Окулич А.И.

ПОЗИТИВНЫЕ МЕРЫ И ОБРАТНАЯ ДИСКРИМИНАЦИЯ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

Okulich A.I.

POSITIVE MEASURES AND REVERSE DISCRIMINATION: ISSUES OF THEORY AND PRACTICE

В статье поднимается проблема соотношения обратной дискриминации и позитивных мер, как формы легитимной дифференциации. Причиной постановки указанной проблемы послужил анализ исторического опыта зарубежных стран в вопросе борьбы с дискриминацией в отношении расовых и национальных меньшинств. Одним из ключевых способов борьбы с дискриминацией в таких странах было проведение политики позитивных мер, то есть государственных мер, направленных на исправление фактического неравенства расовых и этнических меньшинств. Вместе с тем автор установил, что достаточно распространенным следствием реализации политики позитивных мер является возникновение обратной дискриминации, то есть дискриминации большинства, как это случилось, например, в Соединенных Штатах Америки и во Франции. Признавая эффективность позитивных мер, как инструмента борьбы с дискриминацией в классическом её представлении, автор выработал критерии, на основании которых стоит устанавливать позитивные меры. Предлагаемые критерии должны служить средством предупреждения возникновения обратной дискриминации.

Ключевые слова: позитивные меры, дискриминация, обратная дискриминация, дискриминация большинства, политика позитивных мер, критерии установления позитивных мер.

The article raises the problem of the correlation of reverse discrimination and positive measures as a form of legitimate differentiation. The reason for the formulation of this problem was the analysis of the historical experience of foreign countries in the fight against discrimination against racial and national minorities. One of the key ways to combat discrimination in such countries was to implement a policy of positive measures, that is, state measures aimed at correcting the actual inequality of racial and ethnic minorities. At the same time, the author found that a fairly common consequence of the implementation of the policy of positive measures is the occurrence of reverse discrimination, that is, discrimination of the majority, as happened, for example, in the United States of America and in France. Recognizing the effectiveness of positive measures as a tool to combat discrimination in its classical view, the author has developed criteria on the basis of which positive measures should be established. The proposed criteria should serve as a means of preventing the occurrence of reverse discrimination.

Keywords: affirmative action, discrimination, reverse discrimination, majority discrimination, affirmative action policy, criteria for establishing affirmative action.

На протяжении последних нескольких десятилетий многие государства мира продолжают развивать гуманистическую идею о необходимости построения си-

стемы по обеспечению и защите прав и свобод человека и гражданина, одним из элементов которой является защита личности от дискриминации. В некоторых

международных документах, посвященных защите прав человека указано, что странам необходимо прилагать усилия по ликвидации практик неправомерного ограничения прав лиц, находящихся в меньшинстве. Положение таких лиц национальные структуры государств, как правило, уравнивают при помощи системы льгот и преференций. Указанная идея устранения дискриминации носит название политики позитивных мер. Позитивные меры – последовательный комплекс мер временного характера, предназначенных конкретно для исправления положения членов целевой группы в одном или нескольких аспектах их социальной жизни с тем, чтобы обеспечить эффективное равенство [14].

В трудах российских исследователей позитивные меры именуют понятием «позитивная дискриминация». Полагаем, что выбранное словосочетание по своей природе лексически противоречиво, а юридическое значение «дискриминации» и не позволяет рассматривать это явление, как оправданное ни при каких обстоятельствах. «Позитивная дискриминация» является *contradictio in terminis*: либо указанное различие является оправданным и законным, поскольку оно не является спорным и не может именоваться «дискриминацией», либо указанное различие является неоправданным или незаконным, поскольку оно спорно, и не должно называться «позитивным» [14].

В российской правовой науке словосочетание «позитивные меры» также встречается, вместе с тем его сущностное содержание не раскрывается. Например, В. А. Карташкин, изучая проблему ограничения прав неграждан, выразил следующую мысль: «Одной из форм позитивных мер являются особые права, направленные на то, чтобы, к примеру, меньшинства могли сохранить свои особенности и традиции, причем такие права важны и для обеспечения равного обращения» [12, с. 19].

Считаем, что под позитивными мерами следует понимать установленные государством при условии существования разумной обоснованности меры, ведущие к исправлению фактического неравенства и способствующие обеспечению равных возможностей реализации индивидуумами своих прав и свобод.

На международном уровне положения относительно необходимости применения позитивных мер в отношении расовых меньшинств получили свое закрепление в Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 года (пункт 4 статья 1).

Вскоре концепция позитивных мер получила широкое признание и была успешно интегрирована в страны Европы. Предметная сфера применения позитивных мер была значительно расширена и стала распространяться на другие группы населения, которые находились в неблагоприятных условиях, например, на инвалидов.

В частности, в Конвенции о правах инвалидов 2006 года сказано, что «конкретные меры, необходимые для ускорения или достижения фактического равенства инвалидов, не считаются дискриминацией» (пункт 4 статья 5).

Помимо Конвенции о правах инвалидов 2006 года идея позитивных мер прослеживается в ряде международных документов разного уровня. Так, в преамбуле к Протоколу 12 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года указано: «подтверждая, что принцип недискриминации не препятствует государствам-участникам принимать меры для обеспечения полного и эффективного равенства при условии существования объективной и разумной обоснованности таких мер» предполагается, что подобные меры могут и должны способствовать равноправию или «ведут к исправлению фактического неравенства».

На сегодняшний день политика позитивных мер применяется в качестве метода борьбы с дискриминацией по всему миру: в Германии, Франции и других европейских странах в отношении мигрантов, в Канаде и Австралии по отношению к коренному населению, в Малайзии – для защиты интересов «менее успешной» части населения (малайцев), в Индии по отношению к «отсталым классам» и религиозным меньшинствам.

Заметим, что сегодня позитивные меры активно применяются во многих странах мира и не только по отношению к расовым меньшинствам. Так, Билль об инвалидах 1995 года запрещает в Индии не только дискриминацию в различных сферах, но и содержит позитивные меры, которые должны применяться в отношении инвалидов. Биллем устанавливается система квот, при которой за инвалидами сохраняется определенное количество рабочих мест в государственных и частных структурах, а также инвалидам предоставляются определенные льготы в сфере образования [11, с. 104].

В Китае, согласно «политике преференций» некоторые высокие посты в управлении были отданы этническим меньшинствам и женщинам. Кроме того, государство обязало университеты отдавать предпочтение абитуриентам, при-

надлежащим к этническим меньшинствам.

Акт о равенстве при приеме на работу, действующий в Канаде, обязывает работодателей предоставлять режим преференций женщинам, инвалидам, коренному населению, расовым меньшинствам. В большинстве канадских университетов действует система, при которой к представителям коренного населения предъявляются более низкие требования при поступлении.

Сторонники позитивных мер, убеждены что, позитивные меры наилучшим образом поспособствовали достижению паритета в получении образования расовыми меньшинствами и женщинами. Они также утверждают, что позитивные меры благоприятно влияют на академическое и социальное развитие всех учащихся независимо от пола и цвета кожи [3, с.26].

Также некоторые американские авторы считают, что позитивные меры, особенно как инструмент расового равенства, открывают полный круг возможностей и именно благодаря позитивным мерам можно создать современное гражданское общество [8, с.80].

Вместе с тем, резонно будет заметить, у идеи позитивных мер существуют не только сторонники, но и противники. По мнению оппонентов сторонников политики позитивных мер, позитивные меры фактически являются орудием ущемления прав большинства в пользу представителей меньшинств, что в последнее время все более явно проявляется в Соединенных Штатах Америки.

Профессор Колумбийского университета Джордж Шер, считает, что позитивные меры нивелируют достижения людей, на которых распространяются позитивные меры, поскольку обществом успехи таких людей, воспринимаются не как результат их собственных усилий. Кроме того, позитивные меры могут негативным образом способствовать появлению иждивенчества у представителей, в отношении которых и применяются позитивные меры [5, с.40].

Отметим, что ряд стран решили отказаться от политики позитивных мер в отношении расовых и национальных меньшинств. Например, Конституционный Суд Словакии постановил, что политика позитивных мер, предоставляющая привилегии для представителей расовых и этнических меньшинств, противоречит Конституции.

В Соединённом Королевстве применение позитивных мер по признаку пола, расы и этнической принадлежности, как

правило, считается незаконным по любой причине в таких областях, как образование, занятость, а также при использовании государственных услуг.

Относительно применения политики позитивных мер американский правовед Роджер Гольдман в свое время сказал, что «критики позитивных мер не могут понять, почему кто-то, кто по случайному стечению обстоятельств имеет черный цвет кожи, но сам никогда не был жертвой дискриминации, должен заслуживать более благосклонного отношения к себе из-за принадлежности к группе людей, дискриминированных в прошлом» [10].

Следует подчеркнуть, что Соединенные Штаты Америки были одной из первых стран, начавших устанавливать политику позитивных мер с целью ликвидации последствий рабства и проводимой после его отмены сегрегационной политики. Отметим, что расовая сегрегационная политика действовала в Соединенных Штатах Америки практически вплоть до событий, именованных в истории Соединенных Штатов Америки, как «Марш на Вашингтон», произошедших в 1963 году. Данная мирная акция за гражданские права сильно повлияла на национальное мнение и привела к принятию Закона о гражданских правах 1964 года, гарантирующего равные избирательные права и запрещающего дискриминацию и сегрегацию. Именно с того момента Соединенные Штаты Америки стали активно проводить политику позитивных мер в отношении расовых меньшинств, которая, как уже говорилось ранее, сегодня стала орудием ущемления прав расового большинства.

Профессор Габриель Вассон полагает, что «политика позитивных действий несправедливо наказывает невиновного человека за предполагаемые дискриминационные преступления его или ее предков, что по праву можно считать «обратной дискриминацией» [7 с.3].

Термин «обратная дискриминация» впервые зародился в одном из решений Верховного Суда Соединенных Штатов Америки в 1974 году. Дефиниция «обратная дискриминация» рассматривалась в рамках дискриминации по расовому признаку и означала «предоставление несколько более благоприятного отношения чернокожим мужчинам над белыми мужчинами или женщинами» [2, с.216].

Позже «обратная дискриминация» стала все чаще подвергаться доктринальному анализу со стороны зарубежных ученых. Так, по мнению профессора европейского права Гарета Дэвиса «дискри-

минация характеризуется как обратная, когда к социальной группе, к которой всегда относятся более благоприятно, стали относиться менее благоприятно, чем к социальной группе, к которой обычно относились менее благоприятно» [1, с.19].

Американский профессор Алан Голдман трактует обратную дискриминацию как «преференциальное отношение к меньшинствам и женщинам в вопросах трудоустройства, приема в учебные заведения и профессиональной подготовки». [4, с.4].

Отметим, что в российской правовой науке словосочетание «обратная дискриминация» не введено, но данная проблематика постепенно начинает подвергаться исследованию. Так, Е. М. Кожокин отметил, что нарушение прав большинства «опасность совершенно новая, подрывающая основы каждодневного существования, не поддающаяся описанию в рамках политкорректного демократического дискурса» [13, с.177].

В целом же в российской правовой действительности тема обратной дискриминации находится за пределами научной дискуссии. Возможно, отсутствие вовлеченности российских исследователей в вопрос обратной дискриминации определено тем, что Россия не сталкивается с подобными социальными проблемами, с какими приходится иметь дело Соединенным Штатам Америки. Убеждены, что это не является поводом для упущения феномена «обратной дискриминации» из научного внимания, поскольку именно такая форма дискриминации напрямую связана с позитивными мерами, задача которых создание равных возможностей реализации личностью своих прав. Здесь же стоит отметить, что Российская Федерация активно ведет политику позитивных мер в отношении женщин, инвалидов, малочисленных коренных народов, поэтому стоит учитывать, что такое неблагоприятное последствие как обратная дискриминация может проявить себя в случае отсутствия разумности в проведении политики позитивных мер.

Резюмируя изложенное, под обратной дискриминацией (дискриминацией большинства) следует понимать неправомерное отношение к членам преобладающих групп, вытекающее из преференциальной политики государства, принятой для устранения прежней дискриминации в пользу представителей меньшинств с точки зрения расы, пола, этнической принадлежности или других личностных признаков.

Д. И. Аксеновский заметил, что, «набирающий обороты процесс дискриминации большинства сегодня проявился и во Франции, где бывший президент-социалист Франсуа Олланд выполнил свое предвыборное обещание легализации «однополых браков». Впервые в европейской стране такая инициатива встретила реальное и мощное сопротивление общества – 24 марта и 26 мая 2013 года демонстрации в поддержку традиционной семьи только в Париже собрали 1,4 и 1,1 млн. человек соответственно. Подобного общественного выступления страна не видела с весны 1968 года» [9, с.88].

Стоит заметить, что в настоящее время европейские страны начали практиковать открыто не объявленную, но от этого не менее очевидную, хотя и достаточно спорную (с точки зрения ее эффективности) политику защиты культуры и национальной идентичности большинства [13, с.179].

Справедливо отметим, что способы защиты от обратной дискриминации, вызывает ряд сложностей. Например, затруднительно доказать сам факт обратной дискриминации, так как лицо должно предоставить доказательства того, что дискриминация действительно основана на личностных признаках, которые являются признаками «большинства» и на основании этого лицо подверглось неблагоприятным воздействиям в той или иной сфере жизни общества.

Однако, есть судебные прецеденты, в которых факт обратной дискриминации был установлен. Одним из таких прецедентов является решение Верховного Суда Соединенных Штатов Америки по делу «Риччи против ДеСтефано». Суть дела заключалась в том, что городская администрация в Нью-Хейвене, штат Коннектикут проводила аттестацию пожарных с целью их дальнейшего продвижения по службе. По результатам аттестации выяснилось, что аттестацию прошли только белые работники, когда как темнокожие работники аттестацию не прошли. Данное обстоятельство вызвало обеспокоенность у должностных лиц администрации и они решили аннулировать результаты аттестации и поспособствовать продвижению по службе афроамериканцев с целью недопущения иска о дискриминации в соответствии с разделом VII Закона о гражданских правах 1964 года со стороны темнокожих работников. К слову, данный раздел признает незаконным нанимать или поощрять работников по признаку расы или цвета кожи. Однако Верховный Суд Соединенных Штатов

Америки указал, что данные действия администрации Нью-Хейвена нарушили положения раздела VII Закона о гражданских правах 1964 года, но не в отношении темнокожих, как это признается в большинстве случаев, а в отношении белых. Как было справедливо отмечено Судом «равенство в соответствии с положением о равной защите и равных возможностях в соответствии с разделом VII не достигается путем дискриминации в отношении одной группы лиц в интересах другой группы по расовому вопросу» [6].

Исходя из изложенного, следует резюмировать, что проблема возникновения обратной дискриминации вследствие ведения политики позитивных мер, кроется в отсутствии критериев, которые позволят идентифицировать позитивные меры исключительного как форму легитимной дифференциации, и при правильном их применении не способных приводить к дискриминации.

Здесь необходимо обратить внимание на тот факт, что для правовых ограничений как формы легитимной дифференциации определены критерии, отграничивающие правовые ограничения от дискриминации.

Так в европейской практике одним из критериев легитимности правовых ограничений является их законность. Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 года прямо указывает, что «допустимы те ограничения, которые предусмотрены законом». Также к критериям, позволяющим определить легитимность правовых ограничений, выступает наличие цели установления ограничений. Традиционно целями установления ограничений являются обеспечение признания, уважения и защиты прав и свобод других лиц, удовлетворение справедливых требований морали, обеспечение государственной и общественной безопасности, охрана общественного порядка, здоровья, нравственности населения, обеспечение общего благосостояния, обеспечение демократических основ в обществе. Немаловажным критерием легитимности правовых ограничений выступает наличие соответствия ограничений принципу пропорциональности (соразмерности).

Справедливо заметим, что посредством своих решений Конституционный Суд Российской Федерации также выделяет критерии, согласно которым можно детерминировать легитимность устанавливаемых правовых ограничений прав и свобод человека и гражданина. В частности к таковым критериям относятся: 1) со-

ответствие принципу пропорциональности (соразмерности и необходимости); 2) соответствие принципам справедливости и разумности; 3) наличие целей установления ограничений, которые должны быть юридически и социально оправданы; 4) правовая определенность (ограничительные нормы должны быть четкими и не допускать расширительного толкования); 5) недопустимость искажения в ходе правового регулирования самого существа конституционного права или свобод; 6) рационализация деятельности органов власти не может служить основанием

Вместе с тем Конституционный Суд Российской Федерации не определил критерии установления позитивных мер, как он это предусмотрел для правовых ограничений.

Резонно также подчеркнем, что и на международном уровне нет системы критериев, которые позволяют отчетливо детерминировать позитивные меры исключительно как способ легитимной дифференциации, направленной на установление равенства возможностей и исключаяющей любую дискриминацию, в том числе дискриминацию большинства.

Считаем, что к такому роду критериев необходимо отнести следующие: необходимость и актуальность (преследование цели устранения фактической дискриминации и обеспечение реального равенства возможностей с учетом возможных социальных изменений, возникающих в процессе реализации позитивных мер (например, появления обратной дискриминации)); справедливость, которая выступает мерилем свободы личности с одной стороны и соразмерности законодательного регулирования с другой; соответствие принципу законности (позитивные меры должны быть закреплены только законом); индивидуальный и дифференцированный подход при установлении позитивных мер в отношении той или иной группы (например, такую позитивную меру как квотирование рабочих мест уместно применять в отношении лиц пенсионного или предпенсионного возраста, а предоставление позитивных мер по поддержке здоровья целесообразно применять для ВИЧ-инфицированных).

В заключении отметим, что позитивные меры ключевым образом изменили ситуацию с достижением равных возможностей всеми членами того или иного общества, где подобные меры были установлены ранее и установлены сейчас. Благоприятный социальный эффект от позитивных мер в первую очередь почувствовали расовые и национальные мень-

шинства, женщины, люди с ограниченными возможностями здоровья.

Вместе с тем как подчеркивалось ранее, применение позитивных мер способно привести к такому феномену как «обратная дискриминация, выраженным в злоупотреблении меньшинствами своим преференциальным положением или намеренным ограничением прав большинства в пользу меньшинства в тех случаях, когда в этом нет объективной необходимости.

Поэтому существует необходимость определения объективных пределов и критериев для применения позитивных

мер, поскольку некоторые ранее «дискриминируемые» группы населения могут перестать быть таковыми с течением времени, а группы, действительно нуждающиеся в позитивных мерах (например, лица, оказавшиеся в трудной жизненной ситуации, одинокие пенсионеры, социальные сироты (дети и подростки, которые имеют биологических родителей, но они по каким-то причинам не занимаются воспитанием ребенка)), могут долгие годы оставаться незамеченными со стороны государства, что в корне не соответствует идеалам равенства и справедливости.

Литература

1. Davies G. Nationality discrimination in the European internal market. – Kluwer Law International, 2003. 225 p.
2. Fetzer P. L. Reverse Discrimination: The Political Use of Language // National Black Law Journal. 1993. № 12(3). P. 212 – 229.
3. Garrison-Wade D. F., Lewis C. W. Affirmative Action: History and Analysis // Journal of College Admission. 2004. Vol. 184. P. 23 – 26.
4. Goldman A. H. Justice and reverse discrimination. Princeton University Press, 2015. 264 p.
5. Sher G. Preferential Hiring // Just Business: New Introductory Essays In Business Ethics / edited by Regan T. Philadelphia: Temple University Press, 1983. 363 p.
6. Supreme Court of the United States Ricci et al. v. DeStefano et al. №. 07–1428. Argued April 22, 2009. Decided June 29, 2009. [Электронный ресурс] /URL: <http://www.supremecourt.gov>) (дата обращения: 10.06.2021).
7. Wasson G. P. Affirmative Action: Equality or Reverse Discrimination? Liberty University, 2004. 40 p.
8. Wellons T. Affirmative Action Is Still an Effective and Necessary Tool // Contexts. 2019. Vol. 18. №. 1. P. 80.
9. Аксеновский Д. И. Дискриминация большинства как новый риск развития общества // Вестник Российского государственного гуманитарного университета. 2014. № 1. С.86 – 93.
10. Гольдман Р. Верховный Суд США. Права и свободы граждан. Бега, 1996. 254 с.
11. Ильинская О. И. Международно-правовые аспекты защиты инвалидов // Журнал российского права. 2013. № 10. С. 97 – 106.
12. Карташкин В. А. Ограничение прав неграждан и запрещение дискриминации // Современное право. 2011. № 1. С.18 – 22.
13. Кожокин Е. М. О защите прав большинства // Полис. Политические исследования. 2017. № 1. С. 177 – 182.
14. Предупреждение дискриминации. Концепция и практика позитивных мер. Окончательный доклад, представленный Специальным докладчиком г-ном Марком Боссайтом в соответствии с резолюцией 1998/5 Подкомиссии по поощрению и защите прав человека от 17 июня 2002 года № E/CN.4/Sub.2/2002/21 [Электронный ресурс] / Организация Объединенных Наций. Генеральная Ассамблея. URL: <https://undocs.org/pdf?symbol=ru/E/CN.4/Sub.2/2002/21> (дата обращения 10.06.2021).

References

1. Davies G. Nationality discrimination in the European internal market. – Kluwer Law International, 2003. 225 p.
2. Fetzer P. L. Reverse Discrimination: The Political Use of Language // National Black Law Journal. 1993. № 12(3). P. 212 – 229.
3. Garrison-Wade D. F., Lewis C. W. Affirmative Action: History and Analysis // Journal of College Admission. 2004. Vol. 184. P. 23 – 26.
4. Goldman A. H. Justice and reverse discrimination. Princeton University Press, 2015. 264 p.
5. Sher G. Preferential Hiring // Just Business: New Introductory Essays In Business Ethics / edited by Regan T. Philadelphia: Temple University Press, 1983. 363 p.
6. Supreme Court of the United States Ricci et al. v. DeStefano et al. №. 07–1428. Argued April 22, 2009. Decided June 29, 2009. [Электронный ресурс] /URL: <http://www.supremecourt.gov>) (дата обращения: 10.06.2021).
7. Wasson G. P. Affirmative Action: Equality or Reverse Discrimination?. Liberty University, 2004. 40 p.

8. Wellons T. Affirmative Action Is Still an Effective and Necessary Tool // Contexts. 2019. Vol. 18. № 1. P. 80.
9. Aksenovskij D. I. Diskriminacija bol'shinstva kak novyj risk razvitiya obshhestva // Vestnik Rossijskogo gosudarstvennogo gumanitarnogo universiteta. 2014. № 1. S. 86 – 93.
10. Gol'dman R. Verhovnyj Sud SShA. Prava i svobody grazhdan. Bega, 1996. 254 s.
11. Il'inskaja O. I. Mezhdunarodno-pravovye aspekty zashhity invalidov // Zhurnal rossijskogo prava. 2013. № 10. S. 97 – 106.
12. Kartashkin V. A. Ogranichenie prav negrazhdan i zapreshhenie diskriminacii // Sovremennoe pravo. 2011. № 1. S. 18 – 22.
13. Kozhokin E. M. O zashhite prav bol'shinstva // Polis. Politicheskie issledovanija. 2017. № 1. S. 177 – 182.
14. Preduprezhdenie diskriminacii. Konceptija i praktika pozitivnyh mer. Okonchatel'nyj doklad, predstavennyj Special'nym dokladchikom g-nom Markom Bossajtom v sootvetstvii s rezoluciej 1998/5 Podkomissii po pooshhreniju i zashhite prav cheloveka ot 17 ijunya 2002 goda № E/CN.4/Sub.2/2002/21 [Jelektronnyj resurs] / Organizacija Ob#edinennyh Nacij. General'naja Assambleja. URL: <https://undocs.org/pdf?symbol=ru/E/CN.4/Sub.2/2002/21> (data obrashhenija 10.06.2021).

ОКУЛИЧ Анастасия Ивановна, директор ООО «ИзЛиТ», издательство научного журнала «Известия высших учебных заведений. Уральский регион». 454003, г. Челябинск, ул. Братьев Кашириных 136. E-mail: nancyok08@gmail.com

OKULICH Anastasia Ivanovna, director of IzLiT LLC, publishing house of the scientific journal Izvestiya vysshei educational institutions. Ural region “. 454003, Chelyabinsk, st. Kashirin Brothers 136. E-mail: nancyok08@gmail.com