

Аль Шару Джехад Маджет Мохаммад

КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ ПОНЯТИЯ РАСОВОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

Конкретизировано содержание понятия расовой дискриминации. Приведены различные подходы к пониманию дискриминации, дано понятие дискриминации в соответствии с международно-правовыми актами. Выявлен характер императивной нормы jus cogens в международно-правовом запрете расовой дискриминации.

Ключевые слова: дискриминация, расизм, расовая дискриминация, международное право, антидискриминационное право.

Аль Шару Джехад Маджед Мохаммад. Концептуальні основи поняття расової дискримінації в міжнародному праві

Конкретизований зміст поняття расової дискримінації. Наведено різні підходи до розуміння дискримінації, дане поняття дискримінації відповідно до міжнародно-правових актів. Виявлено характер імперативної норми jus cogens у міжнародно-правовій забороні расової дискримінації

Ключові слова: дискримінація, расизм, расова дискримінація, міжнародне право, антидискримінаційне право.

Jehad Majed Mohammad Al Sharu. Conceptual bases of racial discrimination concept in international law

The article deals with the concept of racial discrimination. Various approaches to understanding of discrimination are given, the concept of discrimination according to international legal acts is given. Character of a peremptory norm of jus cogens in an international legal ban of racial discrimination is revealed.

Key words: discrimination, racism, racial discrimination, international law, antidiscrimination law.

Проблема борьбы с расовой дискриминацией приобрела чрезвычайную остроту и значимость. В Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 64/157, которая была принята 18 декабря 2009 г., – «Содействие установлению демократического и справедливого международного порядка» – содержится призыв к «установлению международного порядка, основанного на общем участии, справедливости, равенстве и равноправии, уважении человеческого

© Аль Шару Джехад Маджет Мохаммад – аспирант отдела международного права и сравнительного правоведения Института государства и права им. В.М. Корецкого НАН Украины

достоинства» и к «отказу от всех доктрин социального отчуждения, основанных на расизме, расовой дискриминации, ксенофобии и связанной с ними нетерпимости»¹.

В Резолюции 66/144, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 19 декабря 2011 г., подчеркивается, что Генеральная Ассамблея «признает и утверждает, что глобальная борьба против расизма, расовой дискриминации, ксенофобии и связанной с ними нетерпимости и всех их одиозных и меняющихся форм и проявлений является первоочередной задачей всего международного сообщества»². Таким образом, на уровне Генеральной Ассамблеи ООН был подчеркнут императивный характер запрета расовой дискриминации.

Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации в статье 6 провозглашает: «Государства обеспечивают каждому человеку, на который распространяется их юрисдикция, эффективную защиту и средства защиты через компетентные национальные суды и другие государственные институты в случае любых актов расовой дискриминации...»³. Обязанность государства защищать лица, которые находятся под ее юрисдикцией, от проявлений расовой дискриминации является фундаментальным принципом международного антидискриминационного права.

Антидискриминационному праву уделяется большое внимание в науке международного права. Среди западных ученых, посвятивших этой проблематике свои труды, могут быть названы М. Бантон, М. Белл, М. Боссайт, Дж. Голдстон, Р. Гольдман, М. Конноли, С. Фредман, С. Макгрудден, М. Макивен, М. Мин, Дж. Ньессен, Р. Тоуншенд-Смит, Р. Хански, И. Чопин, М. Шейнин. Важные аспекты противодействия дискриминации в контексте защиты прав человека уделяют внимание известные украинские правоведы В. Мицик, П. Рабинович, С. Шевчук и другие исследователи. Правовые меры борьбы с дискриминацией рассматриваются в трудах российских ученых, в частности, Н. Н. Бабаяна, М. Н. Варламовой, С. М. Кочои, Н. П. Кравчука, Н. В. Козюк, Г. Н. Комковой, А. Г. Осипова, М. Т. Тимофеева.

Современное международное право признает международно-правовой запрет расовой дискриминации нормой *jus cogens*. Нормы *jus cogens* – это не отдельный источник международного права, а особый статус определенных его норм. Ни одна норма ни международного, ни национального права не может иерархично стоять выше, чем нормы *jus cogens*.

Становление этого правового института, который эволюционировал в течение продолжительного периода, можно назвать одним из сложных теоретико-правовых процессов. До сих пор много дискуссий возникает вокруг их исключительной принадлежности к той или иной родовой группы норм международного права, а также характеру *jus cogens* в отдельных источниках международного права (общих принципах права и в Уставе ООН в целом). Однозначного мнения относительно данного вопроса не существует, но, вместе с тем, непринадлежность к той или иной родовой группе норм международного права, а именно неуклонимость соблюдения и невозможность возражения государством нормы *jus cogens* является ее основной характеристикой и признаком⁴.

Несмотря на то, что дискуссии относительно норм *jus cogens* трудно признать завершенной, доктрина иерархии международно-правовых норм приобретает все большее число приверженцев. Неприемлемость любых форм расовой дискриминации нашла признание как императивная норма международного права только в последние десятилетия. Российский исследователь О.В. Вашанова, распространяя статус нормы *jus cogens* на принцип недискриминации в целом, отмечает, что «с момента провозглашения принципа недискриминации в Уставе ООН ... он укрепился в международной правовой системе и стал нормой *jus cogens*»⁵.

Концепцию норм *jus cogens* поддерживают многие авторитетные ученые. Профессор И.И. Лукашук отмечает, что «одна из характерных особенностей современного международного права и его механизма заключается в наличии комплекса норм, которые наделены особой силой и носят название императивных нормам общего международного права или «*jus cogens*»⁶. Я. Броунли считает, что *jus cogens* – это нормы права, которые не могут быть отменены договором или путем согласия, а могут быть отменены только после образования новых норм права иного содержания⁷. М.Н. Шоу, анализируя критерии, по которым определенные нормы международного права признаются международным сообществом императивными, высказывает мнение, что «концепция *jus cogens* базируется на признании фундаментальных, главнейших общечеловеческих принципов»⁸. Т. Хиллер в своем учебнике «Основы международного права» нормы *jus cogens* определяет как правила или принципы публично-порядка, от соблюдения которых невозможно уклониться⁹.

Международный Суд ООН, цитируя выводы Комиссии международного права и другие источники, в своих решениях ссылались на нормы и правила *jus cogens*.

Необходимо подчеркнуть, что ни одна из признанных на сегодня императивных норм не существует исключительно в неписаной форме – они имеют конвенционное подкрепление, которое, тем не менее, не является абсолютно необходимым для констатирования обретения нормой статуса *jus cogens*. Императивные нормы, как и другие нормы международного права, создаются по согласию самих субъектов, но в силу их исключительной важности и высочайшего юридического статуса в системе норм международного права, необходимо их общемировое признание международным сообществом. Международное признание объективно включает в себя соответствующую практику государств, существование *opinio juris* и международные соглашения в этой сфере, которые ратифицированы большинством государств в мире, однако, этим не ограничивается.

Императивные нормы составляют фундамент нормативной системы современного международного права, определяют границы действия или недействия его норм. Характерной особенностью современного международного правопорядка является увеличение роли императивных норм в механизме международно-правового регулирования.

Вопрос о перечне существующих императивных норм в современном международном праве не имеет однозначного ответа. Для доказательства существования нормы *jus cogens* целесообразно обращаться к работам авторитетных ученых, решениям международных судебных учреждений, прежде всего, Международного Суда ООН, а также к решениям национальных судов как проявления практики государств и *opinio juris*. Среди основных норм «претендентов» на статус *jus cogens* – запрет расовой дискриминации и геноцида как наиболее тяжелой формы ее проявления, которое признается известными учеными¹⁰, международными и национальными судами.

Запрет расовой дискриминации приобрел императивный статус именно через признание международным сообществом дискриминации явлением, которое противоречит основным основам человечности. Обязательство придерживаться этой нормы, соответственно, приобрело универсальный характер *erga omnes* («обязательство по отношению ко всем»). Выполняя свои обязательства, государства имплементировали международно-правовые антидискриминационные нормы в свое национальное право. Таким образом, была создана система международных и национальных юридических норм, которые запрещают расовую дискриминацию.

Х. Чарльзворс, проанализировав международно-правовой механизм борьбы и предупреждения дискриминации из различных источников, пришел к заключению о существовании определенной иерархии форм дискриминации в зависимости от степени международно-правовых усилий борьбы с ними. По его мнению, расовая дискриминация является наиболее серьезной формой дискриминации, которая доказывает тот факт, что ее запрет имеет высочайший статус нормы международного права – *jus cogens* (императивная норма), а обязательство эту норму выполнять получило характер *erga omnes*¹¹. Обязательство *erga omnes* означает обязательство общего характера, которое государство имеет не относительно другого конкретного государства или группы государств, а относительно всего международного сообщества. В юридическом понимании обретение международным обязательством характера *erga omnes* означает существование даже у государства, которое не является участником соответствующего международного соглашения, права *locus standi*.

Доказательством того, что запрет расовой дискриминации принял характер нормы *jus cogens*, являются важнейшие международно-правовые документы, заключенные после Второй мировой войны. Среди этих документов особое место занимает Всеобщая декларация прав человека, которая была принята Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г.¹² и закрепляет принцип равенства и недискриминации. Особенно влиятельную роль в подтверждении императивного статуса запрета расовой дискриминации сыграла Международная конвенция ООН о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 г.¹³ Важным шагом в закреплении императивного характера международно-правового запрета расовой дискриминации стало принятие Международного пакта ООН о гражданских и политических правах 1966 г. и Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.¹⁴, которые вместе с Всеобщей декларацией 1948 г. представляют «Международную билль о правах человека». Наиболее тяжелым проявлением расовой дискриминации – преступлением по общему международному праву – является геноцид. Особое значение в формировании международно-правового запрета расовой дискриминации принадлежит Конвенции о предотвращении преступления геноцида и наказании за него¹⁵, которая подтвердила существования международно-правового запрета на акты геноцида. Общеизвестно, что в Конвенции сформулирована императивная норма *jus cogens*¹⁶.

Юридической концепции расовой дискриминации уделяется пристальное внимание, тем не менее, в международно-правовых источниках отсутствует единое согласованное определение этого понятия¹⁷. Термин «дискриминация» происходит от латинского слова *discriminatio* (различение) и означает ограничение или лишение прав определенных категорий граждан по разным признакам: расовой или национальной принадлежности, пола, социального происхождения, политических взглядов и т.п.

А.Г. Осипов определяет дискриминацию в числе прочего как термин, маркирующий определенные способы проблематизации социальных неравенств. Область применения понятия обширна, мозаична и неоднородна по многим параметрам, и о ее связанности можно говорить из-за того, что в разных академических и практических контекстах независимо и регулярно воспроизводятся одни и те же мыслительные схемы. В общем плане термин «дискриминация» означает неправомерное или несправедливое проведение различий. Дискриминация не тождественна ни дифференциации вообще, ни нелегитимным социальным неравенствам в целом¹⁸.

В антидискриминационном законодательстве США, а позднее и других западных стран, дискриминация изначально понималась и продолжает пониматься как конкретные деяния, заключающиеся в неправомерном проведении различий по расовому или этническому признакам. Противодействие таковым посредством установления мер пресечения, привлечения к ответственности и возмещения причиненного вреда, как обнаружилось, устраняет далеко не все проблемы. В юридической практике и в публичной дискуссии границы понятия стали постепенно раздвигаться. Возникло и вошло в правовую практику понятие «косвенной» дискриминации, обозначающее нейтральные и не проводящие различий по этническому признаку требования или правила, которые оказывают непропорционально негативное воздействие на разные этнические группы¹⁹. Оказалось, что дискриминацию невозможно объяснить предубеждениями отдельно взятых лиц, и что она носит институциональный характер, то есть является продуктом устойчивых общественных отношений²⁰. При таком подходе постепенно снимается вопрос о субъективной стороне дискриминации, и полностью исчезает грань между правомерными и неправомерными вариантами. Наличие или отсутствие дискриминации оценивается по результату – непропорциональному воздействию на разные расовые или этнические группы. В связи с этим в научной литературе дискриминация постепен-

но трансформировалась в этническое измерение социального неравенства и как отношения «доминирования» и «эксплуатации» между расовыми или этническими группами как таковыми²¹.

Одно из первых легальных определений дискриминации на международном уровне содержится в Конвенции относительно дискриминации в области труда и занятий 1958 г.²², в которой отмечается, что дискриминация представляет собой нарушение прав, провозглашенных во Всеобщей декларации прав человека. Более широкое определение понятие «дискриминация» получила в Конвенции «О борьбе с дискриминацией в области образования» 1960 г.²³, где в ст. 1 указывается, что 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. Из данного определения вытекает, что расовая дискриминация является разновидностью дискриминации вообще.

Под расовой дискриминацией следует понимать проведение различий по расовому признаку, носящее произвольный и необоснованный характер и причиняющее любой вред одной из сторон (физических лиц или коллективных образований), между которыми проводится различие²⁴.

Расовая дискриминация определяется в Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 г. как любое различие, исключение, ограничение или предпочтение, основанное на признаках расы, цвета кожи, родового, национального или этнического происхождения, имеющие целью или следствием уничтожение или умаление признания, использования или осуществления на равных началах прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной или любых других областях общественной жизни²⁵.

Эволюция правовой мысли и гуманизация международно-правового сознания привели к тому, что запрет расовой дискриминации во всех ее формах и проявлениях стал глобальным этическим и правовым императивом.

1. UN. Doc. A/RES/64/157 (2009). 2. UN. Doc. A/RES/66/144 (2011). 3. *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (1965). – United Nations, Treaty Series. – P. 195. – Art. 5. 4. *Janis M.W.* Intro-

duction to International Law / Janis M.W. – 4th ed. – 2003. – P. 62–63. **5.** *Вашанова О.В.* Принцип недискриминации личности в международном праве : дисс....канд. юрид. наук / О.В. Вашанова. – М., 2004. – С. 227. **6.** *Лукашук И.И.* Механизм международно-правового регулирования / Лукашук И.И. – К. : Вища школа, 1980. – С. 47. **7.** *Броунли Я.* Международное право / Броунли Я. / пер. с англ. под ред. Г.И. Тункина. – М., 1977. – С. 188–189. **8.** *Shaw M. N.* International Law / Shaw M. N. – 5th edition. – Cambridge University Press, 2003. **9.** *Hillier T.* Principles of Public International Law / Hillier T. – London – Sydney, 1999. – P. 38–39. **10.** *Brownlie I.* Principles of Public International Law (5th Edition) / Brownlie I. – Oxford : Oxford University Press, 2002; *Hillier T.* Цит. праця. – P. 38–39; *Malcolm N.* Shaw QC. International Law (5th Edition) / Malcolm N. – Cambridge : Cambridge University Press, 2003. **11.** *Charlesworth H.* Concept of Equality in International Law / G. Huscroft & P. Rishworth (ed). Litigating Rights. – 2002. **12.** *Universal Declaration of Human Rights.* – U.N. Doc A/810 at 71 (1948). **13.** *Комитет по ликвидации расовой дискриминации.* Общая рекомендация № 32 (2009) Док. ООН A/64/18. П.9. **14.** *International Covenant on Civil and Political Rights* (1966). – United Nations, Treaty Series, Vol. 999, P. 171 and Vol. 1057, P. 407. – Art. 2, 4, 20–27; *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1966). – United Nations, Treaty Series, Vol. 993. – P. 3. – Art. 2–10. **15.** *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1948). – United Nations, Treaty Series, No. 1021, Vol. 78 (1951). – P. 277. **16.** *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 2007; Prosecutor v. Krstic.* ICTY Judgement of 2 August 2001, Case No. IT-98-33-T (Trial Chamber I). **17.** Bayefsky A. F. The principle of equality or non-discrimination in international law / A.F. Bayefsky // Human rights law journal. – 1990. – Vol. 11, № 1–2. – P. 2. **18.** *Осипов А.Г.* «Воронка» дискриминации и Россия / А.Г. Осипов // Вестник Российского Гуманитарного Научного Фонда. – 2011. – № 1. – С. 87. **19.** *Lustgarten L.* Racial inequality and the limits of law / Lustgarten L. // Jenkins R., Solomos J. (Eds) Racism and Equal Opportunity Policies in the 1980 s. – Cambridge: Cambridge University Press. – 1987. – С. 17–18. **20.** *Pincus F.* From individual to structural discrimination // Pincus F., Ehrlich, H. (Eds) Race and Ethnic Conflict. Contending Views on Prejudice, Discrimination and Ethnovenience. – Westview Press, 1994. – P. 82–87. **21.** *Feagin J.* Discrimination American Style. Institutional Racism and Sexism / J. Feagin, C. Feagin – Malabar, Fla : Robert Krieger Publishing Co, 1986. – P. 23. **22.** *Конвенция Международной Организации Труда о дискриминации в области труда и занятий от 4 июня 1958 г. № 111 // «Библиотечка Российской газеты».* – 1999. – № 22–23. **23.** *Конвенция о борьбе с дискриминацией в области образования от 14.12.1960 г. // Сборник действующих договоров СССР. – 1969. – № XXVI. – С. 109–118.* **24.** *Осипов А.Г.* Концептуальные подходы к этнической политике и перспективы противодействия дискриминации/ А.Г. Осипов // Вестник публичного права. – 2003. – № 3. – С. 6–12. **25.** *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (1965). – United Nations, Treaty Series. Vol. 660. P. 195. – Art. 5.

Al Sharu Jehad Madjed Mohammad. Conceptual bases of racial discrimination concept in international law

Article is devoted to research of conceptual bases of concept of racial discrimination of international law. It is noted that the obligation of the state to protect persons who are under its jurisdiction, from manifestations of racial discrimination is the fundamental principle of the international anti-discrimination law.

Various approaches to understanding of discrimination are given, her concept according to international legal acts is given. It is noted that the close attention is paid to the legal concept of racial discrimination, nevertheless, in international legal sources there is no the uniform coordinated definition of this concept. Existence or lack of discrimination is estimated by result – disproportionate impact on different racial or ethnic groups. In this regard in scientific literature discrimination was gradually transformed to ethnic measurement of a social inequality and as the relations of “domination” and “operation” between racial or ethnic groups.

It is noted that the close attention is paid to the legal concept of racial discrimination, nevertheless, in international legal sources there is no the uniform coordinated definition of this concept. In article the content of concept of racial discrimination is concretized. It is necessary to understand the carrying out distinctions on a racial sign having any and unreasonable character and doing any harm of one of the parties (natural persons or collective educations) between which distinction is carried out as racial discrimination.

It is noted that the modern international law recognizes an international legal ban of racial discrimination as norm of *jus cogens*. Norms *jus cogens* is not a separate source of international law, but the special status of its certain norms. Any norm of neither the international, nor national right can't stand hierarchically above, than norms of *jus cogens*. Character of a peremptory norm of *jus cogens* in an international legal ban of racial discrimination is revealed. Formation of this legal institute which evolved during the long period, it is possible to call one of difficult theoretical processes. Still many discussions arise round their exclusive accessory to this or that patrimonial group of norms of international law, and also to character of *jus cogens* in separate sources of international law. In spite of the fact that it is difficult to recognize discussion concerning norms of *jus cogens* complete, the doctrine of hierarchy of international legal norms gets the increasing number of adherents. Unacceptability of any forms of racial discrimination found recognition as a peremptory norm of international law only in the last decades. The ban of racial discrimination got the imperative status through recognition of discrimination by the international community the phenomenon which contradicts mankind bases. The proof of that the ban of racial discrimination accepted nature of norm of *jus cogens*, the major international legal documents are. Evolution of legal thought and a humanization of international legal consciousness led to that the ban of racial discrimination in all its forms and manifestations became a global ethical and legal imperative.

Key words: discrimination, racism, racial discrimination, international law, antidiscrimination law.