

DOI: 10.18287/2542-047X-2024-10-1-20-28



НАУЧНАЯ СТАТЬЯ

УДК 341

Дата поступления: 27.12.2023
рецензирования: 16.01.2024
принятия: 15.03.2024

Позитивные действия в сфере прав человека и связанные с ними проблемы

Б. Д. Кривокапич

Университет «МБ», г. Белград, Сербия;

Самарский национальный исследовательский университет имени
академика С. П. Королева, г. Самара, Российская Федерация

E-mail: krivokapicboris@yahoo.com

Аннотация: В статье рассматривается проблема позитивных действий как института международного права в области прав человека. Автор указывает на необходимость специальной защиты отдельных категорий лиц, разбирает понятие и название мер, известных как позитивные действия. Подчеркивается, что оправданными такие меры будут в случае их объективной необходимости, временного характера, пропорциональности цели, ради которой они были введены, коллективной направленности, т. е. распространения на соответствующую группу. Раскрываются проблемы, связанные с позитивными мерами, особо указывается на различные формы преувеличения и злоупотребления ими, приводятся конкретные примеры из практики. Автор приходит к заключению, что концепция позитивных действий является важным цивилизационным наследием, которое следует развивать, не впадая при этом в крайности. В статье высказана мысль о несоответствии преувеличения самой идее рассматриваемой защиты, а также условиям, определенным для обоснования введения и реализации мер позитивных действий, в первую очередь тем, которые касаются требования объективности и соразмерности желаемой цели. Автор приходит к выводу о том, что меры позитивных действий ни в коем случае не должны превращаться в нарушение столь же ценных и законных прав большинства населения или других групп.

Ключевые слова: позитивные меры; позитивные меры выравнивания; позитивные действия; меры поощрения; меры преференциального режима; международное право в области прав человека; права человека.

Цитирование. Кривокапич Б. Д. Позитивные действия в сфере прав человека и связанные с ними проблемы // Юридический вестник Самарского университета Juridical Journal of Samara University. 2024. Т. 10, № 1. С. 20–28. DOI: <https://doi.org/10.18287/2542-047X-2024-10-1-20-28>.

Информация о конфликте интересов: автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

© Кривокапич Б. Д., 2024

Борис Джорджевич Кривокапич – доктор юридических наук, ординарный профессор Бизнес и юридического факультета, университет «МБ», 11111, Республика Сербия, г. Белград, Prote Mateje, 21; профессор кафедры теории и истории государства и права и международного права, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С. П. Королева, 443086, Российская Федерация, г. Самара, Московское шоссе, 34.

SCIENTIFIC ARTICLE

Submitted: 27.12.2023
Revised: 16.01.2024
Accepted: 15.03.2024

Positive action in the field of human rights and related issues

B. D. Krivokapich

Univerzitet MB Beograd, Beograd, Srbija; Samara National Research University, Samara, Russian Federation

E-mail: krivokapicboris@yahoo.com

Abstract: The article examines the problem of affirmative action as an institution of international human rights law. The author points out the need for special protection of certain categories of persons, examines the concept and name of measures known as affirmative action. It is emphasized that such measures will be justified if they are objectively necessary, temporary in nature, proportional to the purpose for which they were introduced, collective in nature, i.e. distribution to the relevant group. The article reveals the problems associated with affirmative action, highlighting various forms of exaggeration and abuse of them, and provides specific examples from practice. The author comes to the conclusion that the concept of affirmative action is an important civilizational heritage that should be developed without going to extremes. The article expresses the idea that exaggeration does not correspond to the very idea of the protection in question, as well as the conditions defined to justify the introduction and implementation of positive action measures, primarily those that relate to the requirement of objectivity and proportionality to the desired goal. The author comes to the conclusion that affirmative action measures should in no case turn into a violation of the equally valuable and legitimate rights of the majority of the population or other groups.

Key words: affirmative action; positive measures; positive equalization measures; encouragement measures; preferential treatment measures; international human rights law; human rights.

Citation. Krivokapich B. D. *Positivnye deistviya v sfere prav cheloveka i svyazannye s nimi problemy* [Positive action in the field of human rights and related issues]. *Juridicheskiy vestnik Samarskogo universiteta Juridical Journal of Samara University*, 2024, vol. 10, no. 1, pp. 20–28. DOI: <https://doi.org/10.18287/2542-047X-2024-10-1-20-28> [in Russian].

Information about the conflict of interests: author declares no conflict of interests.

© Krivokapich B. D., 2024

Boris D. Krivokapich – Doctor of Laws, full-time professor of the Faculty of Business and Law, Univerzitet MB Beograd, 21, Prote Mateje, Beograd, 11111, Srbija; professor of the Department of Theory and History of State and Law and International Law, Samara National Research University, 34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation.

1. Необходимость специальной защиты некоторых категорий людей

1.1. Общие и специальные права человека

Права и свободы человека делятся на две основные категории – основные, или общие и, с другой стороны, особенные, или специальные, т. е. те права и свободы человека, которые принадлежат только определенным категориям людей¹. Это деление основано, прежде всего, на различии обладателя (пользователя, держателя) соответствующих прав.

1. Общие или основные права человека.

Существуют права человека, которые на современном уровне развития человечества можно считать базовыми или общими. Обычно указывается, что их характеристика состоит в том, что они являются правами, принадлежащими каждому, без каких-либо дополнительных условий, исходя только из того, что это человек. И это действительно так. Однако мы бы добавили еще два пункта.

Во-первых, речь идет о правах, которые признаются соответствующими нормами международного права, а значит, гарантируются международным обычным или международным универсальным или региональным договорным правом. Таким образом, рассматриваемые права в основном общепризнаны на универсальном (мировом) или, по крайней мере, региональном уровне².

¹ В последующем тексте мы, помимо прав человека в более узком смысле, будем иметь в виду и свободы, поскольку они представляют собой лишь особый вид прав человека., разграничение между правами и свободами человека направлено на то, чтобы указать, что в ряде случаев отдельные лица или группы уполномочены требовать от властей (государства) активных действий для обеспечения своих гарантированных прав (прав в более узком смысле), в то время, когда в других случаях речь идет об их свободе от вмешательства правительства (государства), которое не должно препятствовать осуществлению соответствующих свобод. Довольно широко принятое в источниках права и юридической науке и, на первый взгляд, привлекательное, это деление не может быть последовательно реализовано уже из-за того, что большая часть прав находится где-то посередине. Например, важнейшее право человека – право на жизнь – было бы, согласно этой классификации, и свободой (поскольку оно сводится к требованию, чтобы государство незаконно на него не посягало), но и правом (поскольку государство обязано защищать жизнь каждого от незаконных посягательств со стороны других). То же самое можно сказать и о большинстве других прав и свобод.

² Когда речь идет о правах на региональном уровне, достаточно отметить, что, например, Европейская конвенция о правах человека (1950 г. с последующими протоколами) содержит ряд подробных конкретных

Права, признаваемые за каждым, но только в одной или нескольких странах, и не на основании международно-правовых норм, а в соответствии с нормами внутригосударственного права, не могут считаться всеобщими, по крайней мере с точки зрения международного права в области прав человека.

Во-вторых, речь идет о правах, которые в то же время являются основными, т. е. фундаментальными, поскольку являются наиболее важными и представляют собой основу целого ряда других прав. Таким образом, они служат фундаментом для формулирования, гарантии и осуществления остальных, специальных прав. Так, различные особые права представителей этнических меньшинств (например, право на образование на родном языке или на сохранение и развитие собственного языка и культуры) не могли бы существовать, если бы не было основного или общего права на образование.

В круг основных, или общих, прав включают, среди прочего: право на жизнь; свободу от пыток; свободу от рабства и принудительного труда; право на личную свободу; право на личную безопасность; право быть признанным юридическим лицом; свободу передвижения и выбора места жительства; равенство и запрещение дискриминации; право на законный и справедливый суд; право на уважение частной и семейной жизни; право вступать в брак и создавать семью; свободу мысли, совести и религии; свободу слова; свободу собраний и ассоциаций; право на эффективное средство правовой защиты; право участвовать в общественных делах; активное и пассивное избирательное право; право на здоровье; право на труд; право на образование; право на участие в культурной жизни и др. Эти права определяются целым рядом универсальных и региональных международных договоров и гарантируются конституциями современных стран.

2. Особые права человека. Существуют и особые, специальные права, которые представляются определенным категориям лиц, вернее тем коллективам (группам), которые фак-

прав, обязательных только для государств-членов (т. е. действительных только в Европе), в то время как Африканская хартия прав человека и народов (1981 г.) отличается тем, что, кроме всего прочего, гарантирует т. н. права третьего поколения, такие как право народа на развитие, право на мир и право на здоровую окружающую среду.

тически или потенциально являются особенно уязвимыми. Дело в том, что международное право через различные специальные международные соглашения³ или посредством специальных положений в рамках общих договоров о правах человека⁴ также обеспечивает и особую защиту тех категорий людей, которые в определенном отношении особенно уязвимы.

Эта защита направлена на улучшение положения соответствующих категорий лиц в целом и, с другой стороны, на обеспечение их особых прав в сфере образования, культуры, трудовых отношений, социального обеспечения и т. п. Если смотреть на проблему глубже, то, с учетом определенных неблагоприятных обстоятельств, объективно сопровождающих их статус, защита сводится к обеспечению их реального равноправия с другими.

1.2. Необходимость особых (специальных) прав

По разным причинам разные категории людей могут быть отмечены как фактически или потенциально уязвимые, а значит, и как возможные бенефициары рассматриваемой специальной защиты. К ним относятся, в том числе, дети, женщины, больные, инвалиды, престарелые, трудящиеся-мигранты, беженцы, лица без гражданства, заключенные, представители этнических (национальных) меньшинств, представители коренных малочисленных народов и др.

В связи с более или менее выраженной угрозой или беспомощностью этих лиц, наряду с правами, принадлежащими всем людям, необходимо предоставить им некоторые особые права, не принадлежащие всем людям. Они им даны не для того, чтобы каким-либо образом благоприятствовать этим лицам, а, наоборот, для их защиты от незаконных посягательств, злоупотреблений, дискриминации и пренебрежения т.е. чтобы сделать их действительно равными с другими людьми.

Необходимость особых прав соответствующих групп людей и их членов вытекает из того, что для достижения действительного равенства и равноправия с остальным населением одного отсутствия дискриминации и предоставления им равных прав с другими недостаточно. Им требуется предоставить некоторые дополнительные

права⁵. Иначе, находясь формально в одинаковом правовом положении (с одинаковыми правами и обязанностями), они не были бы реально равными. Иными словами, благоприятные меры, направленные на благо определенных групп и их членов, представляют собой отклонение от формального равенства в целях обеспечения настоящего, реального равенства. Это в то же время означает, что одного лишь признания соответствующих прав недостаточно, нужно также создать необходимые условия для их фактического беспрепятственного осуществления.

Чтобы лучше это понять, подумаем о человеке, который поступил в университет, но является инвалидом, прикованным к инвалидному креслу. В принципе, он имеет все права, которые даны каждому. Однако, если посещение занятий является обязательным, а доступ в помещения, где проводятся занятия, для него невозможен или очень затруднен (например, при входе в здание факультета много лестниц, которые, будучи в инвалидной коляске, он не может преодолеть самостоятельно), этот человек просто не сможет посещать занятия без особой помощи и, следовательно, быть студентом, хоть юридически он равен другим во всех отношениях. Иными словами, несмотря на то что никто не оспаривал его право учиться в университете, реализовать его на практике он просто не сможет. Однако все решается простым шагом — достаточно построить рядом с лестницей пандус, по которому его кресло сможет передвигаться. Следовательно, простым способом, который никоим образом не ущемляет прав других, указанному лицу предоставляется возможность войти в здание и получить доступ к обучению, и, таким образом, будет достиг-

⁵ Право на равенство и запрещение дискриминации, как его обратная сторона, являются основными принципами всей концепции прав человека. Они устанавливают, что все люди юридически равны (равны в правах и обязанностях) и что между ними не должно проводиться неблагоприятного различия на основе личных характеристик, таких как цвет кожи, религия, этническая принадлежность, пол и т. п. Хотя может показаться, что указанные принципы представляют собой лишь другую сторону принципа всеобщности прав человека (согласно которому они принадлежат всем), тем не менее между ними нельзя ставить знак равенства. Дело в том, что универсальность означает, что самые важные права человека применимы ко всем и везде. Однако есть и такие права человека, которые не имеют универсального, всеобщего измерения, так как связаны только с определенными категориями людей (определенными группами и их членами) или же предусмотрены лишь отдельными международными документами, не связывающими большинство стран мира или соответствующего региона. Причем там, где они признаны, и эти права должны осуществляться на основе равенства и недискриминации. Иными словами, универсальность говорит о том, что важнейшие права человека принадлежат всем, а равенство и запрет дискриминации означают, что соответствующие права (которые могут принадлежать всем, а могут быть зарезервированы только за более узкими категориями людей) должны осуществляться на основе равенства и без каких-либо неблагоприятных различий на почве личных характеристик.

³ Например, на мировом уровне – Конвенция о статусе беженцев (1951 г.), Конвенция о борьбе со всеми формами дискриминации в отношении женщин (1979 г.), Конвенция о правах ребенка (1989 г.), Конвенция о правах лиц с инвалидностью (2006 г.) и т. д., а в региональном разрезе в Европе – Европейская конвенция о статусе трудящихся-мигрантов (1977 г.), Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств (1995 г.), Европейская конвенция об осуществлении прав детей (1996 г.) и др.

⁴ Напр., на мировом уровне – Международный пакт о гражданских и политических правах (1966 г.) и Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (1966 г.), а в региональных рамках – Европейская конвенция о правах человека (1950 г.), Американская конвенция по правам человека (1969 г.), Африканская хартия прав человека и народов (1981 г.).

нито его реальное равенство с другими. Нужно отметить, что цель эта достигается за счет небольших средств и усилий, а поставленный пандус может служить другим маломобильным студентам, передвигающимся на инвалидных колясках.

Точно так же тот факт, что законами страны гарантируется юридическое равенство между мужчинами и женщинами, не означает, что и на самом деле между ними существует и фактическое равенство. Для достижения реального равенства необходимо, чтобы государство на практике создало условия и пути, обеспечивающие женщинам действительно равный доступ к образованию, занятости, участию в политической жизни и т. д. Поэтому женщинам предоставляются определенные особые гарантии и особые права, например, в виде минимального процентного представительства в парламенте, полиции и т. д.

Точно так же для того, чтобы члены этнических (национальных) меньшинств пользовались реальным равенством с большинством населения, недостаточно признать их право свободно заявлять о себе как о представителях соответствующего меньшинства и запретить их дискриминацию. Необходимо также обеспечить им целый ряд особых прав, таких как право на сохранение и развитие своей культуры и традиций, право на образование на родном языке, право на получение информации на родном языке, право на установление своих собственных организаций, право на эффективное участие в жизни общества и т. д. Речь идет не только о признании этих прав, но и о том, что государство должно предпринять необходимые реальные шаги, такие как введение преподавания языка меньшинства в программу школ в районах проживания соответствующего меньшинства, предоставление педагогических кадров и других условий для обучения на языках меньшинств, финансовая и другая помощь культурным и иным организациям национальных меньшинств и др.

Другими словами, специальные меры в пользу соответствующей уязвимой группы должны быть предусмотрены правом, но они достигают своей цели только тогда, когда последовательно применяются на практике. Эти меры обычно называют позитивными действиями.

2. Позитивные действия

2.1. Концепция и название мер поощрения

Позитивные действия, или меры поощрения, – это общее название комплекса разноплановых мер, которые принимаются в пользу определенных групп и их членов с целью устранения глубоко укоренившейся практики и последствий предыдущей и (или) текущей дискриминации. Таким образом, эти меры/позитивные действия зависят от конкретного случая – насильственной ассимиляции, пренебрежения и тому подобного негативного влияния, которому ранее подвергались эти группы и их члены [1, с. 101–133; 2, с. 1–94; 3, с. 133–154; 4, с. 367–483; 5, с. 585–611; 6, с. 38–50; 7, с. 61–96].

Проще говоря, рассматриваемые меры представляют собой системно определенный и законодательно закрепленный фаворитизм в отношении соответствующих групп и их членов. Возникает кажущаяся нелогичной ситуация, так как равное отношение ко всем, являющееся одним из основных принципов концепции прав человека, сознательно нарушается более благоприятным отношением к некоторым группам и их членам. Хотя это и является исключением из общего правила, все становится на свои места, если принять во внимание, что указанные меры предусмотрены и регулируются соответствующими нормами права и принимаются с целью устранения существующей несправедливости и приведение соответствующих групп и их членов в состояние реального равенства с другими группами и гражданами в данном обществе. Помимо того, что рассматриваемые меры поощрения включают в себя и шаги по упразднению любой дискриминационной практики, в более узком смысле они отражаются в предусмотренной правом защите, поддержке и поощрении соответствующих групп и их членов с целью укрепления их социального положения и самосознания, информированности о важных вопросах, обеспечения их представительства в политической, экономической, культурной, образовательной и других сферах жизни данного общества и т. п.

Ситуация аналогична той, когда больному или раненому дают более обильную и качественную пищу, чем другим (с большим количеством калорий, витаминов и других полезных ингредиентов, по сравнению с тем, что получают остальные), для способствования его скорейшему выздоровлению. Когда же он становится достаточно сильным или выздоравливает, нет причин для того, чтобы к нему относились более благосклонно, чем к другим.

Поскольку речь идет о правах, которые не распространяются на остальную (не подвергающуюся угрозе) часть населения, эту политику и практику, а также определенные меры, их составляющие, иногда называют «позитивной дискриминацией». Делается это с явной целью указать на их диаметрально противоположность обычной («негативной») дискриминации. Однако, принимая во внимание неточность и неверность этого термина, содержащего противоречие внутри самого себя (в сегодняшнем обычном значении дискриминация по определению всегда является негативным явлением, т. е. представляет собой неблагоприятное обращение), использовать этот термин некорректно. Поэтому используются другие выражения, среди которых, в частности, – «позитивные меры», «позитивные меры выравнивания», «позитивные действия», «меры поощрения», «стимулирующие меры», «меры преференциального режима» и т. п.

2.2. Условия, при которых позитивные действия оправданны

Для введения указанных мер одновременно должны выполняться четыре основных условия.

Первое из них логично само по себе. Рассматриваемые меры должны быть объективно необходимыми: группе, находящейся в неблагоприятном социальном положении, требуется особая защита, помощь и поддержка. Без этого нет оснований для введения каких-либо специальных мер, так как это было бы дискриминацией других.

Вместе с тем меры должны быть временными, т. е. действовать только до тех пор, пока не будет достигнута цель, ради которой они были введены, т. е. пока не будет обеспечено полное равенство с другими. Как только эта цель достигнута, нет оснований для дальнейшего применения таких мер. С другой стороны, реализация полного равенства означает отсутствие необходимости в каких-либо специальных мерах. Вопрос о том, когда действительно достигается полное равенство с другими, сам по себе является проблемой, которую необходимо оценивать в каждом конкретном случае с учетом всех соответствующих обстоятельств.

Важным является и требование адекватности мер поощрения той цели, ради которой они вводятся, которое означает, что их качество (вид, характер) и количество (число, периодичность) должны соответствовать реальным потребностям данной ситуации, а не превышать их. Иное обращение не может быть оправдано и представляло бы собой некоторую форму дискриминации по отношению к другим категориям людей.

Наконец, последнее условие заключается в том, что позитивные действия вводятся в интересах уязвимой группы как таковой, а не в интересах отдельных лиц. Иными словами, в отличие от права на равное обращение, которое является индивидуальным правом, меры позитивных действий (меры поощрения) являются не индивидуальным, а коллективным правом, правом группы. Индивид приобретает привилегированное положение не как индивидуальный обладатель соответствующих прав, а как член группы, которая получила защиту и специальные права потому, что находится в объективно существующем невыгодном положении по отношению к остальному населению.

3. Проблемы, связанные с мерами позитивных действий

3.1. Объективные проблемы

Существуют объективные проблемы, не связанные с правовым регулированием этого вопроса. Например, если общество сталкивается с серьезными реальными трудностями, такими как война, гражданская война и т. п., то от него нельзя требовать полного удовлетворения особых прав соответствующих групп и их членов. Вполне понятно, что во время состояния войны, тяжелого вооруженного конфликта или иного чрезвычайного положения, требующего от государства мобилизации всех материальных и иных ресурсов, оно часто объективно не в состоянии обеспечить реализацию всех прав человека. Таким образом, когда речь идет об особых правах этнических меньшинств, следует разобраться, в состоянии

ли государство в этих особых условиях продолжать обеспечивать реализацию признанных прав меньшинств, таких как специальная телепрограмма на языках меньшинств, адекватное выделение средств на культурную жизнь меньшинств и т. д.

Это соответствует современному международному праву, которое гарантирует все более широкий круг прав человека и предусматривает все более эффективные механизмы их защиты, но, с другой стороны, также четко регламентирует случаи, при которых все права человека могут быть временно отменены или ограничены, что включает и те права, которые относятся к особо уязвимым группам⁶.

3.2. Соотношение между позитивными мерами и правами других групп и отдельных лиц

Можно задать вопрос, не представляют ли собой позитивные действия дискриминацию в отношении большинства населения или даже других групп и их членов? Все потому, что рассматриваемые меры, пусть даже временно, несомненно нарушают юридическое равенство между различными группами и, в конечном счете, между отдельными лицами.

Это ложная дилемма. В наше время не оспаривается, что в таких случаях имеет место не дискриминация других, а специальные, оправданные меры, составляющие неотъемлемую часть корпуса прав человека (в частности, прав меньшинств) и служащие достижению реального равенства между различными частями общества. На это обстоятельство указывают примеры, приведенные выше.

Соответствующие нормативные акты многих стран, а также позитивное международное право прямо заявляют о том же. Что касается внутреннего правопорядка, то такие нормы обычно содержатся уже в конституциях. Например, Конституция Республики Сербия (2006 г.) в ст. 21/4 устанавливает: «Специальные меры, которые Республика Сербия может принять для достижения полного равенства лиц или групп лиц, находящихся по существу в неравном положении с другими гражданами, не считаются дискриминацией».

Подобные нормы также содержатся и в важнейших международных документах, особенно в договорах, касающихся защиты определенных уязвимых категорий. Их находим (в хронологическом порядке) в следующих статьях: ст. 5 Конвенции МОТ № 111, в которой говорится о дискриминации в сфере труда и занятий (1958 г.), ст. 1–2 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (1965 г.), ст. 4. Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (1979 г.) и др.

⁶ Имеются в виду ограничения или приостановление действия определенных прав человека в связи с: 1) встроенными ограничениями (способом определения конкретных прав), 2) состояниями опасности (состояние войны, стихийные бедствия и т. п.) и 3) использованием государством его права введения так называемых факультативных ограничений. [8, с. 42–52].

Например, ст. 4/1 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин устанавливает: «Принятие государствами-участниками временных специальных мер, направленных на ускорение установления фактического равенства между мужчинами и женщинами, не считается, как это определяется настоящей Конвенцией, дискриминационным, однако оно ни в коей мере не должно влечь за собой сохранение неравноправных или дифференцированных стандартов; эти меры должны быть отменены, когда будут достигнуты цели равенства возможностей и равноправного отношения». В пункте 2 той же статьи уточняется: «Принятие государствами-участниками специальных мер, направленных на охрану материнства, включая меры, содержащиеся в настоящей Конвенции, не считается дискриминационным».

Подобным образом, важнейший региональный документ по защите этнических меньшинств – европейская Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств (1995 г.) – не только в полной мере служит обеспечению особых прав меньшинств и в ст. 4/2 устанавливает обязательство договаривающихся сторон принимать надлежащие меры для содействия во всех областях экономической, социальной, политической и культурной жизни полному и эффективному равенству между представителями национального меньшинства и лицами, принадлежащими к большинству, но и уточняет (ст. 4/3), что указанные меры не считаются актом дискриминации.

Применение позитивных действий предусмотрено и международными документами политического характера, такими как Декларация ООН о ликвидации всех форм расовой дискриминации (1963 г.), Декларация ЮНЕСКО о расах и расовых предрассудках (1978 г.), Декларация ООН о правах представителей национальных или этнических, религиозных и языковых меньшинств (1992 г.) и др. Вопросом позитивных действий в течение многих лет занимаются компетентные органы ООН и органы и учреждения Совета Европы и некоторых других региональных организаций. Среди прочего, подготовлен ряд исследований, посвященных этой проблеме.

3.3. Проблема злоупотребления позитивными действиями

Злоупотреблять можно всем, в том числе и правами человека, как общими, так и специальными. При этом злоупотребления могут исходить от разных субъектов, в том числе и от государства, а тем более от самих пользователей соответствующих прав [9, с. 170–184].

Злоупотребление существует, когда что-то используется не по своему назначению, с целью обеспечения для себя или другого какой-либо не принадлежащей выгоды или для незаконного причинения какого-либо ущерба кому-то другому. Можно злоупотреблять и мерами позитивных действий и даже самой идеей предоставления особой защиты уязвимым категориям людей. Например,

в практике некоторых стран были случаи, когда материальные средства, выделяемые из государственного бюджета на культурное и иное развитие этнических меньшинств, использовались руководством отдельных меньшинств в личных целях,⁷ таких как покупка автомобилей для лидеров меньшинств, открытие ресторана и т. д. Делалось это под предлогом необходимости облегчить передвижение представителей данного меньшинства, предоставить место (как ни странно, в ресторане) для сбора членов данного меньшинства и т. п. В принципе, и с этим можно было бы согласиться в некоторых случаях, но в рассматриваемом здесь примере речь несомненно шла о незаконном использовании государством выделенных средств для личной выгоды и обогащения отдельных лиц.

В последнее время острой стала проблема прав особой категории людей, которая до сих пор не признавалась таковой международным правом. Имеется в виду так называемый европейский миграционный кризис, как одним названием обозначается ряд событий, связанных с массовым, по существу нелегальным прибытием в Европу (особенно в развитые страны Западной Европы) выходцев с Ближнего Востока, Северной Африки и Южной Азии. Хотя первые его очертания были замечены уже в 2010 г., в 2014–2016 гг. кризис обострился потоком беженцев из охваченных гражданской войной и анархией Сирии, Ирака и Ливии, а также массовым прибытием экономических мигрантов из Афганистана, Пакистана, Сомали, Эритреи, Мали, Гамбии, Нигерии, Йемена и т. д. Считается, что только в 2015 г. в Европу пришло более миллиона таких лиц. Их прибытие вызвало ряд проблем, связанных с обращением с ними, их регистрацией, питанием, размещением, обеспечением проезда в другие страны, преступлениями, совершенными этими лицами в стране пребывания и т. д., а также с разногласиями между европейскими странами, в первую очередь членами Евросоюза, о том, какие действия необходимо предпринять / о необходимых действиях, и особенно о том, сколько мигрантов должна принять каждая из них⁸.

Не оспаривается, что необходимо оказывать всю возможную помощь лицам, попавшим в беду. Это элементарное требование гуманности. Однако в связи с конкретной проблемой очень быстро возник целый ряд необъяснимых вопросов, таких как: почему в Европу, преодолевая тысячи километров, «бегут» почти исключительно мужчины призывного возраста, а не, как это всегда было, матери с детьми, пожилые люди или целые семьи; откуда у них деньги на такое путешествие; как получает-

⁷ Намеренно не желаем упомянуть, кто это, во избежание политизации данного вопроса. Достаточно сказать, что это реальный случай из практики.

⁸ Существует мнение, что хорошо спланированные, поощренные и финансируемые крупномасштабные миграции населения, особенно бедного и другого происхождения, религии, обычаев и т. д., могут представлять собой особый вид оружия, то есть способ ведения войны [10, с. 116–159].

ся, что многие из них передвигаются как воинские части (в отделениях с хорошо заметным лидером-командиром); как получилось, что они направились в далекую Европу, а не в страны куда более близкие им культурно, религиозно и географически, где царит мир и где высокий уровень жизни – в Саудовскую Аравию, Кувейт, Объединенные Арабские Эмираты и т. д.? Вопросов много. Что бесспорно, так это то, что на европейские страны вдруг были возложены многие обязательства по отношению к этим лицам, которые не являются их гражданами и не состоят с ними в каких-либо реальных и юридических отношениях, а так же, по международному праву, не являются истинными беженцами (по этой причине и был введен термин «мигранты»).

В последние несколько лет мы наблюдаем все больше различных запросов со стороны ЛГБТ-групп, т. е. лиц так называемой нестандартной ориентации, требующих предоставления им различных, все более значимых прав. Таких как проведение т. н. парада гордости (прайд-парад), гарантирование некоторых особых прав (на вступление в брак с особой того же пола, на усыновление детей, на введение соответствующего контента в образовательные программы в школах и т. д.). В связи с этим нет никаких сомнений в том, что эти лица должны быть защищены от любых форм насилия или дискриминации. Но возникает вопрос – не является ли удовлетворение упомянутых требований нарушением столь же важных и тем более законных прав большинства? Ведь одно из условий для оправданного и правомерного введения мер позитивных действий состоит в том, что они на самом деле объективно необходимы. Но как такие меры, как требование к детям целоваться на уроках с одноклассниками того же пола могут считаться объективно необходимыми? А такая практика уже известна в школах некоторых стран. Или как понять требование к ученикам приходить на уроки в юбках, если они мальчики? Тем более следует ли разрешить однополым парам усыновление (чужих!) детей, которых такие пары будут (без согласия ребенка, ибо он слишком мал, чтобы понять в чем дело) воспитывать по-своему? Кстати, все упомянутые и подобные меры, которые членам рассматриваемой группы удалось навязать в определенных обществах, были достигнуты в странах, где таким группам и их членам не только ничего не угрожает, но они даже являются частью политической, экономической, культурной и иной элиты. А это уже само по себе означает, что они в принципе имеют не просто хорошее, но и во многих отношениях лучшее реальное положение, чем остальные граждане. Помимо всего прочего, объявленные члены таких групп находятся в самом верху правительства многих стран. Действительно ли необходимы меры, о которых здесь шла речь? Или на самом деле мы сталкиваемся с политическим проектом перестройки общества?

Автор этих строк сразу согласится с тем, что даже сегодня положение женщин во многих обще-

ствах все еще тяжелое и что в некоторых сферах они иногда еще не равны мужчинам. Впрочем, достаточно лишь напомнить, как непросто процесс признания права голоса женщин развивался во многих странах, в том числе принадлежащих к т. н. западным демократиям⁹. И подразумевается, что автор поддерживает все разумные меры в направлении обеспечения полного равноправия женщин и мужчин. И все же создается впечатление, что все чаще имеем дело с преувеличением. Приведем всего пару примеров.

Можно начать уже с явления, известного как политкорректная речь¹⁰, которая иногда навязывается нормативными актами. Между прочим, ее суть, заключающаяся в упорном настаивании на том, чтобы во что бы то ни стало для всех существительных мужского рода, найти (вернее, создать) альтернативные существительные женского рода, причем особенно для профессиональных характеристик. Таким образом вводятся новые названия там, где их никогда не было и где это звучит неестественно. Примерами являются новые слова, придуманные для обозначения женщины-министра, женщины-солдата, женщины-психолога, женщины-кардиолога и т. п. Такие слова обычно неуместны. Язык – живой организм, и он эволюционирует со временем. Уже давно в разных языках существует множество названий для социальных функций и женских профессий, таких как женщины-президента, женщины-правителя, женщины-профессора, женщины-врача, женщины-аптекаря, женщины-автора чего-либо, женщины-спортсмена и т. д. Но не представляется правильным и полезным искусственно изобретать и навязывать какие-то новые слова только для того, чтобы силой добиться формального равенства.

Кстати, обычно забывают, что есть и много слов женского рода, которые без «перевода» употребляются применительно к мужчинам. Например, в сербском и русском языках такое замечание верно в отношении таких слов, как «звезда», «сила», «радость», «надежда», «любовь», «душа», «воля», «судьба», «глава», «гордость» и т. д. Например, говорят: «Он – глава нашего государства!»,

⁹ Женщины получили право голоса в США в 1920 г., в Великобритании только в 1929 г., а в ряде стран, принадлежащих к числу т. н. западных демократий, только после Второй мировой войны или даже совсем недавно: во Франции в 1944 г., в Италии в 1946 г., в Германии и Бельгии в 1948 г., в Монако в 1962 г., в Швейцарии в 1971 г., в Португалии в 1974 г., в Испании в 1975 г., в Лихтенштейне в 1984 г.

¹⁰ Хотя она здесь обсуждается в связи с положением женщин, т. наз. политкорректной речью иногда злоупотребляют и по другим причинам, в том числе для мнимого обеспечения равенства уже упомянутых ЛГБТ-групп. В этом смысле в некоторых обществах не говорят (где-то даже запрещено говорить) «мама и папа», «мать и отец», а можно только «родитель 1 и родитель 2»; вместо «муж и жена» употребляют выражение «партнеры» и тому подобное. При этом навязывание таких речевых и культурных образцов осуществляется без учета традиций, взглядов, чувств и желаний большинства населения.

«Он – звезда нашей команды!», «Он – надежда нашего тенниса!», «Он – движущая сила нашего коллектива!», «Он – моя судьба!», «Он – правая рука режиссера» и т. п. И в то же время это никому не мешает и никому не приходит в голову вводить альтернативные слова в мужском роде.

Если ставится цель, чтоб они действительно были полностью юридически и фактически равными во всем с мужчинами, то тогда у женщин не должно быть множественных традиционных привилегий. В таком случае, там, где есть обязательная воинская повинность, они тоже должны нести срочную службу, причем на тех же условиях, что и мужчины; они должны выходить на пенсию, когда достигают того же возраста, что и мужчины (а не за 5 лет до них, как это принято во многих странах); женщины и мужчины должны выступать в одной категории на всех других спортивных соревнованиях и т. п. Конечно, мы ничего подобного не предлагаем, а просто хотели указать на то, что не всегда можно использовать институт позитивного действия и что неправильное его применение в конечном счете может привести к абсурду.

С другой стороны, следует признать, что во многих случаях мужчины подвергаются дискриминации в отношении женщин. Хотя за работу равной ценности (равной продолжительности и качества) все должны получать одинаковое вознаграждение, в некоторых странах женщинам платят меньше, чем мужчинам, что, конечно, недопустимо. Однако часто упускается из виду, что в некоторых сферах считается совсем нормальным, когда женщинам за одинаковую работу платят куда больше, чем мужчинам. Достаточно напомнить всем известный факт, что ведущим моделям платят несравненно больше, чем их коллегам-мужчинам. И это почему-то никого не волнует.

Если в предыдущем случае можно возразить, что указанное всего лишь подтверждает требование обеспечения равенства, когда необходимо, и для мужчин, то бывают и такие ситуации, когда позитивными мерами злоупотребляют для мнимого уравнивания женщин с мужчинами, а на самом деле для введения реального неравенства между ними. Здесь тоже достаточно одного примера. После ряда протестов женских обществ на крупнейших мировых теннисных турнирах призовые деньги, присуждаемые победителям мужских и женских соревнований, полностью уравнились (до этого женщины получали гораздо меньше, что обосновывалось намного меньшим интересом публики и спонсоров к их игре). Однако, когда

теннисистки стали получать столько же, сколько и теннисисты, от всеобщего внимания как-то ускользнуло, что такое решение на самом деле является открытой дискриминацией мужчин. А именно, «работа» мужчин на пути к трофею на турнире Большого шлема гораздо сложнее и длится намного дольше, чем то, с чем сталкиваются теннисистки. Напомним, что женщины играют до 2 выигранных сетов, что означает, что они играют всего 2 или максимум 3 сета и обычно заканчивают свои матчи после 1–1,5 часов игры. С другой стороны, мужчины играют матчи в 3 выигранных сета, и поэтому всегда играют как минимум 3 сета (3:0), а иногда даже 5 сетов (в случае результата 3:2), причем их матчи тогда длятся 5, 6 и более часов, т. е. в 3 раза дольше, чем матчи теннисисток. И эти правила действуют в каждом раунде каждого большого турнира. Поэтому стремление уравнивать заработки теннисисток с тем, что получают теннисисты, фактически привело к дискриминации мужчин.

Заключение

Концепция позитивных действий, т. е. особой защиты уязвимых групп и их членов, – великое достижение. Необходимо дальнейшее развитие международно-правовых норм и государственного законодательства в этой сфере и, в частности, обеспечение соответствующей практики.

И все же не следует впадать в другую крайность. Преувеличение не может быть оправдано уже потому, что оно противоречит самой идее рассматриваемой защиты. К тому же, оно не соответствует условиям, установленным для обоснования введения и реализации мер позитивных действий, в частности тем, которые требуют, чтобы меры стимулирования были объективно необходимыми и соразмерными желаемой цели. Кроме того, в некоторых случаях различные шаги, представляемые как необходимые меры позитивных действий, грозят перерасти в нарушения не менее ценных и законных прав большинства населения.

Наконец, поскольку каждое действие всегда вызывает противодействие, преувеличение, о котором мы здесь говорим, может легко привести к недовольству и ответным реакциям со стороны других (большинства населения или других групп), что в конечном счете может обернуться сокращением или даже полным отказом в правах, которыми ранее пользовалась соответствующая группа.

Библиографический список / References

1. Chandola M. V. Affirmative Action in India and the United States: The Untouchable and Black Experience // *Indian International and Comparative Law Review*. 1992. Vol. 3, № 1. P. 101–155. DOI: <https://doi.org/10.18060/17475>.
2. Spann G. A. Affirmative Action and Discrimination // *Harvard Law Review*. 1995. № 1. P. 1–94. URL: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2955&context=facpub>.
3. Green J. Affirmative Action: Challenges and Opportunities // *Brigham Young University Education and Law Journal*. 2004. № 1. P. 133–154. URL: <https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1180&context=elj>.

4. Sander R. H. A Systemic Analysis of Affirmative Action in American Law Schools // *Stanford Law Review*. 2004. Vol. 57, no. 2. P. 367–483.
5. Crosby F. J., Iyer A., Sincharoen S. Understanding Affirmative Action // *Annual Review of Psychology*. 2006. Vol. 57. P. 585–611. Available at: <https://doi.org/10.1146/annurev.psych.57.102904.190029>.
6. Boddie E. C. The Future of Affirmative Action // *Harvard Law Review Forum*. 2016. Vol. 130. P. 38–50. URL: <https://harvardlawreview.org/forum/vol-130/the-future-of-affirmative-action>.
7. Richman A. The End of Affirmative Action in Higher Education: Twenty-Five Years in the Making? // *De Paul Journal for Social Justice*. 2016. Vol. 4, issue 1. P. 61–96. URL: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=jsj>.
8. Krivokapić B. Embedded human rights restriction and related issues // Babak Taheri, Aleksandar Damjanovic, Milija Bogavac (Eds.) *Economic and Social Developments. 75th Scientific Conference on Economic and Social Development Development. Book of Proceedings*. Belgrade, 2021. P. 42–52. URL: https://www.researchgate.net/publication/365893047_Boris_Krivokapic_EMBEDDED_HUMAN_RIGHTS_RESTRICTIONS_AND_RELATED_ISSUES.
9. Кривокапич Б. Злоупотребление правами человека со стороны государств // *Вестник Тверского государственного университета. Серия: Право*. 2019. № 1 (57). С. 170–183. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=37187483>. EDN: <https://www.elibrary.ru/rkicia> = Krivokapich B. *Zloupotreblenie pravami cheloveka so storony gosudarstv* [Concept and forms of human rights abuse]. *Vestnik Tverskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Pravo* [Vestnik TvGU. Seriya: Pravo], 2019, no. 1 (57), pp. 170–183. Available at: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=37187483>. EDN: <https://www.elibrary.ru/rkicia> [in Russian].
10. Greenhill K. M. Weapons of Mass Migration: Forced Displacement as an Instrument of Coercion // *Strategic Insights*. 2010. № 1. P. 116–159.