵. В гражданских и административных делах установление умышленного характера дискриминации уже необязательно⁴⁶. Достаточно доказать неблагоприятное отношение как категорию, т. е. по отношению к запрещенному критерию⁴⁷, 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 критерий⁴⁸.

б Метод

Подход к дискриминации в значении производимых результатов связан со сравнением.

При сравнении следует:

1. Провести анализ ситуаций.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ В уголовном праве, где ответчик должен считаться невиновным, пока его вина не будет доказана, прецеденты менее строги в отношении доказательства намерения совершить 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).

⁴⁷ Английское выражение "on grounds of" [на основании] представляется более подходящим, чем французское выражение "pour des raisons de".

⁴⁸ «Критерий одной отличительной характеристики», так называемый тест «за исключением»: Решение ЕСЖ 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.

Это не значит, что сравнения должны ограничиваться идентичными ситуациями, которые случаются редко. Вместо этого следует изучать ситуации, 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 аспектов⁴⁹ 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 ситуациям⁵⁰. 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 труда⁵¹. Рассматривая положение лиц, которые, возможно, подвергаются неблагоприятному обращению, полезно рассмотреть вопрос о том, какое обращение получают другие лица, к которым не применяется тот же критерий⁵². Такое гипотетическое сравнение

⁴⁹ Решение ЕСЖ от 31 мая 1995 г., дело С-400/93 (установлено, что ситуация сравнима); решение ЕСЖ от 11 мая 1999 года, дело С-309/97 (установлено, что ситуация не сравнима). В соответствии с этими судебными решениями, необходимо учитывать характер работы и обязанности работника, а также профессиональное обучение.

⁵⁰ Решение ЕСЖ от 27 марта 1980 г., дело С-129/79, Компания MacArthy's Ltd против Уэнди Смита [MacArthy's Ltd v. Wendy Smith].

⁵¹ М.-Т. Ланкетин, «Гендерное равенство: Директива 2002/73 ЕС от 23 сентября 2002 г.» [М.-Т. Lanquetin, "Gender Equality: Directive 2002/73 EC of 23 Sept. 2002"], *Droit Social*, Париж, 2003, с. 315.

⁵² 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

уже проводилось для изучения ситуации с женскими декретными отпусками⁵³. При таком подходе лицо, ответственное за рассматриваемое обращение, должно объяснить объективные причины ситуации, воспринимаемой как неблагоприятная.

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 должности⁵⁴. 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 непропорционально 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 оправданной⁵⁵. Поэтому существуют только исключительные, точно определенные 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» [М.-Т. Chicha, "Equal Salaries: Implementation and Issues"], ed. Yvon Blais, Квебек, 1997, к Закону от 21 ноября 1996 г. о должностях, преимущественно занимаемых женщинами.

⁵³ Решение ЕСЖ от 4 октября 2001 г., Tele Danmark, дело C-109/00.

⁵⁴ Статья 5 Директивы, определяющей общий порядок равного обращения. А. Хендрикс, «Обоснованное соглашение» [A. Hendriks, "Reasonable Accommodation"], доклад, 1 апреля 2003 г., ERA (Трип).

⁵⁵ Решение ЕСЖ от 8 ноября 1990 года, Деккер [Dekker], дело C-177/88.

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 должности⁵⁶.

Это исключение из правила, связанное с рассмотрением вопроса о том, что дифференцированное обращение не является 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.

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 дела⁵⁷.

b. Должности религиозного характера

В профессиональной деятельности церкви и организаций, созданных по признаку религиозных убеждений или вероиспове-

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Например, женщинам может быть запрещено занимать должности, связанные с возникновением насильственных ситуаций, решение ЕСЖ 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.

дания, критерий религии или вероисповедания может служить основой для дифференцированного отношения, если такой критерий считается «истинным, законным и оправданным требованием к должности»⁵⁸. 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

а. Основные положения концепции

Концепция косвенной дискриминации⁵⁹ 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.

В соответствии с директивами, косвенная дискриминация происходит при следующих условиях:

⁵⁸ Статья 4.2 Директивы, определяющей общий порядок равного обращения.

⁵⁹ 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.

1) существует 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 неблагоприятным⁶⁰ для лиц, отвечающих одному или нескольким критериям, или

4) (продолжение) может быть особенно неблагоприятным для лиц одного пола по отношению к лицам другого пола⁶¹,

5) если только такое положение, критерий или практике не оправдывается 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 произошло⁶² или может произойти⁶³.

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 результатов⁶⁴, 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 дискриминацион-

⁶⁰ Директивы 2000/43 и 2000/78, см. прим. выше.

⁶¹ Директива 2000/73, см. прим. выше.

⁶² Эта концепция впервые была сформулирована в положениях решения ЕСJ от 31 марта 1981 г., Дженкинс [Jenkins], дело 96/80, и в решении ЕСJ от 13 мая 1986 г., Билка [Wilka], дело 170-84, в отношении равных возможностей на работе.

⁶³ Решение ЕСJ от 23 мая 1996 года, Джон О'Флинн [John O'Flynn], дело С-237/94, в отношении свободного передвижения работников.

⁶⁴ Директива 97/80 от 15 декабря 1997 г., подтверждающая прецеденты в законодательстве ЕС относительно сексуальной дискриминации при трудоустройстве и работе.

ные 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).

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 лиц⁶⁵, 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 стереотипов⁶⁶. Эта концепция обеспечивает твердую поддержку при изучении решений работодателей⁶⁷, традиционных норм, принятых социальными партнерами⁶⁸, национального законодательства⁶⁹, а также государственной и частной политики, на предмет равного отношения (обращения).

⁶⁵ Директива 95/46/СЕ 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.

⁶⁶ Решение ЕСJ 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».

⁶⁷ Решение ЕСJ от 17 октября 1989 г., Х. К. против Дэнфосс [H. K. v. Danfoss], дело 109/88.

⁶⁸ Решение ЕСJ от 30 апреля 1998 г., CNAVTS, см. прим. выше.

⁶⁹ Решение ЕСJ от 9 февраля 1999 г., Регина, см. прим. выше.

Процесс оценки⁷⁰ 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 дискриминацию⁷¹. Косвенная дискриминация вскрывается при изучении последствий применения правила или практики. Косвенная дискриминация является фактической дискриминацией.

Подход, 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 действия⁷² 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 лиц⁷³.

⁷⁰ О. де Шуттер, Бремя доказывания [O. De Schutter, The Burden of Proof].

⁷¹ Родир П. Общественное право Европейского Союза [P. Rodiere, European Union Social Law], L.G.D.J., Париж, 2002.

⁷² В законодательстве ЕС: Рекомендация 84/635/ЕЭС 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. О. де Шуттер, «Позитивные действия как ресурс» [O. De Schutter, "Positive Action as a Resource"], доклад, 1 апреля 2003 г., ERA (Трип).

⁷³ 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.

4.2. Эффективная концепция борьбы с дискриминацией, укоренившейся в системе

а. 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 работу⁷⁴.

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.

⁷⁴ Поскольку речь идет о расовой дискриминации, результат можно назвать как этнический уклон при приеме на работу.

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?⁷⁵ Такая оценка профессиональной компетенции сотрудника со стороны работодателя лежит в основе полномочий руководства. Полномочия по проведению такой 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 полномочий⁷⁶.

⁷⁵ 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).

⁷⁶ 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).

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 концепция косвенной дискриминации поддерживает «справедливую и равную оценку компетенции»⁷⁷.

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 дискриминации⁷⁸.

а. 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 ЕС⁷⁹, чтобы оно было прием-

⁷⁷ FORUM/CPDR/CEE/CREDOF, см. прим. выше.

⁷⁸ Моро М.-А. Причины, которые могут оправдать дискриминацию [М.-А. Moreau, "Reasons which can justify discrimination"], Европейский конгресс, Стокгольм, 3—6 сентября 2002 г., www.labourlaw2002.org, Droit Social, Париж, декабрь 2002, с. 1112.

⁷⁹ Решение ЕСЖ от 13 мая 1986 г., Билка [Bilka], см. прим. выше, и в частности пункты 30 и 36.

лемым и, таким образом, эффективно опровергало обвинение в косвенной дискриминации.

б. 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.

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 предприняты 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 женщин⁸⁰;

2. возможность работать в любое время, что ставит женщин в невыгодное положение, должна соответствовать обязанностям, характерным для конкретной должности⁸¹;

3. политика, не являющаяся прозрачной, заслуживает того, чтобы ее считали дискриминационной⁸²;

4. ссылка на коллективные переговоры с сотрудниками не может использоваться для оправдания неравного обращения⁸³; положения коллективного договора не должны нарушать нормы ЕС в отношении равного обращения⁸⁴;

5. не разрешается ограничивать участие в работе компании сотрудников, работающих неполный рабочий день⁸⁵, недопустимы также аргументы о том, что необходимо поддерживать мотивацию сотрудников, работающих полный рабочий день, за счет наказаний сотрудников, работающих по совместительству или неполный рабочий день⁸⁶;

6. не разрешается использовать бюджетные соображения для оправдания дифференцированного обращения⁸⁷.

Суды оценивают оправдания, при этом они постоянно должны помнить о необходимости обеспечивать соблюдение принци-

⁸⁰ Решение ЕСJ от 1 июля 1986 года, Раммлер [Rummler], дело C-237/85.

⁸¹ Решение ЕСJ от 17 октября 1989 г., Данфосс [Danfoss], см. прим. выше.

⁸² Там же.

⁸³ Решение ЕСJ от 27 октября 1993 г., Эндерби [Enderby], см. прим. выше.

⁸⁴ Решение ЕСJ от 7 февраля 1991 г., Нимз [Nimz], дело C-184/89, и в частности пункт 20.

⁸⁵ Решение ЕСJ от 19 июля 1989 г., Риннер-Куне [Rinner-Kuhne], Сборник дел I-5535.

⁸⁶ Решение ЕСJ Хилл [Hill], см. прим. выше.

⁸⁷ Решение ЕСJ от 20 марта 2003 г., дело C-187/00, Хельга Кутц-Бауэр [mme Helga Kutz-Bauer], и в частности пункт 60.

па 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 справедливости⁸⁸.

в. Оправдания, предусмотренные законом

В законодательстве ЕС предусматривается, что дифференцированное обращение по признаку возраста⁸⁹ не является дискриминацией, если оно обоснованно и объективно оправдывается кадровой политикой компании и особенностями профессионального обучения, при этом в качестве инструкции приводится список возможных оправданий⁹⁰. 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.

⁸⁸ Болтански Л., Теве Л. Об оправдании [L. Boltanski and L. Thévenot, On Justification]. Gallimard, Париж, 1991.

⁸⁹ 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 (Трип).

⁹⁰ 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. Судьи в государствах-участниках разработают свои собственные аргументы на основе интерпретации решений судов ЕС и целей законодательства ЕС о равном обращении и необходимости обеспечивать социальную сплоченность⁹¹. Фундаментальная природа этого эволюционного процесса, вероятно, отражает культурные измерения законов, направленных на борьбу с дискриминацией.

⁹¹ 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., Deutsche Post AG, дело C-270/97.

КРИТЕРИИ ОТБОРА ДЕЛ ПО ЭТНИЧЕСКОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ

1 стадия

Выявление дел с дискриминационной составляющей

При отборе дел, по которым оказывается правовая помощь в виде представительства в судах, необходимо учитывать, что сама по себе помощь пострадавшим от дискриминационного обращения лицам является важным, но отнюдь не единственным аспектом работы. Совершенно очевидно, что в рамках проекта невозможно помочь все жертвам дискриминации по этническому признаку, такой задачи и не ставится.

Основные цели — способствовать изменению в благоприятную сторону судебной практики путем проведения наиболее характерных дел и на основании полученного опыта выработать рекомендации, которые могли бы помочь как всем, кто ведет дела подобной категории, так и самим правоприменителям и, возможно, законодателю при внесении изменений в правовую систему.

На данном этапе, конечно, невозможно предсказать, сколь велико будет число обратившихся за помощью (возможно, что на начальном этапе оно будет весьма невелико), и какой процент из этих дел будет соответствовать критериям отбора. Вполне вероятно, что по мере роста числа обращающихся критерии отбора дел придется значительно ужесточать, но основные принципы можно сформулировать:

В деле должна в достаточно ясной форме прослеживаться дискриминационная составляющая. Если речь идет лишь о нарушении права, но никаких оснований предполагать дискриминационные мотивы нарушения не имеется, даже очень грубые нарушения закона не могут быть основанием для принятия дела. При этом исходить из презумпции того, что любое нарушение права лица не «титულიной» национальности является дискриминацией, на мой взгляд, недопустимо.

Некоторый опыт проекта по мониторингу этнической дискриминации в Краснодарском крае показывает, что даже корреспонденты мониторинговой сети, обладающие большим опытом в работе по защите прав человека, в том числе в сфере противодействия этнической дискриминации затрудняются на практике выявлять такие случаи, квалифицированно отделять их от иных нарушений прав граждан и аргументированно обосновывать отнесение того или иного случая к проявлениям этнической дискриминации.

Исходя из определения дискриминации, содержащегося в международных документах, в частности, в Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации, при отборе дел на самом первом этапе можно рекомендовать ставить перед собой следующие основные вопросы:

1. Имело ли место нарушение прав, свобод и законных интересов человека и гражданина в рассматриваемом случае?

2. Имеются ли основания предполагать, что подобное нарушение имело место вследствие национальной принадлежности заявителя?

3. Имеются ли основания для вывода о том, что в случае, если бы заявитель принадлежал к другой этнической группе, в этой же ситуации обращение с ним было бы иным (более благоприятным)?

4. Какие можно привести примеры лиц, представителей других национальностей, находящихся в аналогичной ситуации, но не подвергающихся подобному дискриминационному обращению?

Если ответ на первый и хотя бы один из трех последующих вопросов является положительным, можно с некоторой долей обоснованности предполагать, что в данном случае речь идет об этнической дискриминации и данное дело заслуживает дальнейшего изучения в рамках проекта.

При отборе дел необходимо учитывать, что в некоторых случаях действие (или бездействие) нарушающее прав представителей национальных меньшинств может не быть вызвано этническими мотивами, однако является следствие имевшего место в прошлом дискриминационного обращения. Например, дискриминационный по своему характеру отказ в признании и документальном подтверждении российского гражданства вызывает затем массовые нарушения иных прав (на образование, на социальное обеспечение, на труд и т. п.). Даже если конкретный факт нарушения не связан напрямую с национальностью гражданина, а вызван отсутствием подтверждающего его гражданство документа, он все равно попадает в сферу нашего внимания, поскольку первопричиной было именно дискриминационное обращение.

Вероятно, следует рекомендовать региональным юристам в своих сообщениях в каждом конкретном случае указывать, почему они относят то или иное явление к проявлениям этнической дискриминации. Таким доказательствами (на этом этапе еще не в строгом процессуальном смысле) могут быть, например, заявления должностных лиц о причинах их действий, затрагивающих права и свободы граждан; статистические данные, свидетельствующие о разном подходе в одинаковой ситуации к лицам разной национальности; конкретные примеры, свидетельствующие о том же. При проведении каких-либо массовых акций, например проверок, необходимо выяснить, какой круг лиц должны охватывать подобные мероприятия в силу их официальной, декларируемой направленности и нормативных указаний о порядке их проведения и какой круг лиц оказывается реально охваченным. Диспропорциональное представительство лиц определенной национальности в каких-либо структурах и секторах также может являться косвенным свидетельством этнической дискриминации, если имеются данные, позволяющие судить, что такая диспропорция является следствием затрудненного доступа в эти структуры для представителей данной национальности. Еще одно возможное доказательство этнической дискриминации — если подход к конкретному случаю, проблеме со стороны чиновника, государственных органов меняется после того, как им становится известна национальность заявителя, обращающегося в ним по данному вопросу,

если раньше она не была им не известна или определялась неверно. Возможны и другие признаки, позволяющие корреспонденту судить о том, что речь идет именно об этнической дискриминации. Выяснение максимально полного перечня таких признаков и их практической применимости является одной из задач проекта.

Представится необходимым дать юристам на местах некоторые примеры подобных случаев, возможно, с краткой правовой оценкой с точки зрения задач проекта (см. стратегии ведения дел).

В случае если лицо, не относящееся к какой-либо национальной группе тем не менее подвергается дискриминационному обращению или служит объектом для насильственных действия ввиду ошибочного отнесения к этой национальности, такие факты тоже необходимо относить к проявлениям этнической дискриминации.

В этой связи наиболее интересными, с нашей точки зрения, но и наиболее сложными представляются такие дела, где действия государственных органов, должностных лиц и организаций является формально правомерными, но, тем не менее, ставят представителей одной национальности в неравное положение по сравнению с другими. Практика по такого рода делам в РФ практически отсутствует, именно такие обращения (если они будут) должны рассматриваться как приоритетными.

На самой первой стадии заявитель должен быть предупрежден о том, что исполнители проекта не могут гарантировать положительного решения дела, а тем более его завершения в какие-либо заранее определенные сроки, однако обязуются приложить все усилия к его благоприятному для заявителя разрешению.

Заявитель должен заранее оговорить, какую информацию, из предоставляемой лицам, оказывающим юридическую помощь в рамках проекта, он считает конфиденциальной и не подлежащей разглашению. В противном случае авторы проекта оставляют за собой право использовать полученную от заявителя информацию и в исследовательских (в том числе социологических) целях, публиковать в отчетах, докладах о ходе проекта, а также научных работах и статьях в прессе, до тех пор, пока это не противоречит интересам заявителя.

Оказание юридической помощи может быть прекращено в любое время по желанию заявителя, а также в том случае, если

между заявителем и юристам, непосредственно осуществляющим защиту его интересов или руководством проекта возникнут неустрашимые разногласия о способах и методах дальнейшего ведения дела заявителя.

2 стадия

Оценка перспективности

На данном этапе важнейшее значение имеет наличие доказательств факта этнической дискриминации, возможности из обнаружения и предоставления в суд. Отсутствие практики не позволяет судить, какие доказательства в каждом конкретном случае будут приниматься судом как убедительные, весомые аргументы. Автор осознает все сложности, связанные с доказательством «дискриминационной мотивировки» нарушения права, но именно это и является самым основным в работе. Вынесение даже благоприятного для заявителя решения, если при этом вопрос о дискриминационной составляющей обойден судом стороной и рассматривается только аспект, связанные с нарушением предусмотренных законом прав и свобод заявителя, не может быть признан положительным результатом для целей формирования благоприятной судебной практики. (Отметим, что именно по такому пути судебные органы, как правило, идут в настоящее время.)

Пока невозможно судить, будут ли восприниматься российскими судами статистические доказательства. Вопрос о допустимости их использования в нормативно-правовых и научных работах обойден, прямого запрета российское гражданско-процессуальное право не содержит. В то же время, пока еще преобладает скептическое отношение юристов-практиков, в том числе судей, к использованию статистических доказательств. Возможно, доказательств только такого характера на данном этапе будет недостаточно для убеждения суда.

К иным доказательствам можно отнести: свидетельские показания и письменные доказательства, которые можно разделить на три группы. Первая группа — доказательства подтверждающие проведение необоснованных различий путем сравнения положения лица, считающего себя пострадавшим от дискриминации, с

положением лиц иной национальности, находящихся в аналогичных условиях (например, при увольнении на работе оставлен сотрудник, имеющий более низкую квалификацию, стаж и т. п.). Вторая группа — высказывания лиц, осуществляющих действия, которые можно оценить как дискриминационные, из которых явствует, предвзятое или неприязненное отношения к представителям той или иной национальности. Третья группа — косвенно демонстрирующая проведение необоснованных различий путем выделения какой-либо группы лиц из числа прочих по признаку национальности, попытки установления особого правового режима для этой группы и т. п. (например, в каком либо подзаконном акте).

При оценке доказательств необходимо учитывать, что российские суды в целом больше внимание уделяют письменным доказательствам, нежели свидетельским показаниям.

В случае нескольких обращений однородного характера выбираться должно лишь одно, первое по времени или наиболее показательное по своему составу. При несоблюдении этого правила основное рабочее время сотрудников проекта может быть поглощено ведением однотипных дел (характер передачи информации в какой-либо среде, например в какой-то национальной диаспоре или в кругу мигрантов, может привести именно к массовым сходным обращениям), что не может отвечать целям проекта. Исключением из этого правила может быть сделано в том случае, если по правилам о подсудности рассмотрение дел должно вести в разных судах, а тем более в разных субъектах Федерации, в пределах территории, на которой осуществляется проект. Это связано с тем, что для разных судов характерны совершенно различные подходы, собственная устоявшаяся практика рассмотрения дел, изучение которой является одной из целей проекта.

Наиболее полезным для решения исследовательских задач проекта было бы ведение дел в разных областях: трудовых, административных (паспортная система, приобретение гражданства, статус беженца и вынужденного переселенца, государственная служба), гражданско-правовых отношений (права потребителя), а также связанных с социальным обеспечением, образованием. Может встать вопрос и о нарушении таких прав, как избирательное, на свободу общественных объединений и СМИ и т. п.

РОССИЙСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О НАЗНАЧЕНИИ И ПРОВЕДЕНИИ СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ

Борис Пантелеев,

научный сотрудник отдела юридической психологии НИИ Генпрокуратуры РФ,
советник правления Гильдии лингвистов-экспертов по документационным
и информационным спорам (ГЛЭДИС), советник юстиции

В информационно-правовых базах российского законодательства насчитывается сегодня более 700 нормативных актов различного уровня, регламентирующих экспертную деятельность. Значительным событием в экспертном деле, несомненно, стал федеральный закон № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» от 31 мая 2001 года.

Указанный системный акт впервые так четко и на столь высоком уровне определяет правовую основу, принципы организации и основные направления этого вида деятельности в гражданском, административном и уголовном судопроизводстве.

Закон, как и следует из его названия, регламентирует деятельность государственных экспертов и соответствующих учреждений, однако, что очень важно, не монополизирует за ними эту сферу, а признает и допускает в силу ст. 41 к производству экспертизы практически на равных основаниях также и иных лиц, не являющихся штатными сотрудниками государственных судебно-экспертных учреждений, но обладающих специальными познаниями в области науки, техники, искусства или ремесла.

В соответствии с общепринятыми нормами задачей любой судебно-экспертной деятельности является оказание содействия судам, судьям, органам дознания, лицам, производящим дознание, следователям и прокурорам в установлении обстоятельств, подлежащих доказыванию по конкретному делу, посредством разрешения вопросов, требующих специальных знаний в области науки, техники, искусства или ремесла.

В этой связи представляется любопытным отметить, что указанный закон (ст. 13) предъявляет весьма мягкие требования к лицу, претендующему на должность эксперта в государственных судебно-экспертных учреждениях. Для этого требуется всего лишь наличие гражданства Российской Федерации, высшее образование и последующая подготовка по конкретной экспертной специальности. Экспертом в системе органов внутренних дел может работать также гражданин Российской Федерации, имеющий лишь среднее специальное экспертное образование. Никаких дополнительных требований о минимальном стаже работы в данной области, наличии научной степени, публикаций, авторских методик закон не предусматривает. Из юридической практики известно, что правоохранительные органы и суды склонны обычно критически относиться к заключениям именно молодых специалистов, а их первые опыты в форме экспертных заключений нередко не выдерживают изощренного натиска профессиональных адвокатов.

Опыт показывает, что в этом смысле альтернативные (негосударственные) эксперты, как правило, выгодно отличаются обязательным наличием убедительного практического опыта работы и многочисленных научных регалий.

Новый закон в ст. 4 утверждает общие принципы судебно-экспертной деятельности, а именно законность, соблюдение прав и свобод человека и гражданина, прав юридического лица, а также независимости эксперта, объективности, всесторонности и полноты исследований, проводимых с использованием современных достижений науки и техники.

Важно, что в ст. 6 подтверждается: каждое лицо, полагающее, что действие или бездействие судебного эксперта или учреждения в целом привели к ограничению прав и свобод гражданина либо прав и законных интересов юридического лица, вправе обжа-

вать указанные действия (бездействие) в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

В настоящее время эксперты реально востребованы во всех видах процесса. Согласно ст. 57 Уголовно-процессуального кодекса РФ экспертом признается любое лицо, обладающее специальными знаниями и назначенное в порядке, установленном Уголовно-процессуальным кодексом, для производства судебной экспертизы и дачи заключения.

Эксперт в силу своего статуса в уголовном процессе вправе:

1) знакомиться с материалами уголовного дела, относящимися к предмету судебной экспертизы;

2) ходатайствовать о предоставлении ему дополнительных материалов, необходимых для дачи заключения, либо привлечении к производству судебной экспертизы других экспертов;

3) участвовать с разрешения дознавателя, следователя, прокурора и суда в процессуальных действиях и задавать вопросы, относящиеся к предмету судебной экспертизы;

4) давать заключение в пределах своей компетенции, в том числе по вопросам, хотя и не поставленным в постановлении о назначении судебной экспертизы, но имеющим отношение к предмету экспертного исследования;

5) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права;

6) отказаться от дачи заключения по вопросам, выходящим за пределы специальных знаний, а также в случаях, если представленные ему материалы недостаточны для дачи заключения. Отказ от дачи заключения должен быть заявлен экспертом в письменном виде с изложением мотивов отказа.

В то же время эксперт не имеет права:

1) без ведома следователя и суда вести переговоры с участниками уголовного судопроизводства по вопросам, связанным с производством судебной экспертизы;

2) самостоятельно собирать материалы для экспертного исследования;

3) проводить без разрешения дознавателя, следователя, суда исследования, могущие повлечь полное или частичное уничтожение объектов либо изменение их внешнего вида или основных свойств;

4) давать заведомо ложное заключение;

5) разглашать данные предварительного расследования, ставшие известными ему в связи с участием в уголовном деле в качестве эксперта, если он был об этом заранее предупрежден в установленном порядке.

б) уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд.

За дачу заведомо ложного заключения эксперт несет ответственность в соответствии со ст. 307 УК РФ.

За разглашение данных предварительного расследования эксперт несет ответственность в соответствии со ст. 310 УК РФ.

Ст. 58 УПК РФ дополнительно раскрывает содержание термина «специалист» в уголовном процессе. Специалист — лицо, обладающее специальными знаниями, привлекаемое к участию в процессуальных действиях в установленном порядке, для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств в исследовании материалов уголовного дела, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию.

Заключением эксперта признаются представленные в письменном виде содержание исследования и выводы по вопросам, поставленным перед экспертом лицом, ведущим производство по уголовному делу, или сторонами.

Показаниями эксперта считаются сведения, сообщенные им на допросе, проведенном после получения его заключения, в целях разъяснения или уточнения данного заключения в соответствии с требованиями ст. 205 и 282 УПК РФ.

Заключением специалиста является представленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистом сторонами.

Показания специалиста — сведения, сообщенные им на допросе об обстоятельствах, требующих специальных познаний, а также разъяснения своего мнения в соответствии с требованиями ст. 53, 168 и 271 УПК РФ.

Глава 27 УПК РФ детально регламентирует порядок назначения и производства судебной экспертизы.

Признав необходимым назначение судебной экспертизы, следователь самостоятельно выносит об этом постановление, либо возбуждает перед судом ходатайство, в котором указываются:

1) основания назначения судебной экспертизы;

2) фамилия, имя и отчество эксперта или наименование экспертного учреждения, в котором должна быть произведена судебная экспертиза;

3) вопросы, поставленные перед экспертом;

4) материалы, предоставляемые в распоряжение эксперта.

Судебная экспертиза по уголовным делам производится государственными судебными экспертами и иными экспертами из числа лиц, обладающих специальными знаниями.

Следователь знакомит с постановлением о назначении судебной экспертизы подозреваемого, обвиняемого, его защитника и разъясняет им права, предусмотренные ст. 198 УПК РФ. Об этом составляется протокол, подписываемый следователем и лицами, которые ознакомлены с постановлением.

Судебная экспертиза в отношении потерпевшего, а также в отношении свидетеля производится, как правило, с их согласия или согласия их законных представителей, которые даются указанными лицами в письменном виде.

Закон устанавливает перечень случаев, по которым назначение и производство судебной экспертизы обязательно, если необходимо установить:

1) причины смерти;

2) характер и степень вреда, причиненного здоровью;

3) психическое или физическое состояние подозреваемого, обвиняемого, когда возникает сомнение в его виновности или способности самостоятельно защищать свои права и законные интересы в уголовном судопроизводстве;

4) психическое или физическое состояние потерпевшего, когда возникает сомнение в его способности правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела, и давать показания;

5) возраст подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, когда это имеет значение для уголовного дела, а документы, подтверждающие его возраст, отсутствуют или вызывают сомнение.

Следователь вправе лично присутствовать при производстве судебной экспертизы, получать разъяснения эксперта по поводу проводимых им действий. Факт присутствия следователя при производстве судебной экспертизы отражается в заключении эксперта.

При назначении и производстве судебной экспертизы подозреваемый, обвиняемый, его защитник вправе:

1) знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы;

2) заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении;

3) ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных ими лиц либо о производстве судебной экспертизы в конкретном экспертном учреждении;

4) ходатайствовать о внесении в постановление о назначении судебной экспертизы дополнительных вопросов эксперту;

5) присутствовать с разрешения следователя при производстве судебной экспертизы, давать объяснения эксперту;

6) знакомиться с заключением эксперта или сообщением о невозможности дать заключение, а также с протоколом допроса эксперта.

Свидетель и потерпевший, в отношении которых производилась судебная экспертиза, вправе знакомиться с заключением эксперта.

При производстве судебной экспертизы в экспертном учреждении следователь направляет руководителю соответствующего экспертного учреждения постановление о назначении судебной экспертизы и материалы, необходимые для ее производства.

Руководитель экспертного учреждения после получения постановления поручает производство судебной экспертизы конкретному эксперту или нескольким экспертам из числа работников данного учреждения и уведомляет об этом следователя. При этом руководитель экспертного учреждения, за исключением руководителя государственного судебно-экспертного учреждения, разъясняет эксперту его права и ответственность, предусмотренные ст. 57 УПК РФ.

Руководитель экспертного учреждения вправе возратить без исполнения постановление о назначении судебной экспертизы

и материалы, представленные для ее производства, если в данном учреждении нет эксперта конкретной специальности либо специальных условий для проведения исследований, указав мотивы, по которым производится возврат.

Если судебная экспертиза производится вне экспертного учреждения, то следователь вручает постановление и необходимые материалы эксперту и разъясняет ему права и ответственность, предусмотренные статьей 57 УПК РФ.

Эксперт вправе возвратить без исполнения постановление, если представленных материалов недостаточно для производства судебной экспертизы или он считает, что не обладает достаточными знаниями для ее производства.

Комиссионная судебная экспертиза производится не менее чем двумя экспертами одной специальности. Комиссионный характер экспертизы определяется следователем либо руководителем экспертного учреждения, которому поручено производство судебной экспертизы.

Если по результатам проведенных исследований мнения экспертов по поставленным вопросам совпадают, то ими составляется единое заключение. В случае возникновения разногласий каждый из экспертов, участвовавших в производстве судебной экспертизы, дает отдельное заключение по вопросам, вызвавшим разногласие.

Судебная экспертиза, в производстве которой участвуют эксперты разных специальностей, является комплексной.

В заключении экспертов, участвующих в производстве комплексной судебной экспертизы, указывается, какие исследования и в каком объеме провел каждый эксперт, какие факты он установил и к каким выводам пришел. Каждый эксперт, участвовавший в производстве комплексной судебной экспертизы, подписывает ту часть заключения, которая содержит описание проведенных им исследований, и несет за нее ответственность.

Следователь вправе получить образцы почерка или иные образцы для сравнительного исследования у подозреваемого, обвиняемого, а также у свидетеля или потерпевшего в случаях, когда возникла необходимость проверить, оставлены ли ими следы в определенном месте или на вещественных доказательствах, и

составить протокол в соответствии со ст. 166 и 167 УПК РФ, за исключением требования об участии понятых.

При получении образцов для сравнительного исследования не должны применяться методы, опасные для жизни и здоровья человека или унижающие его честь и достоинство.

О получении образцов для сравнительного исследования следователь выносит постановление. В необходимых случаях получение образцов производится с участием специалистов.

Если получение образцов для сравнительного исследования является частью судебной экспертизы, то оно производится экспертом. В этом случае сведения о производстве указанного действия эксперт отражает в своем заключении.

В заключении эксперта обязательно указываются:

- 1) дата, время и место производства судебной экспертизы;
- 2) основания производства судебной экспертизы;
- 3) должностное лицо, назначившее судебную экспертизу;
- 4) сведения об экспертном учреждении, а также фамилия, имя и отчество эксперта, его образование, специальность, стаж работы, ученая степень и (или) ученое звание, занимаемая должность;
- 5) сведения о предупреждении эксперта об ответственности за дачу заведомо ложного заключения;
- 6) вопросы, поставленные перед экспертом;
- 7) объекты исследований и материалы, представленные для производства судебной экспертизы;
- 8) данные о лицах, присутствовавших при производстве судебной экспертизы;
- 9) содержание и результаты исследований с указанием примененных методик;
- 10) выводы по поставленным перед экспертом вопросам и их обоснование.

Если при производстве судебной экспертизы эксперт установит обстоятельства, которые имеют значение для уголовного дела, но по поводу которых ему не были поставлены вопросы, то он вправе указать на них в своем заключении.

Материалы, иллюстрирующие заключение эксперта (фотографии, схемы, графики и т. п.), прилагаются к заключению и являются его составной частью.

Следователь вправе по собственной инициативе либо по ходатайству лиц, указанных в ч. 1 ст. 206 УПК РФ, допросить эксперта для разъяснения данного им заключения. Допрос эксперта до представления им заключения не допускается.

Эксперт не может быть допрошен по поводу сведений, ставших ему известными в связи с производством судебной экспертизы, если они не относятся к предмету данной судебной экспертизы.

Заключение эксперта или его сообщение о невозможности дать заключение, а также протокол допроса эксперта предъявляются следователем подозреваемому, обвиняемому, его защитнику, которым разъясняется при этом право ходатайствовать о назначении дополнительной либо повторной судебной экспертизы.

Если судебная экспертиза производилась по ходатайству потерпевшего либо в отношении потерпевшего и (или) свидетеля, то им также предъявляется заключение эксперта.

При недостаточной ясности или полноте заключения эксперта, а также при возникновении новых вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств уголовного дела может быть назначена дополнительная судебная экспертиза, производство которой поручается тому же или другому эксперту.

В случаях возникновения сомнений в обоснованности заключения эксперта или наличия противоречий в выводах эксперта или экспертов по тем же вопросам может быть назначена повторная экспертиза, производство которой поручается другому эксперту.

Действующий Гражданский процессуальный кодекс также уделяет значительное внимание процедуре назначения экспертизы и статусу эксперта.

Закон гласит, что при возникновении в процессе рассмотрения гражданского дела вопросов, требующих специальных знаний в различных областях науки, техники, искусства, ремесла, суд назначает экспертизу. Проведение экспертизы может быть поручено судебно-экспертному учреждению, конкретному эксперту или нескольким экспертам.

Каждая из сторон и другие лица, участвующие в деле, вправе представить суду вопросы, подлежащие разрешению при проведении экспертизы. Окончательный круг вопросов, по которым

требуется заключение эксперта, определяется судом. Отклонение предложенных вопросов суд обязан мотивировать.

Стороны, другие лица, участвующие в деле, имеют право просить суд назначить проведение экспертизы в конкретном судебно-экспертном учреждении или поручить ее конкретному эксперту; заявлять отвод эксперту; формулировать вопросы для эксперта; знакомиться с определением суда о назначении экспертизы и со сформулированными в нем вопросами; знакомиться с заключением эксперта; ходатайствовать перед судом о назначении повторной, дополнительной, комплексной или комиссионной экспертизы.

При уклонении стороны от участия в экспертизе, непредставлении экспертам необходимых материалов и документов для исследования и в иных случаях, если по обстоятельствам дела и без участия этой стороны экспертизу провести невозможно, суд в зависимости от того, какая сторона уклоняется от экспертизы, а также какое для нее она имеет значение, вправе признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым.

В определении о назначении экспертизы суд указывает наименование суда; дату назначения экспертизы; наименования сторон по рассматриваемому делу; наименование экспертизы; факты, для подтверждения или опровержения которых назначается экспертиза; вопросы, поставленные перед экспертом; фамилию, имя и отчество эксперта либо наименование экспертного учреждения, которому поручается проведение экспертизы; представленные эксперту материалы и документы для сравнительного исследования; особые условия обращения с ними при исследовании, если они необходимы; наименование стороны, которая производит оплату экспертизы.

В определении суда также указывается, что за дачу заведомо ложного заключения эксперт предупреждается судом или руководителем судебно-экспертного учреждения, если экспертиза проводится специалистом этого учреждения, об ответственности, предусмотренной Уголовным кодексом Российской Федерации.

В случае оспаривания подлинности подписи на документе или ином письменном доказательстве лицом, подпись которого имеется на нем, суд вправе получить образцы почерка для последую-

щего сравнительного исследования. О необходимости получения образцов почерка выносится определение суда.

Получение образцов почерка судьей или судом может быть проведено с участием специалиста.

Комплексная экспертиза назначается судом, если установление обстоятельств по делу требует одновременного проведения исследований с использованием различных областей знания или с использованием различных научных направлений в пределах одной области знания.

Комплексная экспертиза поручается нескольким экспертам. По результатам проведенных исследований эксперты формулируют общий вывод об обстоятельствах и излагают его в заключении, которое подписывается всеми экспертами.

Эксперты, которые не участвовали в формулировании общего вывода или не согласны с ним, подписывают только свою исследовательскую часть заключения.

Комиссионная экспертиза назначается судом для установления обстоятельств двумя или более экспертами в одной области знания.

Эксперты совещаются между собой и, придя к общему выводу, формулируют его и подписывают заключение.

Эксперт, не согласный с другим экспертом или другими экспертами, вправе дать отдельное заключение по всем или отдельным вопросам, вызвавшим разногласия.

Экспертиза проводится экспертами судебно-экспертных учреждений по поручению руководителей этих учреждений или иными экспертами, которым она поручена судом.

Экспертиза проводится в судебном заседании или вне заседания, если это необходимо по характеру исследований либо при невозможности или затруднении доставить материалы или документы для исследования в заседании.

Лица, участвующие в деле, вправе присутствовать при проведении экспертизы, за исключением случаев, если такое присутствие может помешать исследованию, совещанию экспертов и составлению заключения.

Эксперт обязан принять к производству порученную ему судом экспертизу и провести полное исследование представленных ма-

териалов и документов; дать обоснованное и объективное заключение по поставленным перед ним вопросам и направить его в суд, назначивший экспертизу; явиться по вызову суда для личного участия в судебном заседании и ответить на вопросы, связанные с проведенным исследованием и данным им заключением.

В случае если поставленные вопросы выходят за пределы специальных знаний эксперта либо материалы и документы непригодны или недостаточны для проведения исследований и дачи заключения, эксперт обязан направить в суд, назначивший экспертизу, мотивированное сообщение в письменной форме о невозможности дать заключение.

Эксперт обеспечивает сохранность представленных ему для исследования материалов и документов и возвращает их в суд вместе с заключением или сообщением о невозможности дать заключение.

Эксперт не вправе самостоятельно собирать материалы для проведения экспертизы; вступать в личные контакты с участниками процесса, если это ставит под сомнение его незаинтересованность в исходе дела; разглашать сведения, которые стали ему известны в связи с проведением экспертизы, или сообщать кому-либо о результатах экспертизы, за исключением суда, ее назначившего.

Эксперт, поскольку это необходимо для дачи заключения, имеет право знакомиться с материалами дела, относящимися к предмету экспертизы; просить суд о предоставлении ему дополнительных материалов и документов для исследования; задавать в судебном заседании вопросы лицам, участвующим в деле, и свидетелям; ходатайствовать о привлечении к проведению экспертизы других экспертов.

Эксперт дает заключение в письменной форме. Этот документ должен содержать подробное описание проведенного исследования, сделанные в результате его выводы и ответы на поставленные судом вопросы. В случае, если эксперт при проведении экспертизы установит имеющие значение для рассмотрения и разрешения дела обстоятельства, по поводу которых ему не были поставлены вопросы, он вправе включить выводы об этих обстоятельствах в свое заключение.

Заключение эксперта для суда необязательно и оценивается судом наряду с другими доказательствами. Несогласие суда с заключением должно быть мотивировано в решении или определении суда.

На время проведения экспертизы производство по делу может быть приостановлено.

В случаях недостаточной ясности или неполноты заключения эксперта суд может назначить дополнительную экспертизу, поручив ее проведение тому же или другому эксперту.

В связи с возникшими сомнениями в правильности или обоснованности ранее данного заключения, наличием противоречий в заключениях нескольких экспертов суд может назначить по тем же вопросам повторную экспертизу, проведение которой поручается другому эксперту или другим экспертам.

В определении суда о назначении дополнительной или повторной экспертизы должны быть изложены мотивы несогласия суда с ранее данным заключением эксперта или экспертов.

Статус эксперта и порядок назначения экспертизы подробно регламентированы в действующем Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации.

Согласно ст. 55 АПК РФ экспертом в арбитражном суде является лицо, обладающее специальными знаниями по касающимся рассматриваемого дела вопросам и назначенное судом для дачи заключения в случаях и в порядке, которые предусмотрены настоящим Кодексом.

Закон гласит, что лицо, которому поручено проведение экспертизы, обязано по вызову арбитражного суда явиться в суд и дать объективное заключение по поставленным вопросам.

Эксперту предоставлено право с разрешения арбитражного суда знакомиться с материалами дела, участвовать в судебных заседаниях, задавать вопросы лицам, участвующим в деле, и свидетелям, заявлять ходатайство о представлении ему дополнительных материалов.

В тоже время эксперт имеет право отказаться от дачи заключения по вопросам, выходящим за пределы его специальных знаний, а также в случае, если представленные ему материалы недостаточны для дачи заключения.

Универсальным для всех видов процесса является то, что за дачу заведомо ложного заключения эксперт несет уголовную ответственность, о чем он предупреждается арбитражным судом и дает подписку.

Согласно положениям ст. 82 АПК РФ для разъяснения возникающих при рассмотрении дела вопросов, требующих специальных знаний, арбитражный суд назначает экспертизу по ходатайству лица, участвующего в деле, или с согласия лиц, участвующих в деле. В случае если назначение экспертизы предписано законом или предусмотрено договором либо необходимо для проверки заявления о фальсификации представленного доказательства либо если необходимо проведение дополнительной или повторной экспертизы, арбитражный суд может назначить экспертизу по своей инициативе.

Круг и содержание вопросов, по которым должна быть проведена экспертиза, всегда определяются самим арбитражным судом. Лица, участвующие в деле, вправе представить в арбитражный суд вопросы, которые должны быть разъяснены при проведении экспертизы. Отклонение вопросов, представленных лицами, участвующими в деле, суд обязан мотивировать.

Лица, участвующие в деле, вправе ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных ими лиц или о проведении экспертизы в конкретном экспертном учреждении; заявлять отвод эксперту; ходатайствовать о внесении в определение о назначении экспертизы дополнительных вопросов, поставленных перед экспертом; давать объяснения эксперту; знакомиться с заключением эксперта или сообщением о невозможности дать заключение; ходатайствовать о проведении дополнительной или повторной экспертизы.

О назначении экспертизы или об отклонении ходатайства о назначении экспертизы арбитражный суд выносит мотивированное определение. В определении о назначении экспертизы должны быть обязательно указаны основания для назначения экспертизы; фамилия, имя и отчество эксперта или наименование экспертного учреждения, в котором должна быть проведена экспертиза; вопросы, поставленные перед экспертом; материалы и документы, предоставляемые в распоряжение эксперта; срок, в течение

которого должна быть проведена экспертиза и должно быть представлено заключение в арбитражный суд.

В определении также указывается на предупреждение эксперта об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения.

Согласно требованиям ст. 83 АПК РФ экспертиза проводится государственными судебными экспертами по поручению руководителя экспертного учреждения и иными экспертами из числа лиц, обладающих специальными знаниями, в соответствии с федеральным законом. Проведение экспертизы может быть поручено нескольким экспертам.

Лица, участвующие в деле, могут присутствовать при проведении экспертизы, за исключением случаев, если такое присутствие способно помешать нормальной работе экспертов, но не вправе вмешиваться в ход исследований.

При составлении экспертом заключения и на стадии совещания экспертов и формулирования выводов, если судебная экспертиза проводится комиссией экспертов, присутствие участников арбитражного процесса не допускается.

Закон предусматривает также возможность назначения комиссионной экспертизы, которая проводится не менее чем двумя экспертами одной специальности. Комиссионный характер экспертизы определяется арбитражным судом.

В случае, если по результатам проведенных исследований мнения экспертов по поставленным вопросам совпадают, экспертами составляется единое заключение. В случае возникновения разногласий каждый из экспертов, участвовавших в проведении экспертизы, дает отдельное заключение по вопросам, вызвавшим разногласия экспертов.

Особый статус имеет комплексная экспертиза, проводимая не менее чем двумя экспертами разных специальностей.

В заключении такой экспертизы указывается, какие исследования и в каком объеме провел каждый эксперт, какие факты он установил и к каким выводам пришел. Каждый эксперт, участвовавший в проведении комплексной экспертизы, подписывает ту часть заключения, которая содержит описание проведенных им исследований, и несет за нее ответственность. Общий вывод де-

лают эксперты, компетентные в оценке полученных результатов и формулировании данного вывода.

На основании проведенных исследований и с учетом их результатов эксперт от своего имени или комиссия экспертов дает заключение в письменной форме и подписывает его.

В заключении любого эксперта или комиссии экспертов должны быть обязательно отражены:

- 1) время и место проведения судебной экспертизы;
- 2) основания для проведения судебной экспертизы;
- 3) сведения об экспертном учреждении, об эксперте (фамилия, имя, отчество, образование, специальность, стаж работы, ученая степень и ученое звание, занимаемая должность), которым поручено проведение судебной экспертизы;
- 4) записи о предупреждении эксперта в соответствии с законодательством Российской Федерации об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения;
- 5) вопросы, поставленные перед экспертом или комиссией экспертов;
- 6) объекты исследований и материалы дела, представленные эксперту для проведения судебной экспертизы;
- 7) содержание и результаты исследований с указанием примененных методов;
- 8) оценка результатов исследований, выводы по поставленным вопросам и их обоснование;
- 9) иные сведения в соответствии с федеральным законом.

Материалы и документы, иллюстрирующие заключение эксперта или комиссии экспертов, прилагаются к заключению и служат его составной частью.

Если эксперт при проведении экспертизы установит обстоятельства, которые имеют значение для дела и по поводу которых ему не были поставлены вопросы, он вправе включить выводы об этих обстоятельствах в свое заключение.

Заключение эксперта оглашается в судебном заседании и исследуется наряду с другими доказательствами по делу.

По ходатайству лица, участвующего в деле, или по инициативе арбитражного суда эксперт может быть вызван в судебное заседание.

Эксперт после оглашения его заключения вправе дать по нему необходимые пояснения, а также обязан ответить на дополнительные вопросы лиц, участвующих в деле, и суда. Ответы заносятся в протокол судебного заседания.

При недостаточной ясности или полноте заключения эксперта, а также при возникновении вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств дела может быть назначена дополнительная экспертиза, проведение которой поручается тому же или другому эксперту.

В случае возникновения сомнений в обоснованности заключения эксперта или наличия противоречий в выводах эксперта или комиссии экспертов по тем же вопросам может быть назначена повторная экспертиза, проведение которой поручается другому эксперту или другой комиссии экспертов.

Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях, принятый 30 декабря 2001 г., впервые узаконил активное участие эксперта в административном процессе.

Согласно ст. 26.4. КоАП РФ в случаях, если при производстве по делу об административном правонарушении возникает необходимость в использовании специальных познаний в науке, технике, искусстве или ремесле, судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело, выносят определение о назначении экспертизы. Определение обязательно для исполнения экспертами или учреждениями, которым поручено проведение экспертизы. В определении указываются:

- 1) основания для назначения экспертизы;
- 2) фамилия, имя, отчество эксперта или наименование учреждения, в котором должна быть проведена экспертиза;
- 3) вопросы, поставленные перед экспертом;
- 4) перечень материалов, предоставляемых в распоряжение эксперта.

Кроме того, в определении должны быть записи о разъяснении эксперту его прав и обязанностей и о предупреждении его об административной ответственности за дачу заведомо ложного заключения.

Вопросы, поставленные перед экспертом, и его заключение не могут выходить за пределы специальных познаний эксперта.

До направления определения для исполнения судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело об административном правонарушении, обязаны ознакомить с ним лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, и потерпевшего, разъяснить им права, в том числе право заявлять отвод эксперту, право просить о привлечении в качестве эксперта указанных ими лиц, право ставить вопросы для дачи на них ответов в заключении эксперта.

Эксперт дает заключение в письменной форме от своего имени. В заключении эксперта должно быть указано, кем и на каком основании проводились исследования, их содержание, должны быть даны обоснованные ответы на поставленные перед экспертом вопросы и сделаны выводы.

Заключение эксперта не является обязательным для судьи, органа, должностного лица, в производстве которых находится дело об административном правонарушении, однако несогласие с заключением эксперта должно быть мотивировано.

СТРАТЕГИЧЕСКОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО И ОТБОР ДЕЛ

1. Введение

«Стратегическое» судопроизводство — это метод, применяемый неправительственными организациями (НПО) и юридическими фирмами для дальнейшего обеспечения защиты прав человека. В данной главе рассматриваются три задачи:

1. Определить место «стратегического судопроизводства» среди других методов и методик, применяемых юридическими службами НПО для достижения их целей.

2. Рассмотреть практики юридических служб НПО, применяемые при отборе дел для стратегического судопроизводства и описать, как цели этих организаций влияют на отбор дел.

3. Определить вопросы и факторы, влияющие на юридические службы НПО в процессе отбора дел и разработки стратегии судебных процессов, чтобы сформулировать ряд подробных критериев отбора дел.

2. Стратегическое судопроизводство

А. Что такое стратегическое судопроизводство?

При «стратегическом» или «ударном» судопроизводстве делается попытка использовать судебную систему для широких соци-

альных перемен. «Ударные» иски направлены на использование закона для того, чтобы добиться долговременных результатов, выходящих за рамки одного дела. Основное внимание уделяется не интересам конкретного клиента (как это происходит в обычном судебном процессе), а реформе законодательства или изменению государственной политики, хотя в стратегическом процессе могут ставиться обе эти цели.

Стратегическое судопроизводство — это метод или методика, относящаяся к сфере судопроизводства по праву «общественных интересов». В широком смысле перед всеми организациями по праву общественных интересов стоит одна общая задача — использовать закон как инструмент для обеспечения соблюдения прав человека, для защиты обездоленных слоев населения и для содействия социальной справедливости. Помимо стратегического судопроизводства, в процессах по защите общественных интересов присутствуют такие виды деятельности, как предоставление юридической помощи малоимущим лицам для содействия доступу к правосудию и как средство судебной защиты от конкретных нарушений прав (обычно вопиющих нарушений). Часто дела, в которых предоставляется юридическая помощь, приводят к реформе законодательства или государственной политики. Действительно в сфере права общественных интересов большинство «ударных» дел появляются *ad hoc* (разработанными специально для конкретной цели). В связи с тем, что в таких делах проявляются неожиданные характеристики, они становятся двигателями государственной политики, и этими делами занимаются юристы, стремящиеся добиться стратегических результатов. В данной главе рассматривается понятие «стратегическое судопроизводство» как с точки зрения отбора дел, так и с точки зрения их последующего планирования и ведения для выявления обстоятельств, которые могут привести к успешному завершению этих дел.

Личность истца

Для того чтобы дело оказало значительное воздействие на государственную политику оно не обязательно должно стратегически выбираться, в таком деле не обязательно должны участвовать адво-

каты или активисты. Одно из наиболее важных решений, когда-либо принятых Верховным судом США, было решение 1963 г. по делу *Гидеона против Уэйнрайта*, которое было направлено в Верховный суд по инициативе осужденного. Кларенс Гидеон, безработный, обвинялся в незаконном проникновении в бильярдную и в мелкой краже. Когда Гидеон предстал перед судом, он сказал судье, что не готов к защите, так как у него нет адвоката. Он попросил назначить ему адвоката, но судья отказал в этой просьбе. Гидеон был вынужден защищать себя сам, был признан виновным и осужден на пять лет тюремного заключения. Находясь в заключении, он отправил в Верховный суд написанное от руки ходатайство. Верховный суд принял дело к рассмотрению и 19 марта 1963 г. принял единогласное решение о том, что все обвиняемые имеют право на адвоката. Это решение привело к созданию в США системы общественных адвокатов.

Точно так же в Индии некоторые из наиболее важных дел по праву общественных интересов были возбуждены по ходатайствам, направленным заявителями или их представителями, которые не являлись профессиональными адвокатами.

В. Как в стратегическом судопроизводстве достигаются стратегические цели?

Наиболее предсказуемый метод достижения целей стратегического судебного процесса заключается в создании эффективно и осуществимого закона (т. е. применимого прецедента в системе общего права). При успешном судебном процессе это может произойти следующим образом:

i) при толковании существующих законов, конституций и договоров для (а) дополнения или уточнения прав (т. е. для уточнения или изменения закона), или (b) для введения в действие или применения подходящих норм, которые игнорируются или применяются в недостаточной степени;

ii) при оспаривании действующих законов, наносящих вред социальной справедливости или правам человека (например, противоречащих нормам международного права или конституционного закона).

Судебный прецедент как цель стратегического процесса

а. Толкование существующих законов для укрепления или уточнения прав или для применения благоприятных норм, которые игнорируются или применяются в недостаточной степени.

б. Оспаривание действующих законов. Большинство дел, по-видимому, относятся к этому типу. Это связано с применением гражданских и политических прав для оспаривания ограничений, налагаемых государством на права и свободы личности. В деле *Норрис против Ирландии* сенатор Дэвид Норрис, известный защитник прав геев, успешно оспорил ирландский уголовный запрет на гомосексуальные отношения в Европейском суде по правам человека. Это дело привело к принятию нового закона, изменившего ирландское законодательство.

с. Можно утверждать, что существует третий тип ситуаций, когда в действующем законодательстве запрещаются нарушения прав человека, в отношении которых подаются иски, но в судебной и исполнительной системах не обеспечиваются средства защиты от нарушений. Примером может служить терпимость властей к политическому насилию против меньшинств, что наблюдается при определенных режимах. Безнаказанность или законы об амнистии являются правовым воплощением ситуаций такого типа. Когда в практической деятельности с этим мирятся или судебная система оказывается слабой, процесс в международном трибунале может помочь высветить и документально зафиксировать ситуацию с защитой прав человека, сложившуюся в стране.

Даже когда имеется мало шансов на успех процесса, организации иногда продолжают заниматься стратегическим судопроизводством. Почему они это делают?

а. Поддержка принципа верховенства права

Стратегическое судопроизводство может способствовать стабилизации и прояснению правовой системы или действующих законов. Это обеспечивает основу для будущих судебных процессов или, как это часто происходит, становится базой для государственной реформы и правовых условий, в которых такая

реформа должна проводиться. В посттоталитарных странах Восточной Европы стратегическое судопроизводство оказалось полезным инструментом для обеспечения защиты прав человека.

b. Правовое образование

Учитывая современный характер стратегических судебных процессов, они повышают уровень правовой и правозащитной грамотности, при этом представители судебной власти и юридических профессий изучают язык и философию прав человека и социальной справедливости. Это выгодно будущим истцам. В дополнение к стратегическим судебным процессам НПО часто проводят программы тренингов для судей и адвокатов.

c. Документирование нарушений

Во многих судебных системах целью стратегического судопроизводства является документирование или демонстрация институциональной несправедливости, даже когда успешное завершение судебного процесса маловероятно. Когда регистрируются официальные практики, в стратегическом судопроизводстве появляются документы о злоупотреблениях со стороны властей, что развенчивает представление о законности действий государственных органов и закладывает основу для будущих усилий. В Европейский суд по правам человека было направлено огромное число дел от курдских жертв нарушений прав человека со стороны Турции. Турецкое правительство выполнило некоторые из решений Суда, и в настоящее время наблюдаются некоторые признаки того, что в Турции будут реализованы международные нормы в области защиты прав человека. Эти дела важны в связи с документальной регистрацией злоупотреблений со стороны государственных органов.

d. Подотчетность правительства

Стратегические судебные процессы, даже если они не приводят к успеху, способствуют отчетности правительства. В последние годы решения Европейского Суда по правам человека иницииро-

вали реформы внутреннего законодательства во многих государствах-членах Совета Европы. Один лишь факт обращения в Страсбург часто приводит к позитивным изменениям.

*е. Изменение отношения общественности
и поддержка уязвимых групп населения*

И наконец, открытое освещение проблемы, затрагивающей уязвимую группу населения, приводит к тому, что стратегическое судопроизводство способствует (i) осознанию этой проблемы со стороны общественности и (ii) поддержке такой группы. Повышается способность людей в будущем отстаивать свои права. В США различные успешные кампании движения *Lambda Legal*, направленные против уголовного запрета на гомосексуальные связи, привели к тому, что сообщество геев стало пользоваться большим доверием населения.

Стратегическое судопроизводство используется во многих традиционных областях права общественных интересов, включая гражданские права, доступ к правосудию, законы об охране окружающей среды, иски о возмещении личного ущерба, трудовое право, равенство и свобода слова. Однако стратегическое судопроизводство также применяется организациями, которые не разделяют либеральных правозащитных взглядов на мир. Это подчеркивает тот факт, что успешный стратегический судебный процесс не всегда отражает точку зрения электората или даже его значительного меньшинства, скорее, такой процесс отражает точку зрения его спонсоров. Организации, предоставляющие юридические услуги, всегда должны иметь это в виду, обсуждая стратегические судебные процессы.

3. Организационные задачи и приоритеты

**А. Учредительные документы НПО
и программные заявления**

Цели НПО, определенные в учредительных документах и программных заявлениях, являются (или должны являться) главными

факторами, определяющими (i) организационную структуру и стратегию, а также модель предоставления услуг, (ii) метод, применяемый для выполнения поставленных задач (например, стратегическое судопроизводство или широкая общественная кампания), и (iii) выбор дел для стратегических судебных процессов. В исследовании Международной группы по правам человека «Содействие расширению правосудия» подчеркивается, что для обеспечения эффективного и результативного предоставления услуг важно четко определить цели организации. Поэтому организации обычно не занимаются делами, не входящими в сферу их деятельности, определенную в целях.

Учитывая ограничения, определенные законом (например, ограниченные правила финансирования и т. п. в случае благотворительных организаций) и правила управления, организация может не иметь разрешения на ведение дела, выходящего за рамки полномочий, определенных для этой организации. Это справедливо для организаций с четкими и строго ограниченными целями, например, для организаций, специализирующихся в одной конкретной области или занимающихся проблемами одного меньшинства. Однако другие организации имеют очень широкие полномочия, за рамки которых трудно выйти. Поэтому для эффективного и результативного использования ресурсов очень важно определить приоритеты и тщательно отбирать дела. Кроме того, в организациях с четко определенными целями может отсутствовать опыт, необходимый для того, чтобы решать проблемы, выходящие за рамки целей организации, на том же уровне.

Для организаций, *ориентированных на разработку политики*, действующих в конкурентной области, где часто наблюдается недостаток ресурсов, жизненно важно правильно распределить ресурсы внутри организации. В организации может быть ряд задач, для решения которых применяется стратегическое судопроизводство или другие стратегии. Ведение одновременно нескольких дел может стать причиной неудачи вследствие ограниченности ресурсов. Может возникнуть потребность выбирать одну задачу из нескольких или определить приоритеты. Многие НПО стараются помочь всем, что наносит вред их эффективности, учитывая ограниченность ресурсов. Организация должна подумать о том, не приведет

ли дело, предполагаемое в качестве стратегического процесса, к слишком большим затратам при недостаточном воздействии.

V. Определение целей и приоритетов организации

Правозащитные НПО обычно разрабатывают или изменяют свои цели, общую миссию, определяют приоритеты на основе факторов, влияющих на выполняемую ими работу, финансовых средств, которые они могут привлечь, или на основе своих ценностей. Для будущего успеха организации важную роль играют многие факторы, которые следует учитывать. Всегда целесообразно учитывать потребности «рынка» в услугах, предоставляемых организацией, и регулярно проводить оценки конкретных программ.

i) рынок клиентов

Предполагаемый спрос со стороны потенциальных клиентов (рынок клиентов) должен ставиться во главу угла. НПО должны рассматривать все возможные варианты действий человека, права которого нарушены, они также должны проверять, действительно ли происходят нарушения прав человека, в отношении которых необходима специализированная помощь. Некоторые международные НПО не занимаются непосредственно делами конечных клиентов при предоставлении своих правозащитных услуг, они обслуживают местные НПО или адвокатов, представляющих таких клиентов. Например, Интерайтс специализируется в области международного и сравнительного анализа правовых систем и предоставляет услуги местным партнерам в различных регионах мира. В этой ситуации при разработке целей важно учитывать также потребности таких «промежуточных» клиентов, наряду с непосредственными жертвами нарушений прав человека.

ii) Рынок финансирования

Предполагаемые возможности финансирования в определенной области (рынок финансирования) также могут оказывать влияние на цели и приоритеты. Финансирующие организации часто требуют представить предложения по проектам в конкретных

областях (например, ЕС или Фонд Форда). При этом один уровень анализа «спроса» переносится на финансирующие организации. Если устав и этические нормы организации позволяют, это может служить фактором, способствующим тому, чтобы организация занялась конкретным делом или судебным процессом по определенной проблеме. Основная цель групп по праву общественных интересов — защищать права человека, выступая против государства, это может привести к конфликту интересов, если принимается государственное финансирование. В общем, всегда следует задаваться вопросом о том, имеется ли достаточное финансирование для работы по конкретному делу.

iii) Конкуренция

Следует также учитывать уровень конкуренции в сфере финансирования и/или привлечения клиентов⁹² (рынок “продукции” и географический рынок), особенно по мере того, как область правозащитной деятельности становится все более специализированной и число правозащитных НПО возрастает. Применяя такие методы как установление связей, участие в коалициях и партнерствах, НПО всегда должны помнить о риске действий по вытеснению соперников или о конкуренции в сфере привлечения финансирования. Что важнее: задачи организации или само существование организации?

iv) Философия и ценности

При определении задач организации важно учитывать философию и ценности организации, приоритеты ее основателей или контролирующего органа⁹³ (даже если наблюдается недостаток финансирования или отсутствует явно выраженный рынок).

⁹² Тот факт, что несколько других организаций работают в той же области, может стать причиной отказа от определенного направления работы. Слишком большое число НПО может вызвать замешательство и рост конкуренции в сфере привлечения ограниченных финансовых средств. Кроме того, если в конкретной области работают другие организации, жертвы нарушений имеют возможность получить адекватное представительство при защите их прав и решении проблем.

⁹³ Группа лиц, имеющая конкретную программу, может попытаться ее осуществить, даже если на это нет очевидного «спроса». Может возникнуть внутренний конфликт интересов, касающийся разных дел, персонала и различных убеждений или целей. Будет ли задача, решаемая в одном проекте или деле, препятствовать

в) Кадры

Конкурентные преимущества организации и навыки персонала⁹⁴ могут придать новые импульсы росту организации и разработке новых целей и приоритетов на основе таких уникальных навыков. Цели организации обычно определяют ее внутреннюю организационную структуру и стратегию, например, при подборе кадров.

Ясно, что в организации должна быть создана такая структура и деятельность должна осуществляться таким образом, чтобы вероятность выполнения задач организации была максимальной (без нарушений законов или игнорирования ценностей организации). НПО с особыми ценностями обычно принимают на работу лиц, разделяющих эти ценности — только в таком случае организация может быть уверена в их приверженности общему делу. Когда у организации более широкие цели, снижается важность приема на работу лиц, личные ценности которых совпадают с ценностями организации.

Сообщество клиентов является главным фактором, определяющим цели организации, ориентированной на клиентов. Нужды и требования этого сообщества и ограниченные ресурсы организации обуславливают набор предоставляемых организацией услуг. Такие организации в этом смысле более прозрачны, чем организации, ориентированные на политику, которые свободно могут разрабатывать и осуществлять собственную программу. Таким образом, для организаций, ориентированных на политическое решение задачи или противоречить философии другого проекта или дела? Правозащитная деятельность — это философское минное поле, на котором права часто следует сопоставлять с другими конкурирующими правами. Еще раз отметим, что это не касается случаев, когда на повестке дня стоят серьезные нарушения прав человека, такие как пытки.

⁹⁴ Организация может страдать от ограничений, не позволяющих ей заниматься определенным стратегическим судебным процессом. Она может не иметь возможности действовать в конкретной юрисдикции по практическим соображениям или в связи с правовыми ограничениями. В организации может не оказаться персонала с квалификацией, необходимой для выполнения работы. Может оказаться, что приобретение опыта или квалификации в конкретной области или регионе обойдется слишком дорого или займет слишком много времени. С другой стороны, организации иногда могут использовать опыт и квалификацию персонала при переходе на новые виды деятельности.

ку, критерии отбора дел (см. ниже раздел 5) более важны для повышения прозрачности их деятельности. Организации, ориентированные на политику, должны постоянно уточнять и переоценивать свои цели и приоритеты в свете текущего социального и политического контекста и, очень часто, с учетом имеющегося финансирования. Присутствие большого числа НПО, конкурирующих в определенной сфере деятельности, с одной стороны удовлетворяет потребности (хотя бы теоретически) сообщества клиентов, а с другой стороны — поглощает имеющиеся фонды. В долгосрочной перспективе трудно выстоять, если не будет найдена собственная ниша, и если организация не приобретет конкурентных преимуществ.

Организации должны определять приоритеты среди целей или в сфере своей деятельности, чтобы максимально повысить как позитивные результаты по удовлетворению потребностей сообщества клиентов, так и свои возможности по привлечению финансирования. В идеальном случае приоритеты должны отражать главные ценности организации и ее конкурентные преимущества, такие как специализированные знания или опыт в конкретной области или способность объединять усилия с другими программами и проектами (т. е. выбирать дела, относящиеся к другим программам). Другими словами, выбирать дела, которые лучше всего подпадают под конкретные характеристики НПО и ее клиентов.

4. Методы и модели деятельности правозащитных организаций

Организации, предоставляющие юридические услуги, включая правозащитные НПО, используют различные методы, практики и модели предоставления услуг для достижения своих целей по содействию защите прав человека и расширению доступа к правосудию. Стратегическое судопроизводство используют такие организации как частные юридические фирмы, занимающиеся правом общественных интересов, НПО, действующие в одной конкретной области, и правозащитные организации широкой направленности.

i) Ориентированные на клиента

Принятые в организации цели, ценности и модели определяют применение в этой организации такого метода, как стратегическое судопроизводство. В организации следует решить вопрос о том, какой вид услуг окажется наиболее эффективным для достижения ее целей — стратегическое судопроизводство или всестороннее обслуживание. Организации, ориентированные на клиента (такие как юридические центры в Великобритании), основное внимание уделяют помощи отдельным клиентам, не учитывая, как конкретное дело повлияет на национальную политику. Они, в основном, концентрируются на представительстве клиентов в той области, на которой специализируется офис. Это может быть одна проблема, например, обеспечение жильем или иммиграция, одна группа меньшинства, например, малоимущие, или недостаточно представленный район или населенный пункт. Большинство таких организаций базируются на местных сообществах, они близки к населению, которое представляют. Эта модель возникает из потребностей группы или местности, имеющих ресурсы или цели и философии организации. Если такая организация принимает решение взяться за судебный процесс «стратегического» значения, ее выбор дел в большей степени определяется потребностями местного населения, чем потенциальным воздействием. Хотя такая организация может не выбрать дело с учетом его стратегического воздействия, когда ей попадается хороший набор фактов, она подходит к делу стратегически. Благодаря хорошим связям с населением, такие организации часто пользуются более активной поддержкой, помощью и пониманием, чем организации, ориентированные на политику. Еще одним преимуществом организаций, ориентированных на клиентов, является то, что они получают больше информации из проблемных центров. Поэтому им легче определять цели и работать над делами.

ii) Ориентированные на политику

Ориентированные на политику организации, в свою очередь, имеют больше возможностей использовать стратегический подход

как в ходе судебных процессов, так и в выборе целей и методов ведения процессов. Такие организации как Американский союз гражданских свобод, Фонд юридической защиты *Sierra* и Фонд юридической защиты и образования *NAACP* играют важную роль в разработке стратегического судопроизводства как потенциального орудия социальной справедливости в Соединенных Штатах. Другие ориентированные на политику организации, такие как Международная амнистия, для осуществления социальных перемен используют другие средства, отличные от судопроизводства. Между такими организациями и общественностью, которую они представляют, может быть более значительная дистанция, чем в случае с организациями, ориентированными на клиентов. Часто такие организации должны определять и «нанимать» клиентов (если это допустимо по местным законам), чтобы выдвинуть определенную программную цель или проблему. Учитывая, что конечная цель дела не определяется исключительно потребностями клиента, этот подход неизбежно связан с более интенсивными дебатами о ценностях и приоритетах (часто необходимы консультации с местным сообществом) и со стратегическим планированием.

В. Как появляются дела для стратегического судопроизводства?

Вопрос о том, как НПО, предоставляющие юридические услуги, начинают заниматься конкретными делами, связан как со структурой организации, так и с моделью предоставления услуг (объем работы или целенаправленная «ударная» работа). Организации, имеющие собственные местные отделения с достаточным количеством персонала, могут самостоятельно получать дела (например, через работающие офисы или линии помощи и т. п.). Другим организациям приходится полагаться на направления от общественных групп, НПО и других местных партнеров. Способ получения дел важен, потому что он обычно определяет степень участия организации в деле. Местный адвокат может нуждаться только в совете относительно одного из своих дел, но не передавать его полностью в НПО. В любом случае, многие НПО недостаточно хорошо подготовлены для ведения местного дела без местного представительства.

С. Методы и виды деятельности

Юридические методы и виды деятельности организаций по праву общественных интересов включают стратегическое судопроизводство, консультации, советы, направления дел и законодательную правозащитную деятельность.

Неюридические стратегии часто применяются совместно с юридическими методами или вместо них.

К таким видам деятельности относятся направления в общественные службы, учебные программы и тренинги, использование гласности и СМИ, мониторинг действий правительства, формирование сетевого сообщества, расширение потенциала, а также сбор и распространение данных.

В разделе 7 данной главы рассматриваются различные стратегии «поддержки судопроизводства», которые могут использоваться для содействия усилиям по ведению судебного процесса, включая гласность.

Альтернативные методы особенно полезны в работе после процесса, чтобы обеспечить надлежащее закрепление победы, достигнутой в суде. Одним из самых больших провалов в стратегическом судопроизводстве является неспособность обеспечить надлежащую реализацию благоприятных решений.

Используемые организацией методы зависят от целей, ценностей и применяемой в организации модели предоставления услуг. Традиционные организации юридической помощи обычно предоставляют прямую юридическую помощь тем, кто не имеет возможности нанять частного адвоката. Деятельность организаций, более ориентированных на политику, направлена на содействие широким социальным переменам, которые устранят конкретные проблемы в области защиты прав человека. В Соединенных Штатах появились две модели организаций по праву общественных интересов: массовые или «обычные» поставщики юридических услуг, предоставляющие услуги в большом числе дел в определенной области права, и организации по продвижению правовой реформы или «ударные» организации, которые принимают относительно небольшое число дел, результаты которых затрагивают многих людей и/или являются судебными прецедентами. Отбор дел в «обыч-

ных организациях» направлен на снижение рабочей нагрузки до разумного числа дел. Между качеством и количеством представительства всегда существует напряжение.

Многие НПО понимают, что собственными силами не могут обеспечить соблюдение прав человека для всех. Большинство НПО являются специализированными и не имеют знаний и опыта в отношении необходимых стратегий и методов, которые можно применить в конкретном деле. Для обеспечения правильного представления дела в суде и последующей реализации судебного решения совершенно необходимо сотрудничать и создавать партнерства с другими НПО. Международная амнистия имеет большой опыт в проведении кампаний, но в отношении стратегического судопроизводства опыт этой организации значительно ниже. Однако опыт в проведении кампаний может оказаться очень полезным для поддержки любых усилий по стратегическому судопроизводству. Ресурсы, привлекаемые извне, могут помочь организации максимально укрепить ее собственные ресурсы.

D. Оценка и важность результатов

В настоящее время отсутствуют исследования о том, к каким результатам приводит работа НПО, и каким образом достигаются результаты. НПО не могут самостоятельно измерять собственное воздействие научными методами. Главные показатели могут сводиться к отдельным сообщениям из страны о том, что давление или судебный процесс оказали воздействие и привели к правовой или политической реформе главных государственных институтов (хотя без реализации это на практике может иметь небольшие последствия), или об уровне общественной реакции (позитивной или негативной).

В случае *ориентированного на клиента* судебного процесса успех можно измерять по числу побед или по уровню компенсации ущерба. Стратегические судебные процессы связаны с более значительными трудностями. Стратегическое судопроизводство — это один из различных методов осуществления социальных перемен. Учитывая, что главная цель заключается в социальных переменных, а не в успехе судебного процесса, когда организация принимает

решение об участии в стратегическом судебном процессе, важно попытаться оценить его воздействие по сравнению с любыми другими доступными стратегическими методами. Многие организации для достижения своих целей применяют комбинации различных подходов, выбор которых зависит от характера проблемы. Воздействие часто оценивается по способности постоянно привлекать финансовые средства, по успеху в установлении норм в другом государстве или регионе, или по репутации, даже если фактическая реализация вообще не рассматривается и не изучается.

В отношении стратегического судопроизводства наш опыт позволяет определить некоторые недостатки и преимущества этого метода.

Е. Преимущества и недостатки стратегического судопроизводства

Как метод достижения целей организации, стратегическое судопроизводство имеет некоторые преимущества по сравнению с другими стратегиями:

i) Единственное дело может привести к значительным правовым и социальным результатам.

ii) Судебная власть используется для защиты и поддержки прав меньшинства, бедных или маргинализированных групп населения. В системе, где действует независимая судебная и надежная правовая система, но где законодательная и исполнительная ветви власти отражают только точку зрения большинства или политической и экономической элиты (например, Южная Африка в эпоху апартеида), это может быть единственным способом получения компенсации за понесенные страдания.

iii) Создаются прецеденты, что положительно сказывается на решении последующих дел. Это особенно важно для систем общего права, где *stare decisis* (т. е. судебный прецедент) является нормой права.

iv) Проблемы обсуждаются гласно (часто это обходится не так дорого, как кампании по информированию общественности).

v) В случаях международных трибуналов или судов политическое давление может оказываться из-за границы.

vi) Во многих случаях (особенно в случаях групповых исков или подобных процедур) стратегическое судопроизводство может оказаться эффективным с точки зрения затрат методом постановки вопроса или получения истинных политических результатов.

vii) Расширяется доступ к правосудию.

viii) Проверяется и уточняется содержание действующих законов, таким образом правительство становится более подотчетным, так как создаются определенные рамки, в которых правительство обязано действовать.

Стратегическое судопроизводство не всегда является подходящим средством для достижения политических целей. Ниже приводятся некоторые соображения по этому поводу:

i) Учитывая природу судебных процессов, их результаты редко можно предсказать заранее. Следовательно, в кампаниях по праву общественных интересов применяется метод проб и ошибок, используются различные истцы и суды, стратегия отрабатывается и модифицируется до тех пор, пока не будет достигнут успех.

ii) В связи с тем, что необходимо получить решение, имеющее прецедентную силу, удовлетворительным может считаться решение только самой высокой судебной инстанции. Учитывая, что в большинстве правовых систем лишь небольшое число споров решается в судах (в связи с внесудебными решениями, отсутствием знаний о правах и т. п.), и еще меньше решений обжалуется, что происходит в связи с наличием определенных уникальных характеристик или особенностей, отбор дел и правильное их ведение приобретают очень большое значение. Одним из необычных результатов стратегического характера этих дел является то, что внесудебное урегулирование спора не является приемлемым результатом.

iii) Судебный процесс не обязательно отражает общественное мнение и может привести к результату, который не будет пользоваться поддержкой общественности. Цель стратегического судопроизводства может быть достигнута в более полном масштабе не через судебное решение, а через дебаты в политической системе. Следует также отметить, что политическая система может вообще аннулировать любое решение суда, принятое в результате стратегического процесса в национальных судах, это делается через законодательство или референдум (например, многие

референдумы о конституции в Ирландии проводились в результате того, что Верховный суд принимал спорные решения, которые народ отменял).

iv) Стратегическое судопроизводство зависит от поиска «правильного» клиента. В реальной действительности трудно найти идеального клиента. Многие проблемы клиента, такие как страх, отсутствие средств, неспособность понять процесс и непоследовательность в показаниях, нуждаются в решении через работу с клиентом, а не в процессе отбора дел.

v) Стратегическое судопроизводство может не привести к желаемым результатам при слабости системы правовых гарантий и реализации решений судебных органов. Например, для того чтобы решение Верховного суда США по делу *Браун против Совета по вопросам образования* привело к каким-либо социальным последствиям, понадобились годы.

vi) Если в стране судебная власть не является независимой, попытки использовать ее для достижения политических результатов могут оказаться тщетными.

vii) Часто процесс стратегического судопроизводства трудно контролировать, особенно в случае групповых исков, когда группа истцов не является фиксированной.

viii) Стратегическое судопроизводство может не принести пользы той группе, которая участвовала в процессе. В качестве стратегии оно критикуется за то, что в центре процесса находится адвокат, который все определяет, и за то, что в результате пострадавшие группы не получают дополнительных полномочий или возможностей, а низводятся до статуса жертв, а достигнутые победы не улучшают благосостояния общества. Это связано с тем, что ориентированные на политику стратегии не акцентируются на клиенте как на личности, а используют его в качестве средства для продвижения стратегии социальных реформ. Такая проблема редко возникает в организациях, ориентированных на клиентов, так как они направляют свое внимание на вопросы, отражающие наиболее насущные потребности общества.

ix) Судебные процессы могут оказаться дорогостоящим методом постановки вопросов. Гласность или политическое лоббирование могут быть более дешевыми методами.

х) Редко успех или провал кампании по защите общественных интересов зависит от одного дела или решения, поэтому отрицательный результат может укрепить неблагоприятный закон или практику⁹⁵, тем самым углубляя социальную проблему. Это может затруднить попытки решения проблемы в будущем. Однако неблагоприятный результат также может форсировать социальную реформу. Большинство успешных групп по праву общественных интересов используют всеобъемлющий подход, в котором судопроизводство является лишь одним из методов.

5. Отбор дел

А. Зачем нужны критерии отбора дел?

Правильный отбор дел и стратегия позволяют преодолевать многие недостатки стратегического судопроизводства и повышать его эффективность. Они также помогают в процессе определения целей и ценностей организации.

і) Вопросы управления

С точки зрения управления критерии отбора дел необходимы по двум причинам:

а. Эффективность

Критерии отбора дел необходимы для обеспечения эффективного распределения ресурсов в организации. Для наиболее эффективного достижения целей организации ее ресурсы должны направляться на те участки, где они принесут наибольшую выгоду. Поэтому необходимо продемонстрировать объективные преимущества работы над конкретным делом.

б. Отсевание дел

Во-вторых, для оправдания отказа в ведении конкретного дела, чтобы выполнять условия спонсоров и учредительных доку-

⁹⁵ Например, по статье 26 Конституции Ирландии, президент может направить законопроект в Верховный суд для проверки его конституционности, прежде чем он будет принят в качестве закона. Однако если суд определяет, что законопроект является конституционным, этот закон впоследствии обладает иммунитетом от проверок его конституционности.

ментов организации или чтобы поддерживать репутацию беспристрастной и прозрачной организации, необходимы объективные критерии исключения дел, которые не будут успешными по своему воздействию или находятся за пределами избранной сферы деятельности или приоритетов организации. Даже если перспективное клиентское дело воспринимается как стоящее и необходимое, оно может не привлечь финансирования, и его воздействие будет слабым. Организации, ориентированные на политику, по определению должны быть избирательными при отборе дел. С более широкой политической точки зрения (в противоположность точке зрения конкретного истца), мало смысла в успехе отдельного дела, если этот успех препятствует достижению политических целей.

ii) Моральный риск

НПО по предоставлению юридических услуг обычно предоставляют свои услуги бесплатно. Это приводит к моральному риску, связанному с тем, что некоторые потенциальные клиенты могут злоупотреблять услугами, так как они им достаются бесплатно. Критерии отбора дел на основе существа дела помогают решить эту проблему, особенно в случаях процессов, ориентированных на клиента.

iii) Успех

Своевременное и тщательное расследование любого перспективного дела должно помочь в разработке наиболее подходящих стратегий для отбора дел, имеющих наибольшие шансы на успех и соответствующих целям организации.

В. Влияние задач и приоритетов на процесс отбора дел

Как уже отмечалось, конкретные критерии, используемые организацией, занимающейся стратегическим судопроизводством, в конечном счете зависят от целей и приоритетов организации и модели предоставления услуг. Ключевым предварительным вопросом является вопрос о том, как организация находит дело.

В ориентированных на клиентов организациях клиенты приходят в организацию и приносят свои дела. Отбор дел в таких ор-

ганизациях обычно ограничивается только (i) наличием у клиента средств, (ii) существом дела и (iii) наличием у организации ресурсов для ведения дела.

В противоположность, организации, ориентированные на политику, должны давать объявления и привлекать клиентов для продвижения конкретной программной цели или вопроса, поэтому в таких организациях составляется более строгий список критериев, применяемых для поиска наиболее подходящего дела.

Правозащитные организации специализируются на:

— делах о нарушениях конкретных прав (т. е. тематическая модель); или

— всех сферах, затрагивающих интересы конкретной группы меньшинства.

В случае тематической модели существует естественное ограничение числа дел, которые организация может принять. Однако даже в таком случае организация может определить некоторые проблемы как приоритетные, например, свобода слова, ограничения на СМИ или клеветнические заявления. Если определены приоритетные проблемы, остается выбрать стратегию для достижения поставленной цели — найти подходящее дело и представить его в соответствующем суде.

В случае если работа НПО направлена на защиту прав меньшинства, в связи с широким спектром возникающих проблем совершенно необходимо определять приоритеты. И снова нужно решать, как наилучшим образом можно достичь поставленной цели.

Критерии, применяемые многими организациями при отборе дел, включают:

- 1) финансовое положение клиента;
- 2) перспективы дела с точки зрения его существа;
- 3) тип клиента (например, женщины, дети, рабочие, беженцы или иммигранты);
- 4) тип дела (т. е. гражданское, уголовное дело, трудовой спор или дело о преступлении, караемом смертной казнью);
- 5) дела о коллективных правах в отличие от дел о правах конкретного человека; и
- 6) возможные результаты дела, рассчитанные на основе оценки воздействия.

Ниже приводится примерный список критериев отбора дел, применяемый многими НПО:

- 1) в деле поднимаются вопросы, имеющие важное значение для большого числа людей;
- 2) поднимаемый в деле вопрос связан с одним или несколькими тематическими приоритетами;
- 3) вопрос не может быть адекватно решен в рамках предоставления индивидуальной помощи; и
- 4) участие НПО наилучшим образом отражает общие интересы группы меньшинства.

6. Процесс планирования стратегического судопроизводства

Любая организация, желающая начать программу по стратегическому судопроизводству, должна определить свои конкретные цели и способы их достижения.

Процесс планирования стратегического судопроизводства можно для удобства разделить на три основных направления:

А. Является ли судопроизводство правильной стратегией?

- i) Какие вопросы выносятся на судебный процесс?
- ii) Каковы цели судебного процесса?

В. Определение соответствующего суда и юрисдикции.

С. Определение наилучшего «сценария дела» (т. е. наилучших фактов) для судебного процесса.

Целесообразно рассматривать эти критерии на разных этапах процесса планирования или в ходе работы над делом.

Важно с самого начала рассмотреть все возможные последствия судебного процесса, чтобы быть готовыми к любым поворотам дела в ходе разбирательства в суде.

На любом этапе процесса могут понадобиться различные стратегии, методики и методы (помимо судопроизводства), чтобы поддержать общую кампанию.

А. Является ли судопроизводство правильной стратегией?

і) Цели судебного процесса

После того как организация определила, что конкретный проект или дело отражает ее цели и приоритеты, проект или дело следует изучить на предмет его пригодности для рассмотрения в суде. Можно ли решить возникшую проблему юридическими способами, и является ли судебный процесс правильным методом с учетом всех обстоятельств? Ключевые вопросы включают:

а. Цели и метод

Какие конкретные цели предполагается достичь в ходе судебного процесса? Судопроизводство может быть только одним из многих методов. Например, гласность или политическое лоббирование (законодательная правозащитная деятельность) могут оказаться более эффективными в зависимости от обстоятельств.

б. Оценка воздействия

Какое общее потенциальное воздействие дела как в отношении создания будущего судебного прецедента, сдерживающего влияния на государство, государственные органы и других частных субъектов, так и в отношении его влияние на сообщество, интересы которого представлены в деле — в случае как успешного, так и неудачного завершения процесса?

с. Отношение сообщества

Как соответствующее сообщество будет воспринимать дело? Вызовет ли оно разногласия? Если правонарушения, поднимаемые в деле, являются повсеместно применяемой порочной практикой, организация может заниматься делом, несмотря на противодействие общественности. Организация должна попытаться понять причины противодействия переменам — является ли оно четко сформулированным и информированным?

д. Враждебность со стороны населения

Если население проявляет по отношению к меньшинству враждебность, целью организации может быть создание примера посредством применения жестких санкций или уголовного права. Использование кампании в СМИ и образование населения могут смягчить общественное мнение и создать массовую поддержку.

е. Трудности в получении доказательств

Если возникают трудности в получении доказательств для передачи дела в суд, цель судебного процесса может заключаться в том, чтобы убедить суды в необходимости принимать различные виды доказательств.

ф. Низкий уровень сознательности жертв

Если жертвы проявляют низкий уровень сознательности, наряду с судебным процессом можно использовать пропаганду и гласность.

г. Отсутствие финансирования

Имеется ли достаточно средств для финансирования дела в суде? Необходимо разработать стратегию финансирования дела.

h. Страх мести

Если истцы испытывают страх мести, организация может определить дела о мести и преследованиях как приоритетные. В таких случаях часто может оказаться целесообразным вести дело за пределами соответствующей юрисдикции, чтобы избежать местного давления и угроз.

і. Неэффективные санкции

Если на практике санкции суда осуществляются неэффективно, можно требовать, чтобы суд принял решение, в котором определяются реалистичные и реализуемые санкции, такие как (а) тренинги по соблюдению законов, (b) хорошая система мониторинга и (с) не только компенсация убытков, но и штрафные санкции.

ј. Правозащитная грамотность судей

Если судьи не имеют надлежащих знаний о правах человека или не хотят их получить, следует подумать о разработке тренингов и программ обучения для судей.

к. Всесторонний стратегический подход

Если в сфере ваших интересов отсутствует всесторонний стратегический подход, целесообразна координация с другими структурами для обсуждения стратегии и получения помощи в использовании различных методов для решения стоящей перед вами проблемы.

ii) Определение вопросов для судебного процесса — критерии отбора дел

Процесс отбора дел в большинстве случаев стимулируется сознанием того, что имеются правовые нормы или пробелы в законах, которые можно использовать для разработки законов в направлении, благоприятном для достижения вашей цели. Сотрудники НПО часто знают наиболее важные проблемы той группы, которую они представляют, а также имеющиеся правовые инструменты и подходящие суды. В других случаях необходимо провести обзор или аудит правового и политического поля, чтобы определить приоритетные проблемы и потребности, а также области, в которых правовая защита обеспечивается неадекватно. Такой обзор может основываться на результатах независимого исследования (например, исследование судебной практики на национальном или международном уровне, страновые доклады международных правозащитных организаций, обсуждения с другими юристами и НПО). Критерии отбора дел используются для выявления пробелов в законах, которые потенциально можно выгодно использовать для достижения конкретной цели.

Необходимо учитывать следующие факторы:

a. Существующие законы не исполняются

Существуют ли закон или правовая норма, которые относятся к делу, но не исполняются или не поддерживаются? Изучите соответствующие внутренние законы или международную судебную практику.

b. Соответствие международным нормам

Изучите, как национальные нормы толкуются правительством и судами, чтобы выяснить, в какой степени их толкование соответствует национальным и международным нормам. Имеются ли свидетельства несоответствия с такими нормами, которые можно оспорить в суде?

c. Передовой опыт

Найдите примеры передового национального и международного опыта (т. е. примеры наиболее выгодного применения существующих правовых норм). Оспаривались ли соответствующие правовые нормы на национальном, региональном или международном уровне, и если да, то с какими результатами? Знают ли об этих нормах судьи и адвокаты, работающие в национальных

судах? Можно ли такие нормы использовать или разработать с пользой для достижения ваших целей?

d. Ясность существующего закона

Является ли закон нечетким? Ясный закон дает жертвам возможность знать и отстаивать свои права, он способствует тому, чтобы потенциальные истцы возбуждали иски и оспаривали нарушения закона. Стратегия, направленная на преследование нарушений ясных и общепринятых законов, может обеспечить легкие победы и придать импульс в контексте кампании. Более рискованная и трудная стратегия состоит в попытке использовать менее четкие или спорные законы для создания нового судебного прецедента.

e. Применение действующего закона

Как на практике применяется соответствующий закон? Нуждаются ли государственные органы в руководстве со стороны судов относительно того, как следует соблюдать международные нормы в области защиты прав человека? Применяют ли государственные служащие конкретный закон произвольно и непоследовательно, и можно ли исправить ситуацию, если суды будут давать свои разъяснения?

f. Экономические, социальные и культурные права

Оформление нарушений прав человека как нарушений *гражданских и политических прав*, а не *экономических, социальных или культурных прав*, чаще приводит к успешному решению дел о правах человека, потому что исторически гражданские и политические права считаются более «подсудными» (т. е. их реализация подлежит законному принуждению). Обычно национальные суды неохотно рассматривают дела, в которых признание экономических, социальных или культурных прав может означать перераспределение государственных ресурсов что, по мнению судов, вовлекает их в процесс принятия политических решений, которые обычно принимает правительство. Однако сейчас имеются некоторые заметные исключения из этого общего правила. Некоторые национальные суды (например, в Южной Африке и Индии), по-видимому, готовы рассматривать дела о нарушениях таких прав в определенных обстоятельствах. Как обычно, рекомендуется проконсультироваться с соответствующими юридическими и научными

ми кругами, чтобы оценить, какой подход к этой проблеме могут выбрать суды в конкретном государстве.

g. Вероятность успеха

В каждом деле, где выявляются пробелы или проблемы, следует задать вопрос, какова вероятность успеха судебного процесса по соответствующей проблеме. Это в значительной степени определяется в ходе анализа конкретных фактов предлагаемого дела. Даже на стадии рассмотрения дела в национальном суде важно иметь в виду возможность обжалования решений национальных судов в Европейском Суде по правам человека или в другом международном суде. Эти соображения должны оказывать влияние как на стратегию, так и на способ документирования нарушений прав человека.

Выбирая из целого ряда вопросов, каждый из которых может быть успешным при создании прецедента, рассматривайте следующие варианты:

- Ищите законы, которые применяются недостаточно активно и могут использоваться и в других контекстах.
- Занимайтесь самой простой проблемой или такой, которая, в случае успеха, окажет максимальное воздействие.
- Выбирайте клиентов, в делах которых поднимаются различные проблемы.

h. Процессуальные цели

Помимо принятия законов, которые оказывают прямое действие на отдельных лиц, стратегическое судопроизводство можно использовать для выдвижения более технических или процессуальных вопросов права. Например, (i) проверка существующих в суде процедурных или доказательных препятствий, (ii) введение альтернативных (или более действенных) средств правовой защиты для лиц, требующих возмещения ущерба, или (iii) содействие более позитивным и прогрессивным действиям со стороны суда. Цель процесса может заключаться в обучении суда применению такой новой нормы или в разработке методик по переносу бремени доказывания.

i. Отрицательные решения суда

Даже если ясно, что суд, скорее всего, отклонит дело истца, иногда с точки зрения общей стратегии выгодно, чтобы суд принял вызывающе несправедливое решение (см. выше раздел 2).

Существует также много косвенных преимуществ судебного процесса, среди них гласность, обучение судей и адвокатов, расширение возможностей клиента. Может также случиться, что хотя дело и проиграно, но суд в этом деле разработал важный технический или процедурный вопрос таким образом, что этот вопрос можно будет выгодно использовать в следующем деле.

j. Промежуточные цели

Если в качестве метода выбирается судопроизводство, важно иметь четкое представление о его целях. Важно, чтобы для каждой кампании были разработаны четкие цели и более краткосрочные задачи для каждого этапа. Если общественность настроена крайне отрицательно по отношению к конкретному делу, стремление выиграть дело может оказаться непродуктивным, так как возможна обратная реакция со стороны общественности или политических сил. Однако некоторые НПО занимаются судебными процессами не в ожидании побед, а для того, чтобы привлечь внимание к проблеме, обучить судей и адвокатов, или заставить государственные органы или общественные институты принять меры. В качестве части общей стратегической кампании по защите конкретной группы меньшинства, для судопроизводства может быть определен ряд целей, помимо окончательной победы в апелляционном суде.

В. Выбор юрисдикции и суда

Вопрос состоит не только в том, какие суды или трибуналы обладают юрисдикцией для рассмотрения конкретного дела, но также в том, какие суды предлагают более благоприятную юриспруденцию, процедуры и средства правовой защиты.

i. Выбор суда

a. Соответствующее законодательство

Разрешается ли в рамках соответствующего национального законодательства или международного закона подавать жалобу в избранный суд с учетом фактов по вашему делу?

b. Возможность обжалования

Возможность обжалования является главным фактором успеха стратегического судопроизводства, учитывая его цели в сфере

правовой реформы. Поэтому важно понять, существует ли в соответствующих национальных судах надлежащая процедура обжалования. Кроме того, можно ли подавать апелляции в международный или региональный суд или трибунал? Сколько времени проходит, пока дело достигает стадии обжалования? В некоторых судебных системах этот процесс может оказаться более быстрым, чем в других.

с. Оценка потенциального воздействия

Получит ли успех в выбранном суде широкий резонанс или воздействие будет ограничено местным уровнем? Если эффект будет ограниченным, будет ли этого достаточно? Например, победа в Европейском Суде будет известна по всей Европе. Победа в верховном суде не самого влиятельного государства, даже если она более вероятна, может не привести к таким значительным результатам.

d. Дела, находящиеся на рассмотрении

Имеются ли дела по данной проблеме, которые уже рассматриваются в выбранных судах? Если да, можно немедленно воспользоваться случаем и предложить ваши услуги или информацию адвокатам, работающим над таким делом. Важно также обеспечить сотрудничество, чтобы любое такое дело не стало препятствием для будущего дела, которое ваша организация планирует представить в суде.

e. Предыдущие судебные решения или постановления

Какие имеются данные о том, как в каждом суде рассматриваются дела такого типа? Указывают ли предыдущие решения на то, что суд благоприятно относится к решению конкретного вопроса?

f. Быстрые победы

Следует найти юрисдикцию, в которой вы можете получить легкие и быстрые победы, чтобы приобрести импульс и заложить фундамент будущих успехов. Как минимум в начале вы можете отказаться от сложного дела, потому что это может затормозить весь процесс.

g. Системы общего права и статутного права

Являются ли прецеденты в системе общего права более значительными со стратегической точки зрения, чем победы в системе статутного права? В юрисдикциях статутного права придается

меньше значения предыдущим судебным решениям, поэтому в таких системах меньше возможностей для системных изменений через судопроизводство, чем в системах общего права, где судебные решения могут стать будущими прецедентами.

h. Дуалистические и монистические системы

В широком смысле слова, государства принимают «монистический» или «дуалистический» подход к применению в национальном праве положений международных договоров о защите прав человека. В монистических системах договор одновременно вступает в силу в международном праве и в национальном праве, но даже в этом случае международные договоры могут быть объектами интерпретации в соответствии с национальными конституциями и национальным законодательством. В дуалистических системах, с другой стороны, договор не становится частью национального законодательства до тех пор, пока он не будет введен в законодательство национальным законодательным органом. Поэтому оценивать вес, который конкретные национальные суды придают принципам международного законодательства о правах человека следует дифференцированно, в зависимости от конкретного случая.

i. Национальные суды

Если имеется возможность выбора юрисдикции, в которой можно возбудить дело, выбирайте национальный суд, решения которого будут наиболее влиятельными как внутри страны, так и на международной арене. Это обеспечит более значительное воздействие. Если имеется возможность выбора среди национальных судов или трибуналов, выбирайте тот суд, который вынесет наиболее благоприятное решение. Некоторые национальные суды применяют прогрессивный подход к праву общественных интересов. Например, в Индии, Бангладеш, Шри-Ланке и Пакистане имеется длительная история судопроизводства по праву общественных интересов (и новаторские процедуры в пользу общественности) в высших судебных инстанциях. Также важно выяснить, применяются ли в предполагаемом суде благоприятные процедуры, учитывая обстоятельства вашего дела (например, предоставляется ли юридическая помощь? Какая применяется процедура обжалования и т. п.).

j. Региональные и международные суды

Важно определить, как действия в международных судах или трибуналах будут сочетаться с другими действиями. Больше ли вероятности, что скорее договорной орган, чем региональный суд сможет придать импульс судебной практике по интересующему вас вопросу? В случае европейских государств, каково будет влияние Европейского суда или Европейского суда по правам человека? Имеются ли юрисдикции, в которых определенные вопросы или проблемы могут дать лучшие результаты в международном трибунале? Международный судебный процесс может быть более эффективным, чем судебный процесс внутри страны, если, например, государство, нарушающее международные нормы, заботится о своей международной или региональной репутации, или если имеются основания считать, что международная общественность более благосклонно относится к поднимаемой проблеме.

к. Суд и судьи

Компетентный, независимый и беспристрастный суд является необходимым условием для любой стратегии судебного процесса, цель которого заключается в создании прецедента. Однако судебный процесс может высветить коррупцию в судебной системе, если будет найдено соответствующее дело. Вследствие наличия в стратегическом судопроизводстве политического элемента, для таких процессов необходимо наличие активных и прогрессивных судей. Таким образом, благоприятные решения будет труднее получить в таких правовых системах, где применяется не динамический, а формальный подход к толкованию закона.

l. Адвокаты

Вероятность успеха в стратегическом судебном процессе ограничена, если в стране нет независимых и эффективно работающих адвокатов. В избранной юрисдикции адвокаты должны иметь возможность: (а) выполнять все свои профессиональные функции без запугиваний, препятствий, преследований или ненадлежащего вмешательства, (б) свободно перемещаться и консультироваться со своими клиентами как в собственной стране, так и за рубежом, и (с) избегать угрозы (или фактического) преследования в судебном порядке или административных, экономических или других санкций за любые действия, предпринимаемые в соответствии с

общепринятыми профессиональными обязанностями, нормами и этическими правилами. Пользуются ли адвокаты гражданским и уголовным иммунитетом в отношении письменных или устных заявлений, сделанных добросовестно, или в отношении их профессиональных выступлений в суде, трибунале или другом судебном или административном органе? Имеют ли адвокаты доступ к соответствующей информации, материалам и документам, находящимся в распоряжении властей, в сроки, позволяющие им предоставлять эффективную юридическую помощь своим клиентам? Признают и соблюдают ли органы власти положение о том, что все контакты и консультации между адвокатами и их клиентами в рамках их профессиональных отношений являются конфиденциальными? Имеются ли какие-либо ограничения свободы слова, совести, ассоциаций и собраний адвокатов? Могут ли адвокаты создавать или вступать в местные, национальные или международные организации и посещать их собрания, без ограничений их профессиональной деятельности вследствие их законных действий или членства в официальной организации? Могут ли адвокаты создавать и вступать в самоуправляющиеся профессиональные объединения, представляющие их интересы, способствующие постоянному повышению квалификации и обучению, и защищающие их профессиональное единство? Какова точка зрения коллегий адвокатов и правовых обществ на дело?

т. Политический и социальный контекст

1) Коррупция

Какой в стране уровень коррупции? Повлияет ли коррупция на дело? Будет ли решение суда выполнено?

2) Ответственное правительство

Как нынешнее правительство относится к вопросам защиты прав человека? Какая в стране экономическая ситуация? Находится ли правительство под политическим давлением (например, накануне выборов)? Развита ли в стране культура признания и понимания вопросов защиты прав человека?

3) Физическая опасность

Будет ли организация вести опасные дела с точки зрения политических влияний, которые могут привести к угрозам в адрес организации или ее руководителей? Если да, определите наиболее

эффективные способы устранения потенциального риска и сформулируйте стратегию.

ii. Применимые законы

Жизненно важно заранее знать, какие законы или нормы будут применять в деле избранный вами трибунал. Можно ли применять нормы международного права в национальном судопроизводстве? Можно успешно применять законодательство и прецеденты из других стран (в основном, решения верховных и конституционных судов), наряду с договорами ООН и региональными соглашениями. Ратифицировало ли государство соответствующие международные инструменты? Включены ли они в национальное законодательство? Существуют ли международные органы правоприменения? Делались ли оговорки при ратификации? Имеется ли письменная конституция с гарантиями защиты прав человека?

iii. Процедурные критерии

а. Судебные издержки

Возможность того, что истец по делу, рассматриваемому в стратегическом судебном процессе, может потерять свой дом из-за присуждения ему крупных судебных издержек, является сильным фактором, сдерживающим возбуждение таких дел.

В связи с судебными издержками возникают следующие вопросы:

- В каком размере оцениваются судебные издержки? (включая оплату услуг адвокатов, судебные издержки и другие выплаты, например, расходы свидетелей, гонорары экспертам, расходы на копирование материалов и дорожные расходы и т. п.). Можно ли их сократить?
- Существуют ли процедурные требования, такие как «обеспечение судебных издержек»? От истца может требоваться внести крупную сумму денег авансом для покрытия расходов противной стороны, если он проиграет дело.
- Может ли истец возместить свои расходы, если он выиграл дело против государства?
- Имеется ли какое-либо послабление правила «издержки после события»? (т. е. правило о том, что проигравшая сторона вы-

плачивает расходы выигравшей стороны). Это правило является фактором, серьезно сдерживающим истцов в делах по праву общественных интересов, так как в случае их проигрыша они будут вынуждены выплатить значительные суммы издержек. Из общего правила могут быть сделаны исключения, когда суды пользуются достаточной свободой действий для того, чтобы не присуждать проигравшей стороне выплату судебных издержек.

b. Ограничения по времени

Ограничения по времени могут стать препятствием для возбуждения дела, поэтому их следует учитывать при выборе суда. Во многих международных трибуналах существует ограниченный шестимесячный срок подачи дела после исчерпания внутренних средств правовой защиты. Необходимо определить, имеются ли строгие временные ограничения для подачи дела (ограничения по закону или практические ограничения). Являются ли такие ограничения срока препятствием для возбуждения дела? Повлияют ли они на качество представительства по делу? Может ли суд отменить ограничения по времени? Применяются ли новаторские подходы к ограничениям по времени? Например, индийские Верховные суды смягчают доктрину промедления⁹⁶ в делах о праве общественных интересов. Применяется ли доктрина промедления?

с. Процессуальная правоспособность

Учитывая, что судебные процессы по праву общественных интересов включают элемент правовой реформы, нормы о процессуальной правоспособности из частного права не вполне применимы. Однако во многих судебных системах все еще требуется доказать процессуальную правоспособность по нормам частного права.

1) Вмешательство третьей стороны

Главный вопрос для НПО заключается в том, разрешает ли суд вмешиваться в дела третьим сторонам (или даже возбуждать дела от имени жертв)⁹⁷. Большая часть работы НПО, связанной с судеб-

⁹⁶ Доктрина основана на следующей максиме: право на стороне бдительных, а не откладывающих осуществление своих прав; в рамках этой доктрины предусматривается, что заявитель должен предъявить свой иск или заявить о праве в течение разумного и оправданного срока, чтобы не ставить противную сторону в невыгодное положение.

⁹⁷ По этому вопросу см. статью 7(2) Расовой директивы — приложение 1 к настоящему пособию.

ными процессами, заключается во вмешательствах в дела в качестве *amicus*⁹⁸. Разрешено ли НПО подавать жалобы или вмешиваться, и если да, то при каких обстоятельствах?

2) Нововведения

Имеются ли какие-либо смягчения норм процессуальной правоспособности (например, в Индии в судебных процессах по праву общественных интересов иск могут предъявлять лица, которые не были лично затронуты определенными действиями)?

3) Групповые иски⁹⁹

Какие имеются возможности для предъявления группового иска? Учитывая противоречивый характер некоторых групповых исков о причинении личного вреда, рекомендуется определить, кому выгодно и кого затронет возбуждение группового иска, и какие общественные выгоды можно извлечь из такого дела.

d. Правила представления доказательств

В судебных процессах о защите прав человека участвуют наиболее уязвимые и маргинализированные группы общества. Часто представители этих групп имеют мало возможностей представить документы и доказать нарушения, совершенные против них. Правила представления доказательств, в частности правила, исключающие или подвергающие сомнению некоторые типы доказательств, могут служить препятствием для предъявления правомерного требования. Кроме того, очень трудно доказать некоторые виды нарушений, например, косвенную дискриминацию или институциональный расизм. Если процессуальные нормы это позволяют, может оказаться необходимым представить редко применяемые виды экспертных свидетельств (например, данные социологических исследований). Важно на начальной стадии разработать способ выстраивания доказательств, чтобы выяснить не-

⁹⁸ *Amicus* — это «друг суда», дающий суду оценку по вопросам права в конкретном деле. *Amicus* обычно не являются сторонами дела.

⁹⁹ Групповой иск — это представительский иск, в котором один или несколько истцов перечисляются в жалобе, наряду с их адвокатом, и ведут дело от собственного имени и от имени определенной группы против одного или нескольких ответчиков. Иски «представителей группы (или класса)» должны основываться на законе или фактах, общих для членов группы. Большинство групповых исков называются «групповыми исками истцов», однако, в ограниченных обстоятельствах групповой иск может быть предъявлен против одного или нескольких ответчиков, представляющих группу ответчиков, такой иск называется «групповой иск ответчиков».

подкрепленные доказательствами жалобы и определить, признает ли суд доказательства приемлемыми. Существуют ли правила, препятствующие получению доказательств от государственных ответчиков (например, со ссылкой на национальную безопасность или государственную политику)?

е. Корпоративные дела

В таких делах поднимаются отдельные сложные вопросы частного международного права, такие как концепция подведомственности *forum non conveniens* и понятие корпоративной конфиденциальности. В таких случаях необходима квалифицированная консультация.

ф. Исчерпание внутренних средств правовой защиты или другие альтернативные доктрины территориальной подсудности

В какой степени суд будет настаивать на формальном применении таких доктрин?

г. Способ предъявления иска

Насколько он формальный? (Например, в индийских судебных процессах по праву общественных интересов для возбуждения дела достаточно направить простое письмо).

iv. Выбор средств правовой защиты

Если для достижения цели судебного процесса необходимо конкретное средство правовой защиты, оно определяет тип процедуры и выбор суда. Клиент должен обсудить тип иска, который он предполагает предъявить, с адвокатом и/или НПО.

а. Гражданско-правовые средства судебной защиты

Аргументы за:

- Адвокат жертвы имеет больше возможностей контролировать судебный процесс и свободно может заниматься организацией и проведением судебных слушаний.

- Клиент получает компенсацию вреда. Какую можно получить сумму компенсации вреда?

- В гражданских делах легче соблюдать критерии доказанности (т. е. при балансе возможностей).

Аргументы против:

- Судебные издержки могут быть высокими (и не всегда подлежат возмещению).

- Уголовно-правовые средства судебной защиты оказывают более сильное сдерживающее действие.

- Теоретически доказательства быстрее собираются в уголовных делах, однако на практике часто происходит иначе.

- Иск о компенсации вреда в первую очередь выгоден тому лицу, которое предъявляет такой иск. У адвоката нет особого доступа к месту преступления.

- В некоторых судебных системах адвокаты не проявляют активности или желания тщательно проводить расследования за собственный счет.

- Во многих странах существует процессуальная норма относительно приостановки рассмотрения гражданских исков до решения по уголовному делу. Эта норма может быть открытой для интерпретаций. Наилучшим способом действий было бы возбуждение максимального числа дел с требованием о предъявлении независимого гражданского иска.

- В гражданском праве существуют некоторые понятия, такие как постоянное местожительство, которые могут затруднить некоторые иски о защите прав человека.

b. Уголовно-правовые средства судебной защиты

Препятствия к применению уголовно-правовых средств судебной защиты могут включать:

- Высокие требования к доказательной базе в уголовных делах для обвинительного приговора.

- Низкий уровень судебного преследования, поэтому меньше вероятности, что уголовно-правовые средства судебной защиты окажутся успешными.

- Отсутствие ресурсов, выделяемых регуляторным государственным органам.

- Неадекватность штрафов по уголовным делам, которые не являются сдерживающим фактором (т. е. крупной корпорации будет дешевле заплатить штраф, чем делать регулярные отчисления на здравоохранение и безопасность).

- В случаях международных корпораций головные компании находятся за пределами юрисдикции местных судов.

- Трудности с возбуждением дела.

- Опасность превращения ответчика в «мученика».

с. Новаторские средства правовой защиты

Индийские суды не только присуждают компенсацию ущерба по искам о защите общественных интересов, но также вносят коррективы на будущее (например, они организуют судебные слушания, разрабатывают планы помощи и средства правовой защиты, контролируют их реализацию и направляют официальных представителей для периодических проверок применения новых средств правовой защиты). Суды США также требуют, чтобы власти вводили позитивные меры.

С. Выявление дела с наилучшим фактическим материалом

Цель заключается в выявлении набора фактов или сценария дела, в котором наилучшим образом будут применяться законы и средства судебной защиты, избранные для достижения цели судебного процесса.

Выбор правильного сценария дела, который будет представлен в суде и в котором наилучшим образом будут использоваться конкретные законы — это сложная задача. Организация должна оценить, какие конкретные вопросы лучше всего поднимать в деле конкретного истца или группы истцов, потому что суд может проявить склонность к решению дела в их пользу, или нуждается ли конкретная группа (например, лица, не являющиеся гражданами данной страны), в связи с ее уязвимостью, в отступлении от предыдущего правила.

Точно так же, следует тщательно выбирать ответчика, чтобы до максимума увеличить успех и воздействие. Часто легче возбудить дело в юрисдикции с разнородным населением, потому что в таких юрисдикциях можно найти лиц, дискриминируемых по различным признакам.

i. Как найти клиента?

Клиенты могут быть «наняты» через местных партнеров, других НПО, в ходе тренингов или образовательных программ для местных адвокатов, при работе на местах, при проведении опросов через местные отделения социальных служб или общественные

структуры. Следует отметить, что во многих странах адвокатам предлагается давать рекламу для привлечения клиентов. Это может стать серьезным препятствием для способности организации разработать выигрышное дело.

При поиске клиента следует учитывать следующие рекомендации:

- Ищите клиента, которого дискриминируют по различным признакам или права которого были нарушены много раз.
- Придерживайтесь традиционных сфер деятельности при тестировании дел, например, в некоторых юрисдикциях исторически сложилось так, что тестирование дел в ходе процесса приема на работу стало признанным методом.
- В связи с ограничениями по времени (например, шесть месяцев после исчерпания внутренних средств правовой защиты в случае Европейского суда по правам человека), часто бывает трудно найти наиболее подходящее дело.

ii. Истец или заявитель

В делах, предполагаемых для стратегических судебных процессов, следует тщательно оценить особенности и личные обстоятельства истца, особенно если главной целью таких дел является не отстаивание интересов клиента. Однако судебные процессы, направленные на социальные перемены, происходят только тогда, когда люди, особенно клиенты, идут на риск.

а. Личные особенности клиента

Личные особенности клиента должны быть такими, чтобы вызывать благосклонность суда (например, в его восприятии уровня нарушения и убедительности клиента) и, в общем, способствовать успешному ходу судебного процесса.

«Идеальный» истец

В зависимости от фактов по делу на суд может повлиять возраст, расовая принадлежность, пол, сексуальная ориентация, язык, национальность или место проживания клиента.

Уровень и качество образования клиента, его опыт и понимание процесса могут облегчить для него бремя судебного процесса и обеспечить более успешную кампанию.

Точно так же и личность клиента — его убедительность, уверенность в себе, дружелюбность, умение вызвать к себе доверие, настойчивость, решительность или способность быстро восстанавливать душевные силы — может вызвать симпатию суда и облегчить процесс. Просмотрит ли клиент материалы дела? Какой уровень доверия установился между клиентом и главными адвокатами? Является ли клиент хорошим свидетелем по собственному делу? Биография клиента, даже не связанная с конкретными фактами по делу, может повлиять на суд как положительно, так и отрицательно (например, страдания в прошлом, пытки и страх, или отрицательные аспекты, такие как уголовное прошлое, наркомания или проституция). Подобно этому, история прошлых пыток может отрицательно сказаться на воспоминаниях или ясности изложения клиента, что следует учитывать при разработке стратегии дела.

б. Личные обстоятельства

Личные обстоятельства клиента следует рассмотреть с точки зрения вероятности успеха дела, а также с точки зрения того, как успех или провал дела может отразиться на жизни клиента. Как клиент будет оплачивать дело (если он должен это делать)? Имеет ли клиент работу, поддержку семьи, и может ли он получить разрешение отсутствовать на работе? Какая возможна поддержка со стороны общественности — финансовая, практическая или эмоциональная? Какие у клиента перспективы на будущее в случае, если он возбуждает дело и в случае, если он не возбуждает дело? Какие негативные последствия могут возникнуть в связи с успешным завершением дела, и как они отразятся на жизни клиента?

Помимо правозащитных целей судебного процесса следует учитывать также и моральные соображения — дело может быть успешным, но что если оно разрушит жизнь клиента?

с. Групповые иски

Больше ли шансов для достижения целей, определенных в деле, у группового иска, по сравнению с индивидуальным иском? Имеется ли группа заявителей, к которым суд проявляет симпатию? Имеется ли в этой группе признанный лидер или процедуры принятия решений от имени всей группы? Отсутствуют ли наиболее активные члены группы? Почему? Повлияет ли их отсутствие на процесс предъявления иска?

iii. Ответчик

Ответчика следует выбирать на основе содержания соответствующих законов, процедурных требований дела, вероятности успеха и потенциального воздействия положительного решения.

а. Национальное правительство

Национальное правительство является одним из наиболее часто выбираемых ответчиков по стратегическим делам в небольших юрисдикциях. В отношении национального правительства можно задать следующие вопросы:

- Выступает ли правительство против предлагаемого изменения? Почему?
- Организована ли политическая оппозиция? Выступает ли она? Будет ли оппозиция оказывать давление на правительство в данной области?
- Оказывают ли поддержку другие политические партии/политики?
- Насколько профессиональны адвокаты государства? Какую стратегию они могут принять?
- Приближаются ли выборы, которые могут повлиять на решение вопроса — положительно или отрицательно?

б. Властные структуры более низкого уровня

Местные органы власти, государственные ведомства или институты, правительства субъектов федерации в федеральной системе также могут быть ответчиками. Помимо вопросов, относящихся к их способности проводить собственную защиту в суде, властные структуры более низкого уровня обычно являются органами, на которые возлагается обязанность реализовывать любые изменения в политике. Необходимо рассмотреть следующие вопросы:

- Имеются ли фонды или инфраструктура для осуществления изменения в политике? Существует ли институциональная оппозиция? Как ее можно преодолеть?
- На каком уровне находится ответчик? Какую поддержку ему оказывают более высокие уровни власти?
- Насколько хорошие отношения сложились между властью и СМИ? Как они решали этот вопрос до сих пор? Является ли он частью политики правительства? Чем объясняется отсрочка? Можем ли мы включить этот вопрос в нашу программу?

с. Корпорации

Иски против крупных корпораций могут стать примером и оказать огромное воздействие (особенно, когда они сопровождаются широкой общественной кампанией, которая может нанести удар по прибылям корпорации). Существуют юридические и тактические препятствия для выбора в качестве ответчика частной компании вместо государственной структуры. Большинство корпораций могут привлечь огромные юридические ресурсы, а правовые вопросы, такие как корпоративная конфиденциальность и выбор юрисдикции, делают такие дела особенно трудными. Необходимо получить консультацию юристов-экспертов. Однако демонстрация нарушений, происходящих в корпорации, является мощным средством продвижения реформы. Реакция главных заинтересованных сторон корпорации (т. е. (i) акционеров, (ii) кредиторов, (iii) конкурентов, (iv) менеджмента, (v) сотрудников, (vi) общественности или рынка, (vii) структур, регулирующих рынок) будет важным фактором успеха или неудачи стратегического судебного процесса против корпораций.

d. Ответчики — физические лица

Физические лица редко бывают ответчиками по стратегическим делам. Такие ответчики не могут обеспечить ни глубоких карманов корпораций, ни потенциала правительства в отношении реформы государственной политики.

iv. Факты по делу

Важно выбирать стратегические дела, которые суды не могут проигнорировать (например, серьезное нарушение или нечто, близкое по сути к гражданским и политическим или экономическим и социальным правам). Старайтесь выявить самую важную проблему конкретной группы или самую легкую с точки зрения установленного прецедентного права. При формулировании сценария «наилучшего дела» адвокаты должны постараться понять склонности различных судов и трибуналов и иметь представление об их предыдущих решениях, чтобы выяснить, какие факторы, вероятнее всего, могут повлиять на такой суд или трибунал. Важно согласовать сильные и слабые стороны дела со склонностями суда. Это особенно важно, когда существует риск создания бесполезно-

го прецедента, который может скорее причинить вред, чем пользу. Также важно понимать, какие факты по делу будут благоприятно восприняты региональными органами, знать содержание их прошлых решений, а также разбираться в том, как можно использовать их решения.

v. Доказательства

Успех стратегического судебного процесса зависит не только от качества представленной суду проблемы, но и от качества доказательств, подтверждающих иск заявителя. Теоретически хорошее дело может на практике оказаться неподходящим, когда будут собраны все доказательства.

7. Управление делом и стратегия

При управлении делом, представляемым на стратегическом судебном процессе, следует учитывать широкий круг вопросов. Еще раз отметим, что стратегия дела зависит от того, какие цели преследует организация. Разработка стратегии дела особенно важна, если предполагается, что судебный процесс будет проигран, но он используется для освещения проблемы. В странах с системой общего права цель может заключаться в создании прецедента через тестовый (пробный) судебный процесс, а в юрисдикциях статутного права — в разработке норм, которые будут иметь вес для будущих судебных определений. Если цель состоит в расширении возможностей клиента, стратегия будет существенно отличаться. Большая часть работы по управлению делом будет связана с координацией усилий и целей адвокатов, клиентов и НПО.

A. Стратегия дела

В обычном судебном процессе адвокат решает *самостоятельно или в соответствии с инструкциями клиента*, какие шаги следует предпринять при работе над делом. Он консультирует клиента относительно альтернативных вариантов и действует в соответствии с пожеланиями клиента. В судебном процессе, ориентированном на политику, где основное внимание уделяется проблеме,

нет такой ясности в том, как следует принимать решения. Поэтому возникают более сложные вопросы, на которые адвокат или НПО должны искать ответы.

i. Цели клиента и процесс принятия решений

Каковы цели клиента, и как адвокат может помочь клиенту четко определить эти цели? Какую настойчивость проявляет клиент для достижения этих целей? Должна ли организация оказать на клиента давление, чтобы он пошел дальше? Объясняете ли вы клиенту стратегию? Какая роль отводится клиенту или группе в процессе принятия решения? Как будет структурировано их участие в судебном процессе? Поможет ли им их участие решать в будущем подобные или связанные проблемы? Чем более технический вопрос, тем меньше смысла в демократическом процессе принятия решений, в противном случае следует привлекать общественность к определению целей. Когда привлекается НПО, происходит ли на практике делегирование главным адвокатом вопросов стратегии внешнему эксперту? Это более эффективно, даже если такое делегирование описывается как недемократичное и непредставительное.

ii. Другие методы

Помимо судебного процесса имеются ли другие методы достижения целей клиента? Больше или меньше вероятности того, что такие методы могут оказаться эффективными? Важно оценить потребности клиента, который часто является представителем другого социально-экономического класса или культуры.

iii. Факторы, определяющие стратегию дела

При разработке стратегии дела применяются почти такие же факторы, как и при отборе дел:

- Кто является ответчиком, и как оценивается его уровень заинтересованности? Кто поддерживает ответчика?
- Кто еще заинтересован в данной проблеме, и как проявляется эта заинтересованность? Будут ли они поддерживать позицию клиента?
- Будут ли заинтересованные стороны стремиться к совместной работе для решения проблемы? Могут ли другие стороны, ин-

терес которых менее определен, поддержать решение поставленной проблемы?

- Существует ли альтернативное или компромиссное решение, которое отвечает нуждам обеих сторон? Можно ли изучить другие пути решения проблемы?

- Каковы сильные и слабые стороны дела клиента? Каковы сильные и слабые стороны позиции противной стороны? Каковы юридические основания и насколько сильны эти основания по существу, в рамках системы, и с точки зрения общественного мнения?

- Насколько вероятно благоприятное отношение суда к данному иску?

- Какими будут политические последствия как победы, так и поражения в суде?

- Является ли правовая теория ясной и простой, а средство судебной защиты — легким для реализации?

- Лучше ли подготовлена другая организация для ведения этого дела?

- По определению цель стратегического судебного процесса заключается не в урегулировании, а в изменении закона. Это лишает адвоката одного из главных инструментов его работы в суде, и может вызвать отрицательную реакцию суда.

iv. Отношение к клиенту

Важно оценить, как на клиенте и его интересах будут отражаться результаты процесса и конкретная стратегия. Должен ли адвокат убеждать клиента продолжать дело, несмотря на то, что вероятность успеха невелика? Выдержит ли клиент длительный процесс обжалования, если это необходимо? Обязан ли адвокат объяснить клиенту общую стратегию, независимо от того, влияет ли она на дело клиента? Этично ли не сказать клиенту о дополнительной причине избранной стратегии? Имеется ли допустимая причина, позволяющая клиенту не знать о стратегии?

В. Адвокаты клиента

Качества главного адвоката являются определяющими для успеха дела. Когда адвокаты принимаются за правозащитные дела,

они рискуют подвергнуться остракизму, потерять престиж и получить карательное наказание. Важно, чтобы над делами работали прекрасные адвокаты, и чтобы соблюдались все процедурные сроки. При оценке качеств местных адвокатов необходимо учитывать следующие факторы:

i. Биография и опыт

Как давно практикует данный адвокат? Имеет значение образование, общий профессиональный опыт и опыт в данной конкретной области права, опыт работы в соответствующем трибунале или суде, репутация, личное знакомство с судьями и другими адвокатами, профессиональные качества как адвоката, общие сильные и слабые стороны, успехи в данной области, опыт работы по данной правовой проблеме и вообще в сфере защиты прав человека. Сколько адвокат вел дел? Как завершались его дела? Представлял ли адвокат других лиц из этого же меньшинства? Знаком ли адвокат со специфическими стратегическими проблемами в соответствующей области? Понимает ли адвокат, какие доводы будут выдвигаться против клиента? Имеет ли адвокат связи и опыт работы с НПО? Какие у адвоката установились контакты и отношения с коллегами?

ii. Убеждения адвоката

Важно, чтобы взгляды адвоката не препятствовали успеху дела. Например, адвокат, не признающий равенства группы, которую представляет клиент, не может быть достойным представителем. Как адвокат относится к личным и политическим решениям клиента? Какие у адвоката связи и понимание соответствующего сообщества? Легко ли с адвокатом иметь дело?

iii. Управление и ответственность

Имеется ли у адвоката время и ресурсы, чтобы вести дело? Проявляет ли он желание получить помощь (экспертизы, консультации) соответствующих организаций, в частности, свидетельские показания экспертов? Использовал ли адвокат свидетелей-экспертов в деле, подобном настоящему делу? Кто будет выполнять большую часть работы по делу — адвокат или его помощник? Ка-

кой опыт имеется у помощника в делах такого типа? Будут ли они консультироваться с другим адвокатом? Какая офисная поддержка будет обеспечиваться (является ли адвокат частным предпринимателем, работает в партнерстве с другими адвокатами, в юридической компании или НПО)? Имеется ли у адвоката личная и финансовая поддержка, служба поддержки и материальная база для проведения расследования? Какие требования выдвигают другие клиенты? Имеется ли у адвоката доступ к информационным технологиям, прецедентным делам и к кадрам (параюристам, помощникам)? Располагает ли адвокат временем (следует выяснить, сколько он ведет дел, и в какой области специализируется)? Насколько хорошо адвокат обеспечивает управление делами?

iv. Гонорары и расходы

Установлена ли ставка за первую консультацию? Следует ли выплатить адвокату предварительный гонорар? Какой счет выписывается клиенту? Ставка рассчитывается по часам работы? Какова ставка за час работы? Обсуждаются ли условия выплаты непредвиденного гонорара? Какова предварительная общая сумма расходов на адвоката?

С. Финансирование судебного процесса

В различных правовых системах действуют разные правила в отношении расходов на судебный процесс.

В большинстве правовых систем проигравший истец должен не только оплатить услуги своего адвоката, но также и большую часть или все расходы, которые понес выигравший ответчик в связи с процессом.

Учитывая, что дела в рамках стратегических судебных процессов часто являются «новыми и рискованными», система, в которой проигравший покрывает все издержки, является сдерживающим фактором для стратегического судебного процесса. Эта проблема усугубляется тем, что у государственных и корпоративных ответчиков карманы всегда глубже, чем у простых людей и НПО. Поэтому для таких дел необходимы активные и творческие адвокаты, способные найти нестандартные решения вопросов финанси-

вания. Ниже приводится неисчерпывающий список возможных вариантов финансирования:

i. Непредвиденные гонорары

Некоторым адвокатам (например, атторнеям в США) разрешается заключать соглашения о непредвиденных гонорарах, согласно которым гонорар адвоката выплачивается как процент от суммы присужденной компенсации ущерба. Однако такие соглашения запрещены во многих других правовых системах.

ii. Соглашения об условных гонорарах

В некоторых юрисдикциях (например, в Англии и Уэльсе) солиситорам разрешено заключать с клиентами соглашения об условных гонорарах, согласно которым адвокат получает повышенную или пониженную сумму гонорара, в зависимости от успешного решения суда или от суммы присужденной компенсации ущерба.

iii. Юридическая помощь

Во многих правовых системах истец может получить юридическую помощь на полное или частичное финансирование судебных издержек.

iv. Страхование юридических расходов

В некоторых юрисдикциях можно за определенную сумму гонорара (или взнос) получить страховку, чтобы застраховать истца от его собственных расходов на судебный процесс, а иногда и от расходов его оппонента, если дело будет проиграно. Однако такой вид помощи будет трудно получить, если дело считается «новым и рискованным».

v. Работа *pro bono*

На практике самым лучшим решением является партнерство с участием ученых, НПО и частнопрактикующих адвокатов, работающих *pro bono* (т. е. без гонорара). Однако даже в таких случаях все же необходимо оплачивать общие расходы (например, расходы на дорогу, судебные сборы и т. п.).

D. Стратегии поддержки судебного процесса

К стратегиям поддержки судебного процесса относятся сети НПО, кампании в СМИ, международное давление, поддержка населения, законодательная реформа и образование. Также важно обеспечить участие независимых государственных ведомств (таких как национальные комиссии по правам человека), проводить тренинги для судей и адвокатов, исследования и опросы, и проводить обмен информацией. Важно определить, какие можно использовать местные ресурсы. Используйте внешних экспертов и проводите анализы (особенно в делах об охране окружающей среды). Используйте анализ международного права, проводимый НПО. Работайте с другими НПО. Консультируйтесь со специализированными юридическими информационными центрами, которые предоставляют информацию, помогают готовить материалы по делу и выступают в качестве *amicus curiae*.

i. Дружеская помощь при изучении вопросов права или фактов по делу

Помощь других специалистов в правозащитной области может понадобиться при изучении вопросов права или фактов по делу, или для другой поддержки доводов, выдвигаемых от имени заявителя или в ходе общей кампании.

ii. НПО

НПО могут обеспечить общую помощь при проведении кампании, установлении фактов, сетевой работе или в качестве *amicus curiae*. Следует определить сильные стороны сообщества НПО в соответствующей юрисдикции и на международной арене в отношении поставленной проблемы. Если дело касается трудовых отношений, необходимо заручиться поддержкой профсоюзов. Какие сложились взаимоотношения между правовым сообществом, судьями и другими НПО? Насколько хорошо НПО разбирается в существе дела и в правовых вопросах? Соответствуют ли цели НПО целям судебного процесса? Каковы возможности НПО по мобилизации поддержки и организации широкой кампании гласности? Как НПО присутствует на международной арене?

iii. Другие *amici curiae*

Следует оценить *amici curiae* по таким показателям, так престиж, знания, репутация, мотивы и значение их вклада, а также вес в конкретном трибунале. Следует выяснить, допускается ли их участие в конкретной юрисдикции, сколько *amici curiae* разрешается представлять свои заключения, и если их число не ограничено, сколько таких заключений следует подавать. Если существует много *amici*, их следует организовать и координировать, чтобы обеспечить наилучшее сочетание доводов. Государства могут подавать заключения *amici* в определенные трибуналы. К каким результатам это приведет? Можете ли вы провести с ними переговоры?

iv. Исследования

Исследования являются мощным инструментом для обоснования фактической базы по делам, имеющим большое общественное значение, и для разработки сильных или новаторских юридических доводов. Используйте ученых, чтобы они написали обзорные статьи о новых правовых нормах.

v. Национальные правозащитные институты

Национальные правозащитные институты или специализированные органы по равенству могут играть важную роль в установлении фактов или выступать в качестве *amici*.

vi. Гласность и привлечение поддержки общественности

Гласность — это инструмент, который может использоваться самостоятельно (например, такими организациями, как Международная амнистия) или в сочетании с кампанией по стратегическому судопроизводству. Гласность в значительной степени способствует образованию населения в вопросах правозащитной идеологии и в понимании конкретных нарушений прав человека.

а. СМИ

Является ли гласность доступным средством? Получила ли данная проблема широкое освещение в прессе (интерес со стороны печатных изданий или деятельность НПО)? Повредит ли гласность делу или заявителю и его семье или сообществу, которое он пред-

ставляет? Обеспечивается ли свобода слова? Имеется ли заинтересованность прессы? Может ли данная проблема привлечь внимание общественности? Существуют ли юридические препятствия для гласности? Будет ли плохая гласность представлять проблему? Как вы решаете вопрос гласности? Имеется ли возможность привлечь недорогой и качественный пиар? Для поддержки усилий по проведению судебного процесса может оказаться необходимым наладить сотрудничество с другими НПО, имеющими опыт в проведении кампаний в СМИ.

в. Политики

Как к данной проблеме относятся местные политики? Поднимали ли местные политики данный вопрос в СМИ, в парламенте или в местных органах власти? Какова реакция политических партий? Можете ли вы использовать политическую поддержку, чтобы мобилизовать помощь и ресурсы и обеспечить максимальное воздействие? Как широкая общественность относится к политикам, выступающим на вашей стороне? Политические экстремисты могут нанести вред, если будут выступать в поддержку вашего дела. Более умеренные политики могут отмежеваться от такой позиции.

vii. Поддержка дела

а. Работа по делу

Что можно сделать за пределами зала суда, чтобы обеспечить поддержку дела? Какую, не предусмотренную законом работу можно сделать, чтобы обеспечить поддержку дела? Могут ли такие действия подорвать судебный процесс? Обеспечат ли такие действия устойчивое изменение ситуации? Какой вид поддержки данной проблемы уже имеется? Проводятся ли добровольные исследования или расследования? Может понадобиться помощь экспертов для установления фактов или подготовки технических доводов. Организация может разработать краткие информационные сообщения по конкретным вопросам. Следует разработать юридические меморандумы, содержащие полезные сведения о региональных международных правовых нормах и о сравнительном анализе таких норм, относящихся к каждому вопросу (например, позитивные действия, использование статистических данных вместо данных тестирования). Можно привлечь других членов Коллегии адвока-

тов. При разработке выигрышного дела самым главным вопросом является выяснение фактов. Насколько хорошо установлены или насколько оспариваемы факты по делу? Нужна ли поддержка для проведения расследования? Имеются ли процессуальные инструменты, такие как истребование документов?

б. Финансирование

Схемы финансирования включают общее финансирование НПО, финансирование конкретного дела, соглашения о непредвиденных гонорарах и юридическую помощь. Является ли дело таким, на которое выделяется конкретное или общее финансирование? Обеспечивается ли достаточная финансовая поддержка, чтобы довести дело до конца? Можно ли привлечь финансовые средства, чтобы начать дело? Как гласность повлияет на дальнейшее финансирование из данного источника? Получение финансирования от государственных органов вызывает философские рассуждения. Такое финансирование может скомпрометировать независимость организации.

viii. Семья заявителя, местное сообщество и сообщество, которое представляет клиент

Часто в погоне за достижением «больших» целей стратегического судебного процесса, направленных на изменение политики, забываются потребности заявителя. Однако благополучие клиента жизненно важно для успеха дела (и для его собственной решимости участвовать в деле). Принесение клиента в жертву ради общественной пользы противоречило бы либеральной философии, лежащей в основе современных гражданских и политических прав. Более того, общеполитические цели стратегического судопроизводства направлены на улучшение положения определенного сообщества. Если этому сообществу в ходе кампании по стратегическому судопроизводству наряду с пользой наносится и вред, любой достигнутый успех обесценивается.

а. Семья

Имеет ли заявитель семью — жену или мужа, партнера, сколько у него детей? Как семья относится к данной проблеме и к возможному судебному процессу? Где они живут? Если они живут в районе, где судебный процесс может им навредить, это становит-

ся проблемой. Могут ли они участвовать в деле как жертвы/дополнительные заявители? Пострадают ли они, если будет предъявлен иск или если дело получит освещение в СМИ — дети в школе, супруг или партнер в обществе или на работе (например, в традиционном обществе — муж, жена которого выступает за перемены), или со стороны других членов семьи? Также возникает вопрос об уважении к культурным и социальным традициям. Воздействие является важной целью, но не за счет более значительных ценностей.

b. Местное сообщество

Существует ли в местном сообществе поддержка или оппозиция? Пострадает ли заявитель и его семья от отрицательной реакции в случае возбуждения дела? Понимают ли они, что их ждет? Как можно снизить такую отрицательную реакцию? Какие правовые действия можно предпринять в этом отношении?

с. Управление сообществом, которое представляет клиент

Важно информировать соответствующее сообщество, организовывать поддержку со стороны этого сообщества и понимать его ценности.

Необходимо учитывать следующие вопросы:

- Определите сообщество, в интересах которого возбуждается дело. Обладает ли это сообщество развитой идентичностью и имеется ли в нем ряд общественных организаций?
- Кто играет главные роли в данном сообществе? Каковы их взгляды, личности и т. п., и какой уровень влияния они оказывают на других членов сообщества? Являются ли они лидерами или активными экстремистами?
- Каковы главные ценности данного сообщества? Как настоящее дело согласуется с этими принципами/ценностями и т. п.?
- Насколько хорошо заявитель интегрирован в сообщество и насколько он разделяет ценности этого сообщества?
- Поддерживает ли сообщество заявителя и его иск?
- Имеются ли оппозиционные группы в сообществе или оппозиционные сообщества? Насколько развито оппозиционное сообщество? Определите ценности, активных сторонников и т. п. любой оппозиционной группы.
- Насколько хорошо согласуются между собой ценности сообщества, НПО, адвокатов и заявителя?

- Присутствует ли в сообществе религиозный или фундаменталистский элемент? Существуют ли в сообществе проблемы наркомании, преступности или отсутствия материальной базы? Выдвигались ли ранее иски от имени данного сообщества? Какие решения принимались по таким делам? Какие виды поддержки оказывались в таких делах, какие возникали проблемы или вопросы в ходе рассмотрения этих дел?

- Существуют ли специализированные НПО, которые занимаются проблемами, наиболее важными для данного сообщества?

- Постарайтесь понять, какая философия лежит в основе возникших проблем. Как соответствующее сообщество и его организации/активисты воспринимаются широкой общественностью/населением? Является ли поднимаемый вопрос таким, который может вызвать широкую оппозицию в обществе или только на политическом/институциональном либо правительственном уровне? Позволит ли судебный процесс расширить полномочия клиентов или представляемой ими группы? Если велика вероятность того, что судебный процесс будет проигран, насколько важен элемент расширения полномочий? Предоставляет ли судебный процесс группе или ее представителю «право голоса», которого в противном случае они были бы лишены? Имеются ли альтернативные способы решения конфликта? Проявят ли заинтересованные стороны желание совместно работать над достижением приемлемого решения? Обеспечат ли они поддержку?

8. Реализация после судебного процесса

Политические перемены невозможно осуществить без реализации достигнутого успеха. Воздействие в значительной степени зависит от работы, следующей за победой в суде. В публикации Фонда Форда «Много дорог к правосудию» этот вопрос определяется как один из главных вопросов — даже хорошие законы и постановления не вводятся в действие. Главный вопрос, который следует задавать заранее, это вопрос о том, будет ли реализовано решение суда. Неадекватные ресурсы или сомнительная репутация могут помешать воздействию успешного дела. Воздействие победы в судебном процессе может быть подорвано, если оно не

сопровождается другими социальными стратегиями (например, общественные службы, новая государственная политика и т. п.). Для обеспечения полного воздействия дел, успешно решенных в ходе судебного процесса, жизненно важно наладить сотрудничество с организациями на местах.

Поэтому важно планировать воздействие. Следует заранее попытаться ответить на следующие вопросы:

- Имеются ли основания контролировать правоприменение, в том числе процедуры исполнения решений суда, и включать этот элемент в стратегии судебного процесса, направленного на применение гражданско-правовых или уголовно-правовых санкций?
- Допускается ли частное обвинение, когда государство не способно принять меры?
- Существуют ли независимые судебные органы, демократические институты и механизмы противодействия коррупции?
- Являются ли правовые полномочия и институты адекватными для обеспечения эффективной реализации результата (т. е. законы, предусматривающие правоприменение, демократические институты, соблюдение принципа верховенства права и независимость судебной власти — национальная инфраструктура)? Существует ли комиссия по правам человека?
- Имеется ли возможность получить юридическую помощь (для того, чтобы другие лица могли воспользоваться созданным прецедентом для защиты своих прав, необходимо, чтобы существовала какая-либо форма юридической помощи)?

СТРАТЕГИЧЕСКОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО НА ПРАКТИКЕ

1. Опыт Европейского центра по правам рома

Европейский центр по правам рома

Европейский центр по правам рома (ЕЦПР) обеспечивает юридическую помощь рома, ставшим жертвами нарушений прав человека. Большинство таких случаев связаны с тем, что рома подвергаются насилию или расовой дискриминации по расовому признаку. Через Программу правовой защиты мы предоставляем финансирование местным адвокатам или национальным организациям по праву общественных интересов для представительства потерпевших рома в национальных судах. Если невозможно обеспечить внутреннее средство правовой защиты, ЕЦПР и местный партнер часто направляют дело в международный суд или трибунал, в основном в Европейский суд по правам человека или в соответствующий орган ООН.

Мы не можем поддерживать каждое дело. Поэтому мы применяем принципы стратегического судопроизводства. При определении дел, которые будут поддерживаться, мы применяем следующие критерии:

- поднимается проблема, имеющая большое общественное значение и относящаяся к защите прав рома;
- идет речь об особенно тяжком нарушении прав человека;

-
- оценка качества юридического представительства и обоснованности предлагаемой стратегии защиты;
 - потенциальное воздействие данного дела на подобные дела или на национальную судебную практику;
 - потенциальная возможность публичного освещения дела для достижения более широкой просветительской цели.

В конце октября 2003 г. у нас было 120 дел в стадии рассмотрения национальными судами, 32 дела в Европейском суде по правам человека и пять дел в органах ООН.

Некоторые общие проблемы и извлеченные уроки

А. Доказывание случаев дискриминации

Проблема: Во многих странах в рамках действующего законодательства жертвам трудно представить доказательства дискриминации, использовать показания в суде. Пример:

Дело Каталин Ф.

Венгерская женщина ромского происхождения, Каталин Ф., прочитала в газете объявление о работе горничной в гостинице. Она позвонила в гостиницу, чтобы узнать, имеется ли еще эта вакансия, и ей сказали, что место не занято. Когда она пришла, служащий гостиничной регистрации попросил ее подождать и ушел в офис менеджера, который находился за регистрацией. Каталин услышала, как служащий регистрации сказал менеджеру, что «молодая цыганская девушка хочет получить работу». Она также слышала ответ менеджера: «Я ненавижу цыган, и в моей гостинице они никогда не будут работать». Служащий регистрации вернулся к Каталин и сказал ей, что на эту работу уже взяли другого человека. Когда дело поступило в суд, работники гостиницы заявили, что Каталин вообще к ним не обращалась. Несмотря на распечатку телефонных разговоров, свидетельствующую о том, что она звонила в гостиницу, и ее описание случившегося другим лицам (включая представителей местных правоохранительных органов) в тот же день, суд заявил, что она не смогла доказать факт попытки уст-

ройства на работу. При обжаловании суд второй инстанции полностью согласился с обоснованием суда первой инстанции. Это дело сейчас находится на рассмотрении Верховного суда Венгрии.

Решение: Использовать ситуационное тестирование, когда разные лица (или группы лиц), имеющие максимальное сходство по всем характеристикам, кроме расовой или этнической принадлежности, отправляются для проверки и документирования фактов неравного обращения с отдельным лицом (или группой лиц) по сравнению с другим лицом. Тестирование становится в регионе допустимой формой представления доказательств в судах в делах об этнической дискриминации, особенно в делах о доступе в общественные места. Тестирование оказывается очень полезным при доказывании фактов, позволяющих предположить, что имела место дискриминация, и перенести бремя доказывания на ответчика. Тестирование как метод было разработано в Европе в британской Комиссии по расовому равенству. Записи на скрытые камеры и магнитофоны также становятся приемлемыми доказательствами в судах, хотя некоторые суды придерживаются мнения, что тестирование — это провокация, а использование записей нарушает принцип равенства сторон судебного процесса. ЕЦПР и его национальные партнеры используют данные ситуационных тестирований в качестве доказательств по многим делам о дискриминации.

В. Получение статистических данных и их использование в качестве доказательств

Еще одной проблемой являются трудности при получении статистических данных в связи с национальными законами о защите личных данных, что затрудняет сбор статистических данных о расовой или этнической принадлежности, а когда такие данные получены — возникают трудности с их использованием в качестве доказательства широко распространенной дискриминации.

Оставское дело

В апреле 2000 года ЕЦПР и его чешские партнеры направили в Европейский Суд в Страсбурге важное дело, которое находится

на рассмотрении этого суда. Результаты подробного исследования в течение восьми месяцев легли в основу обширной статистической базы для обоснования жалобы, в которой 18 ромских детей из чешского города Острава обвиняли систему расовой сегрегации в чешских школах. Каждый из заявителей в возрасте от 9 до 15 лет был направлен в специальную школу для детей с трудностями развития. Эта система используется чешскими властями для того, чтобы направлять непропорционально большое число ромских детей в специальные школы. В Острове соотношение в специальных школах было следующим: 27 ромских детей к 1 ребенку не-рома. Программа обучения в специальных школах намного слабее, чем в «нормальных» школах. Административный иск и последующее обращение в Конституционный Суд Чешской Республики оказались безуспешными, так как суд постановил, что не может рассматривать статистические данные в качестве доказательств.

Решение: Суды должны разрешать жертвам привлекать статистические данные для установления фактов прямой или косвенной расовой дискриминации. При этом бремя доказывания должно переноситься на ответчика. В делах о гендерной дискриминации статистические данные являются широко доступными и такие данные применяются. Конечно, необходимо создать условия для допустимого этнического мониторинга на основе прозрачных процедур и четко определенных целей.

С. Качество внутреннего законодательства

В большинстве стран Центральной, Восточной и Юго-Восточной Европы действуют широкие конституционные нормы о защите основных прав. Однако в уголовном, гражданском и административном законодательствах антидискриминационные положения часто оказываются нечеткими или вообще отсутствуют.

Дело Мирослава Лацко

Г-н Лацко с друзьями зашел в привокзальный ресторан в Кошице, Словакия. Официант сказал, чтобы они ушли, так как хозяин ресторана приказал не обслуживать рома. Менеджер ресторана

это подтвердил. Г-н Лацко направил жалобы в районную прокуратуру и в Словацкую коммерческую инспекцию, службу по надзору за надлежащей работой коммерческих предприятий. Оба органа не нашли доказательств факта нарушения словацкого законодательства и заявили, что средств правовой защиты не существует. ЕЦПР и местная партнерская организация направили петицию в Комитет по ликвидации расовой дискриминации (КЛРД). После того как КЛРД признал жалобу приемлемой, Генеральная прокуратура Словакии серьезно занялась этим делом. КЛРД постановил, что государство обязано возбудить уголовное преследование за такое поведение. Хозяина ресторана в конечном итоге приговорили к выплате штрафа по статье за возбуждение расовой ненависти, единственному положению в словацком уголовном законодательстве, по которому могут выдвигаться обвинения против этого вида дискриминации.

Извлеченные уроки: в законодательство каждого государства должен быть включен один антидискриминационный закон, который включает в себя положения Расовой директивы ЕС, Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации, а также Общеполитической рекомендации № 7 Европейской комиссии против расизма и нетерпимости. Это упростит понимание сферы действия, содержания и абсолютной важности антидискриминационных мер со стороны представителей юридической профессии (адвокатов и судей) и широкой общественности. Болгарский закон о защите от дискриминации, принятый в сентябре 2003 г., является очень хорошим примером передового опыта в законодательстве. ЕЦПР и другие организации по праву общественных интересов могут играть важную роль, выступая за разработку и введение в действие эффективного национального антидискриминационного законодательства, оказывая помощь в разработке законопроектов или высказывая комментарии к проектам законов.

D. Отказ истца от предъявления иска в связи с виктимизацией

Мы установили, что в некоторых случаях истец отказывается от выдвижения иска из-за страха виктимизации или под каким-либо

давлением. Очень тонкий характер многих дел о дискриминации, особенно дел в сфере здравоохранения и образования, в которых истец может в будущем нуждаться в услугах ответчика, приводит к тому, что истец отказывается от иска. Три жертвы принудительной стерилизации в Словакии отказались от предъявления исков в связи с давлением со стороны больницы, представителя местных органов власти и со стороны мужа. В хорватском деле о дискриминации в области образования местные власти угрожали урезать социальные пособия родителям заявителей и прекратить предоставление детям бесплатных учебников.

Решение: Правовым решением этой проблемы является включение в национальное законодательство конкретных средств правовой защиты от виктимизации и их эффективная реализация. Кроме того, важно обеспечить поддержку общественности, чтобы помочь заявителю противостоять виктимизации или другому виду давления.

Е. Отдельные дела не обязательно повлияют на изменение широко распространенной дискриминационной практики

Совершенно ясно, что отдельные дела, даже важные со стратегической точки зрения, не обязательно повлияют на изменение широко распространенной дискриминационной практики. ЕЦПР и его венгерский партнер направили в венгерский суд дело, в котором рома было отказано в доступе в общественное место, а именно на дискотеку. Компания — организатор дискотеки была признана виновной и оштрафована. Но они до сих пор запрещают рома заходить на дискотеку, ссылаясь на систему пропуска по карточкам только для членов клуба.

Решение: Стратегическое судопроизводство, наряду с работой со СМИ и правозащитной деятельностью, например, изданием пресс-релизов, проведением пресс-конференций, публикацией специальных докладов по конкретным проблемам или конкретным странам, письмами к руководителям правительства, является избранным ЕЦПР способом информирования общественности, правительства, судебных органов и международной обществен-

ности о широко распространенной практике этнической дискриминации в стране, а также попыткой изменить такую практику. Такая методика успешно применялась в хорватском деле о дискриминации в сфере образования.

*Ф. Отношение практикующих адвокатов
к делам о расовой дискриминации*

Во многих странах региона среди адвокатов укоренилась правовая традиция поиска не решений, а проблем. Нелегко также найти опытных адвокатов, которые хотели бы заниматься делами о дискриминации от имени жертв ромского происхождения. Многие судьи не учитывают международные нормы, хотя эта ситуация меняется, особенно в отношении законодательства ЕС, которое приобретает все больший вес.

Решение: Роль НПО заключается в помощи по организации просветительской работы для представителей юридических профессий. Адвокатам, ведущим дела о дискриминации и опирающимся на международное договорное право, особое внимание целесообразно уделять нормам ЕС. По мере того как все больше дел о дискриминации будет рассматриваться в национальных судах, вместо того чтобы в конечном счете такие дела направлялись в международные трибуналы, все больше будет возрастать потребность в реализации международного прецедентного права на национальном уровне, например, через формальные или неформальные заключения *amicus*. Так называемый *forum shopping*, выбор наилучшего суда для рассмотрения конкретного дела, является важным аспектом для определенных типов дел о дискриминации, в зависимости от того, вопрос о каком нарушении поднимается в деле. Европейский суд не обязательно должен рассматриваться как главный вариант при вынесении дела на рассмотрение международных судебных органов. Один из комитетов ООН может оказаться более правильным выбором (и, возможно, быстрее примет решение), особенно в делах о допуске в общественные места и о жилищных проблемах (например, Комитет по ликвидации расовой дискриминации — CERD).

2. Дискриминация в сфере образования: разработка стратегии¹⁰⁰

Европейский центр по правам рома, Interights

В разделе перечислены рекомендации для разработки стратегии в отношении дискриминации в образовательной сфере. Список не исчерпывающий, он составлен для помощи в формулировании подхода к стратегическому судопроизводству по данному вопросу. Хотя высказанные соображения относятся к сфере образования, подобные факторы следует учитывать и при разработке стратегии по жилищным вопросам или в других сферах, где наблюдается дискриминация.

А. Определение проблем, которые необходимо решить

Проблемы, которые могут возникнуть в сфере образования, включают:

- Сегрегацию
 - отдельные школы для учащихся, принадлежащих к расовому/этническому меньшинству;
 - отдельные классы для учащихся, принадлежащих к расовому/этническому меньшинству в рамках интегрированных школ;
 - обучение учащихся, принадлежащих к расовому/этническому меньшинству, в школах для детей с трудностями обучения;
 - поиски способов обучения детей, не принадлежащих к меньшинству, за рамками системы интегрированных школ;
 - «частное обучение» детей, принадлежащих к меньшинству.
- Плохое качество образования
 - плохое качество образования и плохие школы для детей, принадлежащих к меньшинству (неспособность обеспечить базовые условия для обучения, переполненность школ, отсутствие отопления, недопустимое обращение со стороны учителей и т. п.);
 - дети, принадлежащие к меньшинству, отстранены от основных классов, им отказано в изучении основных предметов и, в

¹⁰⁰ Раздел основан на краткой дискуссии по данному вопросу, которая прошла во время работы в группах на семинаре в Лондоне.

конечном счете, от возможности получить высшее образование и работу;

— способности детей оцениваются по их статусу принадлежности к меньшинству.

- Выделение меньшинствам квот в интегрированных школах.

- Злоупотребления и недопустимое обращение

— дети, принадлежащие к меньшинству, подвергаются более строгим дисциплинарным наказаниям, включая повышенную вероятность применения телесных наказаний;

— детей исключают из школ, оставляют на второй год или предлагают родителям забрать детей из школы;

— Расовые преследования детей в интегрированных школах.

- Дополнительная дискриминация детей-инвалидов, принадлежащих к меньшинству.

В. Средства

і. Выбор истцов

- Старайтесь, чтобы истцов было больше, учитывая степень естественного отсева истцов в ходе продолжительных и сложных судебных разбирательств.

— Проблема получения подписи родителей на доверенности.

— Проблема поддержания контактов с кочующими семьями или с ромскими семьями.

— Проблемы грамотности.

— Проблемы контактов с общественными лидерами, если они существуют. Необходимо работать с разнотипной группой лидеров в поселениях, чтобы не зависеть от одной группы родителей в ходе всего судебного разбирательства. В других контекстах — проблема отсутствия общественных лидеров.

— Проблема снижения доверия, когда судебное разбирательство затягивается и усложняется.

- Какие существуют возможности для групповых исков: истцом выступает не индивидуальный заявитель, а организация от имени группы. Имеются ли основания у заинтересованных групп подавать иски?

- Учащиеся сельских или городских школ?

— Какова цель судебного процесса? Если цель состоит в решении проблем в определенной сфере, имеет смысл сконцентрироваться на этой сфере. Если необходимо применять подход, более нацеленный на политические изменения, необходимо учитывать следующие аспекты:

- Способность устанавливать контакт и работать с клиентами (возможно, в небольших сообществах это легче сделать).
- В небольших сообществах вероятность виктимизации выше.
- Легкость сбора доказательств (возможно, в небольших сообществах это легче сделать).
- В городах учителя и руководство школ могут более дружелюбно относиться к обсуждению вопросов дискриминации, они с большей готовностью могут предоставить информацию и изменить собственный подход.
- Когда приводятся объяснения причин дискриминации учащихся (например, «они не говорят на государственном языке») следует найти истцов, к которым такие обоснования не применимы (например, учащихся, которые свободно говорят на государственном языке).

ii. Виктимизация

Как и в других делах о дискриминации, в делах о дискриминации в сфере образования возможна виктимизация тех, кто возбуждает дело. Следует рассмотреть следующие вопросы:

- Вероятна ли виктимизация? Со стороны кого? В отношении кого?
- Какие можно предпринять предупредительные меры? Какие имеются средства судебной защиты?
- Имеется ли вероятность того, что виктимизация выйдет за рамки заявителей и будет направлена на все сообщество, в котором живут заявители, а также на людей со стороны, которые поддерживают заявителей и помогают им в ходе судебного разбирательства?
- Необходимо обеспечить поддержку на уровне сообщества, а также целевое финансирование такой поддержки. Желательно также обеспечить бдительность прессы.

- В Расовой директиве ЕС предусматривается защита от виктимизации, однако не содержится четких инструкций относительно средств правовой защиты от виктимизации. Проблемы также связаны с эффективным переносом положений о виктимизации из этой Директивы. Необходимо будет провести судебный процесс о неспособности предоставить средство защиты от виктимизации.

- В некоторых юрисдикциях дискриминация по ассоциации уже считается незаконной.

Помните: судебное разбирательство — это долгий и часто сложный процесс как для отдельных лиц, так и для сообществ. В этом процессе необходимо обеспечивать клиенту всестороннюю поддержку.

iii. Доказательства

При доказывании дискриминации в сфере образования могут возникнуть следующие вопросы, связанные с доказательной базой:

- Как следует собирать статистические данные в поддержку исков о дискриминации:

- Имеются ли официальные статистические данные?

- Если официальных статистических данных нет, будет ли сотрудничать местная инспекция по делам образования? Будут ли помогать квази-государственные органы, такие как служба омбудсмена? В хорватском деле об образовании, которым занимался ЕЦПР, помощь оказал заместитель омбудсмена, предоставивший статистическую информацию.

- Можно ли собрать статистические данные по каждой школе, запрашивая информацию об учащихся, аттестатах и т. п.?

- Возникает ли проблема с законодательством о защите личных данных?

- В идеальном деле можно было бы легко и с минимальными затратами получить статистическую информацию. В остравском деле ЕЦПР сбором статистических доказательств занималось большое число людей в течение восьми месяцев, что повлекло за собой значительные затраты.

- В некоторых случаях полезно применить ситуационное тестирование:

- Ситуационное тестирование можно использовать в случаях дискриминационных процедур зачисления в школу, когда детям, принадлежащим к меньшинству, отказывают в зачислении, ссылаясь на отсутствие мест в школе или на то, что они не проживают в районе, который обслуживает данная школа. Этот метод применялся для выявления дискриминационных практик в таких странах как Болгария и Ирландия.

- Что делать, если не имеется статистической информации или если не проводилось ситуационное тестирование?

- Например, имеется ли возможность перенести бремя доказывания на основании политических заявлений?

- Привлечение экспертов: государственных служащих, учителей, экспертов в области образования.

- Можно ли использовать в деле иностранных экспертов в качестве свидетелей? Нужны ли они?

- Это, очевидно, зависит от юрисдикции. Во многих странах существуют списки официальных экспертов, которые могут дополняться только по мере необходимости. Подумайте, как лучше аргументировать, что местных экспертов не существует? Будут ли иностранные эксперты из определенных стран политически более приемлемыми, чем эксперты из других стран?

- Когда показания экспертов имеют больше шансов быть принятыми? На ранней стадии судебного разбирательства?

- Следует понимать, что использование в качестве доказательства данных об успеваемости, является палкой о двух концах. Например, если вы планируете использовать данные о плохой успеваемости, чтобы продемонстрировать отсутствие адекватного образования вследствие сегрегированного обучения, то власти могут их использовать как аргумент, что именно из-за плохой успеваемости такие учащиеся должны получать отдельное (сегрегированное) образование.

iv. Ссылки на международную судебную практику

- Примет ли суд данные о сравнительной или международной судебной практике?

— Если да, судебная практика каких стран будет иметь наибольший вес? Решения Страсбургского суда? Решения судов соседних стран? Политических союзников?

○ Обычно наибольший вес придается решениям Европейского суда, особенно в странах, недавно вступивших в Совет Европы или претендующих на вступление.

— Если нет, то какие имеются другие способы введения международных норм и судебной практики? Дадут ли местные эксперты показания в этом направлении? Можно ли устроить тренинги для судей? Можно ли предоставить информация о нормах международного права непосредственно или опосредованно (например, через публикации статей в журналах, которые читают судьи)?

— Можете ли вы подавать заявления *amicus curiae* в национальные суды? Следует ли попробовать это сделать?

v. Доступные средства судебной защиты

• Какие имеются местные средства судебной защиты? Гражданско-правовые, административные или конституционные средства судебной защиты?

— Какие государство налагает ограничения на судебные средства защиты? Являются ли они эффективными?

— Можете ли вы требовать применения гражданских средств правовой защиты, о которых известно, что суд их не может предоставить, чтобы иметь возможность сослаться на статью 13 в Страсбурге?

— Конституционные суды могут обладать полномочиями по отмене законов или по формулированию инструкций к новому законодательству. Как это можно использовать в контексте образования? Можно ли это дополнить лоббированием министерства, чтобы были изданы указы в поддержку решений судов?

• Можно ли воспользоваться уголовно-правовыми средствами судебной защиты?

— Например, можно ли утверждать, что отказ в предоставлении образования наносит несовершеннолетним вред в уголовном смысле?

— Показания экспертов, приобщенные в уголовных делах, позднее могут оказаться полезными в гражданских делах.

— Являются ли стандарты доказывания слишком высокими? Какова вероятность успеха? Как на гражданском деле отразится проигрыш в уголовном деле? Окажется ли преследование в уголовном порядке слишком сложным с политической точки зрения?

- Имеется ли возможность возбудить дисциплинарные слушания в отношении учителей за недопустимое обращение с учащимися?

— Как это повлияет на рассматриваемое дело? Изменится ли на самом деле поведение на местах?

- Будет ли одна лишь компенсация адекватным средством судебной защиты? Будет ли она адекватной для жертв? Будет ли она скорее политическим, чем правовым средством защиты?

- Имеется ли возможность привлечь более новаторские средства судебной защиты, такие как требование провести обучение персонала, пересмотреть стратегии и процедуры и т. п.? Какие последующие меры необходимы для того, чтобы такие средства правовой защиты были эффективными? Можно ли привлечь к поддержке таких последующих мер омбудсмена или гражданское общество?

- Согласуются ли местные средства правовой защиты с положениями Расовой директивы ЕС и судебной практикой Европейского суда?

— Будут ли суды готовы использовать средства судебной защиты, которые не закреплены в национальном законодательстве?

vi. Форум

- Имеется ли возможность выбора из национальных судов?

— Должны ли дела направляться специальному уполномоченному или в комиссию, прежде чем они будут рассматриваться в суде?

— Предоставляет ли прецедентное право (судебная практика) определенных национальных судов больше надежды на более благоприятное решение? На более скорое решение?

- В какие международные суды можно обратиться?

— Имеется ли вероятность, что Европейский Суд по правам человека или правозащитные органы в рамках договоров ООН примут более благоприятные решения и обеспечат успех дела?

-
- Как насчет сроков рассмотрения?
 - Изучите существующие прецеденты: в каком суде более разработана судебная практика по вопросам дискриминации в сфере образования?
 - Изучите требования о приемлемости, выдвигаемые международными судами.

*С. Другие вопросы стратегии
международных судебных процессов*

- Выносится ли вопрос на региональный или международный уровень?
 - Будет ли польза от подобных дел, направляемых из других стран?
 - В каких странах возникают подобные проблемы? Какие вопросы быстрее решаются в Страсбурге или ООН?
 - Например, в Ирландии в отношении детей рома осуществляется дискриминация в сфере образования, очень похожая на дискриминацию таких детей в Центральной Европе. Успешные ирландские дела о дискриминации в образовании могут дать толчок для принятия закона о равенстве в отношении детей рома.
 - Как можно реализовать стратегию через правозащитные подходы?
 - На местном уровне, например, требования о создании специализированных органов, которые должны разработать проекты кодексов об образовании? Лоббирование Министерства образования? Объединения учителей?
- На международном уровне — привлечение поддержки специального докладчика ООН по вопросам образования и т. п.

ЭКСПЕРТИЗА ТЕКСТОВ МАССОВОЙ ИНФОРМАЦИИ — НЕОБХОДИМОЕ УСЛОВИЕ ПОДЛИННОГО ПРАВОСУДИЯ

Борис Пантелеев,

научный сотрудник отдела юридической психологии НИИ Генпрокуратуры РФ,
советник правления Гильдии лингвистов-экспертов по документационным
и информационным спорам (ГЛЭДИС), советник юстиции

Актуальность вопроса о глубине и беспристрастности изучения результатов журналистского труда сегодня, похоже, практически никто не оспаривает. Во всяком случае, публично признается не только общественная значимость этого рода деятельности, но и ее специфические, профессиональные особенности, которые становятся объектом все более специального исследования и комментирования в научной литературе.

Несомненно, положительную роль в этом сыграл возобладавший ныне комплексный подход к информационным обменам в целом и обучению журналистов в частности, когда даже факультеты, где их сегодня готовят, ориентированы одновременно и на социологию, и на информатику, и на психологию, а не только на общий политико-пропагандистский ликбез.

Таким образом, на наш взгляд общая теория комплекса продвинутых на мировом уровне наук уже готова сегодня рассматривать и отечественную журналистику во всех ее проявлениях как специфическую сферу человеческой деятельности, поднимающуюся в лучших своих проявлениях до уровня добротного ремесла,

а в особо приятных случаях — способной предъявлять жаждущей публике образцы подлинного искусства.

В информационно-правовых базах российского законодательства насчитывается сегодня более 700 нормативных актов различного уровня, регламентирующих экспертную деятельность. Они относятся к самым важным сферам экономики, производства, строительства, а также экологии, санитарно-эпидемиологического надзора и таможенного дела. Никакое существенное решение в этих отраслях в силу закона не может быть принято без предварительной экспертной проработки и ни один конфликт не подлежит рассмотрению без привлечения компетентных специалистов. Такое положение считается само собою разумеющимся и никем не оспаривается. Действительно, рассматриваемые споры правоприменители как правило не могут быть одновременно и узкими специалистами в других сферах деятельности. Поэтому они вынуждены привлекать экспертов для разрешения специальных вопросов, неизбежно возникающих при объективном рассмотрении подобных конфликтов. В противном случае, как показывает многолетняя судебная и арбитражная практика, их решение может быть поверхностным и дискредитирующим саму идею правосудия.

Несколько иное положение до недавнего времени существовало у нас в сфере интеллектуального производства вообще и при разрешении информационных споров в частности. Даже при наличии законодательных предпосылок для привлечения экспертов многие правоприменители полагали это процессуальным излишеством. Видимо, этому способствовал целый комплекс причин, которые, на наш взгляд, заслуживают специального исследования. В введенных нам рамках только обозначим некоторые из них.

Упрощенный бытовой подход к продукции СМИ приводил к тому, что каждый потребитель, владеющий языком, на котором она распространялась, считал себя одновременно и окончательным арбитром. Порой для вынесения решения считался достаточным критерий «нравится — не нравится», «правильно — не правильно» — даже без предъявления мотивов. Вышестоящие судебные инстанции не давали принципиальной оценки подобным постановлениям, а сосредотачивались лишь на корректировке размеров взысканных с виновных сумм компенсации морального вреда.

Правоприменительная практика явно не соответствовала достижениям отечественной и мировой науки, не использовала предоставляющиеся ей качественно новые возможности. Хотя называть эти возможности «новыми» можно весьма относительно только, если не принимать во внимание, что еще в 1915 г. российский лингвист Н. А. Морозов опубликовал свою детальнейшую разработку методов научного анализа авторских текстов и распознавания плагиата.

Весьма важным для благоприятного развития независимой журналистики оказывается и то обстоятельство, что ныне действующее российское законодательство в целом очень уважительно относится к профессионалам в любой сфере человеческой деятельности. Так, например, мудрый законодатель изначально ориентирует всех правоприменителей на то, чтобы они принимали решения лишь в пределах своей компетенции и оперировали только специально разработанными именно в юриспруденции терминами и понятиями. При возникновении любых вопросов, требующих специальных познаний в области науки, искусства, техники или ремесла, суд с учетом мнения заинтересованных сторон назначает эксперта или, в случае необходимости, даже нескольких экспертов. Такой порядок установлен ст. 74—78 ГПК РФ и ст. 184—194 УПК РФ, действующими уже с 1964 г. и никогда не вызывающими особых затруднений у практиков. Более того, у юристов уже сформировался устойчивый поведенческий шаблон, когда они автоматически назначают специальные экспертизы по делам, связанным с особенностями психики несовершеннолетних, со спецификой функционирования механизмов и автомашин, конфликтами в работе педагогов, претензиями к медикам и во многих других случаях. Подготовлены и безотказно применяются примерные перечни вопросов к экспертам этих категорий. Сами вопросы, как правило, согласовываются со всеми заинтересованными сторонами, которые имеют право их дополнить и уточнить при необходимости.

Следовательно, мы имеем дело с ситуацией, когда проблема в общем плане уже обозначена и выработаны неплохие правила для безукоризненного разрешения возникающих в журналистской деятельности конфликтов. Однако следует признать, что на сегодняшний день данная процедура в целом по России оказалась

невостребованной. Можно по-разному оценивать причины этого печального явления. Видимо, нужно говорить о недостатках менталитета российского населения в целом и правового сознания отечественных журналистов в частности, предпочитающих либо «заминать» все возникающие конфликты, либо разрешать их в первую очередь и предпочтительно не правовым путем. Некоторые аналитики утверждают, что пока не сформировалось окончательно новое журналистское сообщество, не осознаны и не выработаны изнутри корпоративные правила поведения трудно говорить о признании этого ремесла извне — посторонними оценщиками.

Однако в особых случаях мы становимся очевидцами явно нетрадиционного подхода к рассмотрению некоторых информационных споров. Например, когда речь идет об авторстве высокодоходных книг, причастности к литературным опытам высокопоставленных политиков, использования в избирательных целях технологий Интернета — практически незамедлительно встает вопрос о назначении целого комплекса специальных экспертиз — психолингвистической, лингво-математической и др.

К выполнению таких заданий подключаются целые институты и претензий к качеству их работы не высказывают. Уже разработаны и апробированы весьма интересные методики проведения такого рода исследований, некоторая информация, о которых опубликована в специальной литературе. Таким образом, при индивидуальном подходе к правосудию создаются новые прецеденты, последствия которых еще предстоит проанализировать.

Общие принципы судопроизводства декларируют равный подход к разным людям, всем субъектам права. Следовательно, любой журналист или редакция, ставшие не по своей воле участниками правового конфликта в информационной сфере, должны уже сегодня иметь равную возможность реально использовать предоставленные законом права, апеллировать к экспертам и настаивать на объективном разбирательстве дела и наличии в итоге мотивированного судебного постановления.

Общеизвестно, что без вынесенного в процессуальных рамках мотивированного судебного постановления у любого гражданина появляются основания утверждать, что его конституционные права нарушены, а у журналиста, кроме того, возникают специфиче-

ческие проблемы, связанные с реализацией на практике международно-признанных стандартов свободы печати.

С учетом этих замечаний можно сделать вывод об острой необходимости срочно наполнить конкретным содержанием процессуальное право всех журналистов и редакций СМИ на рассмотрение их дел компетентным судом с участием специально приглашенных экспертов.

В теории правозащитного движения это означает наличие у каждого «позитивного права на суд». Сам факт того, что гражданин не уклоняется от разбора его дела, а заявляет о готовности сотрудничать с правоохранительными органами в длительном и сложном процессе поиска истины явно свидетельствует о его законопослушности и готовности принять любое решение, вынесенное в рамках заранее установленных правовых процедур. Особый акцент при этом делается на то, что любой добросовестный налогоплательщик имеет право требовать, чтобы ему было обеспечено надлежащее рассмотрение дела со стороны органов, которые он содержит.

Трудно переоценить воспитательное значение подобного процесса, когда обе стороны — истец и ответчик — силой научных аргументов будут убеждены в правильности итогового решения суда. Публикация всех обстоятельств хода и результатов такого процесса в СМИ только прибавит авторитета, а, возможно, и тиража любому изданию.

В связи с этим нелишне подчеркнуть, что, исходя из своих собственных стратегических интересов, государство, стремящееся стать правовым, кровно заинтересовано создать и профинансировать нормальную систему разнообразных по форме, статусу и видовой направленности экспертных центров, готовых в любое время своими интеллектуальными усилиями поддержать правосудие, сделать его объективным, компетентным и понятным.

Применительно к гражданскому процессу реализация данной идеи позволит журналистскому сообществу получить дополнительные гарантии — возможность эффективного досудебного урегулирования возникающих претензий к СМИ. При оперативном вмешательстве квалифицированного эксперта некоторые многотысячные иски лопаются как мыльные пузыри еще, не поступив

в судебную канцелярию, существенно экономя время и нервы сторон потенциального конфликта.

Значительным событием в экспертном деле, несомненно, стал федеральный закон №73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» от 31 мая 2001 г. Указанный системный акт впервые так четко и на столь высоком уровне определяет правовую основу, принципы организации и основные направления этого вида деятельности в гражданском, административном и уголовном судопроизводстве. Что касается арбитражного судопроизводства, то ссылки на него также имеются в ряде статей анализируемого закона (ст. 3, 37), из чего можно сделать вывод, что и на споры между юридическими лицами в случае назначения экспертизы будут распространяться аналогичные процедуры.

Закон, как и следует из его названия, регламентирует деятельность государственных экспертов и соответствующих учреждений, однако, что очень важно, не монополизирует за ними эту сферу, а признает и допускает в силу ст. 41 к производству экспертизы практически на равных основаниях также и иных лиц, не являющихся штатными сотрудниками государственных судебно-экспертных учреждений, но обладающих специальными познаниями в области науки, техники, искусства или ремесла.

В соответствии с общепринятыми нормами задачей любой судебно-экспертной деятельности является оказание содействия судам, судьям, органам дознания, лицам, производящим дознание, следователям и прокурорам в установлении обстоятельств, подлежащих доказыванию по конкретному делу, посредством разрешения вопросов, требующих специальных знаний в области науки, техники, искусства или ремесла.

В этой связи представляется любопытным отметить, что указанный закон (ст. 13) предъявляет весьма мягкие требования к лицу, претендующему на должность эксперта в государственных судебно-экспертных учреждениях. Для этого требуется всего лишь наличие гражданства Российской Федерации, высшее образование и последующая подготовка по конкретной экспертной специальности. Экспертом в системе органов внутренних дел может работать также гражданин Российской Федерации, имеющий лишь

среднее специальное экспертное образование. Никаких дополнительных требований о минимальном стаже работы в данной области, наличии научной степени, публикаций, авторских методик закон не предусматривает. Из собственной юридической практики знаю, что правоохранительные органы и суды склонны обычно критически относиться к заключениям именно молодых специалистов, а их первые опыты в форме экспертных заключений нередко не выдерживают изощренного натиска профессиональных адвокатов.

Опыт показывает, что в этом смысле альтернативные эксперты, как правило, выгодно отличаются обязательным наличием убедительного практического опыта работы и многочисленных научных регалий.

Новый закон в ст. 4 утверждает общие принципы судебно-экспертной деятельности, а именно законность, соблюдение прав и свобод человека и гражданина, прав юридического лица, а также независимости эксперта, объективности, всесторонности и полноты исследований, проводимых с использованием современных достижений науки и техники.

Важно, что в ст. 6 подтверждается: каждое лицо, полагающее, что действие или бездействие судебного эксперта или учреждения в целом привели к ограничению прав и свобод гражданина либо прав и законных интересов юридического лица, вправе обжаловать указанные действия (бездействие) в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

Однако, некоторые существенные вопросы, на наш взгляд, выпали, к сожалению, из поля зрения законодателя. Так, анализируемый закон (ст. 8) признает объективность эксперта как важнейший принцип исследования. На каждого эксперта возлагается обязанность (ст. 16) составить мотивированное письменное сообщение о невозможности дать заключение, в частности, в случае, если современный уровень развития науки не позволяет ответить на поставленные вопросы. Руководитель государственного судебно-экспертного учреждения обязан в силу ст. 18 быть совершенно незаинтересованным в исходе дела, которое поступило в возглавляемое им учреждение. Согласно ст. 14 он обязан же поручить производство экспертизы конкретному эксперту и разъяснить ему

его права и обязанности. А вот вопрос о разъяснении сторонам дела права на отвод конкретного эксперта так и остался, на наш взгляд, открытым. При назначении конкретной экспертизы следователем или судом сторонам становится известно лишь то учреждение, где ее планируется проводить. Каким образом назначенный по данному делу эксперт может быть реально персонально отведен по инициативе стороны или должен заявить самоотвод при наличии для того оснований в законе также не уточняется. Право на отвод эксперта является одной из фундаментальных гарантий современной системы правосудия. Сомнения в объективности эксперта могут возникнуть у сторон на любой стадии. Например, новые обстоятельства могут выявиться при реализации участниками процесса впервые официально предоставленного им ст. 24 права присутствовать при производстве судебной экспертизы в государственном судебно-экспертном учреждении. В этом случае закон позволяет им только задавать вопросы эксперту, относящиеся к предмету судебной экспертизы, однако вновь умалчивает о праве заявлять ходатайства об отводах.

Согласно ст. 37 указанного закона государственные судебно-экспертные учреждения вправе проводить на договорной основе экспертные исследования для граждан и юридических лиц, взимать плату за производство судебных экспертиз. Таким образом, рыночные отношения и в этой сфере деятельности легализуются, что можно только приветствовать. Современная практика рассмотрения информационных конфликтов показывает, что вопрос о надлежащей оплате нелегкого, «штучного» труда эксперта в той или иной форме всегда встает, но единых ставок, тарифов до сих пор не выработано. Однако такой прогрессивный подход предполагает последовательное создание и поддержание государством равных условий всем участникам для добросовестной конкуренции. По этому поводу некоторые сомнения появляются при детальном системном анализе ст. 41 и 39 об информационном обеспечении деятельности государственных судебно-экспертных учреждений. В этом случае закон в одностороннем порядке позволяет только им — государственным экспертам — самостоятельно истребовать на безвозмездной основе у своих потенциальных конкурентов — организаций — независимо от организационно-правовых форм

и форм собственности практически любые образцы и каталоги, методики, техническую и технологическую документацию и другие информационные материалы. Применительно к академическим и другим профильным научным заведениям, которые сегодня активно работают на поле цивилизованного разрешения информационных споров, это вряд ли можно признать справедливым.

Полагаем также, что из анализа ст. 41 логично следует, что при определении уполномоченным органом, кого же именно назначить негосударственным экспертом по конкретному делу, не должно являться препятствием гражданство кандидата в эксперты. При подборе альтернативного эксперта определяющим фактором совершенно справедливо становится только его компетентность.

К счастью, сегодня лицам, принимающим юридически значимые решения в России и заинтересованной международной общественности можно предъявить некоторые примеры весьма квалифицированного и успешного во всех отношениях профессионального разбора конкретных кризисных ситуаций со СМИ, ставших предметом анализа специалистов Гильдии лингвистов-экспертов по документационным и информационным спорам. Эта специализированная общественная некоммерческая организация недавно юридически оформилась, однако, за плечами вошедших в ее состав профессионалов уже десятки весьма громких дел.

Инициаторами обращения за помощью к этим экспертам были сами журналисты, главные редакторы, руководители прокуратуры, сотрудники рекламных агентств. Во всех случаях ими двигало в первую очередь желание цивилизованного правового и компетентного разрешения возникшего информационного конфликта. Такой подход к защите своих законных прав и общественных интересов можно только приветствовать.

ОБЩИЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОГО ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ ДИСКРИМИНАЦИИ

Сергей Беляев (Страсбург),

международный эксперт проекта, магистр права и дипломатии
(Флетчеровская школа права и дипломатии, Бостон), доктор права

1. Основные международно-правовые источники запрета дискриминации

1.1. Универсальные источники

Главными юридически обязательными международными источниками предотвращения и запрета нарушений прав личности, в том числе дискриминации и вытекающих из дискриминации других форм нетерпимости, на современном этапе являются положения Устава ООН (статьи 1, 55 и 75). Так, статья 1 (3) гласит, что одна из целей ООН заключается в уважении прав человека и основных свобод без какого-либо различия в отношении расы, пола, языка или религии.

Статья 55 Устава также ссылается, помимо ряда других прав, на право на экономическое, социальное и культурное развитие, на уважение и соблюдение прав человека и основных свобод для всех без проведения различия в отношении расы, пола, языка и религии.

Статья 56 создает в развитие статьи 55 обязательство для государств-членов предпринимать совместные и самостоятельные действия в сотрудничестве с Организацией с тем, чтобы достигнуть цели, изложенные в статье 55. Эта статья совместно со статьей 13 (1) послужила правовым основанием для наделения таких органов ООН, как Генеральная ассамблея ООН и Экономический и социальный совет, определенными полномочиями по выполнению поставленных перед ООН целей и создания органов, специализированных на международной защите прав личности (Комиссия по правам человека, Комиссия по положению женщины, Верховный комиссар по правам человека, Центр по правам человека и некоторые др.).

Эти органы ООН и межправительственные конференции разработали ряд международно-правовых актов, которые стали серьезными средствами предотвращения и запрета расизма, дискриминации, нетерпимости и ксенофобии, то есть признания этих феноменов противоречащими положениям международного права [1]. В некоторых случаях они носят общий характер по защите прав человека в целом, в некоторых — касаются отдельных групп населения и обычно особо уязвимых слоев населения (женщины, апатриды, беженцы, дети, рабочие-мигранты, иностранцы).

Одним из первых специальных международных актов, обратившихся к вопросу дискриминации в области соблюдения прав личности, является Всеобщая декларация прав человека от 10 декабря 1948 года, ставшая «матерью» других международно-правовых документов в области прав человека. Декларация провозгласила как социальные, экономические и культурные права, так и политические и гражданские права. Декларация содержит историческое положение в Статье 1:

«Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах. Они наделены разумом и совестью и должны поступать в отношении друг друга в духе братства».

Статья 2 гласит:

«Каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами, провозглашенными настоящей Декларацией без какого бы то ни было различия, как в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, нацио-

нального или социального происхождения, имущественного, социального или иного положения».

Кроме того, не должно проводиться никакого различия на основе политического, правового или международного статуса страны или территории, к которой человек принадлежит, независимо от того, является ли эта территория независимой, подопечной, самоуправляющейся или какой-либо иначе ограниченной в своем суверенитете».

Тем самым статья 2 дала квалификацию ряда «подтипов» дискриминации, которые были выделены на основе различия в отношении к отдельной личности или к группе лиц, а также на основе статуса государства и территории, к юрисдикции которых эти лица относятся.

Всеобщая декларация провозглашает основополагающие права и свободы, среди которых политические и гражданские права: право на жизнь, на свободу и на личную неприкосновенность (статья 3), запрет рабства или подневольного состояния, запрет работорговли (статья 4), пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство обращению и наказаний (статья 5), право на признание правосубъектности (статья 6), равенство перед законом и право, без всякого различия, на равную защиту закона, право на равную защиту от какой бы то ни было дискриминации, нарушающей настоящую Декларацию, и от какого бы то ни было подстрекательства к такой дискриминации (статья 7), право на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения основных прав, предоставленных конституцией или законом (статья 8), запрет произвольных арестов, задержаний или изгнаний (статья 9), право, на основе полного равенства, на то, чтобы дело при определении прав и обязанностей и при предъявлении уголовного обвинения было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом (статья 10), право считаться невиновным до тех пор, пока виновность не будет установлена законным порядком путем гласного судебного разбирательства, при котором обеспечиваются все возможности для защиты и запрет обратной силы закона (статья 11), запрет произвольного вмешательства в личную и семейную жизнь, произволь-

ного посягательства на неприкосновенность его жилища, тайну его корреспонденции или на его честь и репутацию (статья 12), право свободно передвигаться и выбирать себе местожительство в пределах каждого государства и право покидать любую страну, включая свою собственную, и возвращаться в свою страну (статья 13), право искать убежища от преследования в других странах и пользоваться этим убежищем (статья 14), право на гражданство (статья 15), право мужчины и женщины, достигших совершеннолетия, без всяких ограничений по признаку расы, национальности или религии вступать в брак и основывать свою семью при одинаковых правах в отношении вступления в брак, во время состояния в браке и во время его расторжения (статья 16), право владеть имуществом как единолично, так и совместно с другими (статья 17), право на свободу мысли, совести и религии; это право включает свободу менять свою религию или убеждения и свободу исповедовать свою религию или убеждения как единолично, так и сообща с другими, публичным или частным порядком, в учении, богослужении и выполнении религиозных и ритуальных обрядов (статья 18), право на свободу убеждений и на свободное выражение их; это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ (статья 19), право на свободу мирных собраний и ассоциаций (статья 20), право принимать участие в управлении своей страной непосредственно или через посредство свободно избранных представителей, право равного доступа к государственной службе в своей стране, право на периодические и нефальсифицированные выборы, которые должны проводиться при всеобщем и равном избирательном праве путем тайного голосования или же посредством других равнозначных форм, обеспечивающих свободу голосования (статья 21),

Всеобщая декларация провозгласила целый ряд социальных и экономических прав личности: право на социальное обеспечение и на осуществление необходимых для поддержания достоинства и для свободного развития личности прав в экономической, социальной и культурной областях через посредство национальных усилий и международного сотрудничества и в соответствии со

структурой и ресурсами каждого государства (статья 22), право на труд, на свободный выбор работы, на справедливые и благоприятные условия труда и на защиту от безработицы, право без какой-либо дискриминации на равную оплату за равный труд, право на справедливое и удовлетворительное вознаграждение, обеспечивающее достойное человека существование для самого человека и семьи и дополняемое, при необходимости, другими средствами социального обеспечения, право создавать профессиональные союзы и входить в профессиональные союзы для защиты своих интересов (статья 23), право на отдых и досуг, включая право на разумное ограничение рабочего дня и на оплачиваемый периодический отпуск (статья 24), право на такой жизненный уровень, включая пищу, одежду, жилище, медицинский уход и необходимое социальное обслуживание, который необходим для поддержания здоровья и благосостояния самого человека и его семьи, и право на обеспечение на случай безработицы, болезни, инвалидности, вдовства, наступления старости или иного случая утраты средств к существованию по не зависящим обстоятельствам, право на особое попечение и помощь для матерей и детей, а для детей, родившихся в браке или вне брака, право на одинаковую социальную заботу (статья 25), право на образование (статья 26).

Статья 26 (2) определяет, что образование должно быть направлено на полное развитие человеческой личности и на увеличение уважения к правам человека и основным свободам, а также то, что оно должно способствовать взаимопониманию, терпимости и дружбе между всеми народами, расовыми и религиозными группами, и должно содействовать деятельности Организации Объединенных Наций по поддержанию мира.

Статья 27 гласит, что каждый человек имеет право свободно участвовать в культурной жизни общества, наслаждаться искусством, участвовать в научном прогрессе и пользоваться его благами и каждый человек имеет право на защиту своих моральных и материальных интересов, являющихся результатом научных, литературных или художественных трудов, автором которых он является.

Статья 28 имеет общий характер и провозглашает, что каждый человек имеет право на социальный и международный порядок,

при котором права и свободы, изложенные в настоящей Декларации, могут быть полностью осуществлены.

Очевидно, что одной из движущих сил Всеобщей декларации являлось обеспечение равенства и устранение необоснованной дискриминации как в области политических и гражданских, так и в сфере культурных и социальных прав.

Декларация первоначально не рассматривалась как юридически обязательный документ для государств-участников. Однако последующее развитие привело к появлению ряда концепций и доктрин, которые рассматривают положения Декларации как имеющие определенный специальный моральный и нормативный статус в системе источников международного права.

Принцип запрета дискриминации был инкорпорирован в значительное количество международно-правовых договоров. Эти договоры касаются как специально пресечения проявлений незаконной дискриминации (Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации, Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, Конвенция о политических правах женщин, Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей), так и содержат запрет дискриминации в договорах, посвященных международной защите прав личности общего характера (Международном пакте о гражданских и политических правах, Международном пакте о социальных, экономических и культурных правах, Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания) [2].

К первой категории упомянутых документов относится, прежде всего, Конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации, утвержденная резолюцией Генеральной ассамблеи ООН 2106 (XX) от 21 декабря 1965 года и вступившая в силу 4 января 1969 года, которая излагает каталог обязательств государств-участников в отношении правового и практического осуществления права быть защищенным от расовой дискриминации. Конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации является специальным договором, подробно регламентирующим самые различные вопросы, возникающие в этой области [3]. Обращает

на себя внимание, что Конвенция исключает из-под своего действия различия в силу гражданства (статья 1 пункт 2).

Расовая дискриминация специально квалифицируется в статье 1-1, где этот термин конкретизируется и расширяется по сравнению со Всеобщей декларацией прав человека и означает «любое различие, исключение, ограничение или предпочтение, основанное на признаках расы, цвета кожи, родового, национального или этнического происхождения, имеющие целью или следствием уничтожение или умаления признания, использования или осуществления на равных началах прав человека и основных свобод в политической, социальной, культурной или любых других областях общественной жизни».

Статья 1 пункт 4 предусматривает легитимную возможность введения временных программ «позитивных действий», предполагающих создание привилегированных условий для определенных групп в целях выравнивания их положения по отношению к другим группам. Эта же статья уточняет, что такие меры не рассматриваются как расовая дискриминация.

Основные обязательства изложены в статьях 2–7 Конвенции, составляющих часть I договора. Так, статья 2 гласит:

«а) каждое государство-участник обязуется не совершать в отношении лиц, групп или учреждений каких-либо актов или действий, связанных с расовой дискриминацией, и гарантировать, что все государственные органы и государственные учреждения, как национальные, так и местные, будут действовать в соответствии с этим обязательством;

б) каждое государство-участник обязуется не поощрять, не защищать и не поддерживать расовую дискриминацию, осуществляемую какими бы то ни было лицами или организациями;

с) каждое государство-участник должно принять эффективные меры для пересмотра политики правительства в национальном и местном масштабе, а также для исправления, отмены или аннулирования любых законов и постановлений, ведущих к возникновению или увековечению расовой дискриминации всюду, где она существует;

д) каждое государство-участник должно, используя все надлежащие средства, в том числе и законодательные меры, в зави-

симости от обстоятельств, запретить расовую дискриминацию, проводимую любыми лицами, группами или организациями, и положить ей конец;

е) каждое государство-участник обязуется поощрять в надлежащих случаях объединяющие многорасовые организации и движения, равно как и другие мероприятия, направленные на уничтожения расовых барьеров, и не поддерживать те из них, которые способствуют углублению расового разделения».

В той же статье уточняется перечень мер, которые рассматриваются как меры «позитивной» дискриминации:

«2. Государства-участники должны принимать, когда обстоятельства этого требуют, особые и конкретные меры в социальной, экономической, культурной и других областях, с целью обеспечения надлежащего развития и защиты некоторых расовых групп или лиц, к ним принадлежащих, с тем чтобы гарантировать им полное и равное использование прав человека и основных свобод. Такие меры ни в коем случае не должны в результате привести к сохранению неравных или особых прав для различных расовых групп по достижении тех целей, ради которых они были введены».

Обязательства по предотвращению дискриминации развиваются в статье 4:

«Государства-участники осуждают всякую пропаганду и все организации, основанные на идеях или теориях превосходства одной расы или группы лиц определенного цвета кожи или этнического происхождения, или пытающиеся оправдать, или поощряющие расовую ненависть и дискриминацию в какой бы то ни было форме, и обязуются принять немедленные и позитивные меры, направленные на искоренение всякого подстрекательства к такой дискриминации или актов дискриминации, и с этой целью они в соответствии с принципами, содержащимися во Всеобщей декларации прав человека, и правами, ясно изложенными в статье 5 настоящей Конвенции, среди прочего:

а) объявляют караемым по закону преступлением всякое распространение идей, основанных на расовом превосходстве или ненависти, всякое подстрекательство к расовой дискриминации, а также все акты насилия или подстрекательство к таким актам, направленным против любой расы или группы лиц другого цве-

та кожи или этнического происхождения, а также предоставление любой помощи для проведения расистской деятельности, включая ее финансирование;

b) объявляют противозаконными и запрещают организации, а также организованную и всякую другую пропагандистскую деятельность, которые поощряют расовую дискриминацию и подстрекают к ней, и признают участие в таких организациях или в такой деятельности преступлением, караемым законом;

с) не разрешают национальным или местным органам государственной власти или государственным учреждениям поощрять расовую дискриминацию или подстрекать к ней».

Статья 5 гласит, что государства-участники обязуются запретить и ликвидировать расовую дискриминацию во всех ее формах и обеспечить равноправие каждого человека перед законом, без различия расы, цвета кожи, национального или этнического происхождения, прежде всего в отношении осуществления следующих прав:

«a) права на равенство перед судом и всеми другими органами, отправляющими правосудие;

b) права на личную безопасность и защиту со стороны государства от насилия или телесных повреждений, причиняемых как правительственными должностными лицами, так и какими бы то ни было отдельными лицами, группами или учреждениями;

с) политических прав, в частности права участвовать в выборах — голосовать и выставлять свою кандидатуру — на основе всеобщего и равного избирательного права, права принимать участие в управлении страной, равно как и в руководстве государственными делами на любом уровне, а также права равного доступа к государственной службе;

d) других гражданских прав, в частности:

i) права на свободу передвижения и проживания в пределах государства;

ii) права покинуть любую страну включая свою собственную, и возвращаться в свою страну;

iii) права на гражданство;

iv) права на вступление в брак и на выбор супруга;

v) права на владение имуществом, как единолично, так и совместно с другими;

vi) права наследования;
vii) права на свободу мысли, совести и религии;
viii) права на свободу убеждений и на свободное выражение их;
ix) права на свободу мирных собраний и ассоциаций;
е) прав в экономической, социальной и культурной областях, в частности:

i) права на труд, свободный выбор работы, справедливые и благоприятные условия труда, защиту от безработицы, равную плату за равный труд, справедливое и удовлетворительное вознаграждение;

ii) права создавать профессиональные союзы и вступать в них;

iii) права на жилище;

iv) права на здравоохранения, медицинскую помощь, социальное обеспечение и социальное обслуживание;

v) права на образование и профессиональную подготовку;

vi) права на равное участие в культурной жизни;

f) права на доступ к любому месту или любому виду обслуживания, предназначенному для общественного пользования, как, например, транспорт, гостиницы, рестораны, кафе, театры и парки».

Это наиболее развернутое в международном праве запрещение возможных форм дискриминации.

Дальнейший шаг в области запрета дискриминации был сделан в Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, принятой резолюцией Генеральной ассамблеи 34/180 от 18 декабря 1979 года и вступившей в силу 3 сентября 1981 года, которая гарантирует право всем женщинам защиту от дискриминации и излагает обязательства государств-участников, направленные на обеспечение правового и практического осуществления этого прав.

Статья 1 Конвенции дает определение дискриминации в отношении женщин:

«Для целей настоящей Конвенции понятие «дискриминация в отношении женщин» означает любое различие, исключение или ограничение по признаку пола, которое направлено на ослабление или сводит на нет признание, пользование или осуществле-

ние женщинами, независимо от семейного положения, на основе равноправия мужчин и женщин, прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной, гражданской или любой другой области».

Конвенция является специальным договором, который весьма подробно касается самых разнообразных вопросов, возникающих в этой области. Помимо позитивных обязательств, основные обязательства изложены в статьях 7—16 Конвенции, составляющих части I—IV Конвенции.

Статья 7 содержит перечень мер по ликвидации дискриминации в отношении женщин в политической и общественной жизни страны и, в частности, обеспечивает женщинам на равных условиях с мужчинами право:

«а) голосовать на всех выборах и публичных референдумах и избираться во все публично избираемые органы;

б) участвовать в формулировании и осуществлении политики правительства и занимать государственные посты, а также осуществлять все государственные функции на всех уровнях государственного управления;

с) принимать участие в деятельности неправительственных организаций и ассоциаций, занимающихся проблемами общественной и политической жизни страны».

В силу статьи 8 государства-участники принимают все соответствующие меры, чтобы обеспечить женщинам возможность на равных условиях с мужчинами и без какой-либо дискриминации представлять свои правительства на международном уровне и участвовать в работе международных организаций.

Статья 9 излагает следующее обязательство для государств-членов:

«1. Государства-участники предоставляют женщинам равные с мужчинами права в отношении приобретения, изменения или сохранения их гражданства. Они, в частности, обеспечивают, что ни вступление в брак с иностранцем, ни изменение гражданства мужа во время брака не влекут за собой автоматического изменения гражданства жены, не превращают ее в лицо без гражданства и не могут заставить ее принять гражданство мужа.

2. Государства-участники предоставляют женщинам равные с мужчинами права в отношении гражданства их детей».

Согласно статьям 10—15, государства-участники принимают все соответствующие меры для того, чтобы ликвидировать дискриминацию в отношении женщин, с тем, чтобы обеспечить им равные права с мужчинами в области образовании, здравоохранения, а также с тем, чтобы обеспечить на основе равенства мужчин и женщин доступ к медицинскому обслуживанию, в частности, в том, что касается планирования размера семьи, в других областях экономической и социальной жизни, равенство с мужчинами перед законом, одинаковую с мужчинами гражданскую правоспособность и одинаковые возможности ее реализации.

Статья 16 (1) обязывает государства-участники принимать все соответствующие меры для ликвидации дискриминации в отношении женщин во всех вопросах, касающихся брака и семейных отношений, и, в частности, обеспечивает на основе равенства мужчин и женщин:

- а) одинаковые права на вступление в брак;
- б) одинаковые права на свободный выбор супруга и на вступление в брак только со своего свободного и полного согласия;
- в) одинаковые права и обязанности в период брака и при его расторжении;
- д) одинаковые права и обязанности мужчин и женщин как родителей, независимо от их семейного положения, в вопросах, касающихся их детей; во всех случаях интересы детей являются преобладающими;
- е) одинаковые права свободно и ответственно решать вопрос о числе детей и промежутках между их рождениями и иметь доступ к информации, образованию, а также средствам, которые позволяют им осуществлять это право;
- ф) одинаковые права и обязанности быть опекунами, попечителями, доверителями и усыновителями детей или осуществлять аналогичные функции, когда они предусмотрены национальным законодательством; во всех случаях интересы детей являются преобладающими;
- г) одинаковые личные права мужа и жены, в том числе право выбора фамилии, профессии и занятия;

h) одинаковые права супругов в отношении владения, приобретения, управления, пользования и распоряжения имуществом как бесплатно, так и за плату».

Эффективность действия Конвенции была в значительной степени подорвана многочисленными оговорками, где государства-участники ограничили применимость некоторых обязательств ссылками на необходимость сохранения определенных национальных и религиозных учреждений и обычаев [4].

В соответствии с другим документом такого рода — Международной конвенцией о защите прав всех трудящихся мигрантов и членов их семей, принятой 18 декабря 1990 года и вступившей в силу 1 июля 2003 года, — на государства-участников возлагаются обязательства защищать и гарантировать всеобъемлющую совокупность прав трудящихся-мигрантов и их семей. Основные обязательства излагаются в статьях 7–71 Конвенции, составляющих части II–VI.

Принцип запрета дискриминации (недискриминации) в отношении прав провозглашается в статье 7, согласно которой государства-участники «обязуются в соответствии с международными документами по правам человека уважать и обеспечивать права всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, которые находятся на их территории или под их юрисдикцией, предусмотренные в настоящей Конвенции, без какого бы то ни было различия как-то в отношении пола, расы, цвета кожи, языка, религии или убеждений, политических или иных взглядов, национального, этнического или социального происхождения, гражданства, возраста, экономического, имущественного, семейного и сословного положения или по любому другому признаку.»

Значительная часть перечисляемых в Конвенции прав гарантирована в актах защиты прав личности общего характера. Вместе с тем определенная часть свойственна только специфическому положению трудящихся-мигрантов и членов их семей. В дополнение к принципу недискриминации в статье 7, статья 25 гласит:

«1. Трудящиеся-мигранты пользуются не менее благоприятным обращением, чем то, которое применяется к гражданам государства работы по найму, в вопросах вознаграждения и:

а) других условий труда, а именно: сверхурочного времени, рабочего времени, еженедельного отдыха, оплачиваемых отпусков, безопасности, охраны здоровья, прекращения трудовых взаимоотношений и любых других условий труда, на которые в соответствии с национальными законами и практикой распространяется это понятие;

б) других условий занятости, а именно: минимального возраста занятости, ограничения надомного труда и любых других вопросов, которые в соответствии с национальными законами и практикой считаются условиями занятости.

2. Отклонение от принципа равного обращения, упомянутого в пункте 1 настоящей статьи, в частных договорах найма является незаконным.

3. Государства-участники принимают все надлежащие меры для обеспечения того, чтобы трудящиеся-мигранты не лишались никаких прав, вытекающих из настоящего принципа, в силу какого-либо отклонения в статусе их пребывания или занятости. В частности, работодатели не освобождаются от каких-либо правовых или договорных обязательств, и их обязательства никоим образом не будут ограничены в силу любого такого отклонения».

К категории документов общего характера относятся Международный пакт о гражданских и политических правах, который был предложен к подписанию Генеральной ассамблеей ООН в резолюции от 16 декабря 1966 г. и вступил в силу 23 марта 1976 г., и Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, который также был предложен к подписанию Генеральной ассамблеей ООН в резолюции от 16 декабря 1966 г. и вступил в силу 3 января 1976 года. Статья 2 пункт 1 первого из названных пактов определяет:

«Каждое участвующее в настоящем Пакте государство обязуется уважать и обеспечивать всем находящимся в пределах его территории и под его юрисдикцией лицам права, признаваемые в данном Пакте, без какого либо 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».

Помимо этого Пакт специально подчеркивает в статье 3 равенство мужчин и женщин в пользовании правами, провозглашенными в этом документе:

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

Международный пакт о гражданских и политических правах охватывает широкий спектр гражданских и политических прав — от права на жизнь до права на справедливое судебное разбирательство и права на недопущение дискриминации. Индивидуальные права изложены в статьях 6—27 включительно, составляющих часть III Пакта. Целый ряд из гарантированных прав прямо или опосредованно имеет отношение к осуществлению запрета дискриминации и других форм нетерпимости. Так, Статья 20 запрещает в пункте 2:

«2. Всякое выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию, должно быть запрещено законом».

Статья 24 (1) особо защищает права детей против потенциальной дискриминации:

«1. Каждый ребенок 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».

Статья 25 вводит прямой запрет дискриминации в отношении политических прав, гарантируя право:

«а) принимать участие в ведении государственных дел как непосредственно, так и через посредство свободно выбранных представителей;

б) голосовать и быть избранным на подлинных периодических выборах, производимых на основе всеобщего равного избирательного права при тайном голосовании и обеспечивающих свободное волеизъявление избирателей;

с) допускаться в своей стране на общих условиях равенства к государственной службе».

Статья 26 гласит, что 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 или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства».

В целом, общий каталог прав, гарантированных пактом (статьи 6—27), содержит в общих чертах те же права, что и права, провозглашенные во Всеобщей декларации прав человека. Нововведением по сравнению со Всеобщей декларацией прав человека стала защита прав этнических, религиозных и языковых меньшинств в статье 27 пакта, которая определяет:

«В тех странах, где существуют этнические, религиозные и языковые меньшинства, лицам, принадлежащим к таким меньшинствам, не может быть отказано в праве совместно с другими членами той же группы пользоваться своей культурой, исповедовать свою религию и исполнять ее обряды, а также пользоваться родным языком».

Таким образом, был сделан новый шаг на пути предотвращения и пресечения нарушения прав национальных меньшинств посредством международного договора универсального характера.

Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 года вступил в силу 3 января 1976 года. Статья 2 (пункт 2) гласит:

«Участвующие в настоящем Пакте государства обязуются гарантировать, что права, провозглашенные в настоящем Пакте, будут осуществляться без какой либо дискриминации, 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 обязывает государства-участники обеспечить равное для мужчин и женщин право пользования всеми экономическими, социальными и культурными правами, предусмотренными в пакте.

Статьи 6—14 признают право на труд, справедливые и благоприятные условия труда, право создавать для осуществления и защиты своих экономических и социальных интересов профессиональные союзы и вступать в таковые по своему выбору при единственном условии соблюдения правил соответствующей организации, право каждого человека на социальное обеспечение, включая социальное страхование, особые права матерей и детей, право каждого на достаточный жизненный уровень для него и его семьи, включающий достаточное питание, одежду и жилище, и на непрерывное улучшение условий жизни, право каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья, право каждого человека на образование.

В частности, статья 14 обязывает государства-участники к тому, чтобы образование было направлено на полное развитие человеческой личности и ее достоинства и чтобы оно укрепляло уважение к правам человека и основным свободам. Государства-участники далее соглашаются, что образование должно дать возможность всем быть полезными участниками свободного общества, способствовать взаимопониманию, терпимости и дружбе между всеми нациями и всеми расовыми, этническими и религиозными группами и содействовать работе Организации Объединенных Наций по поддержанию мира.

В отличие от Пакта о гражданских и политических правах, первоначально считалось, что Пакт об экономических, социальных и культурных правах не создает непосредственных обязательств для государств участников, обязывая их «принимать меры на пути к реализации перечисленных прав». Однако превалирующей интерпретацией на данном этапе становится признание непосредственного характера обязательств в рамках Пакта.

Определенные шаги по предотвращению дискриминации и смежных с ней феноменов были сделаны на уровне специализированных учреждений ООН — Международной организации труда (МОТ), Организации ООН по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО).

МОТ подготовила целый ряд далеко идущих конвенций по борьбе с дискриминацией [5], наиболее значительной из которых является Конвенция № 111 о дискриминации в области труда и занятий (занятости), принятая 25 июня 1958 г. на Генеральной конференции МОТ. Статья 1 дает определение термина «дискриминация» в целях Конвенции:

«а) всякое различие, недопущение или предпочтение, проводимое по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений, приводящее к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения в области труда и занятий;

в) всякое другое различие, недопущение или предпочтение, приводящее к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения в области труда и занятий, определяемое соответствующим Членом по консультации с представительными организациями предпринимателей и трудящихся, где таковые существуют, и с другими соответствующими органами».

Вместе с тем пункт 2 этой же статьи определяет исключение из этого положения, что любое различие, недопущение или предпочтение в отношении определенной работы, основанной на специфических требованиях, не считается таковой.

Аналогично документам, обеспечивающим возможность «позитивных мер» в отношении некоторых групп населения, Конвенция определяет в статье 5 (1):

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

Эти же вопросы развиваются в Конвенции № 100 о равном вознаграждении мужчин и женщин за труд равной ценности, принятой Генеральной конференцией МОТ и вступившей в силу 23 мая 1953 г. Статья 1 дает определение равного вознаграждения и обязывает государства-участники применять этот принцип к ставке вознаграждения, определяемой без дискриминации по признакам пола. Статья 2 излагает ряд мер по воплощению данного принципа. Вместе с тем статья 3 (3) утверждает:

«Разница в ставках вознаграждения, которая соответствует независимо от пола разнице, вытекающей из такой объективной оценки работы, не рассматривается как противоречащая прин-

ципу равного вознаграждения мужчин и женщин за труд равной ценности».

Конвенция № 169 о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, в независимых странах особо обращается к проблеме занятости и доступа к работе этих категорий населения.

Что касается вклада ЮНЕСКО, то следует указать на ряд документов императивного характера, подготовленных органами этой организации и вступивших в силу в государствах-членах [6]. Так, 14 декабря 1960 г. Генеральная ассамблея ЮНЕСКО приняла Конвенцию о борьбе с дискриминацией в области образования, вступившую в силу 22 мая 1962 г.

Статья 1 (1) Конвенции дает определение дискриминации в целях Конвенции, согласно которому «выражение «дискриминация» охватывает всякое различие, исключение, ограничение или предпочтение по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, экономического положения или рождения, которое имеет целью или следствием уничтожение или нарушение равенства отношения в области образования, и в частности: а) закрытие для какого-либо лица или группы лиц доступа к образованию любой ступени или типа; б) ограничение образования для какого-либо лица или группы лиц низшим уровнем образования; с) создание или сохранение отдельных систем образования или учебных заведений для каких-либо лиц или группы лиц, помимо случаев, предусмотренных положением статьи 2 настоящей Конвенции; или d) положение, несовместимое с достоинством человека, в которое ставится какое-либо лицо или группа лиц».

Одновременно Статья 2 излагает ряд положений, которые не рассматриваются как дискриминация:

«а) создание или сохранение отдельных систем образования или учебных заведений для учащихся разного пола в тех случаях, когда эти системы или заведения обеспечивают равный доступ к образованию, когда их преподавательский состав имеет одинаковую квалификацию, когда они располагают помещениями и оборудованием равного качества и позволяют проходить обучение по одинаковым программам;

б) создание или сохранение по мотивам религиозного или языкового характера отдельных систем образования или учебных заведений, дающих образование, соответствующее выбору родителей или законных опекунов учащихся, в тех случаях, когда включение в эти системы или поступление в эти заведения является добровольным и если даваемое ими образование соответствует нормам, предписанным или утвержденным компетентными органами образования, в частности в отношении образования одной и той же ступени;

с) создание или сохранение частных учебных заведений в тех случаях, когда их целью является не исключение какой-либо группы, а лишь дополнение возможностей образования, предоставляемых государством, при условии, что их деятельность действительно отвечает вышеуказанной цели и что даваемое ими образование соответствует нормам, предписанным или утвержденным компетентными органами образования, в частности, в отношении норм образования одной и той же ступени».

Статья 3 перечисляет ряд мероприятий, которые государства-члены должны выполнить в целях ликвидации или предупреждения дискриминации в области образования.

Статья 5 (b и c) излагает гарантии в области образования для лиц, принадлежащих к религиозным и национальным меньшинствам:

«b) родители и, в соответствующих случаях, законные опекуны должны иметь возможность, во-первых, в рамках, определенных законодательством каждого государства, свободно посылать своих детей не в государственные, а в другие учебные заведения, отвечающие минимальным требованиям, предписанным или утвержденным компетентными органами образования, и, во-вторых, обеспечивать религиозное и моральное воспитание детей в соответствии с их собственными убеждениями; никому в отдельности и ни одной группе лиц, взятой в целом, не следует навязывать религиозное воспитание, не совместимое с их убеждениями; c) за лицами, принадлежащими к национальным меньшинствам, следует признавать право вести собственную просветительную работу, включая руководство школами, и, в соответствии с политикой в области образования каждого государства, использовать или преподавать свой собственный язык, при условии, однако, что:

i) осуществление этого права не мешает лицам, принадлежащим к меньшинствам, понимать культуру и язык всего коллектива и участвовать в его деятельности, и что оно не подрывает суверенитета страны;

ii) уровень образования в такого рода школах не ниже общего уровня, предписанного или утвержденного компетентными органами; и

iii) посещение такого рода школ является факультативным».

К числу областей, регулирование которых не достигло в настоящее время императивного уровня, находясь на рекомендательном уровне [7], относятся Декларация о роли средств массовой информации в борьбе против расовой дискриминации и апартеида и Декларация о ликвидации всех форм нетерпимости и дискриминации, основанной на религии и вере (1981), Декларация о правах лиц, принадлежащих к национальным или этническим, религиозным или лингвистическим меньшинствам (1992), Декларация о правах коренных народов (1994). Международные акты рекомендательного типа по защите инвалидов — Декларация о правах лиц с умственной отсталостью, Декларация о правах инвалидов. В 1995 г. ЮНЕСКО приняла Декларацию о принципах терпимости, формулирующую существенные направления по борьбе против дискриминации и нетерпимости.

1.2. Источники по предотвращению и ликвидации особо тяжелых форм нарушения прав личности, связанных с дискриминацией

Помимо дискриминации в собственном смысле слова, международное право ввело запрет на ряд схожих с ней феноменов. В широком смысле слова крайними формами противоправного ограничения прав личности по признаку расы являются такие феномены, как рабство, пытки, сегрегация, геноцид и апартеид на национальном уровне, на международном уровне — колониализм.

Хотя вопросы запрета рабства, подневольного состояния, принудительного труда и сходных с рабством институтов и обычаев исключаются в узком смысле этого термина из области международного права, относящейся к запрету различных форм дискрими-

нации, вместе с тем, с философской точки зрения, рабство всегда является тягчайшей формой дискриминации, учитывая, что, с точки зрения лишения прав, направлено против определенной группы населения.

Целый ряд конвенций ввел запрет рабства еще в 20-е годы [8]. Предупреждение и ликвидация рабства регулируются рядом международно-правовых документов специального характера. В 1956 г. была принята дополнительная Конвенция по устранению рабства, работорговли и практик, сходных с рабством. В настоящее время органы ООН работают над документами, связанными с современными формами рабства.

В рамках Женевских конвенций от 12 декабря 1949 г. о защите жертв международных вооруженных конфликтов специально выделена защита наиболее уязвимых во время военных действий групп и категорий населения. Эти положения были развиты в Статье 85 (4) Дополнительного протокола от 1977 г. к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 о защите жертв в международных вооруженных конфликтах, хотя эти меры в конвенциях не носят названия, связанного с дискриминацией, но по существу представляют собой радикальное требование по предотвращению нанесения ущерба гражданскому населению.

26 июня 1987 года вступила в силу Конвенция, полное название которой — Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

Определение смысла слова «пытка» содержится в Статье 1 Конвенции, которая гласит:

«Для целей настоящей Конвенции определение «пытка» означает любое действие, которым какому-либо лицу умышленно причиняется сильная боль или страдание, физическое или нравственное, чтобы получить от него или от третьего лица сведения или признания, наказать его за действие, которое совершило оно или третье лицо или в совершении которого оно подозревается, а также запугать или принудить его или третье лицо, или по любой другой причине, основанной на дискриминации любого характера, когда такая боль или страдание причиняется государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официаль-

ном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или молчаливого согласия. В это определение не включаются боль или страдания, которые возникают лишь в результате законных санкций, неотделимы от этих санкций или вызываются ими случайно».

По смыслу статьи 1 ее положения относятся к отношениям между представителями властей и частными лицами, находящимися под следствием или в заключении. Обращает на себя внимание и то, что понятие «пытка» распространяется и на возможные нравственные страдания. Вместе с тем, если речь идет о законных действиях должностных лиц при аресте, в ходе следствия или исполнения наказания, то боль или страдания не представляют собой пытку, когда они неотделимы от таких действий или причинены неумышленно.

Помимо запрета пыток, Конвенция обязывает государства-участники предпринять ряд мер по превентивному пресечению (предотвращению) такого отношения (статьи 2–12 и др.). Например, статья 13 предусматривает потерпевшему право на предъявление жалобы компетентным властям, а статья 14-1 гарантирует право на справедливую и адекватную компенсацию, включая средства для возможно более полной реабилитации.

В первые послевоенные годы работы органов ООН особое внимание было уделено разработке международно-правовых актов по устранению таких наиболее грубых форм расизма, как геноцид, сегрегация и апартеид.

Особо тяжелой формой ограничения прав, включающими лишение определенной группы лиц права на жизнь, является геноцид, запрещенный в ряде послевоенных конвенций. Генеральная ассамблея ООН предложила 9 декабря 1948 года для подписания Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказания за него, которая после получения необходимого числа ратификаций вступила в силу 12 января 1961 года. Объявляя геноцид преступлением, нарушающим нормы международного права, Конвенция дает его определение в статье 2:

«В настоящей Конвенции под геноцидом понимаются следующие действия, совершаемые с намерением уничтожить, полностью или частично, какую-либо национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую:

-
- а) убийство членов такой группы;
 - б) причинение серьезных телесных повреждений или умственного расстройства членам такой группы;
 - в) преднамеренное создание для какой-либо группы таких жизненных условий, которые рассчитаны на полное или частичное физическое уничтожение ее;
 - г) меры, направленные на предотвращение деторождения в среде такой группы;
 - е) насильственная передача детей из одной человеческой группы в другую».

Среди наказуемых деяний в статье 3 указывается не только сам геноцид, заговор с целью его совершения, покушение и соучастие, но и «прямое и публичное подстрекательство к совершению геноцида».

Круг ответственных за геноцид включает лиц, независимо от того, являются ли они ответственными по конституции правительствами, должностными или частными лицами. Статья 4 предусматривает судебную ответственность таких лиц перед компетентным судом того государства, на территории которого было совершено деяние, или международным уголовным судом, который «может иметь юрисдикцию в отношении сторон настоящей Конвенции, признавших юрисдикцию такого суда» [9].

30 ноября 1973 года Генеральная ассамблея ООН предложила для подписания Международную конвенцию о пресечении преступления апартеида и наказании за него, которая вступила в силу 18 июля 1976 года. Статья 1 определяет, что апартеид является преступлением против человечества и, помимо этого, что апартеид, как и сходная с ним практика расовой сегрегации и дискриминации, являются преступлениями, нарушающими принципы международного права и создающими серьезную угрозу для международного мира и безопасности. Кроме того, участники Конвенции объявили преступными организации, учреждения и отдельных лиц, совершающих преступления геноцида.

Статья 2 дает развернутое определение апартеида:

«а) лишение члена или членов расовой группы права на жизнь и на свободу личности,

— путем убийства членов расовой группы или групп,

— путем причинения членам расовой группы или групп серьезных телесных повреждений или умственного расстройства и посягательства на их свободу или достоинство или в результате применения к ним пыток или жестоких или бесчеловечных или унижающих достоинство обращения или наказания,

— путем произвольного ареста и незаконного содержания в тюрьмах членов расовой группы или групп,

б) умышленное создание для расовой группы или групп таких жизненных условий, которые рассчитаны на их полное или частичное физическое уничтожение,

в) любые меры законодательного характера и другие меры, рассчитанные на то, чтобы воспрепятствовать участию расовой группы или групп в политической, социальной, экономической и культурной жизни, и умышленной создание условий, препятствующих полному развитию такой группы или таких групп, в частности путем лишения членов группы или групп основных прав человека и свобод, включая право на труд, право на создание признанных профсоюзов, право на образование, право покинуть свою страну и возвращаться в нее, право на гражданство, право на свободу передвижения и выбора места жительства, право на свободу убеждений и свободное выражение их и право на свободу мирных собраний и ассоциаций.

г) любые меры, в том числе законодательного характера, направленные на разделение населения по расовому признаку посредством создания изолированных резерваций и гетто для членов расовой группы или групп, запрещения смешанных браков между членами различных расовых групп, экспроприации земельной собственности, принадлежащей расовой группе или группам или их членам,

д) эксплуатация труда членов расовой группы или групп, в частности, использование их принудительного труда,

е) преследование организаций и лиц путем лишения их основных прав и свобод на то, что они выступают против апартеида».

Ответственность лиц за совершение перечисленных деяний определяется в статье 5. В силу этой статьи председатель Комиссии по правам человека назначает группу из трех членов его Комиссии, которые уполномочены рассматривать доклады, представляемые государствами-участниками в силу статьи 7. Статья 10

Конвенции определяет полномочия членов группы в отношениях с органами ООН и составлении списка лиц, организаций, учреждений и представителей государств, которые, как предполагается, несут ответственность за преступление апартеида.

1.3. Региональные источники по предотвращению и запрету дискриминации

На региональном уровне к числу международных актов по запрету дискриминации относятся Декларация основных прав и свобод, Хартия основных социальных прав трудящихся и Хартия основных прав, принятые на уровне Европейского Союза, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, Межамериканская конвенция прав человека, Африканская хартия прав человека и народов, Конвенция о защите прав человека и основных свобод Содружества Независимых Государств, а также ряд актов, направленных на особую защиту наиболее уязвимых групп населения.

Европейский Союз. Основными целями Европейского Союза (ЕС) являются: создание европейского гражданства, обеспечение свободы, безопасности и законности, содействие экономическому и социальному прогрессу, утверждение роли Европы в мире. В общих чертах можно сказать, что договорные цели ЕС тесно связаны с задачей по устранению дискриминации в областях, входящих в сферу полномочий органов ЕС. Так, статья 3 § 2 Договора о ЕС ставит цель устранения неравенства, в частности, между мужчинами и женщинами.

Более того, учредительные договоры, в частности, статья 13 Договора о ЕС, прямо запрещают дискриминацию. При этом применение этой Статьи должно быть обеспечено а fortiori в национальных правовых системах государств-членов [10] и не связано с конкретными правами, гарантированными в договорах о ЕС, то есть ее применение практически неограниченно с точки зрения привязки к нормам материального права [11].

Кодификация классического понимания защиты прав личности началось в рамках европейских сообществ с принятия в 1989 году Европейским парламентом Декларации основных прав и свобод, где провозглашаются основные права всех катего-

рий — как гражданские и политические, так и социальные, экономические и культурные. В том же году была принята Хартия об основных социальных правах трудящихся, где провозглашены, прежде всего, такие права, как право на занятость и вознаграждение, право на улучшение условий жизни и труда, право на социальную защиту, которые носят зачастую программный, целевой характер. В том и другом документе постулируется запрет дискриминации при осуществлении этих прав. Оба документа не получили силы юридически обязательного акта.

Маастрихтский Договор о Европейском Союзе (1992), расширивший процессы интеграции, определил в статье 6, что Союз основан на принципах свободы, демократии, уважения прав человека и основных свобод — принципах, которые являются едиными для всех государств-членов и которые составляют общие принципы коммунитарного права (т. е. права ЕС).

Амстердамский договор государств-членов ЕС (1997) создал основу для «принятия необходимых действий в борьбе против всех форм дискриминации, основанных на расовом или этническом происхождении, религиозных или иных убеждениях», а также расширил возможности для полицейского и судебного сотрудничества в области борьбы против расизма и ксенофобии в рамках Европейского Союза.

15 и 16 октября 1999 года Европейский Совет на уровне глав государств и правительств на своей сессии в Темпере призвал Европейскую Комиссию выдвинуть предложения по воплощению в жизнь статьи 13 Договора о европейских сообществах в отношении борьбы против расизма и ксенофобии.

Хартия основных прав Европейского Союза, принятая в начале 2000 года как документ, не имеющий обязательной юридической силы, провозгласила принцип недискриминации в статье 21. Хотя этот документ не имел изначально императивного характера, перед лицом принятия Конституции Европейского Союза и включения Хартии в качестве его составной части этот принцип будет иметь юридически обязательный характер.

Новым шагом в кодификации защиты прав личности в Европе стало принятие фундаментального и обязательного для применения акта — Конституции для Европы. В статье 4 части 1 Консти-

туции («Основные свободы и недискриминация») указывается, что свободное передвижение лиц, товаров, услуг и капиталов, а также свобода деятельности гарантируется Союзом в рамках его границ согласно положениям Конституции. Пункт 2 той же статьи запрещает любую дискриминацию на основе гражданства «без ущерба отдельным положениям Конституции».

Часть 2 Конституции включает в качестве составной части Хартию основных прав Союза, придавая ей тем самым обязательный для исполнения характер. Каталог прав представляет собой разработанный на основе традиций и опыта европейских государств перечень прав, хотя и не гарантирует ряда прав экономического, социального и культурного характера. Глава 3 Хартии полностью посвящена вопросам равенства, провозглашая, что все люди равны перед законом. Статья II-21 гласит:

«1. Запрещена любая дискриминация, основанная в частности на поле, расе, цвете, этническом и социальном происхождении, генетических характеристиках, языке, религии или убеждениях, политических или любых других взглядах, принадлежности к национальному меньшинству, собственности, рождению, инвалидности, возрасте или половой ориентации.»

2. В рамках применения Конституции и без ущерба ее отдельным положениям любая дискриминация, основанная на гражданстве, запрещена.»

Статья II-22 определяет, что Союз уважает культурное, религиозное и лингвистическое разнообразие. Статья II-23 подтверждает равноправие мужчин и женщин, подчеркивая при этом, что принцип равенства не исключает принятие и проведение мер, предусматривающих особые привилегии в пользу недопредставленного пола. Последующие статьи посвящены обеспечению мер по особому отношению к ребенку, пожилым людям и интеграции лиц с недостатками здоровья.

Глава 2 части 3, посвященная политике и функционированию Союза, носит название «Недискриминация и гражданство». Предусматривается принятие особого закона или рамочного закона Европейского Союза в целях борьбы против дискриминации и устранения ее проявлений в функционировании отдельных свобод, таких как свобода передвижения.

Вместе с тем далеко идущие обязательства по воплощению принципа недискриминации и равенства отношения содержатся в нормах действующего законодательства Европейского Союза. В главе 1 директивы Совета ЕС 2000/43/CE [12] под ними понимается «отсутствие любой дискриминации, прямой или косвенной, основанной на расе или этническом происхождении». Статья 2 (п. 1, а) гласит, что «прямая дискриминация означает основанное на расовом или этническом происхождении отношение к лицу, которое является менее благоприятным, чем оно было, есть или будет в отношении лица, находящемся в аналогичном положении».

Пункт 3 той же статьи определяет дополнительно, что преследование может быть дискриминацией, когда оно связано с расой или этническим происхождением и когда оно имеет своим содержанием или целью нанести ущерб достоинству лица, создавая вокруг него угрожающую, враждебную, унижающую, оскорбительную или запугивающую атмосферу. Тем самым, интерпретация понятия существенно расширяется.

Пункт 4 Статьи 2 вводит обязательства по «пенализации» подстрекательства к дискриминации, что идет значительно дальше запретов в этой области, существующих во многих национальных правовых системах [13].

Директива распространяет действие принципа запрета дискриминации на все сферы, находящиеся в ведении ЕС, как на частный, так и на общественный сектор, включая государственные учреждения, в частности, в области доступа к работе, профессиональному образованию, условий работы, участия в профессиональных союзах, социальной защите, здравоохранении, образовании, доступа к социальным услугам, в том числе к жилью.

7 ноября 2000 года Совет министров принял второй акт в этой области — директиву 2000/78/CE [14] о создании общих условий в пользу равенства отношения в специальной сфере социальных отношений — в области занятости и труда, где статья 1 определила ее цель как борьбу против дискриминации, основанной на религии или убеждениях, инвалидности (недостатков здоровья), возрасте или половой ориентации в сфере труда и занятости.

Определение принципа равенства и недискриминации, даваемое в статье 2, аналогично предыдущей директиве, но расширяет

возможные признаки дискриминации на религию или убеждения, инвалидность, возраст или половую ориентацию. Вместе с тем статья 4 (1) допускает возможность различного отношения, когда это диктуется «существенной и определяющей потребностью, а также основано на законной цели и пропорциональной необходимости» [15].

Особым типом дискриминационного отношения является ксенофобия, которая с некоторого времени рассматривается как отдельная форма нетерпимости. Среди международных организаций дальше других по запрету ксенофобии пошел Европейский Союз. Совет ЕС подготовил в этой области высококвалифицированное Рамочное решение по вопросам борьбы против расизма и ксенофобии, которое находится в настоящее время в процессе подготовки к принятию. Между тем, целесообразно обратиться к его положениям ввиду того, что они в настоящее время являются наиболее всеобъемлющими обязательствами, подготовленными на уровне международных организаций в этой области. Решение направлено на создание общих основ для уголовного преследования фактов расизма и ксенофобии в государствах-членах ЕС и разработку унифицированных форм наказания в отношении физических и юридических лиц, совершающих такие правонарушения.

Целью Решения является сближение законодательных и нормативных актов государств-членов ЕС и усиление сотрудничества в области правонарушений, связанных с расизмом и ксенофобией. Решение распространяется на преступления, совершенные на территории государства-члена ЕС, гражданином государства-члена ЕС, когда его акт наносит ущерб отдельным лицам или группе лиц этого государства-члена, или по указанию морального лица, имеющего свое местонахождение в государстве-члене ЕС.

Под «расизмом и ксенофобией» понимается вера в расу, цвет, происхождение, религию или убеждения, национальное происхождение как «определяющие факторы неприязни по отношению к индивидууму или группе». Под «расистской или ксенофобской группой» понимается структурированная организация, созданная на определенный период, насчитывающая более двух лиц, которые действуют в целях совершения правонарушений».

Решение перечисляет преступления, которые должны уголовно преследоваться:

«а) публичное подстрекательство к насилию или ненависти с расистской или ксенофобской целью или любое другое расистское или ксенофобское поведение, которое может нанести существенный ущерб отдельным лицам или группам лиц,

б) публичные оскорбления или угрозы по отношению к отдельным лицам или группе лиц с расистской или ксенофобской целью,

в) публичная апология в расистских или ксенофобских целях преступлений геноцида, преступлений против человечества, и военных преступлений как они определены в статьях 6, 7 и 8 Статута Международного уголовного суда,

г) публичное отрицание или минимизация преступлений, определенных в статье 6 Устава Военного Нюрнбергского трибунала в приложении к Лондонскому соглашению от 8 апреля 1945 года таким образом, что это может нарушить общественное спокойствие,

д) публичное распространение или размножение письменных, изобразительных или других материалов, имеющих расистский или ксенофобский характер,

е) руководство расистской или ксенофобской группой, поддержка такой группы или участие в ее деятельности с целью способствования уголовным деяниям этой организации».

Статья 5 Решения обязывает государства-члены ввести уголовное преследование подстрекательства к актам, изложенным в статье 4, преднамеренное участие в них или попытки их совершения.

В развитие статьи 5 статья 6 определяет, что преступления, указанные в Статьях 4 (а—д) и 5, совершенные в тяжелой форме, должны наказываться мерами, связанными с лишением свободы, и давать основания для экстрадиции в этих целях из одного государства в другое. Пункт 3 той же статьи требует, чтобы преступления, указанные в статье 4 (а и е) наказывались мерами лишения свободы не менее двух лет.

Та же статья предусматривает дополнительные формы наказания при совершении указанных преступлений (общественные работы, лишение гражданских прав, публикацию судебных решений, штрафы, уничтожение материалов или средств совершения этих преступлений).

Отягчающим обстоятельством является то, что правонарушитель действовал при осуществлении своих профессиональных обязанностей, а жертва находилась в зависимости от этих функций. Расистская и ксенофобская мотивация также рассматриваются как отягчающее обстоятельство.

Статья 10 определяет формы наказания моральных лиц (отказ в оказание помощи из государственных фондов, временный запрет коммерческой деятельности, судебный надзор, окончательное или временное закрытие учреждений, служивших целям совершения преступления).

Предполагается, что возбуждение дел по фактам расизма и ксенофобии должно происходить не только исключительно в рамках частных исков (статья 11). Решение устанавливает более строгие требования в отношении выдачи в случае совершения подобных преступлений и другие форм международного сотрудничества (статья 13). Преступления, подпадающие под действие Решения, не должны рассматриваться как «политические преступления», дающие основания для отказа в экстрадиции.

Статья 9 указывает на элементы, которые дают основания для несения ответственности моральных лиц за правонарушения, указанные выше (доверенность, властные полномочия, контрольные полномочия). К ним отнесены также факты бездействия, вызвавшие правонарушения. Пункт 3 той же Статьи указывает, что ответственность моральных лиц не исключает уголовной ответственности физических лиц.

Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе. Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе [16] (ОБСЕ), включающая в свой состав большинство государств Европы, США, Канаду, а также государства бывшего СССР, географически как являющимися, так и не являющимися европейскими странами, создала сложный организационно-институциональный механизм, составными частями которого являются Совещание глав государств и правительств, Совет министров, Руководящий совет, Постоянный совет, Парламентская ассамблея, Секретариат, Бюро по демократическим институтам и правам человека, Центр по предотвращению конфликтов, Суд по примирению и арбитражу, Верховный Комиссар по национальным меньшинствам.

Первоначально ОБСЕ (СБСЕ) вошла в историю как форум, где был разработан Заключительный акт Совещания, подписанный в Хельсинки в 1975 году, включавший 4 части — так называемые корзины. Первая часть включает два раздела — «Принципы, регулирующие отношения между государствами и Меры доверия и некоторые аспекты безопасности и разоружения», вторая — «Сотрудничество в области экономики, науки, технологии и окружающей среды», третья — «Сотрудничество в гуманитарной и других областях», четвертая — «Последующие меры».

Вопросы прав человека затрагиваются в первой и второй части Заключительного акта. В руководящих принципах два раздела касаются прав человека — «Уважение прав человека и основных свобод, включая свободу мысли, совести, религии и верований» и «Равные права и самоопределение народов».

Заключительный акт не рассматривается как обязательный юридический документ. Это означает, что невыполнение его положений государством-участником имеет не юридические, а политические и моральные последствия. Последующие документы ОБСЕ также, за некоторыми исключениями, не имели обязательной правовой силы.

Спецификой каталога прав человека, провозглашаемых в рамках инструментов ОБСЕ, стало появление в международно-правовых документах тематики прав национальных меньшинств. Эти права стали основной темой документов — Парижской хартии для Новой Европы (1990), Заключительного документа Копенгагенской встречи (1990), Московского заключительного документа (1991), Будапештского документов (1994). Так, Заключительный документ Копенгагенской встречи (5—19 июня 1990) подчеркнул в пункте 33:

«Государства-участники будут защищать этническую, культурную, лингвистическую и религиозную самобытность национальных меньшинств на своих территориях и создавать условия для развития этой идентичности».

Вместе с тем то же положение уточнило, что такие меры будут соответствовать принципу равенства и запрета дискриминации по отношению к другим гражданам государств-членов.

Совет Европы. К числу международных конвенций в области предотвращения и ликвидации дискриминации и сходных форм

нетерпимости, разработанных на уровне такой региональной организации, как Совет Европы, можно отнести, помимо Европейской конвенции по правам человека и основным свободам, Европейскую социальную хартию с дополнительными протоколами, Рамочную конвенцию по защите национальных меньшинств, Европейскую хартию региональных языков и языков меньшинств, Европейскую конвенцию о гражданстве, Европейскую конвенцию по запрещению пыток, Европейскую конвенцию о статусе рабочих-мигрантов и некоторые другие акты.

Рассмотрим основные нормы ряда документов Совета Европы, составной частью которых являются положения, направленные на предотвращение и пресечение дискриминации.

В соответствии с Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, а также дополнительных протоколов государства-участники взяли на себя ряд обязательств в области защиты прав человека, среди которых гарантия права на жизнь, неприкосновенность личности; справедливого судебного разбирательства по гражданским и уголовным делам; участия и выдвижения своей кандидатуры на выборах; свободы мысли, совести и религии; свободы выражения мнения (включая свободу средств массовой информации); права на имущество и свободу распоряжаться собственностью; свободы собраний и объединений.

В силу Конвенции и протоколов запрещаются пытки и бесчеловечное и унижающее достоинство обращение; смертная казнь; рабство и подневольный труд; дискриминация; высылка из страны собственных граждан или отказ им во въезде в страну; коллективная высылка иностранцев.

Конвенция особо обращается к вопросу о дискриминации в Статье 14 (Запрещение дискриминации), которая гласит:

«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».

Вместе с тем юриспруденция Суда в ходе применения Конвенции установила некоторые критерии допустимости различия в отношении: они должны иметь объективные и разумные основания и соответствовать принципу пропорциональности (пропорциональности) между целью проведения различия и средством достижения этой цели [17].

Таким образом, первоначально защита против дискриминации распространялась только на те права и свободы, которые были гарантированы в Конвенции. Тенденция к распространению этого принципа на другие права личности привела к тому, что был принят Протокол 1218 к Конвенции, где гарантируется защита против дискриминации в более общей форме по сравнению со статьей 14 Конвенции — при пользовании «гарантированными законом правами в отношениях с государственными органами власти». В Протоколе 12 к Европейской конвенции о правах человека и основных свободах прослеживается, тем самым, некоторое движение в сторону «автономизации» понятия дискриминации. Можно представить, что вступление в силу этого Протокола приведет к расширению материальных оснований для защиты против дискриминации и созданию дополнительных возможностей для обжалования действий национальных властей без ссылки исключительно на нарушение права, гарантированного Конвенцией.

1 февраля 1998 года вступила в силу Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств Совета Европы. В конвенции устанавливаются принципы, которые должны соблюдаться ратифицировавшими ее государствами: равенство перед законом, меры по сохранению и развитию культурного наследия, самобытности, религии, языков и традиций, по обеспечению доступа к средствам массовой информации, по содействию свободному и мирному трансграничному общению между людьми, законно проживающими в других государствах, по сохранению языков меньшинств в географических обозначениях и названиях.

Статья 4 гарантирует защиту от дискриминации:

«1. Стороны обязуются гарантировать любым лицам, принадлежащим к национальным меньшинствам, право на равенство перед законом и на равную защиту закона. В связи с этим любая

дискриминация, основанная на принадлежности к национальному меньшинству, запрещается».

Второй и третий пункты той же статьи создают основу для проведения мер «позитивного характера»:

«2. Стороны обязуются принимать в необходимых случаях надлежащие меры, с тем, чтобы поощрять во всех областях экономической, социальной, политической и культурной жизни полное и действительное равенство между лицами, принадлежащими к национальному меньшинству, и лицами, принадлежащими к основной группе населения. В связи с этим Стороны должны образом учитывать особое положение лиц, принадлежащих к национальным меньшинствам».

В силу пункта 3 статьи 4 меры по созданию более благоприятных условий для осуществления своих прав национальными меньшинствами, принимаемые в соответствии с положениями пункта 2, не рассматриваются как акт дискриминации.

Статьи 5 и 6 развивают обязательства в области «позитивного» обеспечения равенства. В частности, статья 6 призывает государства-участники поощрять «дух терпимости и диалог между культурами», а также принимать эффективные меры по содействию взаимному уважению, взаимопониманию и сотрудничеству между всеми лицами, проживающими на их территории, независимо от их этнической, культурной, языковой или религиозной принадлежности, особенно в области образования, культуры и средств информации.

Помимо этого, пункт 2 статьи 6 обязывает государства-участники «принимать все надлежащие меры для защиты лиц, которые могли бы стать жертвами угроз или актов дискриминации, враждебности или насилия по причине их этнической, культурной, языковой или религиозной принадлежности.»

Статьи 7–17 гарантируют ряд специфических для национальных меньшинств прав. К этим правам относятся: равенство перед законом, принятие мер по сохранению и развитию культур и защиты самобытности, религий, языков и традиций национальных меньшинств, обеспечение доступа к средствам массовой информации и установление свободных и мирных трансграничных контактов с лицами, проживающими на законных основаниях на территории других государств.

Статьи 20 и 21 определяют некоторые «границы» пользования правами меньшинств. В частности, любое лицо, принадлежащее к национальному меньшинству, обязано соблюдать национальное законодательство и уважать права других лиц, в частности, права лиц, принадлежащих к основной группе населения или к другим национальным меньшинствам.

Статья 21 гласит, что «ничто в настоящей рамочной Конвенции не может быть истолковано как подразумевающее какое-либо право любого отдельного лица заниматься какой-либо деятельностью или совершать какие-либо действия, противоречащие основополагающим принципам международного права, особенно принципам суверенного равенства, территориальной целостности и политической независимости государств.»

Европейская конвенция об участии иностранных граждан в общественной жизни на местном уровне государств-членов Совета Европы направлена на постепенное предоставление всех основных гражданских и политических прав иностранцам, проживающим в местных территориальных образованиях.

Европейская хартия региональных языков и языков меньшинств Совета Европы направлена на то, чтобы способствовать использованию этих языков в Европе. Европейская хартия местного самоуправления считается базовым документом для местного самоуправления в Европе.

Европейская социальная хартия вводит обязательства в социальной сфере: право на труд и профессиональное обучение, равные для всех условия работы и оплаты труда, членство в профсоюзе, социальная и медицинская помощь, социальное страхование. Пересмотренная в 1996 году Социальная хартия закрепляет принцип равенства женщин, а также признает права граждан в других областях, например, право на достойные жилищные условия.

Содружество Независимых Государств. Предотвращение дискриминации является составной частью нормативной базы региональной организации ряда бывших государств бывшего СССР — Содружества Независимых Государств (СНГ). Согласно Уставу СНГ (статья 3), Содружество должно проводить свою деятельность на основе общепризнанных принципов международного права. СНГ руководствуется также принципами верховенства международно-

го права в межгосударственных отношениях, учета интересов друг друга и Содружества в целом, объединения усилий и оказания поддержки друг другу, духовного единения народов государств-членов на основе уважения самобытности, тесного сотрудничества в сохранении культурных ценностей и культурного обмена.

За время своего существования государства-члены СНГ подготовили несколько сот договоров, конвенций и соглашений, касающихся всех сфер сотрудничества в рамках СНГ. К числу конвенций, прямо затрагивающих вопросы запрета дискриминации, относится, прежде всего, Конвенция по правам человека и основным свободам Содружества Независимых Государств от 26 мая 1995 года.

Так, статья 6 определяет, что все равны перед законом и имеют право на справедливое, публичное рассмотрение дела независимым и беспристрастным судом в разумные сроки.

Статья 20 Конвенции гласит:

«1. Все лица равны перед законом и без какого-либо различия имеют право на равную защиту перед законом.»

2. Пользование правами и свободами, определенными в данной Конвенции, гарантируется без всякого различия пола, права, цвета, языка, религии, политических или иных убеждений, национального и социального происхождения, принадлежности к национальному меньшинству, собственности, должности, места рождения или других критериев».

Статья 21 посвящена более конкретно национальным меньшинствам и гарантирует право выражать, сохранять и без ограничений развивать их этническую, лингвистическую, культурную или религиозную самобытность.

Статьи 22–25 гарантируют ряд прав и свобод, связанных с личным статусом лиц, находящихся на территории государств-участников (право свободного передвижения, право покинуть свою страну, право на юридическую личность, гражданство, право на возвращение в страну своего происхождения, запрет коллективных выдворений иностранцев, законно проживающих на территории государства-участника).

Таким образом, источники региональных организаций расширили в некоторых случаях интерпретацию понятий, введенных

универсальными актами, в целях защиты против дискриминации и сходных с ней феноменов.

1.4. Некоторые выводы в отношении нормативного оформления предотвращения и запрета дискриминации в международном праве

Явление, которое квалифицируется родовым термином дискриминация, несомненно, отражает нарушение фундаментального источника права — принципа справедливости и связанных с ним принципов равенства и человеческого достоинства.

Общепризнанным определением дискриминации в международном праве является формулировка, данная Комитетом по правам человека на своей 37-й сессии в 1989 году в Общем комментарии № 18 о дискриминации, которая гласит:

«...любое различие, исключение, ограничение или предпочтение, которое основано на такой основе, как раса, цвет, пол, язык, религия, политическое или другое мнение, национальное или социальное происхождение, рождение или другой статус, и целью или результатом которого является уничтожение или ущемление признания, пользования или применения любыми лицами прав и свобод на равной основе».

Однако это общее определение страдает рядом недостатков, в частности, оно не дает объяснения многочисленным явления неравенства, признаваемых обществом законными — в семье, в административных структурах, в отношениях между частными лицами. Существуют допустимые формы дискриминационного отношения, которые разрешены в международных договорах — в некоторых случаях допустимо различное отношение на основе гражданства (хотя и оно в свою очередь предполагает определенные запреты и критерии применения). Более того, предусматривается возможность мер по созданию более благоприятных условий для наименее защищенных и наиболее уязвимых категорий лиц — это так называемая «позитивная дискриминация».

В области международной защиты прав личности более оправданным представляется определение дискриминации как незаконных ограничений на осуществление гарантированных между-

народным правом прав и свобод для определенной — возрастной, половой, религиозной, социальной, политической, культурной, национально-этнической, расовой — категории лиц со стороны органов государственной власти, юридических и физических лиц, а также одного государства или группы государств в отношении другого государства или соответственно другой группы государств.

Помимо этого, ссылка в договорном определении дискриминации на предпочтение как форму дискриминации (дифференциации, проведения различия) не является обоснованной с точки зрения получившего негативное семантическое значение термина дискриминация. Представляется, что предпочтение является обратной стороной дискриминационного отношения со стороны одной категории субъектов правового регулирования к другой.

Если говорить об объеме прав и обязанностей в отношении дискриминации, то запрет дискриминации распространяется иногда на все права или свободы, гарантированные в международном праве в целом, как это, например, отмечено в Общем комментарии № 18 (пункт 12), или только на перечисленные в договоре права и свободы, как это указано в статье 14 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод [19]. Это означает, что запрет дискриминации или право на недискриминационное отношение представляет собой как самостоятельную норму права, так и комплиментарное положение, применяемой при имплементации других норм права, прежде всего, в области прав человека.

Субъектами ответственности в большинстве международных договоров являются органы государственной власти. Однако в некоторых случаях обязательства в силу международных договоров распространяются на физических и юридических лиц, не обладающих качеством государственных органов. К числу таких актов относятся, прежде всего, уже упомянутые директивы Европейского Союза, обладающего наиболее разработанным и высокопрофессиональным инструментарием в области защиты против дискриминации.

Проводят различие между прямой и косвенной дискриминацией. Согласно директиве Совета министров 2000/43/CE [20], «косвенная дискриминация» означает ситуацию, когда нормативное положение, критерий или практика, которая является внеш-

не нейтральной, может вызвать особое ухудшение положение для лиц определенной расы или этнического происхождения по отношению к другим лицам, за исключением тех случаев, когда они являются объективно основанными на законной цели и когда средства для реализации этой цели являются соразмерными и необходимыми (статья 2, п. 2, б).

В созданной системе международно-правовых источников по пресечению международных преступлений присутствуют существенные пробелы в областях, которые могут быть тесно связаны с расизмом и ксенофобией, как, например, преследование преступлений агрессии и международного терроризма. Более того, на уровне межгосударственных отношений принцип запрета дискриминационного отношения фактически не кодифицирован, за исключением некоторого продвижения в этом смысле в области международного экономического права в ряде уставных документов международных экономических организаций, а также в Декларации социального прогресса и развития, Декларации об использовании научно-технического прогресса в интересах мира и на благо человечества, Декларации о праве народов на мир, Декларации о праве народов на развитие, Хартии экономических прав и обязанностей государств, Декларации о международном экономическом сотрудничестве, в частности об оживлении экономического роста и развития в развивающихся странах, которые, однако, не получили обязательного правового характера и институционального оформления.

2. Институционализация пресечения и ликвидации дискриминации и сходных с ней форм нетерпимости

В ходе последовательной институционализации запрета дискриминации и сходных с ней феноменов дополнительное обеспечение было развито в международном праве как на уровне универсальных и региональных институциональных механизмов защиты прав человека общего характера, так и на уровне специализированных органов, полномочия которых ориентированы, главным образом, на предотвращение и пресечение различных форм дискриминации.

2.1. Предотвращение и пресечение дискриминации посредством международных институциональных механизмов общего характера

В силу Устава ООН, решений ее органов и ряда соответствующих международных договоров были учреждены международные органы и учреждения, уполномоченные следить за соблюдением положений международных актов в области прав человека и принимать меры воздействия в целях восстановления нарушенных прав. К таким органам относятся инструменты и механизмы ООН, прежде всего, Совет безопасности, Генеральная ассамблея, Экономический и социальный совет (ЭКОСОС), Международный суд ООН, Международный уголовный суд, Комиссия по правам человека и ее подорганы, специализированные агентства ООН — ЮНЕСКО, МОТ.

В 1946 году Экономический и социальный совет ООН (ЭКОСОС) учредил в силу статьи 68 Устава ООН Комиссию по правам человека, которая состоит из представителей 53 государств-членов, утверждаемых в должности самим же ЭКОСОС. Комиссия принимает резолюции, а также проекты резолюций и договоров, направляемых затем на утверждение в ЭКОСОС. Кроме того, она имеет право назначать специальных докладчиков для изучения отдельных проблем (например, по произвольным казням, религиозной нетерпимости, терроризму) и положения в отдельных государствах (например, в Афганистане, Иране, Боснии—Герцеговине, Югославии, Бурунди, Камбодже, Ираке, Сомали, Судане, Мианмаре), а также рабочие группы (по отправлению правосудия, по меньшинствам, по коренным народам, по современным формам рабства, по транснациональным корпорациям, по праву на развитие, по случаям постоянного или грубого нарушения прав человека).

Комиссия по правам человека создала в 1947 году экспертный орган — Подкомиссию по предупреждению дискриминации и защите меньшинств, ставшую основным вспомогательным органом Комиссии по правам человека. В 1999 году она получила новое название — Подкомиссия по поощрению и защите прав человека [21]. В настоящее время она состоит из 26 экспертов

в области прав человека, избираемых Комиссией по правам человека с учетом справедливого географического распределения. Они действуют в своем личном качестве.

Основной задачей Подкомиссии является оказание помощи Комиссии в ее работе. Основными функциями Подкомиссии являются: изучение вопросов, связанных с правами человека, внесение рекомендаций в Комиссии по предотвращению любого рода дискриминации в области прав человека и основных свобод, защита расовых, национальных, религиозных и языковых меньшинств, а также выполнение любых других функций, которые могут быть возложены на нее Советом или Комиссией.

Проводимые исследования касаются, в частности, вопросов охраны здоровья матери и ребенка, дискриминации в отношении лиц, инфицированных ВИЧ/СПИДом, прав человека несовершеннолетних заключенных, а также прав меньшинств и коренных народов.

Основными вопросами, находящимися на рассмотрении, являются:

— отправление правосудия, включая дискриминацию в области отправления правосудия, права человека и чрезвычайное положение, смертная казнь в отношении несовершеннолетних правонарушителей, насильственные исчезновения;

— экономические, социальные и культурные права, например, глобализация и ее воздействие на осуществление в полном объеме прав человека, право на доступ к питьевой воде и санитарным услугам, право на развитие, права на интеллектуальную собственность и права человека;

— предупреждение дискриминации, т.е. расизма, расовой дискриминации и ксенофобии, защита коренных народов и меньшинств;

а также другие вопросы прав человека, такие, как женщины и права человека, современные формы рабства, вопросы, касающиеся права искать убежище, права перемещенных лиц на возвращение, вопросы контрабанды и торговли людьми, оговорки к договорам по правам человека, вопросы передачи оружия и незаконной торговли оружием и т. д.

Хотя Комиссия была объектом критики в силу своей политизированности, многие эксперты признают ее лидирующую роль в об-

ласти защиты прав личности и продвижения ряда инициатив, в том числе и по вопросам предотвращения и запрета дискриминации. Так, Комиссия по правам человека назначила в 1993 году Специального докладчика по изучению институциональных и косвенных форм дискриминации, который подготовил ряд докладов по этой проблематике. Определенным вкладом в этой сфере является деятельность Специального докладчика по современным формам расизма, расовой дискриминации, ксенофобии и нетерпимости [22].

Комиссия по статусу женщины была учреждена ЭКОСОС в 1947 году. Она состоит из 45 членов, избранных как представителей государств по процедуре, сходной с выборами членов Комиссии по правам человека.

Мандат Комиссии включает подготовку докладов, исследований и рекомендаций по правам, касающимся женщин. Этот орган выполняет определенные функции в устранении *de facto* и *de jure* дискриминации женщин, включая подготовку основных международно-правовых документов, гарантирующих права женщины.

Комиссия настаивала в течение нескольких лет на получении права рассматривать коммуникации (сообщения), касающиеся статуса женщины, и в соответствии с рядом резолюций Экономического и социального совета была учреждена система, согласно которой Комиссия рассматривает конфиденциальные и неконфиденциальные жалобы о положении женщин [23].

В силу международных договоров был создан ряд органов, которые формально остаются вне системы уставных учреждений ООН. Эти органы обращаются к проблеме дискриминации в силу общего характера защиты прав человека. К их числу относятся Комитет по правам человека (18 экспертов), созданный Международным пактом о гражданских и политических правах от 19 декабря 1966 г., Комитет по экономическим, социальным и культурным правам, созданный в силу Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах от 19 декабря 1966 г., Комитет против пыток, созданный в силу Конвенции, полное название которой — Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 26 июня 1987 года, Комитет по правам

ребенка (10 экспертов), созданный Конвенцией о правах ребенка от 20 ноября 1989 г. В ряде случаев в силу указанных конвенций и протоколов к ним были учреждены системы межгосударственных споров и индивидуальных жалоб [24].

К числу новых институтов в системе ООН относится институт Верховного комиссара по правам человека, который действует в рамках своей компетенции на основе решений Генеральной ассамблеи, Экономического и социального комитета и Комиссии по правам человека. Формально задача Комиссара заключается, согласно резолюции 48—148 (4), в том, чтобы «играть активную роль в устранении препятствий и искать пути для полной реализации всех прав человека и предотвращения нарушений прав человека в мире». Это достаточно широкие формулировки для осуществления различных видов практической деятельности.

Другим типом учреждения, занимающимся практической помощью, является Управление Верховного комиссара по делам беженцев, которое было учреждено Генеральной ассамблеей ООН резолюцией 428 (5) от 14 декабря 1950 г. Управление не имеет ни судебных, ни квазисудебных функций, и его работа направлена на устранение последствий перемещений населения в результате произошедших конфликтов.

Основой для деятельности в этой области является Конвенция о статусе беженцев, которая была принята 28 июля 1951 г. на конференции уполномоченных по правам беженцев и вступила в силу 22 апреля 1954 г. Она является главным источником по регулированию статуса и защиты такой уязвимой категории населения, как беженцы. Статья 3 этой Конвенции («Недискриминация») гласит:

«Государства-участники будут применять положения данной Конвенцией в отношении беженцев без дискриминации в отношении расы, религии или страны происхождения» [25].

Статья 4 обязывает государства-участники гарантировать свободу вероисповедания и свободу религиозного образования своих детей в не менее благоприятных условиях, чем для своих граждан. Статья 15 предоставляет беженцам статус наибольшего благоприятствования в отношении права ассоциации. Целый ряд статей также предоставляет такой же статус в отношении права на работу, экономических и административных прав (статьи 17—30).

МОТ, ЮНЕСКО создали систему рассмотрения обращений и жалоб и имплементации принятых решений, которые включают в качестве своей составной части и защиту в случаях, касающихся дискриминации.

Так, государства, ратифицировавшие конвенции МОТ, обязаны регулярно предоставлять отчеты по их выполнению. Помимо Административного совета МОТ, этот процесс контролируют два органа: независимый экспертный комитет по выполнению конвенций и рекомендаций (20 юристов) и трехсторонний комитет Международной конференции труда (состоящий из представителей правительств, предпринимателей и профсоюзов), обсуждающий вопросы на основе докладов экспертного совета.

Отдельным механизмом по рассмотрению жалоб в сфере полномочий МОТ является квазисудебный Комитет по свободе объединений при Административном совете этой организации. Комитет проводит закрытые заседания во время проведения сессии Совета (2 раза в год — весной и осенью) для рассмотрения жалоб, внесенных в этот орган в области обеспечения свободы ассоциации. Председателем Комитета является лицо, назначенное Административным советом и выполняющее свои функции в индивидуальном качестве.

В дополнение к принятой 14 декабря 1960 г. Генеральной ассамблеей ЮНЕСКО Конвенции о борьбе с дискриминацией в области образования, 10 октября 1962 г. Генеральная конференция ЮНЕСКО утвердила Протокол об учреждении Комиссии примирения и добрых услуг для разрешения разногласий, которые могут возникнуть между государствами, участвующими в Конвенции о борьбе с дискриминацией в области образования, который вступил в силу 24 октября 1968 г. Комиссия состоит из 11 членов, избираемых из списка, представленного участниками Конвенции и действующими в своем личном качестве. В их работе им оказывает содействие секретариат.

Статьи 11, 12 и 13 Протокола учреждают систему рассмотрения и урегулирования межгосударственных жалоб. Статья 14 предполагает, что Комиссия должна удостовериться в том, что «все имеющиеся внутренние возможности уже использованы и исчерпаны в соответствии с общепризнанными нормами международ-

ного права». Статья 15 гласит, что Комиссия «не занимается делами, которые уже рассматривались ею, или ей не представлены новые элементы».

Комиссия предоставляет хорошие услуги заинтересованным сторонам для достижения дружественного решения вопроса (статья 17, 1). В случае его недостижения Комиссия формулирует свои рекомендации, которые передаются Исполнительному совету ЮНЕСКО.

Фонд ООН по помощи детству (ЮНИСЕФ), Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) и Всемирная сельскохозяйственная организация (ФАО) также в широком смысле слова принимают участие в обеспечении прав человека. Хотя принцип недискриминации является одним из фундаментальных принципов деятельности, две последние организации не имеют механизмов имплементации этого принципа и системы рассмотрения споров.

В целом, спектр полномочий учреждений по защите личности против несправедливого и незаконного отношений варьируется от функций по оказанию практической помощи наиболее уязвимым слоям населения (меньшинства, беженцы, рабочие-мигранты, иностранцы) и в условиях конфликтов (Балканы, Ирак, Кавказ и Закавказье), до посреднических, примирительных и судебных функций.

К числу классических международных судебных органов [26] относится Международный суд ООН, созданный в 1946 году на основе Устава ООН и своего Статута, который является составной частью Устава. Хотя, строго говоря, дискриминация как таковая не является предметом юрисдикции Суда, среди источников принятия решений Судом, Статья 38 его Статута указывает, помимо международных договоров и обычаев, и на общепризнанные принципы и нормы международного права, к которым, несомненно, относится запрет дискриминации. Благодаря этому Суд в ряде случаев рассмотрел вопросы, касающиеся области прав человека и гуманитарного права [27] как в рамках судебных, так и консультативных полномочий. К числу таких документов относятся правовое заключение от 28 мая 1951 г. по поводу Конвенции 9 ноября 1948 г. по предотвращению и пресечению преступлений геноцида, дело Лейгран (Германия против США), применение Конвенции

по предотвращению и пресечению преступлений геноцида (Босния—Герцеговина против Югославии), проект Габчиково-Нагимарос (Венгрия против Словакии), незаконное применение силы (8 дел Югославии против Бельгии, Канады, Франции, Германии, Италии, Нидерландов, Португалии и Великобритании), применение Конвенции по предотвращению и пресечению преступлений геноцида (Хорватия против Югославии).

Суд обращался к вопросу о правах народов в делах о Намибии и Западной Сахаре. В деле Корфу Суд сформулировал мнение, что обязательства государств проистекают не только из договоров, но и из общепризнанных принципов права — таких как соображения гуманности. Этот же принцип применялся Судом при рассмотрении дел о дипломатическом и консульском персонале США в Тегеране и в деле по поводу минирования портов Никарагуа. В заключении от 8 июля 1996 г. по поводу незаконности использования ядерного оружия Суд сделал вывод, что использование ядерного оружия будет противоречить общепризнанным принципам права, в частности гуманитарного права.

Таким образом, Суд применяет и развивает принцип недискриминации в своей правоприменительной деятельности, исходя из того, что один из источников решений Суда — это общие принципы и нормы права, которые включают принцип запрета дискриминации.

Между тем, важным элементом функционирования Международного суда является необходимость отдельного признания его обязательной юрисдикции со стороны государств. Целый ряд государств не сделал необходимого для этого заявления, а те государства, которые заявили о признании обязательной юрисдикции, внесли в свои заявления ряд оговорок, которые сводят иногда практически до минимума предметы подсудности.

Для пресечения наиболее тяжелых форм нарушения прав личности (в том числе и грубых форм дискриминации, таких как геноцид и преступления против человечества), военных преступлений в силу Римского статута от 17 июля 1998 года, когда 120 государств приняли участие в Дипломатической конференции ООН уполномоченных, был создан Международный уголовный суд (МУС), начавший свою работу 1 июля 2002 года.

Юрисдикция Суда распространяется на преступления, перечисленные в Статуте, в том случае, если они совершаются на территории государства, ставшего стороной статута, или гражданином такого государства. МУС не заменяет национальные судебные органы, но дополняет их. Суд может начинать расследование лишь в том случае, если государство не желает или не может провести расследование надлежащим образом. Этот факт устанавливается Судом. Неоправданные задержки при расследовании на национальном уровне, а также расследования, которые имеют целью увести определенных лиц от уголовной ответственности, не являются препятствием для рассмотрения дела Судом.

Материальная юрисдикция Суда распространяется на наиболее серьезные преступления с точки зрения международного сообщества как такового. Это преступления геноцида, преступления против человечества, а также военные преступления, каждое из которых конкретно определено в Статуте и документе «Признаки преступлений». Было решено, что вопрос о преступлении в форме агрессии, которому не было дано конкретного определения, будет рассмотрен по прошествии как минимум 7 лет со времени вступления в силу Статута.

Персональная юрисдикция МУС распространяется на физических лиц старше 18 лет. Официальный статус главы государства или правительства, члена правительства или парламента не освобождает лицо от уголовной ответственности. Военачальники и командиры также будут рассматриваться как ответственные за преступления, совершаемые войсками под их реальным командованием и контролем или реальной властью или контролем.

В целом, конец XX — начало XXI века были ознаменованы пролиферацией международных судебных органов²⁸, к числу которых можно отнести Международный суд по морскому праву, «гибридные» суды в Сьерра-Леоне и Восточном Тиморе, по защите прав человека в Косово и Боснии-Герцоговине.²⁹ «Массовые жалобы» против Ирана и Ирака стали предметом работы специальных комиссий по рассмотрению таких претензий. Ряд экономических организаций (Всемирный банк, Всемирная торговая организация, Всемирная организация интеллектуальной собственности) имеют соответствующие судебно-арбитражные органы. Обычно принцип

недискриминации провозглашается нормой функционирования таких учреждений и одним из источников принятия решений.

Помимо упомянутых организаций, региональные организации — Европейский Союз, Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе, Совет Европы, Организация американских государств, Организация африканского единства, Содружество независимых государств — создали органы, важной составляющей деятельности которых стала нормотворческая и правоприменительная работа по предотвращению и ликвидации различных видов дискриминации на региональном уровне.

На уровне Европейского Союза реализация норм в области защиты прав личности, в том числе по запрету дискриминации, осуществляется общими органами (Европейский Суд, Европейская Комиссия, Совет, Европейский Парламент, Европейский омбудсман) исполнительного, судебного, консультативного или законодательного характера.

В рамках ОБСЕ Заключительный документ Совещания в Вене (1989) создал механизм, получивший название — «механизм человеческого измерения». В настоящее время это система переговоров, посредничества, комиссий по расследованию фактов, главным образом, в области защиты прав человека.

Особыми полномочиями в сфере международной защиты личности обладает, прежде всего, Бюро по демократическим институтам и правам человека в Варшаве [30]. Созданное на основании Парижской хартии для Новой Европы Бюро по свободным выборам было переименовано на Пражском совещании 1992 года в Бюро по демократическим институтам и правам человека. С 2004 года мандат Бюро расширен и на проведение работы по предотвращению и запрету расизма и ксенофобии.

Бюро Верховного комиссара по делам национальных меньшинств (Гаага) [31] стало постоянным органом по ведению работы по предотвращению дискриминации в отношении национальных меньшинств государств-членов организации и по предотвращению перерастания межнациональных конфликтов в конфликты, представляющие опасность для международной безопасности.

Верховный комиссар совершает поездки на места возможных конфликтов и ведет превентивную дипломатию, содействуя

диалогу и укреплению доверия. Комиссар осуществляет свою деятельность конфиденциально, непредвзято и независимо.

Конвенция о примирении и арбитраже ОБСЕ, принятая на Стокгольмском Совете министров в декабре 1992 года, учредила Суд по примирению и арбитражу, в состав которого входят мировые посредники (примирители) и арбитры государств-участников; в нем можно выделить соответственно две отдельные процедуры. Комиссия по примирению или Арбитражный трибунал создаются отдельно по каждому делу.

На уровне государств-членов Совета Европы был учрежден ряд органов по обеспечению функционирования региональных конвенций о защите прав человека, включая предотвращение дискриминации — Европейский суд по правам человека, Европейский комитет по социальным правам, Европейский комитет против пыток.

Наиболее известное из этих учреждений — Европейский суд по правам человека — состоит из судей, число которых соответствует количеству государств-участников Конвенции (в настоящее время — сорок пять государств).

Государства-участники Конвенции взяли на себя обязательство выполнять решения Суда по любому спору, сторонами которого они являются. Тем самым, решения Суда являются обязательными для государств-участников по международному праву. В тех случаях, когда Суд находит нарушения, его решение предполагает обязательство соответствующего государства о недопущении подобных нарушений в будущем. Суд может также присудить «справедливую компенсацию» потерпевшей стороне за счет государства, против которого была подана жалоба.

Задача по контролю за исполнением решений Суда возложена на Комитет министров, который обеспечивает выплату присужденной Судом справедливой компенсации потерпевшей стороне и в определенных случаях принятие других конкретных мер, необходимых для полного возмещения нанесенного ущерба, таких как: возобновление разбирательства, отмена распоряжения о запрете или конфискации, отмена судимости или выдача вида на жительство. Он также обеспечивает принятие государствами общих мер по недопущению повторения нарушения: изменение законодательств-

ва, судебной практики, подзаконных актов или административной практики, строительство новых тюрем или назначение новых судей [32].

Содружество Независимых Государств и Евразийское экономическое сообщество также рассматривают вопросы соблюдения принципа недискриминации как в рамках общих судебных органов, так и квазисудебных органов, как, например, Комиссия по правам человека СНГ.

На уровне региональных организаций следует упомянуть межамериканскую систему защиты основных прав и свобод, созданную в силу Американской конвенции о правах человека, и Африканский суд по правам человека и народов, созданной в силу соответствующей конвенции, принятой на уровне Организации африканского единства [33].

2.2. Международные институты по вопросам дискриминации специализированного типа

В силу международных универсальных договоров были созданы такие специально занимающиеся вопросами дискриминации органы, как Комитет по ликвидации расовой дискриминации (18 экспертов), созданный Международной конвенцией о ликвидации всех форм расовой дискриминации от 21 декабря 1965 года, Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, созданный Конвенцией по ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, вступившей в силу 3 сентября 1981 года, и Комитет по правам рабочих-мигрантов и членов их семей, созданный на основе соответствующей конвенции в 2004 году.

Обычной формой ответственности участников таких соглашений и органов является предоставление докладов (отчетов) по объему обязательств, проистекающих из конкретного соглашения. Например, Российская Федерация периодически представляет доклады Комитету по ликвидации всех форм расовой дискриминации. В соответствии со статье 9 Конвенции Российской Федерацией были представлены доклады в 1998, 2000, 2002 годах. Комитет принимает заключительные замечания по поводу докла-

да, составной частью которого является раздел «Проблемы и рекомендации» [34].

В соответствии со статье 11 Конвенции по ликвидации всех форм расовой дискриминации установлена система сообщения одного государства-участника по поводу предполагаемых нарушений другого государства-участника. В силу этой статьи создается система урегулирования, в том числе, через согласительную Комиссию. Дополнительно предполагается возможное участие Международного суда при рассмотрении таких споров (статья 22) в случае, если в рамках существующих процедур по Конвенции решение не было найдено.

Рассмотрение коммуникаций (сообщений) отдельных лиц или группы лиц в Комитете предполагает отдельное признание в силу статьи 14 компетенции Комитета государством-участником принимать и рассматривать сообщения от отдельных лиц или группы лиц, которые утверждают, что являются жертвами нарушения отдельным государством прав, вытекающих из Конвенции. Таким образом, юрисдикция Комитета рассматривать индивидуальные жалобы является факультативной и требует отдельной декларации со стороны государства-участника на рассмотрение таких коммуникаций (сообщений).

Статья 14 Конвенции определяет в общих чертах процедуру рассмотрения таких петиций, которая включает право государства, предположительно допустившее нарушение Конвенции, на ответ в течение трех месяцев. После рассмотрения документов Комитет готовит предложения и рекомендации, которые передает государству-участнику и заявителю. Резюме таких актов включается в ежегодный доклад.

В силу статьи 17 Конвенции по ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин учрежден Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, состоящий из 23 членов. Комитет изучает доклады государств-участников и готовит доклад в рамках своих полномочий, который затем направляется в ЭКОСОС.

Как и в случае Международного пакта о гражданских и политических правах, механизм Конвенции по представлению и рассмотрению жалоб описан в Факультативном протоколе, который был

принят 6 октября 1999 года. Это отдельный договор, открытый для государств-участников основной Конвенции. Государства, ставшие участниками Факультативного протокола, признают компетенцию Комитета по ликвидации дискриминации в отношении женщин (заседает дважды в год) принимать жалобы от лиц, на которых распространяется их юрисдикция и которые утверждают, что они являются жертвами нарушений их прав согласно Конвенции.

Конвенция по защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей учреждает собственный отдельный Комитет, который обладает механизмом представления и рассмотрения жалоб. Государства-участники могут в соответствии со статьей 77 заявить, что они признают компетенцию Комитета по защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей — группы из десяти независимых экспертов, проводящей заседания ежегодно — рассматривать жалобы отдельных лиц или групп, которые утверждают, что это государство нарушило их права, предусмотренные в Конвенции [35]. После получения заявлений десяти государств-участников, которые, согласно статье 77, необходимы для приведения в действие механизма получения и рассмотрения жалоб, в 2004 году Комитет начал свою работу.

Специализированным органом по исследованиям и информации Европейского Союза является Европейский центр по мониторингу проявлений расизма и ксенофобии [36] в Вене.

Центр создан в силу Регламента Совета ЕС от 2 июня 1997 г. [37] и начал свою работу в 1998 г. Задачи Центра включают в себя:

- подготовку для ЕС и государств-членов объективных данных о таких феноменах, как расизм, ксенофобия и антисемитизм с целью принятия соответствующих мер,
- изучение объема этих феноменов, их причин и последствий,
- выработку стратегий борьбы против расизма и ксенофобии,
- распространение положительного опыта по интеграции иммигрантов, этнических и религиозных группировок в общественную жизнь.

Центр рассматривается как независимый орган ЕС. Руководство осуществляется Административным советом, состоящим из независимых лиц, направляемых государствами-членами, Евро-

пейским парламентом, Советом Европы и Европейской Комиссией. Он осуществляет научные разработки и занимается изучением фактов расизма и ксенофобии по просьбе Европейского парламента, Совета и Европейской комиссии. Так было проведено сравнительное исследование антидискриминационного законодательства в государствах-членах ЕС. Ежегодно публикуется доклад по проблемам расизма и ксенофобии. Вместе с тем, следует отметить, что Центр не выполняет судебнo-следственных функций.

В системе Совета Европы статья 26 Рамочной конвенции по правам национальных меньшинств определила, что при оценке адекватности принимаемых каким-либо государством-участником мер для осуществления принципов, изложенных в настоящей рамочной Конвенции, Комитету министров оказывается помощь Консультативным комитетом, члены которого обладают признанной компетенцией в области защиты национальных меньшинств.

Состав этого консультативного комитета, а также процедуры его работы были определены Комитетом министров в течение одного года после вступления в силу рамочной Конвенции. В настоящее время комитет имеет председателя и вице-президентов, избираемых на два года и составляющих Бюро Комитета.

Консультативный комитет руководствуется в своей работе Регламентом, утвержденным 29 октября 1998 года. Статьи 34–42 определяют наиболее важную часть работы — обсуждение докладов государств-участников и предложение мер в случае непредставления докладов. Вместе с тем Комитет может использовать при обсуждении докладов и другую информацию. Следует иметь в виду, что Комитет не рассматривает индивидуальные жалобы.

В силу решений Комитета министров Комитет может принимать участие в мониторинге, следующим за рекомендациями и выводами Комитета министров.

К группе учреждений специализированного характера на уровне Совета Европы, занимающихся превентивной работой исследовательского и консультативного типа, можно отнести такой орган, как Европейская комиссия против расизма и нетерпимости (ЕКРИ).

В Комиссию входят представители государств-членов Совета Европы и представители органов Европейского Союза. Комиссия

проводит оценку соблюдения существующих внутренних и международных мер по борьбе с расизмом и поощряет действия на местном, региональном и европейском уровне, как в области законодательства, так и в области политики. В задачи ЕКРП входит, таким образом, оценка эффективности борьбы государств-членов Совета Европы с проявлениями расизма, ксенофобии, антисемитизма и нетерпимости.

Комиссия готовит рекомендации для правительств государств-членов Совета Европы, в частности, ряд общеполитических рекомендаций посвящены борьбе с расизмом, ксенофобией, антисемитизмом и нетерпимостью.

Как и в случае с универсальными инструментами, некоторые из вышеназванных специализированных органов имеют в некоторых случаях — исследовательские, консультативные, а в ряде случаев и посреднические, арбитражные, квазисудебные либо судебные функции. В определенных случаях такие органы наделены правом рассматривать жалобы, как межгосударственного характера, так и жалобы физических и юридических лиц на нарушения положений соответствующих договоров.

2.3. Некоторые выводы в отношении институциональных механизмов предотвращения и пресечения явлений дискриминации

Недостатками международно-правовой деятельности в области борьбы с дискриминацией, расизмом и сопредельными формами нетерпимости можно считать недостаточную эффективность существующих международных инстанций в целом, прежде всего, превентивных, посреднических, примирительных, арбитражных, квазисудебных и судебных механизмов регулирования конфликтов, связанных с элементами дискриминации [38].

Международные органы осуществляют поиск рационализации работы и повышения эффективности контрольных механизмов. Среди проектов, например, обсуждается возможность представления единого доклада государств-членов органов ООН и участников международно-правовых конвенций, а также унификация требований к таким докладам [39]. Участники встречи пре-

зидентов договорных органов контроля системы ООН выдвинули предложения по подготовке совместных общих комментариев по обсуждаемым вопросам [40]. В рамках Совета Европы готовится новый Протокол 14 к Европейской конвенции по правам человека, который предусматривает организационно-правовые изменения с целью повышения эффективности функционирования Европейского суда по правам человека [41].

Характерными негативными особенностями созданных органов являются: различие в юридической природе их решений, в правовых методах работы, а также отсутствие отношений подведомственности и подсудности, которые были бы сравнимы с национальными системами судебной иерархии. Одним из последствий этого положения стало в отдельных случаях дублирование работы, наличие областей, которые выпадают из процедур и механизмов регулирования, а также возможность противоречивых решений органов по одному или сходному предмету.

Помимо этого, прецедентное право (судебная практика) международных судебных органов отличается отсутствием ясных и единых принципов применения выработанных норм, другими словами, единства юриспруденции, которая является гарантией эффективного функционирования любой судебной системы.

В наиболее сложных и острых спорах международного характера практически не используются формы межгосударственного обжалования возникающих противоречий. К числу таких неостребованных форм относятся некоторые механизмы ЮНЕСКО, ОБСЕ, конвенционные органы ООН. Концептуально наиболее авторитетный судебный орган — Международный суд ООН — фактически ограничен в решении наиболее фундаментальных и острых проблем межгосударственных отношений (Ближний и Средний Восток, Балканы).

Многие международные организации, и, в частности, органы имплементации принципов и норм, касающихся прав человека, среди которых и принцип недискриминации, переживают в своем функционировании в настоящее время кризис (недостаточное финансирование, кадровая политика, чрезмерная загруженность, длительное рассмотрение дел) [42].

Среди прочего, кризис подобных органов вызван широкой политической рекламой возможностей индивидуального обжа-

лования, а также преувеличенной субъективной самооценкой со стороны руководства международных учреждений, которые сталкиваются с ограниченными возможностями предназначенных для этих целей ресурсов, а в некоторых случаях и противодействием национальных внешнеполитических органов, представленных в таких органах и незаинтересованных, в некоторых случаях, в их эффективном и результативном функционировании.

Общепринято, что организация деятельности международных универсальных и региональных институтов, отраженная в учредительных и уставных документах, обычно содержит положение о том, что они функционируют на основе принципа недискриминации. При формировании органов многих международных организаций этот принцип формулируется как принцип справедливого географического представительства, а в случае формирования органов правового характера, упоминается принцип привлечения представителей основных правовых систем современности.

Однако осуществление этих положений сталкивается на практике с целым рядом серьезных проблем, связанных с преследованием государствами или группами государств своих частных или групповых интересов. Иногда сами группы функционеров внутри международного института преследуют свои самостоятельные цели и интересы, которые противоречат по существу провозглашенным принципам организации.

3. Заключение

В целом запрет дискриминации получил наибольшее развитие в области международной защиты прав личности. Вместе с тем, право на недискриминационное отношение применимо к самым различным областям права. В области традиционного международного публичного права этот принцип представляет собой принцип равенства государств. Среди прочих областей, запрет дискриминации провозглашен в международном экономическом, морском, экологическом и уголовном праве. Следует иметь в виду, что многие двусторонние и многосторонние соглашения в этих областях автоматически означают создание привилегированных или особых отношений и, как следствие, ограничение прав не участву-

ющих в соглашениях государств. Представляется, что такие соглашения могут рассматриваться как дискриминационные, если они имеют своей целью злонамеренное и предумышленное ограничение прав других субъектов международного права.

Приоритеты разработки и применения принципа недискриминации на уровне деятельности международных организаций не соответствуют в полной мере органическим потребностям международной жизни и отражают зачастую политические интересы, преобладающие на данном этапе. С социологической точки зрения это связано с фактом ослабленных возможностей влияния демократических слоев населения на принятие решений, поскольку на данном этапе международные организации и их органы отражают, за некоторыми исключениями, интересы населения лишь опосредствованно через национальные исполнительные органы государственной власти. В целом, международные организации и учреждения представляют собой исполнительные институты, хотя и обладающие определенной независимостью от национальных органов власти, но зачастую находящиеся под влиянием исполнительной власти государств-членов или участников.

Эти негативные феномены не должны преуменьшать внимание международной общественности к вопросу запрета дискриминации и сходных с ней противоправных практик посредством международно-правовых инструментов. Напротив, сложившееся положение должно стимулировать изучение существующих процедур и механизмов, а также поиск повышения эффективности их функционирования.

Ресурсы Интернета

ООН:

<http://www.un.org/russian/hr/>

Документы ООН:

<http://www.un.org/russian/documen/convents/hr.htm>

Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе:

<http://www.osce.org/>

Совет Европы:

<http://www.coe.int/DefaultRU.asp>

Управление Верхового комиссара ООН по правам человека:

<http://www.un.org/ru/rights/issues/>

ЮНЕСКО:

http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15006&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Международные судебные учреждения (неофициальный сайт):

www.pict-pcti.org

Международный суд ООН:

www.icj-cij.org

База данных Европейского суда по правам человека:

<http://hudoc.echr.coe.int/>

Библиография

Нормативные правовые акты

Международные акты о правах человека: Сб. документов / Сост. В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева. 2-е изд. — М., 2002.

Дискриминация вне закона: Сб. документов / Под ред. проф. А. Я. Капустина. — М.: Юристъ, 2003.

Права человека: Сб. международных документов / Сост. Н. Шестаков. — М., 1990.

Human Rights: A Compilation of International Treaties, United Nations, 1993.

The Struggle against Discrimination, A Collection of International Instruments Adopted by the United Nations Systems, 1999.

Основная литература

Общая теория прав человека / Под ред. Е. А. Лукашевой. — М., 1996.

Права человека: Учебник / Под ред. Е. А. Лукашевой. — М., 2000.

Воеводин Л. Н. Юридический статус личности в РФ. — М., 1997.

Капицын В. М. Права человека и механизмы их защиты: Учебное пособие. — М., 2003.

Международное право ДА МИД РФ, МГИМО МИД РФ. — 1998.

Ведение в права человека / Норвежский Хельсинский Комитет по правам человека. — Осло, 2003.

United to Combat Racism, Selected articles and standard-setting instrument, UNESCO, 2001.

Effective Implementation of International Instruments on Human Rights, Including Reporting Obligations under International Instruments on Human Rights, Note by the Secretariat, General Assembly, 5 September 2003, A/58/350.

Review of Recent Developments Relating to the Work of Treaty Bodies, Report of the Secretariat, HRI/MC/2003/2, 3 June 2003.

A. Eide et al. (eds.) The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary, 1992.

P. Alston (ed.) The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal, 1992.

H. Hannum (ed.) Guide to International Human Rights Practice, 1992.

J. Merrills, International Dispute Settlement, Cambridge, 1998,

P. Sands, R. Mackenzie & Y Shany, Manual of International Courts and Tribunals, 1999.

J. Collier & V. Lowe, The Settlement of Disputes in International Law, 1999.

G. Guillaume, La Cour internationale de Justice et les droits de l'homme, Revue Droits Fondamentaux, N 1, juillet-decembre 2001.

Th. Burgenthal, International Human Rights in a Nutshell, 1995.

R. Wolfrum, The Prohibition of racial discrimination in international law, The Implementation of International Standards on Prevention and Elimination of Racial Discrimination: Achievements and Challenges, UNESCO, 1999.

Дополнительная литература

M. de Salvia, Compendium de la CEDH, 1998.

V. Berger, Jurisprudence de la Cour Europeenne des droits de l'homme, 6e ed., 1998.

P. Kempees, *A Systematic Guide to the Case-Law of the European Court of Human Rights*, 3 Volumes, 1996–1999.

R. A. Lawson, H. G. Schermers, *Leading Cases of the European Convention of Human Rights*, 1997.

M. W. Janis, R. S. Kay, A. W. Bradley, *European Human Rights, Texts and Materials*, 1998.

L. J. Clemens, N. Mole, A. Simmers, *European Human Rights. Taking a Case under the Convention*. Second Ed., 1999.

The Birth of European Human Rights Law: Liber Amicorum Carl Aage Norgaard, Michele de Salvia/Mark E. Villiger (eds.), 1998.

Melanges en Hommage a Louis-Edmond Pettiti, 1995.

The European System for the Protection of Human Rights, R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (Eds.), 1999.

La Convention europeenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article, Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert (dir.), 1995.

J. A. Frowein, W. Peukert, *Europaische Menschen Rechts Konvention, EMRK-Kommentar*, 2. Auf., 1996.

Lippott, J., *The Commonwealth of independent States as an economic and legal community*. *German Yearbook of International Law = Jahrbuch fur Internationales Recht*; 1996. v. 39, p. 334–360 1997.

Macdonald, R. St. J., *The entry of new member states into the Council of Europe*. Luncheon address. *American (The) Society of International Law, Proceedings of the 91st Annual Meeting*, 9.12.4.1997, p. 523–529, Washington: A.S.I.L., 1997.

Leuprecht, P., *Innovations in the European system of human rights protection: is enlargement compatible with reinforcement?* *Transnational Law & Contemporary Problems, Journal of the University of Iowa, College of Law* Vol. 3, no. 2, p. 313–336, 1998.

Bowring, B., *Russia's accession to the Council of Europe and human rights: Compliance or cross-purposes?* *European Human Rights Law Review*; Issue 6 (1997); p. 628–643.

Bowring, B., *Russia's accession to the Council of Europe and human rights, four years on*, *European Human Rights Law Review*; Issue 4 (2000), p. 362–379.

Юриспруденция Международного суда ООН

Synopsis of ICJ Advisory Opinion of the Threat of Use of Nuclear Weapons, 1996.

Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia) 1995 ICJ Rep. 13.

US Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States v. Iran) 1980 ICJ Rep 93 and 84.

Nuclear tests Case (Australia v. France, New Zealand v. France) 1974 ICJ Rep. 56—57.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970—1971) 1970 ICJ Rep. 19—41.

Legality of the Use of Force (Yugoslavia v. Belgium) 1999 ICJ Rep.

Case concerning Gabčíkovo-Nagymaros (Hungary v. Slovakia) 1997 ICJ Rep 125.

Юриспруденция Европейского суда по правам человека

Rasmussen v. Denmark 00008777/79 28/11/1984 § 29.

National Union of Belgian Police v. Belgium 00004464/70 27/10/1975 § 44.

Airey v. Ireland 00006289/73 09/10/1979 § 30.

Marckx v. Belgium 00006833/74 13/06/1979 § 32.

Case «Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium» v. Belgium (Merits) 00001474/62; 00001677/62; 00001691/62; 00001769/63; 00001994/63; 00002126/64 23/07/1968 § 8.

James and Others v. the United Kingdom 00008793/79 21/02 /1986 § 74.

Camp and Bourimi v. the Netherlands 00028369/95 03/10/2000 § 34.

Thlimmenos v. Greece 00034369/97 06/04/2000 § 40.

Moustaquim v. Belgium 00012313/86 18/02/1991 § 49.

Karlheinz Schmidt v. Germany 00013580/88 18/07/1994 § 28

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom 00009214/80; 00009473/81; 00009474/81 28/05/1985 §. 84

Stubbings and Others v. the United Kingdom 00022083/93; 00022095/93 22/10/1996 § 72.

Engel and Others v. the Netherlands 00005100/71; 00005101/71; 0005102/71; 00005354/72; 00005370/72 08/06/1976 § 72.

Van Raalte v. The Netherlands 00020060/92 21/02/1997 § 42.

Lithgow and Others v. the United Kingdom 00009006/80; 00009262/81; 00009263/81; 00009265/81; 00009266/81; 00009313/81; 00009405/81 08/07/1986 § 177.

Hoffmann v. Austria 00012875/87 23/06/1993 § 33.

Burghartz v. Switzerland 00016213/90 22/02/1994 §§ 27, 28

Gaygusuz v. Austria 00017371/90 16/09/1996 § 42.

Darby v. Sweden 00011581/85 23/10/1990 §§ 33–34.

McMichael v. the United Kingdom 00016424/90 24/02/1995 § 97.

Observer and Guardian v. the United Kingdom 00013585/88 26/11/1991 § 73.

Van Raalte v. the Netherlands 00020060/92 21/02/1997 § 39

Inze v. Austria 00008695/79 28/10/1987 § 41.

Sahin v. Germany 00030943/96 11/10/2001 §§ 56, 57.

Camp and Bourimi v. the Netherlands 00028369/95 03/10/2000 §§ 37, 38.

Cha'Are Shalom Ve Tsedek v. France 00027417/95 27/06/2000 §§ 72, 73, 87.

Mazurek v. France 00034406/97 01/02/2000 §§ 48–52, 54.

Юриспруденция Международного уголовного трибунала
по бывшей Югославии

Prosecutor v. Milomir Stakic, Judgement of 31 July 2003, ICTY, Case N IT-97-24-T.

Prosecutor v. Radislav Krstic, Judgement of 02 August 2001, ICTY, Case N IT-98-33-T.

Prosecutor v. Goran Jelusic, Judgement of 14 December 1999, ICTY, Case N IT-95-10-T.

Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision of 2 October 1995, ITCY, Case N IT-94-1-AR72.

Примечания

1 См.: Международные акты о правах человека: Сб. документов / Сост. В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева. 2-е изд. — М., 2002; Дискриминация вне закона: Сб. документов / Под ред. проф. А. Я. Капустина, М.: Юристъ, 2003; *The Struggle against Discrimination, A Collection of International Instruments Adopted by the United Nations System*, 1999, *Human Rights: A Compilation of International Treaties*, United Nations, 1993; Смотрите исследовательские работы: Eide et al. (eds.) *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, 1992; P. Alston (ed.) *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, 1992; H. Hannum (ed.) *Guide to International Human Rights Practice*, 1992; R. Wolfrum, *The Prohibition of racial discrimination in international law, The Implementation of International Standards on Prevention and Elimination of Racial Discrimination: Achievements and Challenges*, UNESCO, 1999; *Международное право*, ДА МИД РФ, М., МГИМО МИД РФ, 1998; J. Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge, 1998; P. Sands, R. Mackenzie & Y Shany, *Manual of International Courts and Tribunals*, 1999; J. Collier & V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, 1999.

2 См. тексты на сайте ООН: <http://www.un.org/russian/documen/convents/hr.htm>.

3 Rudiger Wolfrum, *The Elimination of Racial Discrimination: Achievements and Challenges, United to Combat Racism, Selected Articles and Standard-Setting Documents*, UNESCO, 2001, PP. 23—56.

4 Тексты оговорок смотрите на сайте ООН — <http://www.ohchr.org/english/law/>.

5 Дискриминация вне закона: Сб. документов, Под ред. Проф. А. Я. Капустина, М., Юристъ, 2003, С. 203—318.

6 Дискриминация вне закона... С. 157—197.

7 Согласно устоявшейся практике органы системы ООН принимают первоначально Декларации — акты рекомендательного и декларативного характера, которые обычно предшествуют принятию юридически обязательных международных конвенций и договоров.

8 Сборник международных договоров. Права человека, ООН, Нью-Йорк, 1990.

9 Статья 9 устанавливает компетенцию Международного суда ООН в отношении возникающих споров:

«Споры между договаривающимися сторонами по вопросу толкования, применения и выполнения настоящей Конвенции, включая споры относительно ответственности того или иного государства за совершение геноцида или одного из других перечисленных в статье 3 деяний, передаются на рассмотрение Международного суда по требованию любой из сторон в споре».

Однако, как известно, Международный суд ООН не имеет полномочий преследовать отдельных лиц за преступление геноцида, ввиду того, что субъектами ответственности в силу Устава ООН и его регламента являются государства. Таким образом, если в период подписания Конвенции такого суда не существовало, то в настоящее время эти функции выполняет Международный уголовный суд, Международный трибунал по бывшей Югославии и Международный трибунал по Руанде.

10 Marc Bell, *The New Article 13 EC Treaty: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?*, MJECL, Vol. 6 1999, pp. 5–23.

11 Edouard Dubout, «Tu ne discrimineras pas... L'Apport du droit communautaire au droit interne», *Droits fondamentaux*, #2, janvier-decembre 2002, pp. 47–62.

12 *Journal officiel* N L 180 du 19/07/2000, pp. 0022–0026.

13 Edouard Dubout, «Tu ne discrimineras pas... L'Apport du droit communautaire au droit interne», *Droits fondamentaux*, #2, janvier-decembre 2002, pp. 47–62.

14 *Journal officiel*, N L 303 du 02/12/2000, pp. 0016–0022.

15 Статья 6 обосновывает возможности для дифференциации, основанной на возрасте. Она должна быть объективно и разумно основана на цели, определенной законом, для обеспечения политики занятости, рынка труда и профессионального образования. Средства для достижения этих целей должны быть соразмерны. Такие меры могут включать особые требования при найме, работе и увольнении для молодежи, лиц пожилого возраста и имеющих лиц на своем иждивении, требования минимума возраста, профессиональной подготовки или стажа работы, требования максимума возраста для предоставления необходимой подготовки или определенного периода для получения пенсии.

16 До 1994 г. название — Конференция по безопасности и сотрудничеству в Европе.

17 Юриспруденция Суда установила в этой связи: «A difference of treatment is discriminatory if it ,has no objective and reasonable justification', that is, if it does not pursue a ,legitimate aim' or if there is not a ,reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized'» (judgment of 28 May 1985, Series A, #94, paragraph 72).

18 Текст Протокола 12 (Article 1 — General prohibition of discrimination) звучит:

«1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1».

19 Как уже указывалось, некоторое движение в сторону «автономизации» запрета дискриминации прослеживается в 12 Протоколе к Европейской конвенции о правах человека и основных свобод.

20 Journal officiel No L 180 du 19/07/2000, pp. 0022–0026.

21 Последующая информация о Подкомиссии представлена на основе официальных источников ООН.

22 Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, UN, GA, A/55/304.

23 Резолюции 76 (V) от 5 августа 1947 года, 304 I (XI) от 14 и 17 июля 1950 года, 1983/27 от 26 мая 1983 года, 1992/19 от 30 июля 1992 года и 1993/11 от 27 июля 1993 года ЭКОСОС.

24 Для определения времени вступления в силу договора или протокола в конкретном государстве, а также его возможных оговорах смотрите сайт ООН.

25 Близким по содержанию является запрет дискриминации в статье 3 и право вероисповедания в статье 4 Конвенции о статусе апатридов, принятой 28 сентября 1954 и вступившей в силу 6 июня 1960 г.

26 H. Hannum (ed.) Guide to International Human Rights Practicee, 1992; J. Merrills, International Dispute Settlement, Cambridge, 1998;

P. Sands, R. Mackenzie & Y Shany, *Manual of International Courts and Tribunals*, 1999; J. Collier & V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, 1999.

27 G. Guillaume, *La Cour Internationale de Justice et les Droits de l'Homme, Droits fondamentaux*, No 1, juillet-decembre 2001.

28 Новым явлением стали и Комиссии по установлению правды и национальному примирению (согласию, справедливости), которые были созданы на основе модельных положений, разработанных на уровне органов ООН, например в Аргентине и ЮАР. В таких органах часто принимают участие иностранные эксперты. Комиссии обычно имеют морально-политические функции по национальному примирению.

29 См. <http://www.pict.pcti.org>.

30 См. <http://www.osce.org>. OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Aleje Ujazdowskie 19, 00-557, Warsaw, Poland

31 См. <http://www.osce.org>. OSCE High Commissioner on National Minorities PO Box 20062, 2500 EB, The Hague, The Netherlands.

32 Данная информация составлена на основе официальных источников Совета Европы.

33 См. <http://www.pict.pcti.org>.

34 Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Russian Federation. 21/03/2003, CERD, CERD/C/62/CO/7, 21 March 2003.

35 Дополнительную информацию о Комитете по защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей см. «Изложение фактов № 24» в серии «Изложение фактов» УВКПЧ.

36 Обсерватория – во французском варианте названия.

37 *Journal officiel*, No L 151 du 10 juin 1997.

38 Дискуссии по этому поводу смотрите: Pierre-Marie Dupuis, *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*, *International Law and Politics*, Vol. 31, 919; Benedich Kingsbury, *Forward: Is the Proliferation of International Tribunals a Systemic Problem?*, *International Law and Politics*, Vol. 31, 919.

39 *Effective Implementation of International Instruments on Human Rights, Including Reporting Obligations under International In-*

struments on Human Rights, Note by the Secretariat, General Assembly, 5 September 2003, A/58/350.

40 Effective Implementation of International Instruments on Human Rights, Including Reporting Obligations under International Instruments on Human Rights, Note by the Secretariat, General Assembly, 5 September 2003, A/58/350.

41 [Http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc04/EDOC10137.htm](http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc04/EDOC10137.htm).

42 Review of Recent Developments Relating to the Work of Treaty Bodies, Report of the Secretariat, HRI/MC/2003/2, 3 June 2003.

ВОПРОСНИК ПО ОТБОРУ ДЕЛ ПО РАСОВОЙ/ЭТНИЧЕСКОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ

1. НАЗВАНИЕ ДЕЛА

● Ф. И. О клиента/-ов [или его/их инициалы]

● Источник / региональный офис, год

● Форма / категория дискриминации

отказ в предоставлении временной или другой формы регистрации по месту жительства;

дискриминация в области трудовых отношений (отказ в найме на работу, необоснованное увольнение, отказ в предоставлении социального обеспечения, продвижения по службе, и др.);

отказ в предоставлении госжилья и/или другие жилищные вопросы;

отказ в предоставлении статуса вынужденного переселенца, беженца;

отказ в признании гражданства тех, кто является гражданином в соответствии с Законом о гражданстве;

отказ в доступе в общественные места;

нарушение равноправия в сфере государственного образования и/или сегрегация;

невмешательство со стороны государственных органов в случае нарушения основных прав клиента (угрозы, атаки, физическое насилие, и др.) частными лицами, обусловленные принадлежностью клиента к одной или другой этнической или религиозной группе;

другое, опишите:

2. ОПИСАНИЕ ФАКТОВ ДЕЛА

● Текущий статус клиента (гражданский статус, гражданство, занятость, наличие статуса беженца/вынужденного переселенца, лица находящиеся на попечении/иждивении клиента [если важно для дела], и др.)

● Описание наиболее важных обстоятельств дела. Описание должно включать информацию: дата и время (в случае необходимости), место (село/город, район, регион/область); предистория и основные обстоятельства случившегося и др.:

● Основное прав, которое нарушено:

● Основа дискриминации (этническая, расовая и/или религиозная принадлежность, гражданство):

● Факты, говорящие и дискриминации (отметьте все что применимо):

- словесная/устная угроза или оскорбление;
- дезинформация или не предоставление сведений;
- бюрократические задержки/препятствия;
- открытая ссылка на этническую, религиозную или национальную принадлежность клиента;
- ранее подобное обращение в отношении клиента, его семьи/родственников или знакомых;
- другое, опишите:

● Описание принятых клиентом и/или региональным офисом действий, если таковые имели место:

Были ли обжалованы описанные действия/решения в официальном порядке? Да Нет

Если да, в какие инстанции и когда была подана жалоба (наименование госоргана, ответственное лицо, дата и регистрационный номер иска/жалобы):

краткое описание иска/жалобы:

суть ответа, если таковой получен:

3. ЮРИДИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ ДЕЛА*:

● Краткий обзор законодательства, которое нарушено в данном случае (Конституция РФ, законодательные и др. акты — наименование, статья и его суть):

4. РЕКОМЕНДАЦИЯ ПО БУДУЩИМ ДЕЙСТВИЯМ*:

● Согласен ли клиент подать судебный иск о нарушении основного права в совокупности с нарушением равенства прав и свобод? Да Нет

Если да, в какую судебную инстанцию рекомендуется подача иска:

Если нет, какие Вы видите несудебные формы решения дела:

* В случае рекомендации инициировать судебное разбирательство, пожалуйста, заполните Вопросник по передаче дел на судебное рассмотрение. Заполнение пунктов 3 и 4 в данных случаях необязательно. В случае невозможности судебного разбирательства, заполнение пунктов 3 и 4 обязательно. Благодарим за сотрудничество!

Московская Хельсинкская группа

**КУРС «ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ КСЕНОФОБИИ
И ЭТНИЧЕСКОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ»**

123056, Москва, пер. Красина, д. 15, офис 1. Тел. / факс +7 (499) 553-0312.

Электронная почта: mhg@mhg.ru

www.mhg.ru

Распространяется бесплатно.