



**ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2005/7
14 July 2005

RUSSIAN
Original: FRENCH

КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
Подкомиссия по поощрению и защите прав человека
Пятьдесят седьмая сессия
Пункт 3 предварительной повестки дня

ОТПРАВЛЕНИЕ ПРАВОСУДИЯ, ГОСПОДСТВО ПРАВА И ДЕМОКРАТИЯ

Дискриминация в системе уголовного правосудия

**Промежуточный доклад, подготовленный Специальным докладчиком
Лейлой Зерруги* ****

* В соответствии с пунктом 8 резолюции 53/208 В Генеральной Ассамблеи настоящий документ представлен с опозданием вследствие необходимости включения в него максимально обновленной информации.

** Сноски воспроизводятся в том виде, в котором они были получены, только на языке оригинала.

Резюме

Настоящий промежуточный доклад представлен во исполнение резолюции 2002/3 Подкомиссии по поощрению и защите прав человека. Он посвящен анализу проявлений дискриминации *de jure* и дискриминации, которая имеет место в органах системы уголовного правосудия в целом. Внимание, которое уделяется в материальном уголовном праве и процессуальном праве обеспечению основных прав, провозглашенных в наднациональных источниках, использовано в качестве критерия для выявления прямой и косвенной дискриминации, которая серьезно влияет на осуществление основных прав наиболее уязвимых групп.

С учетом правил, ограничивающих объем документов, и изменений, внесенных во исполнение резолюции 2004/24 Подкомиссии, Специальный докладчик сразу же сообщает, что ряд вопросов, которые должны были быть рассмотрены на данной стадии исследования, не были изучены или не были еще исчерпывающим образом проанализированы в целях исследования, запрошенного Подкомиссией. Речь, в частности, идет об актах дискриминационного обращения в рамках функционирования пенитенциарной системы и о дискриминации, рассматриваемой с точки зрения гендерного аспекта. Эти вопросы будут изложены в окончательном докладе.

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Введение	1 - 9	4
I. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ	10 - 13	6
II. ДОСТУП К ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЕ И ПРАВОСУДИЮ В КОНТЕКСТЕ ФОРМАЛЬНОГО РАВЕНСТВА, ПРОЯВЛЕНИЙ СТРУКТУРНОГО НЕРАВЕНСТВА, РАЗЛИЧИЙ И ДИСКРИМИНАЦИИ	14 - 28	7
III. ДИСКРИМИНАЦИЯ DE JURE И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНАЯ ДИСКРИМИНАЦИЯ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ.....	29 - 56	12
A. Влияние особенностей правовой системы	31 - 41	13
B. Статус жертвы в уголовном судопроизводстве	42 - 50	15
C. Структурный аспект дискриминационной практики полиции и других участников уголовного судопроизводства	51 - 58	18
IV. ВЫВОДЫ	59 - 60	21

Введение

1. В 2000 году на пятьдесят второй сессии Комиссии по поощрению и защите прав человека и в рамках подготовки ко Всемирной конференции по борьбе против расизма, расовой дискриминации, ксенофобии и связанной с ними нетерпимости внимание членов Комиссии было обращено на масштабы проявлений дискриминации при отправлении правосудия. Для анализа этого тревожного явления Сессионная рабочая группа по отправлению правосудия поручила г-же Лейле Зерруги подготовить рабочий документ, в котором рассматривался бы один аспект дискриминации при отправлении правосудия - дискриминация в системе уголовного правосудия.

2. На пятьдесят третьей сессии Подкомиссии г-жа Зерруги представила Сессионной рабочей группе рабочий документ (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1), в котором она подтвердила масштабы проявления дискриминации при отправлении правосудия. В этом документе подчеркивается важное значение положений о запрещении дискриминации, о равенстве перед законом и равной защите закона в наиболее актуальных международных нормах, идентифицируются потенциальные жертвы дискриминации, проводится обзор ее различных проявлений и предлагаются концептуальные рамки планируемого исследования по вопросу о дискриминации в системе уголовного правосудия.

3. В своем решении 2001/104 от 10 августа 2001 года Подкомиссия, с удовлетворением принимая к сведению рабочий документ, подготовленный г-жой Зерруги, просила ее продолжить исследование с учетом комментариев членов Подкомиссии и представить окончательный рабочий документ на пятьдесят четвертой сессии Подкомиссии.

4. На пятьдесят четвертой сессии Подкомиссии г-жа Зерруги представила окончательный рабочий документ (E/CN.4/Sub.2/2002/5), который содержит четыре основные части: 1) обзор предыдущей деятельности Подкомиссии в рассматриваемой области, 2) влияние международного контекста, 3) углубленное рассмотрение некоторых элементов концептуальных рамок предлагаемого исследования и 4) выводы и рекомендации. Поскольку окончательный рабочий документ был представлен в международном контексте, для которого знаковыми событиями стали Всемирная конференция по борьбе против расизма, расовой дискриминации, ксенофобии и связанной с ними нетерпимости (Дурбанская конференция) и террористические акты, совершенные 11 сентября 2001 года против Всемирного торгового центра, были особо выделены последствия этих двух событий для проблематики дискриминации в системе уголовного правосудия.

5. В своей резолюции 2002/3 от 12 августа 2002 года, озаглавленной "Дискриминация в системе уголовного правосудия", Подкомиссия с удовлетворением приняла к сведению упомянутые выше два рабочих документа и рекомендовала Комиссии по правам человека уполномочить ее назначить г-жу Лейлу Зерруги Специальным докладчиком, поручив ей подготовить подробное исследование по вопросу о дискриминации в системе уголовного правосудия, с тем чтобы определить наиболее эффективные средства для обеспечения равенства обращения в системе уголовного правосудия со всеми лицами без какой бы то ни было дискриминации, в частности, с лицами, относящимися к уязвимым группам, и просила Специального докладчика представить Подкомиссии предварительный доклад на ее пятьдесят пятой сессии, промежуточный доклад на ее пятьдесят шестой сессии и окончательный доклад на ее пятьдесят седьмой сессии.

6. На своей пятьдесят девятой сессии Комиссия по правам человека своим решением 2003/108 от 23 апреля 2003 года одобрила назначение г-жи Зерруги Специальным докладчиком и просила Генерального секретаря оказать Специальному докладчику всю необходимую помощь для того, чтобы дать ей возможность выполнить свой мандат, включая предоставление помощи консультанта, обладающего специальными знаниями в этой области.

7. Вследствие краткости интервала между одобрением ее назначения Комиссией и крайним сроком, установленным для представления документов Подкомиссии, Специальный докладчик не смогла представить на пятьдесят пятой сессии Подкомиссии предварительный доклад; тем не менее, она представила рабочий документ (E/CN.4/Sub.2/2003/3), в котором она уточняет тематику исследования и его концептуальные рамки и предлагает Подкомиссии предварительный план работы.

8. Предложенный план работы охватывал следующие вопросы: а) уязвимые лица, формальное равенство перед законом и судами - различия в обращении и структурное неравенство; б) проявления дискриминации *de jure* и институциональной дискриминации в уголовном процессе и функционировании пенитенциарной системы; в) дискриминация в системе уголовного правосудия с гендерной точки зрения; г) надлежащая практика, принятая на международном, региональном и национальном уровнях в целях минимизации неравноправия и ликвидации дискриминации в системе уголовного правосудия; д) выводы и рекомендации, включая руководящие принципы, направленные на обеспечение уязвимым лицам права на недискриминацию и уважение основных прав в системе уголовного правосудия.

9. В 2004 году г-жа Зерруги покинула Подкомиссию. Поэтому она решила не представлять доклад на пятьдесят шестой сессии, чтобы Подкомиссия имела возможность

поручить это исследование одному из своих членов. В своей резолюции 2004/24 от 12 августа 2004 года, озаглавленной "Дискриминация в системе уголовного правосудия", Подкомиссия назвала рабочий документ E/CN.4/Sub.2/2003/3 предварительным докладом и просила Специального докладчика представить ей промежуточный доклад на пятьдесят седьмой сессии. Приняв к сведению эту резолюцию, Специальный докладчик скорректирует свою работу, чтобы завершить исследование в двух докладах. Настоящий доклад представляется во исполнение упомянутой резолюции и резолюции 2002/3 от 12 августа 2002 года. При работе с этим документом следует учитывать также рабочие документы E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1, E/CN.4/Sub.2/2002/5 и E/CN.4/Sub.2/2003/3.

I. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

10. В подготовительных материалах Специальный докладчик подчеркивала, что различные формы дискриминации сохраняются в системе уголовного правосудия потому, что дискриминация является не только поведенческим или фактическим, но и институциональным и структурным феноменом. Было решено, что в рамках исследования будут рассмотрены институциональные рамки, а также материальные и процессуальные нормы, которые регламентируют на национальном уровне деятельность органов, проводящих дознание, осуществляющих преследование, выносящих приговоры и следящих за исполнением наказаний, для выявления проявлений дискриминации *de jure* и косвенной дискриминации, имеющих место на каждой стадии уголовного судопроизводства, начиная с полицейского расследования и заканчивая вынесением приговора и исполнением наказаний.

11. Исследование не направлено на изучение систем уголовного правосудия различных стран и на определение того, каким образом в каждой системе генерируются или усиливаются какие бы то ни было формы дискриминации. Цель исследования заключается в том, чтобы выявить дискриминационные механизмы, которые серьезно влияют на осуществление основных прав наиболее уязвимыми группами лиц. Такой подход стал возможным благодаря тому вниманию, которое уделяется в материальном уголовном праве и в процессуальном праве обеспечению основополагающих прав, провозглашенных в наднациональных источниках и которое также обязывает соблюдать определенный ряд правил при организации и функционировании системы правосудия.

12. Таким образом, независимо от юридической разновидности права, применяемого в национальной системе уголовного правосудия (романо-германское право, общее право, исламское право, социалистическое или иное материальное право, сложившееся под влиянием традиций¹) и независимо от процессуальной системы (обвинительной, следственно-обвинительной или смешанной) авторитетность источников международного

права обязывает государства обеспечивать всем лицам, находящимся под их юрисдикцией, по крайней мере, минимум основных прав². Речь, в частности, идет о следующих правах: о праве на справедливое разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом, учрежденным на основании закона, а также о праве на получение правовой помощи; о презумпции невиновности; о принципе, в соответствии с которым правонарушения и наказания должны быть установлены законодательством, и об отсутствии обратной силы у закона, отягчающего уголовную ответственность; о принципе *non bis in idem*; о запрещении пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения, о недопустимости получения признаний с помощью пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения; о праве на свободу и безопасность, о запрещении применения наказания в виде тюремного заключения за невыполнение гражданско-правового обязательства и о необходимых судебных гарантиях защиты этих прав³.

13. Именно через нарушения этих минимальных основных прав, большинство которых не допускает отступлений⁴, можно выявить нарушения права на защиту от дискриминации, квалифицируемой как "любое различие, исключение, ограничение или предпочтение, имеющее целью или следствием уничтожение или умаление признания, использования или осуществления на равных началах прав человека и основных свобод"⁵.

II. ДОСТУП К ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЕ И ПРАВОСУДИЮ В КОНТЕКСТЕ ФОРМАЛЬНОГО РАВЕНСТВА, ПРОЯВЛЕНИЙ СТРУКТУРНОГО НЕРАВЕНСТВА, РАЗЛИЧИЙ И ДИСКРИМИНАЦИИ

14. В настоящее время право на защиту от дискриминации глубоко укоренилось в международном праве; оно даже рассматривается, по крайней мере, в некоторых его аспектах, как неотъемлемая часть обычного международного права⁶, и сложилось так, что определенные элементы или аспекты права на защиту от дискриминации не допускают отступлений, какими бы ни были обстоятельства⁷.

15. Запрещение дискриминации вытекает из общего принципа равенства⁸ - равенства перед законом и равенства перед судами, а также равной защиты закона. В наиболее важных договорах о правах человека содержатся общие положения о равенстве и категорически запрещается дискриминация. Запрещение дискриминации обязывает государства уважать общий принцип равенства и обеспечивать всестороннее осуществление права на защиту от дискриминации всем лицам, находящимся под их юрисдикцией. Эти обязательства носят одновременно негативный и позитивный характер⁹. Государства обязаны сами не нарушать право на защиту от дискриминации и в случае необходимости принимать позитивные меры для обеспечения защиты не только от

нарушений, которые могут быть совершены их представителями, но и от действий со стороны частных лиц¹⁰.

16. Для возложения на государства ответственности за нарушение права на защиту от дискриминации органы по наблюдению за осуществлением международных договоров о правах человека разработали на международном и региональном уровнях специальные критерии и используют оригинальные методы, которые позволяют выявлять, помимо явных форм дискриминации, запрещенные проявления неравенства, установленные законом различия в обращении и позитивные меры, необходимые для обеспечения эффективного равенства всех в тех областях, где официально признается равноправие¹¹. Эти критерии выходят за рамки понятия абстрактного равенства и формальных прав, уделяя основное внимание реальному равенству, которое учитывает положение отдельных лиц со всеми свойственными им особенностями¹².

17. Пользование правами и свободами в условиях равенства не означает во всех случаях идентичное обращение¹³. Принцип равенства вступает в действие тогда, когда соответствующие стороны находятся в аналогичной ситуации¹⁴. Различия в обращении допустимы, если они основаны на разумных и объективных критериях, направлены на достижение законной цели с точки зрения международного права прав человека и являются соразмерными достижению этой цели¹⁵. Таким образом, не являются дискриминацией позитивные меры, а также дифференцированное и преференционное обращение, которые направлены на сглаживание последствий отчуждения по признаку расы или пола¹⁶. Международное право прав человека обязывает государства принимать меры и проводить политику, направленные на сокращение фактического неравенства и оказание помощи группам, ставшим жертвами серьезной дискриминации, для выхода из той неблагоприятной ситуации, в которой они оказались, по сравнению с другими членами общества¹⁷.

18. В системе уголовного правосудия все эти понятия приобретают важное значение, поскольку на данном уровне ничто так не обманчиво, как равенство. Действительно, если даже предположить, что формально доступ к судам обеспечивается всем и что в буквальном смысле закон одинаков для всех независимо от того, защищает ли он, принуждает или наказывает, доступ к правовой защите и доступ к правосудию не имеют ничего общего с равенством. Причины этого могут носить социальный, экономический или культурный характер либо обусловлены тем, что речь идет о лицах, страдающих от социальной отчужденности или глубоко укоренившейся дискриминации¹⁸. Хотя и признается, что социальное неравноправие и расовые различия затрудняют равный доступ к средствам правовой защиты и правосудию, принятие позитивных мер для исправления их негативного воздействия на уязвимые группы лиц имеет место не везде. Для

приверженцев так называемой политики "blind colour, blind race policy" экономическое и социальное неравенство неизбежно, а соображения цвета кожи и расы не подлежат учету в уголовном правосудии¹⁹.

19. Фактологические данные и свидетельства о проявлениях дискриминации в системе уголовного правосудия значительного числа стран позволяют выделить три основные тенденции в плане представительства наиболее обездоленных, неграждан, коренных жителей, членов расовых, этнических, религиозных или языковых меньшинств, женщин, детей, лиц, подвергающихся дискриминации по признаку их происхождения, сексуальной ориентации, родовому признаку или инвалидности, а также членов других социальных групп, которые, по разным причинам, а иной раз сразу по нескольким дискриминационным мотивам подвергаются унижениям, стигматизации или маргинализации в том или ином обществе²⁰. Эти лица, относящиеся зачастую к самым бедным слоям населения²¹, недостаточно представлены среди работников органов правосудия, полиции и других правоохранительных служб²², они чаще других становятся жертвами²³, и среди них непропорционально много преступников, содержащихся в пенитенциарных учреждениях и камерах смертников²⁴.

20. Эта ситуация зачастую развивается по спирали, от социальной дискриминации к маргинализации, вызывающей отчаяние, которое может привести к правонарушениям, являющимся, в свою очередь, источником коллективной стигматизации²⁵. Подобная стигматизация закрепляет структурное неравенство и порождает различия в обращении, которые проявляются в виде прямой или косвенной дискриминации. Хотя косвенную дискриминацию можно, если подходить формально, не квалифицировать как проведение запрещенных различий, ее проявления запрещены, поскольку на практике они имеют последствия, аналогичные прямой дискриминации²⁶. Прямую дискриминацию определить и квалифицировать в принципе несложно; бороться с косвенной дискриминацией, напротив, намного сложнее, ибо она зачастую вытекает из нейтральных, на первый взгляд, законов, политики или практики. Наглядным примером такого рода законов является система минимальных наказаний и обязательного содержания под стражей, которая применяется в отношении ряда правонарушений и дискриминационный характер которой проявляется на практике. Соответственно, именно практика может помочь выявить проявления косвенной дискриминации, в частности в тех случаях, когда нарушается принцип равного доступа к правовой защите и правосудию²⁷.

21. Равный доступ к правовой защите и правосудию предполагает, по крайней мере, равное владение информацией об особенностях, механизмах и концепциях правосудия, а также отсутствие финансовых преград. Между тем зачастую именно законы закрепляют неравенство, обусловленное наличием или отсутствием материальных средств,

культурными особенностями, сложностью правовых норм, процессуальным неравенством, неравенством возможностей и проведением в области уголовного права политики, направленной на отчуждение или стигматизацию²⁸. Поэтому уязвимым лицам, зачастую не умеющим читать и писать и лишенным средств, бывает весьма сложно осознать свои права и научиться использовать соответствующие процедуры отстаивания этих прав в судах²⁹. Как они могут добиться этого, если у них нет средств для оплаты качественной защиты? Первый председатель одного из кассационных судов был категоричен: "Техническая запутанность процедуры кассационного обжалования в сочетании с нарастающей сложностью материального и процессуального права делают иллюзорным осуществление защиты без адвоката и, более того, осуществление защиты без адвоката, специализирующегося на рассматриваемых конкретных вопросах; изложение юридических аргументов является делом столь специфичным, что, сколько бы отдельный человек ни готовился, в абсолютном большинстве случаев он обречен на неудачу"³⁰.

22. Длительное время доступ к правовой защите преимущественно воспринимался как гуманитарное оказание адвокатами бесплатной правовой помощи неимущим. Влияние международных источников права на процедуру справедливого разбирательства способствовало отказу во многих странах от системы формального оказания помощи и гарантировать реальное право на получение эффективной правовой помощи в то время, как в других странах правовая помощь по-прежнему оказывается исключительно в целях обеспечения видимости защиты наиболее обездоленных³¹.

23. Права защиты имеют, между тем, статус одного из общих принципов права. По мнению некоторых, речь идет об одном из принципов естественного права³², который действует во всех сферах. Так, в области уголовного судопроизводства право на помощь адвоката по своему выбору и, в надлежащих случаях, официально назначенного адвоката является основополагающей гарантией эффективного осуществления права на справедливое судебное разбирательство³³. В национальных законодательствах это право, как правило, гарантируется по крайней мере лицам, обвиняемым в совершении правонарушения определенной тяжести. На практике же нормы о качественной защите соблюдаются плохо, в частности в том, что касается лиц, зависящих от правовой помощи.

24. Из всех исследований и документов, посвященных вопросу об обеспечении доступа обездоленных к судебной помощи, вытекает, что критерии качества, применяемые в отношении защиты обездоленных лиц, очень низки, а усилия общества по оказанию судебной помощи крайне недостаточны практически во всех странах³⁴. В ходе визитов Рабочей группы по произвольным задержаниям в разные страны она констатировала, что правовая помощь принимает самые рудиментарные формы в бедных странах и

исключительно плохо оплачивается в богатых. Иногда оказание этой помощи поручают непрофессионалам, на стадиях дознания и предварительного следствия зачастую отсутствует адвокат, а на стадии судебного разбирательства назначенный в официальном порядке адвокат, как правило, узнает о деле, по которому ему поручено осуществлять защиту, лишь за несколько часов или несколько дней до начала процесса. В некоторых странах осужденных могут обязать оплатить расходы по оказанию правовой помощи, что побуждает их не просить о помощи адвоката³⁵. Рабочая группа также констатировала, что задержанные, не проинформированные о своих правах, отказываются от помощи адвоката³⁶. Так, доступ к адвокату, назначенному в официальном порядке, не обеспечивается даже лишенным свободы лицам³⁷. Сообщалось также, что при оказании судебной помощи подвергаются дискриминации члены некоторых меньшинств³⁸.

25. Что касается иностранцев, языковых меньшинств и членов групп, принадлежащих к иной культуре, чем лица, преобладающие в системе уголовного правосудия, то к неравноправию по признаку материального положения и сложности правовых норм добавляется неравноправие по признаку языка и культуры³⁹. Для членов этих групп использование судебными органами непонятного для них языка реально препятствует осуществлению права на справедливое судебное разбирательство⁴⁰. Уважение принципа равенства перед судами и права на справедливое разбирательство предполагают, что сторона процесса, которая не понимает используемый в суде язык или не говорит на нем, должна получить бесплатную помощь переводчика и переводы основных процессуальных материалов.

26. Право на помощь переводчика ясно гарантируется лицам, обвиняемым в совершении уголовных правонарушений⁴¹. Гарантия перевода основных процессуальных материалов закреплена судебной практикой⁴². В статье 67 (пункт с)) Римского статута Международного уголовного суда уточняется содержание этого права обвиняемого, которое состоит в том, чтобы "бесплатно пользоваться помощью квалифицированного переводчика и получать переводы, необходимые для того, чтобы судебное разбирательство отвечало требованиям справедливости в случаях, когда язык, используемый для рассмотрения дела в Суде, либо при составлении документов, представленных Суду, не является тем языком, который обвиняемый понимает в полной мере и на котором он говорит". По мнению Комитета по правам человека, даже в гражданском и административном суде незнание используемого при разбирательстве дел языка должно побудить этот судебный орган пригласить переводчика и организовать перевод основных письменных материалов процесса⁴³.

27. Как явствует из практики государств, сопутствующие бюджетные ассигнования недостаточны, назначаемые переводчики не всегда компетентны и редко могут понять все

нюансы юридических формулировок, перевод материалов ограничивается текстом приговора, причем такой перевод, как отмечалось, может занять несколько месяцев, тормозя таким образом использование средств правовой защиты или исключая возможность применения менее сурового режима содержания под стражей⁴⁴. Бюджетные ограничения также негативно сказываются на праве поддерживать связь с адвокатом, поскольку назначенные в официальном порядке адвокаты, как правило, не понимают языка лица, которое им поручено защищать.

28. Таким образом, сочетание нищеты, неинформированности и стигматизации приводит чаще всего к тому, что уязвимые лица заключаются под стражу, нарушается их право на справедливое судебное разбирательство и иной раз им выносятся чрезмерно суровый или просто несправедливый обвинительный приговор⁴⁵. Этому способствуют неспособность внести залог или дать представительские гарантии, неэффективная защита, ограниченный доступ к услугам компетентного переводчика и к переводу материалов дела. Такие нарушения обусловлены не только экономическим и социальным неравенством, с которым бороться весьма сложно. В системе уголовного правосудия проявления дискриминации и их несоразмерное воздействие на уязвимые группы носят также институциональный характер⁴⁶.

III. ДИСКРИМИНАЦИЯ DE JURE И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНАЯ ДИСКРИМИНАЦИЯ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

29. Дискриминацию de jure, в принципе, легко выявить, поскольку она, как правило, совершается явно. Вот три примера такой дискриминации: 1) в рамках борьбы с терроризмом и контроля за иммиграцией дискриминационные положения, которые затрагивают не допускающие отступлений права и основные судебные гарантии, принимаются исходя из критериев гражданства или места происхождения соответствующих лиц⁴⁷; 2) в странах, где действует исламское право, в своде уголовного законодательства используется дискриминационный подход к национальным немусульманским меньшинствам⁴⁸; 3) в тех же и других странах пол, род или родовая принадлежность являются мотивами дискриминации de jure, которые конкретно упоминаются в законах и процессуальных нормах⁴⁹.

30. Идентифицировать институциональную дискриминацию, которая зачастую проявляется в косвенной форме, напротив, значительно сложнее. Нередко выявить такую дискриминацию позволяет ее несоразмерное воздействие на уязвимые группы.

А. Влияние особенностей правовой системы

31. Документы, собранные в рамках настоящего исследования, ясно указывают на то, что независимо от юридической разновидности права или процессуальных норм, действующих в данной стране, система уголовного правосудия воспроизводит структурное неравенство, стереотипные представления и предрассудки. Констатируется даже, что преимущества и позитивные особенности данной правовой системы, не всегда приносят пользу потенциальным жертвам дискриминации и расизма, а недостатки той же системы наносят им бóльший ущерб, чем другим членам общества.

32. Так, в системах, где применяется следственная модель или некое сочетание следственной и обвинительной моделей, недостатки следственного процесса сказываются прежде всего на положении уязвимых групп. За скрытый и письменный характер предварительного расследования, отсутствие равенства состязательных возможностей сторон процесса, процедуры доказывания и широкие полномочия работников судебных органов при отсутствии эффективного контроля⁵⁰ приводят к нарушениям основных прав наиболее уязвимых лиц. Эти нарушения широко задокументированы в докладах о визитах членов Рабочей группы по произвольным задержаниям в Китай, Беларусь, Латвию, Аргентину, Мексику, Исламскую Республику Иран и в другие страны с традиционной следственной моделью⁵¹.

33. В тех правовых системах, в которых органы следствия и уголовного преследования, имеют приоритет над судьями, это способствует нарушению прав определенных групп. Когда указанные органы принимают решение о заключении того или иного лица под стражу, о продлении срока содержания под стражей в интересах следствия и о применении в отношении него определенного режима, содержание под стражей и режим содержания под стражей используются дискриминационным образом как средство давления в целях наказания, получения признаний или фальсификации доказательств⁵².

34. Обвинительная модель, унаследованная от общего права, зачастую квалифицируется как процедура, которая максимально уважает права защиты и дает реальные гарантии, в частности обвиняемым, поскольку с формальной точки зрения эта модель обеспечивает соблюдение принципа состязательности процесса и полного равенства состязательных возможностей между обвиняемым и обвинителем на всех стадиях уголовного судопроизводства. Поскольку на практике проявились неэффективность доступа к адекватной защите для наиболее обездоленных, а также взаимосвязь между нищетой, отчуждением и дискриминацией, упомянутые гарантии не приносят абсолютно никакой пользы потенциальным жертвам дискриминации.

35. В своем труде "Procédures pénales" ("Уголовное судопроизводство") Геншар и Бюиссон ставят вопрос об эффективности гарантий прав защиты в англо-саксонской системе, следующим образом вскрывая "...недостатки американской системы, двойные стандарты правосудия, когда бедный просто вынужден соглашаться с так называемой процедурой "plea-bargaining"⁵³, поскольку у него нет средств для оплаты услуг адвоката, готового сопровождать его на всех стадиях долгого разбирательства; в результате он предпочитает быстрый процесс и признает себя виновным. Приблизительно 90% проводимых в США разбирательств заканчиваются подобным соглашением между осуществляющим преследование органом и обвиняемым, т.е. достаточно оперативно, но, если признавший себя виновным предстает перед судом и никаких прений на предмет его виновности не проводится, не нарушаются ли в результате права защиты?"⁵⁴.

36. Признание вины не является особенностью американского правосудия: эта процедура применяется и в других странах во избежание долгих и дорогостоящих процессов, а также в целях сокращения все большей загруженности судебных органов. Возникают, однако, вопросы относительно факторов неравноправия и несправедливости, порождаемых этой процедурой, а также относительно опасности принуждения, которое может быть применено в отношении уязвимых лиц, не всегда осведомленных о своих правах или неспособных понять смысл предлагаемой им сделки.

37. Следует отметить еще один аспект: неоспоримая общедоступность правосудия, а также отличие жюри присяжных, определяющего виновность, от жюри, определяющего меру наказания, которое изначально было направлено на предотвращение судебных ошибок, сводится на нет недостаточной представленностью меньшинств в составе жюри и среди сотрудников судебных органов, неизбежными последствиями политики социального отчуждения, а также реализацией концепции формального равенства в рамках "the blind colour, blind race policy"⁵⁵.

38. Поскольку по некоторым делам определяющую роль играют состав жюри присяжных и место проведения процесса, общее право позволяет судебным органам переносить процесс в другое место, чтобы гарантировать, если это необходимо, обвиняемому справедливое разбирательство и беспристрастный состав жюри. Как показывает практика, пользование этим правом может также быть неравным или просто дискриминационным, о чем свидетельствует разбирательство дела *Родни Кинга*⁵⁶. Кроме того, когда высказываются утверждения о наличии дискриминации, суды возлагают бремя доказывания на истца или используют такую методологию и такие критерии, которые систематически приводят к отклонению жалоб на дискриминацию.

39. Важное значение подхода и методологий, используемых национальными судебными органами, наглядно описывается в статье Бренда, посвященной столетней деятельности Верховного суда Соединенных Штатов: "Методы работы Суда направлены главным образом на предотвращение дискриминационного исключения представителей меньшинств из состава жюри присяжных, а не на обеспечение их недискриминационного участия. Различие в акцентах разительно; его прямые последствия разрушительны... Ущербная методология Суда и его наивные представления о расе объясняют сохранение пропасти между риторикой участия и реальностью исключения"⁵⁷.

40. В национальных системах и, иной раз, даже в рамках региональных механизмов защиты прав человека бремя и порядок доказывания являются серьезными препятствиями для жертв дискриминации. Так, применение Европейским судом по правам человека критерия доказательств, не вызывающих никаких разумных сомнений, сделало невозможным сбор доказательств тех проявлений дискриминации, которые основаны на признаке расы или этнического происхождения (нарушения статьи 14 Европейской конвенции по правам человека). Оперевшись на элементы косвенных доказательств и перенеся бремя доказывания на правительство, выступавшее в роли ответчика, Суд смог констатировать нарушение статьи 14 Конвенции (дело "*Natchova c. Bulgarie*")⁵⁸.

41. В международном праве прав человека элемент намерения не является определяющим для доказывания факта дискриминации; достаточны последствия дискриминации, и в частности ее несоразмерное воздействие⁵⁹. В своей практике государства не всегда принимают во внимание расовые различия для доказывания факта дискриминации⁶⁰, доказать расовые мотивы нелегко и, даже если имеются доказательства, они не всегда доступны для жертвы⁶¹. Ситуация еще более осложняется, когда жертва должна доказать факт дискриминации в уголовном суде.

В. Статус жертвы в уголовном судопроизводстве

42. Подать жалобу не является легким делом, особенно, если жертва принадлежит к уязвимой группе, а жалоба направлена против представителей государства⁶². Таким образом, оказываемое давление, отсутствие энтузиазма у адвоката, неинформированность жертв о процессуальной стороне дела, пугающий облик судебного аппарата⁶³ и отсутствие помощи во время уголовного процесса усиливают нерешительность жертв в плане инициирования или продолжения отстаивания их прав в органах правосудия. Это тем более верно, что лишь в весьма немногих странах жертвам предоставляется судебная помощь. Медлительность и сложность судопроизводства также являются проблемой, которая подрывает доверие жертв к правосудию. Эти недостатки обусловлены, по

крайней мере частично, статусом жертвы в уголовном процессе, в частности в тех случаях, когда она принадлежит к какой-либо уязвимой социальной группе.

43. Действительно, как мы уже подчеркивали в подготовительных материалах, органы уголовного правосудия практически во всех правовых системах долгое время считали жертву третьей стороной уголовного процесса; иногда жертва даже не признается стороной процесса. В ряде правовых систем (общего права) жертва является обычным свидетелем в рамках процесса, не участвует в прениях, не может возбуждать гражданский иск в уголовных судах и обязана принести присягу перед дачей показаний. В других системах жертва вправе возбудить гражданский иск в уголовных судах, но лишь в тех случаях, когда прокуратура уже начала преследование. В странах, где принята такая система, она, как правило, дополнена положением, благоприятным для жертвы, которая в случае закрытия дела прокуратурой может обратиться в апелляционный суд с ходатайством обязать прокуратуру возбудить уголовное преследование. Третья разновидность законодательства позволяет жертве действовать как посредством возбуждения иска, т.е. жертва может отреагировать на бездействие или несостоятельность прокуратуры и инициировать уголовное преследование, равно как и вступить в процесс, т.е. стать стороной процесса после возбуждения уголовного преследования прокуратурой⁶⁴.

44. Следует, однако, уточнить, что признание за жертвой права инициировать уголовное преследование не означает тем не менее дублирования ею функций прокуратуры, поскольку действия жертвы направлены не на предотвращение безнаказанности предполагаемых виновных, а лишь на то, чтобы она могла потребовать возмещения ущерба, причиненного ей в результате правонарушения. В наиболее благоприятных для жертвы системах ее права в уголовном процессе ограничиваются обеспечением такой возможности. Жертве не дозволяется выступать против или оспаривать освобождение, мягкое наказание или любое иное снисхождение суда по отношению к обвиняемому.

45. В то же время в исламском праве жертва и ее семья играют важную роль в уголовном процессе, в частности если речь идет о пресечении посягательств на жизнь или физическую неприкосновенность. В странах, где действует свод уголовного права, основанный на древнем принципе "око за око, зуб за зуб", уголовное преследование за убийство или нанесение телесных повреждений зависит от решения жертвы или его семьи, которые могут потребовать, чтобы виновный был подвергнут тому же обращению, которому была подвергнута жертва ("кассас") или согласиться на денежную компенсацию ("дийа" "плата за кровь"). В отсутствие согласия между жертвой и виновным размер денежной компенсации определяется по заранее установленному тарифу, причем сумма компенсации за женщину составляет половину компенсации за мужчину. Этот же крайне

дискриминационный принцип применяется в отношении "джиммис" - признаваемых в исламском праве религиозных меньшинств⁶⁵. В соответствии с этим принципом непризнанные меньшинства лишаются *ipso facto* права на возмещение⁶⁶. Пережитки такого традиционного благоприятного для жертвы статуса порождают и другие различия в обращении и проявления дискриминации, которые затрагивают неимущих лиц, меньшинства и особенно женщин⁶⁷.

46. Из сказанного выше явствует, что даже в самых продвинутых правовых системах статус жертвы в уголовном процессе остается в целом второстепенным, что, конечно же, влияет на ее права и ее восприятие правосудия. Как показывают проведенные опросы и исследования, весьма часто жертвы не удовлетворены тем, как органы правосудия реагируют на их жалобы, и как эти жалобы рассматриваются в системе уголовного правосудия. Зачастую жертвы называют уголовный процесс мучительным.

47. Между тем под влиянием международного права имеющиеся у обвиняемых права закреплялись по нарастающей, в результате чего в уголовном процессе сложился определенный дисбаланс. Так, в отличие от нарушений прав обвиняемого, которые зачастую приводят к признанию всего процесса недействительным, несоблюдение прав жертвы никоим образом не компрометирует результаты преследования. Оно не приводит к признанию неприемлемости элементов доказательств и не препятствует оправданию. Уголовный процесс как таковой не предусматривает никакой системы наказаний в случае неуважения прав жертвы⁶⁸.

48. Повышение статуса жертвы в уголовном процессе началось в 1985 году после принятия Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью, в которой жертвам гарантируется право присутствовать на процессе, получать помощь для своей защиты, получать информацию о ходе процесса и участвовать в процедуре принятия решений.

49. В соответствии с решениями международных уголовных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде, а также на основании положений Римского статута Международного уголовного суда были закреплены новые гарантии в интересах жертв наиболее серьезных преступлений⁶⁹. Другие имеющие обязательную силу международные документы закрепили права определенных уязвимых категорий, включая женщин и детей⁷⁰. Эта позитивная эволюция побудила большинство стран провести реформы в их системе уголовного правосудия в целях уточнения прав жертвы и создания механизмов и юридических инструментов, учитывающих основополагающие элементы равноправия применительно к жертвам⁷¹.

50. Как и в случае с другими правилами и нормами, лишь на уровне их практического применения возникают проблемы и появляются недостатки, особенно в том, что касается защиты уязвимых лиц.

С. Структурный аспект дискриминационной практики полиции и других участников уголовного судопроизводства

51. При рассмотрении нарушений прав человека в целом и конкретно нарушений права на защиту от дискриминации в системе уголовного правосудия можно констатировать, что именно на уровне правоохранительных служб, а точнее полиции, наиболее часто совершаются самые серьезные и наиболее вопиющие нарушения⁷². Некоторые утверждают, что речь идет лишь об отдельных спорадических актах, а другие заявляют, что совершаемые полицией нарушения носят структурный характер и отражают тенденции, проявляющиеся в обществе. Действительно, когда в обществе имеют место систематические проявления расизма в отношении какой-либо определенной группы, зачастую это приводит к стигматизации данной группы полицией. В то же время доказано, что, помимо действий отдельных лиц, жестокое отношение полицейских и дискриминационное обращение с некоторыми группами носят также институциональный характер⁷³.

52. Проводимая при найме на работу политика "blind colour, blind race" относится к проявлениям той структурной дискриминации, которая почти во всех странах выражается в недостаточном представительстве меньшинств среди работников полиции и других правоохранительных служб. Такое слабое представительство меньшинств способствует сохранению стереотипных представлений, основанных на признаках расы, этнической принадлежности, цвета кожи, религии, родства или места происхождения, при определении склонности к совершению уголовно наказуемых деяний, а также при выявлении тенденций в вопросах преступности и районов с высоким уровнем преступности⁷⁴.

53. Конкретные направления той политики, которая проводится в области уголовного права в целях борьбы с преступностью и поддержания правопорядка и безопасности, также влияют на поведение полицейских и поощряют практику "выделения по признаку расы" или "расового профилирования"⁷⁵. В своем докладе на шестидесятой сессии Комиссии по правам человека Специальный докладчик по вопросу о современных формах расизма и расовой дискриминации отметил, что "в ряде стран власти заранее соотносят некоторые расовые или этнические меньшинства с определенными категориями преступлений и антисоциальных деяний, таких, например, как торговля наркотиками, нелегальная иммиграция, карманные кражи или воровство с прилавка [...] Выделение по

расовому, а также религиозному признаку из-за повсеместного распространения этой практики на всех континентах, но прежде всего по вине центральных органов государственного аппарата по поддержанию правопорядка является тревожным индикатором сильного воздействия расистской и дискриминационной идеологии и психологии в самых различных обществах"⁷⁶. Специальный докладчик по вопросу о пытках также выделил наличие расового профилирования в практике применения пыток⁷⁷. Доля относящихся к уязвимым группам лиц, которые умирают в период содержания под стражей или становятся жертвами жестоких действий полиции, зачастую никак не соотносится с их численностью среди населения⁷⁸.

54. Надежные источники неоднократно выявляли и осуждали институциональный аспект практикуемых полицией дискриминации и расового профилирования, оглашая статистические данные о проведенных в общественных местах задержаниях и арестах представителей меньшинств, которые традиционно подвергаются стигматизации в связи с правонарушениями, связанными с торговлей наркотиками, проституцией, мелкой преступностью, а также ссылаясь на сведения о частотности патрулирования и облав в местах проживания наиболее обездоленных групп населения⁷⁹. В то же время именно в контексте развернутой после 11 сентября 2001 года борьбы с терроризмом этническое профилирование, направленное против арабского меньшинства и мусульман из региона Южной Азии, было возведено в ранг официальной политики, прежде всего в Соединенных Штатах, а также во многих других странах⁸⁰.

55. Институциональный аспект дискриминационной практики, вменяемой в вину полиции и другим правоохранительным структурам, вытекает также из действия целого ряда факторов, среди которых можно отметить следующие: широкие полномочия, предоставленные полиции для борьбы с преступностью и поддержания порядка и безопасности; нехватка выделяемых ей средств; вид контроля, осуществляемого за действиями полиции; наличие или отсутствие эффективных средств правовой защиты и позитивных мер для предотвращения и пресечения нарушений прав наиболее уязвимых лиц.

56. Когда полиция наделена широкими дискреционными полномочиями, когда она является единственным органом, уполномоченным расследовать нарушения, предположительно совершаемые ее сотрудниками, когда механизмы внешнего контроля отсутствуют или лишены имеют эффективных полномочий для пресечения или прекращения нарушений, и особенно когда подача жалобы сопряжена с серьезным риском без гарантий успеха, злоупотребления неизбежны и безнаказанность гарантирована, ибо их порождает сама система⁸¹. В некоторых ситуациях речь идет не только о неэффективности, недостаточности или реальной неспособности, но и об осознанном

желании подвергнуть дискриминации или репрессиям определенные социальные группы⁸².

57. Государства зачастую ссылаются на отсутствие или малое число жалоб, отрицая наличие нарушений, проявлений дискриминации и расизма. В предварительном проекте общей рекомендации о предупреждении расовой дискриминации в рамках отправления правосудия и функционирования уголовной юстиции Комитет по ликвидации расовой дискриминации в этой связи уточняет, что "[вопреки мнениям некоторых государств] отсутствие или малое число жалоб, возбужденных дел и приговоров, касающихся актов дискриминации [...] не следует квалифицировать как абсолютно позитивное явление [...] Оно может также свидетельствовать либо о недостаточной информированности жертв об их правах, либо о боязни социального осуждения или репрессий, либо об опасениях, связанных со стоимостью и сложностью отправления правосудия для жертв, средства которых ограничены, либо об отсутствии доверия к органам полиции и правосудия, либо о недостаточном внимании или восприимчивости этих органов к связанным с расизмом правонарушениям"⁸³.

58. Акты дискриминации свойственны не только полиции, их совершают также другие участники уголовного судопроизводства. Поскольку меньшинства слабо представлены в органах правосудия, стереотипные представления полицейских о некоторых группах находят свое выражение в решениях тех, кто занимается разработкой политики в области уголовного права, прокуроров и судей. Установлено, что правонарушения, к совершению которых имеют отношение члены подвергающихся стигматизации или маргинализации групп, действительно, караются более сурово⁸⁴. Эту тенденцию подтверждает то несоразмерное воздействие на коренных жителей и определенные группы, подвергающиеся стигматизации в результате совершения преступлений, которое оказывает система минимальных наказаний и обязательного содержания под стражей, применяемая в ряде стран в отношении определенных правонарушений⁸⁵. Как свидетельствуют статистические данные и факты, при вынесении смертных приговоров аспекты, касающиеся расы, цвета кожи и места происхождения, являются одним из определяющих факторов⁸⁶. Также установлено, что различия в плане помещения под стражу являются следствием проводимой в области уголовного права политики и склонности чаще подвергать преследованиям и тюремному заключению членов уязвимых групп⁸⁷.

IV. ВЫВОДЫ

59. В окончательном рабочем документе E/CN.4/Sub.2/2002/5 были описаны проявления дискриминации de jure и институциональной дискриминации в рамках межгосударственного сотрудничества в области уголовного правосудия. Настоящий доклад основан на анализе проявлений институциональной и структурной дискриминации в национальных системах уголовного правосудия, а также на тех аспектах, которые свидетельствуют о том, что дискриминация является не только поведенческой и фактической и вытекает не только из правовых норм, применяемых национальными системами уголовного правосудия. Внимание, которое в материальном уголовном праве и в процессуальном праве уделяется обеспечению основных прав, провозглашенных в наднациональных источниках, было использовано в качестве критерия для выявления прямой и косвенной дискриминации, которая серьезно влияет на осуществление основных прав уязвимых групп.

60. С учетом правил, ограничивающих объем документов, и изменений, внесенных во исполнение резолюции 2004/24 Подкомиссии, ряд вопросов, которые должны были быть рассмотрены на данной стадии исследования, не были изучены. Речь, в частности, идет об актах дискриминационного обращения в рамках функционирования пенитенциарной системы и о дискриминации, рассматриваемой с точки зрения гендерного аспекта. Эти вопросы будут изложены в окончательном докладе. Основное внимание в нем будет уделено надлежащей практике, принятой на международном, региональном и национальном уровнях в целях эффективной борьбы с дискриминацией в системе уголовного правосудия. Будут сформулированы рекомендации в целях поощрения и внедрения наиболее оптимальных видов выявленной практики.

Примечания

- ¹ Voir R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002; voir également “Criminal Justice Profiles of Asia: Investigation, Prosecution, and Trial”, UNAFEI (Institut des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants en Asie et en Extrême-Orient), 1995.
- ² Voir «Droit processuel. – Droit commun et droit comparé du procès: les sources d’attraction du droit processuel à la garantie des droits fondamentaux», Précis Dalloz, 1^{re} éd., p. 52.
- ³ Voir L. Doswald-Beck et R. Kolb, *Garanties judiciaires et droits de l’homme. – Nations Unies, systèmes européen, américain et africain: textes et résumés de la jurisprudence internationale*, Strasbourg, Édition N. P. Engel, 2004.
- ⁴ Observation générale n° 29 du Comité des droits de l’homme, relative aux états d’urgence (voir la base de données des organes de surveillance de l’application des traités sur le site www.unhchr.org).
- ⁵ Voir le rapport de la Haut-Commissaire à la soixantième session de la Commission des droits de l’homme intitulé «Étude analytique du principe fondamental de non-discrimination dans le contexte de la mondialisation» (E/CN.4/2004/40, par. 7 à 15).
- ⁶ Voir le rapport de la Commission du droit international à l’Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session, en 2001 (A/56/10), p. 224. Voir également A. Bayefsky, “The principle of equality or non-discrimination in international law”, *Human Rights Journal*, vol. 11, n^{os} 1-2, p. 18 à 24.
- ⁷ Observation générale n° 29, par. 8.
- ⁸ Sur les notions d’égalité et de non-discrimination, on consultera avec profit le livre de R. Hernu, *Principe d’égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes* (notamment p. 246), Paris, LGDJ, juin 2003.
- ⁹ Voir *Non-Discrimination in International Law: A Handbook for Practitioners* (textes réunis par K. Kitching), chap. 1^{er}, “State obligations: public and private discrimination”, Londres, INTERIGHTS, janvier 2005, p. 22.
- ¹⁰ Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels considère que les droits énoncés dans le Pacte imposent trois sortes d’obligation aux États parties: l’obligation de respecter ces droits, l’obligation de les défendre et l’obligation d’en assurer le plein exercice. Cette dernière obligation, à son tour, suppose à la fois l’obligation de faciliter l’exercice de ces droits et l’obligation d’accorder ces droits: voir le rapport intérimaire de A. Eide (E/CN.4/Sub.2/2003/21, par. 45 et suiv.). Voir également l’observation générale n° 31 du Comité des droits de l’homme, par. 10 et 11, et la recommandation n° 30 du Comité pour l’élimination de la discrimination raciale, par. 1 à 5.

- ¹¹ *A Handbook for Practitioners* (op. cit. *supra* note 9), chap. IV, p. 115. Voir également *Human Rights in the Administration of Justice*, chap. 13, “The rights to equality and non-discrimination in the administration of justice”, p. 651 (publication des Nations Unies).
- ¹² La Cour européenne des droits de l’homme rappelle chaque fois que «la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs» (voir, entre autres, *Artico c. Italie*, 13 mai 1980).
- ¹³ Observation générale n° 18, par. 10.
- ¹⁴ Comité des droits de l’homme, communication n° 172/1984 du 9 avril 1987, *S. W. M. Broeks v. The Netherlands*, *Documents officiels de l’Assemblée générale à sa quarante-deuxième session* (A/42/40), p. 150, par. 13. La Cour européenne des droits de l’homme considère que le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n’appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes (6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, requête n° 34369/97, point 44). La position de la Cour interaméricaine des droits de l’homme sur la non-discrimination et l’égalité a été précisée dans l’avis consultatif sur la proposition d’amendement de la Constitution du Costa Rica (OC-4/84, 19 janvier 1984, *Series A, No. 4*, p. 104).
- ¹⁵ Observation générale n° 18 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et recommandation générale n° 30 du Comité pour l’élimination de la discrimination raciale, par. 24. Voir à ce sujet T. Choudhury, “The Human Rights Committee’s interpretation of ICCPR article 26”, Department of Law, University of Durham.
- ¹⁶ Observation générale n° 28 du Comité des droits de l’homme, relative à l’égalité des droits entre hommes et femmes (art. 3).
- ¹⁷ Observation générale n° 18. Voir également la recommandation générale n° 28 concernant la discrimination fondée sur l’ascendance du Comité pour l’élimination de la discrimination raciale.
- ¹⁸ Voir à ce sujet “Racial Bias in Lethal Police Action in Brazil”, recherche menée par J. Cavallaro, A. Alves et C. Jakimiak pour mesurer l’effet de la race dans le système de sécurité publique au Brésil, document électronique de l’Open Society Justice Initiative, p. 2 (www.justiceinitiative.org), et le rapport de mission au Brésil du Rapporteur spécial sur l’indépendance des juges et des avocats, Leandro Despouy (E/CN.4/2005/60/Add.3), par. 24.
- ¹⁹ Sur les résistances à l’application de mesures positives dans la sphère de la justice pénale aux États-Unis, voir P. Butler, “Affirmative action, diversity of opinions: affirmative action and the criminal law”, *University of Colorado Law Review*, vol. 68, 1997, p. 841.
- ²⁰ Les manifestations de la discrimination et l’identification des victimes potentielles de la discrimination dans le système de justice pénale ont été traitées dans le document de travail E/CN.4/sub.2/2001/WG.1/CRP.1 (par. 30 et suiv.).

²¹ Dans le résumé de son rapport à la soixante et unième session de la Commission des droits de l'homme, le Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme et de discrimination raciale, Doudou Diène, indique qu'il a relevé, dans trois pays visités (Nicaragua, Guatemala et Honduras), «trois expressions caractéristiques d'une réalité de discrimination profonde: une adéquation troublante entre la carte de la pauvreté et celle des communautés autochtones et d'ascendance africaine; une participation marginale aux structures du pouvoir..., [une] présence insignifiante dans les structures de pouvoir des médias (...) ainsi que la faiblesse de la prise de conscience de la profondeur et de l'enracinement de la discrimination tant au niveau des autorités politiques qu'au sein de la population dans son ensemble» (E/CN.4/2005/18Add.6).

²² Voir K. Daley, Symposium on race and criminal justice, "Criminal law and justice system practices as racist, white, and racialised", 1994, 51 *Wash & Lee L. Rev.* 431. L'article traite de la surreprésentation des Blancs dans l'administration de la justice aux États-Unis, dans l'application des lois pénales et parmi les concepteurs des politiques pénales, d'une part, et la surreprésentation des Noirs dans la population qui subit ces politiques et ces lois, d'autres part.

²³ À ce sujet, voir notamment "Racism and the administration of justice", Amnesty International (ACT 40/020/2001) et «Effet raciste: justice pénale et administration publique», Human Rights Watch, 2001.

²⁴ Voir "Ethnic Profiling by Police in Europe", Open Society Justice Initiative, juin 2005; voir aussi le rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, Rodolfo Stavenhagen (E/CN.4/2004/80), par. 23.

²⁵ La stigmatisation par le crime des populations vulnérables a été traitée dans le document de travail final E/CN.4/Sub.2/2002/5, par. 44 et suiv.

²⁶ Voir Hernu, op. cit. *supra* note 8, p. 267, concernant les caractères de la discrimination directe et indirecte. Voir aussi Conseil de l'Europe, directive 2000/43/EC du 29 juin 2000 mettant en œuvre le principe du traitement égal des personnes indépendamment de leur origine raciale ou ethnique (la «directive raciale», art. 2).

²⁷ Sur la signification de la garantie de l'égal accès à la justice, les limites à son effectivité, notamment en droit européen, on consultera avec profit «Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès», Précis Dalloz, 2e éd., 2003, p. 349; voir aussi C. Harlow, «L'accès à la justice comme droit de l'homme», dans *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 189.

²⁸ Voir «Les inégalités devant la loi et la justice», Association française droit et démocratie dans *Petites Affiches* no 238 du 28 novembre 2002, Édition quotidienne des journaux judiciaires associés.

²⁹ Dans un débat diffusé le 27 avril 2005 par la chaîne de télévision de l'Assemblée nationale de la République française sur le traitement de la récidive, les responsables de l'administration pénitentiaire ont reconnu que 64 % des détenus n'ont aucun diplôme, 30 % ont des difficultés de lecture et 50 % n'ont pas travaillé depuis plus d'un an quand ils rentrent en détention préventive.

³⁰ Guy Canivet, Premier Président de la Cour de Cassation française dans «L'accès au juge de cassation et le principe d'égalité» (2002) et «Les inégalités devant la loi et la justice», p. 15.

³¹ “Legal Aid Reform and Access to Justice”, Open Society Justice Initiative, février 2004.

³² B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 117.

³³ Pour les références normatives relatives au droit à un avocat, consulter le document “Non-Citizens and the Administration of Criminal Justice: Submission to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination”, p. 12 (al. f), Commission internationale de juristes, janvier 2004 (disponible sur le site www.icj.org).

³⁴ J. A. Goldston résume la réalité de l'aide juridictionnelle par cette phrase: “*The right to legal aid in criminal cases, widely proclaimed in a range of human rights instruments and national constitutions, is routinely ignored. Defendants, who can't pay, are interrogated, charged, tried and convicted without a lawyer, or with only the most cursory and sub-standard representation*”, “Legal Aid Reform and Access to Justice” (op. cit. supra note 31). Voir également “Understanding and Addressing Racial Discrimination in Representation” (E/CN.4/2003/WG.20/Misc.3) et “Assembly Line Justice: Mississippi's Indigent Defense Crisis” (E/CN.4/2003/WG.20/Misc.4). Ces deux documents ont été soumis à la troisième session du Groupe de travail d'experts sur les personnes d'ascendance africaine (E/CN.4/2004/17/Add.2).

³⁵ Voir, entre autres, les rapports de visite à Bahreïn (E/CN.4/2002/77/Add.2, par. 65), au Mexique (E/CN.4/2003/8/Add.3, par. 52 à 56), en Lettonie (E/CN.4/2005/6/Add.2, par. 49 à 54), au Bélarus (E/CN.4/2005/6/Add.3, par. 39 et suiv.), en République islamique d'Iran (E/CN.4/2004/3/Add.2, par. 49).

³⁶ Voir E/CN.4/2005/6/Add.2, par. 51 à 54.

³⁷ Le Comité des droits de l'homme considère que pour les personnes privées de liberté le droit à un avocat doit être assuré avant et pendant le procès (voir *Borisenko c. Hongrie*, 6 décembre 2002 [CCPR/C/76/D/1999], par. 7.5).

³⁸ Voir «Discrimination raciale dans l'administration de la justice», document présenté par l'Open Society Justice Initiative au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale lors de sa soixante-cinquième session (août 2004), p. 8.

³⁹ L'impact de la différence de culture et l'obstacle de la langue ont été traités dans les travaux préparatoires (E/CN.4/Sub.2/2002/5, note 43). Voir également P. Hughs et M. J. Mossman, «Repenser l'accès à la justice au Canada», p. 42 (Ministère de la justice du Canada et R. Stavenhagen) [E/CN.4/2004/80, par. 23 et 54].

⁴⁰ “Non-Citizens and the Administration of Criminal Justice” (op. cit. supra note 33), p. 13 (al. g).

⁴¹ Article 14 (par. 3, al. f) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, articles 55 (par. 1, al. c) et 67 (al. f) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, articles 5

(par. 2) et 6 (par. 3, al. *e*) de la Convention européenne des droits de l'homme et article 8 (par. 2, al. a) de la Convention américaine des droits de l'homme.

⁴² «Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès», La langue utilisée: obstacle à un procès équitable?», op. cit. *supra* note 27, p. 646.

⁴³ Comité des droits de l'homme, 8 novembre 1989, *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, p. 167.

⁴⁴ Groupe de travail sur la détention arbitraire (E/CN.4/2002/77/Add.2, par. 94 et E/CN.4/2005/6/Add.2, par. 62).

⁴⁵ “Racial Discrimination in Charging, Verdict and Sentencing”, document présenté par l'Open Society Justice Initiative au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, p. 6.

⁴⁶ “Racial Bias in Lethal Police Action in Brazil” (op. cit. *supra* note 18).

⁴⁷ Les violations des droits de l'homme et plus particulièrement du droit à la non-discrimination dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ont été largement documentées dans les rapports de l'ensemble des mécanismes des droits de l'homme et par les ONG. Sur la violation du droit à la non-discrimination, voir le rapport de l'expert indépendant sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste (E/CN.4/2005/103), p. 23.

⁴⁸ Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire sur sa visite en République islamique d'Iran (E/CN.4/2004/3/Add.2), par. 26.

⁴⁹ Voir “International Human Rights References to Non-Discrimination on the Ground of Sexual Orientation” sur la criminalisation de l'homosexualité (Commission internationale de juristes, 2004). Dans son rapport 1998-1999, l'ONG Equality Now donne des exemples de lois explicitement discriminatoires à l'égard des femmes dans 45 pays à travers le monde.

⁵⁰ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédures pénales*, 2e éd., 2002, Paris, Litec, p. 52.

⁵¹ Les rapports du Groupe de travail sur la détention arbitraire sont disponibles sur le site du Haut-Commissariat aux droits de l'homme (www.ohchr.org/issue/detention/index.htm).

⁵² Voir les derniers rapports du Groupe de travail sur la détention arbitraire sur ses visites en Lettonie (E/CN.4/2005/6/Add.2), au Bélarus (E/CN.4/2005/6/Add.3) et en Chine (E/CN.4/2005/6/Add.4).

⁵³ Dans le *plea-bargaining*, les inculpés renoncent à trois de leurs garanties constitutionnelles: le droit à ne pas témoigner contre soi-même, le droit à un jury et le droit à un contre-interrogatoire. C'est pourquoi la Cour suprême des États-Unis a précisé que les comptes rendus doivent mettre en évidence que l'inculpé a plaidé coupable volontairement et en toute connaissance de cause (*Brady c. Etats-Unis*).

⁵⁴ Guinchard et Buisson, op. cit. *supra* note 50, p. 145.

- ⁵⁵ Jeffrey S. Brand, “The Supreme Court. – Equal Protection and Jury Selection: Denying that race still matters”, *Wisconsin Law Review*, 511, 605 (1994).
- ⁵⁶ Dans l’affaire *Rodney King* (1992), la Cour d’appel de Californie a autorisé un changement de lieu qui a permis aux policiers blancs accusés d’avoir passé à tabac King d’être jugés dans une banlieue en grande majorité blanche et d’obtenir un verdict de non-culpabilité prononcé par un jury composé de dix Blancs, un Noir et un Hispanique, verdict qui a provoqué des émeutes qui firent plus de 50 morts.
- ⁵⁷ Brand, loc. cit. (*supra* note 55). Voir également J. R. Kramer, 67, *Tulane Law Review*, 1725 (1993).
- ⁵⁸ Voir le commentaire de l’arrêt du 26 février 2004 de la Commission européenne des droits de l’homme dans l’affaire *Natchova c. Bulgarie* par B. Plese, “The Strasbourg Court Finally Redresses Racial Discrimination”, *Roma Rights Quarterly Journal*, European Roma Rights Center, n° 1, 2004, p. 109 et dans *A Handbook for Practitioners* (op. cit. *supra* note 9), p. 84. Dans l’affaire *Chedli Ben Ahmed Karoui c. Suède*, requête no 185/2001, le Comité contre la torture a indiqué que «l’importante documentation digne de foi fournie» renversait la charge de la preuve sur l’État partie (CAT/C/28/D/185/2001, par. 10).
- ⁵⁹ E/CN.4/2004/40, par. 8.
- ⁶⁰ Amnesty International, “Racism and the administration of justice”, p. 16.
- ⁶¹ *A Handbook for Practitioners* (op. cit. *supra* note 9), chap. IV, p. 124.
- ⁶² Sur les pressions et les difficultés que rencontrent les membres des minorités qui décident de déposer plainte contre la police pour mauvais traitement, voir Panayote Dimitras, “Highly irregular police investigation into ill-treatment of Romany men by police officers”, *Roma Rights Quarterly Journal*, European Roma Rights Center, n° 5, 2003, p. 138.
- ⁶³ Les étrangers en situation irrégulière et les victimes de trafic d’être humains comptent parmi les victimes qui appréhendent le plus tout contact avec la justice (E/CN.4/2002/5, par. 37 et suiv.).
- ⁶⁴ Voir à ce sujet *La procédure pénale comparée dans les systèmes modernes: rapports de synthèse des colloques de l’ISISC*, sous la direction de Cherif Bassiouni et Jean Pradel, 1998, Toulouse, Éditions Érès, p. 38.
- ⁶⁵ Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire en République islamique d’Iran (E/CN.4/2004/3/Add.2), par. 26.
- ⁶⁶ C’est le cas notamment des Bahaïs en République islamique d’Iran. Dans un jugement rendu le 10 mars 2002 par la Cour de district de Minù-Dasht, la Cour a débouté les ayants droit des victimes de leur demande en indemnisation alors qu’elle a déclaré l’accusé coupable d’homicide et l’a condamné à trois ans d’emprisonnement. La Cour a motivé sa décision en ces termes: “*The members of the Bahà’i sect are not considered as Dhimmi [i.e. Jews, Christians and Zoroastrians, recognized in the constitution]... Therefore, blood money is not applicable to*

them...[the Court] decided as to the issue of blood money, to clear the accused of any obligation”.

⁶⁷ E/CN.4/2004/3/Add.2, par. 65 (5).

⁶⁸ Voir «Délinquants et victimes: obligation redditionnelle et équité de la procédure judiciaire», dixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (A/CONF.187/8), par. 16.

⁶⁹ Les nombreuses décisions prises jusqu’ici, surtout par le Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie, ont donné l’occasion aux juridictions pénales internationales de développer une jurisprudence constructive qui traduit la volonté d’efficacité et qui peut constituer un modèle pour les systèmes nationaux de procédure pénale. L’apport de cette jurisprudence concerne entre autres la protection des victimes et des témoins par la non-divulgence de leur identité. Voir le document de travail présenté par Françoise Hampson sur la criminalisation des actes de violence sexuelle graves et la nécessité d’ouvrir une enquête à leur sujet et d’en poursuivre les auteurs (E/CN.4/Sub.2/2004/12).

⁷⁰ Il s’agit, notamment, de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et de ses deux Protocoles additionnels, le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer adoptés en novembre 2000 par l’Assemblée générale (ces instruments ne sont pas encore entrés en vigueur).

⁷¹ Voir S. Frey, “Victim Protection in Criminal Proceedings: The Victim’s Rights to Information, Participation and Protection in Criminal Proceedings”, *Resources Material Series*, n° 63, UNAFEI, juillet 2004, p. 57.

⁷² Solomi B. Bossa, juge de la High Court d’Ouganda et de la Cour de justice d’Afrique de l’Est dit à propos des abus de la police en Afrique: “*Police is often cited as big contributor to human rights abuse and injustice. The contributors factors are many and varied. Police is ill equipped, and is poorly facilitated. It lacks professionalism and is often corrupt. It is also largely prone to political interference and influence. This gravely affect the function of keeping law and order, as it often results in impartiality and inevitably persecution. It also affects the length and quality of investigations and the quality of crime justice*” (HR/NB/SEM.2/2002/BP.3).

⁷³ Dans “Reflection on racism and public policy”, Rodolfo Svenhagen note que “*The youth of racial minorities have been particularly singled out through a process of “criminalization”: in the United States for example Blacks and Latinos have been prominent victims of racial profiling and discrimination, and since the terrorist attacks of 11 September 2001, Arabs have become the newest targets of such practices. A number of countries began to see racism not as a series of isolated incidents, but rather as a patterned and structured social problem...The globally excluded, the persistently poor, the hungry and the sick ... are also the victims of discrimination on ethnic, racial and cultural grounds*” (UNIRISD [Institut des Nations Unies pour le développement social], News Bulletin, no 25, automne/hiver 2002, p. 43).

⁷⁴ Daley, “Criminal law and justice system practices as racist, white, and racialised” (loc. cit. *supra* note 22).

⁷⁵ Plusieurs définitions ont été avancées pour cerner le phénomène dit de «délit de faciès» ou «profilage racial»; le Programme d’action de Durban en donne une (A/CONF.189/12, par. 72); l’Open Society Justice Initiative, qui s’est beaucoup investie pour lutter contre ce phénomène, le définit comme étant “*The use of racial or ethnic stereotypes by law enforcement officers as a factor in determining who has been, is or may be involved in criminal activity*” (présenté au Comité pour l’élimination de la discrimination raciale). La Commission ontarienne des droits de la personne (Canada) donne une définition plus complète du profilage: «Toute action prise pour des raisons de sûreté, de sécurité ou de protection du public qui repose sur des stéréotypes fondés sur la race, la couleur, l’ethnie, la religion, le lieu d’origine ou une combinaison de ces facteurs plutôt que sur un soupçon raisonnable, dans le but d’isoler une personne à des fins d’examen ou de traitement particulier» (rapport d’enquête sur le profilage racial au Canada, intitulé «Un prix trop élevé: les coûts humains du profilage racial», 2003, www.ohrc.on.ca).

⁷⁶ E/CN.4/2004/18, p. 7.

⁷⁷ Voir le paragraphe 52 intitulé “Race-related torture”, rapport de mission en Espagne (E/CN.4/2004/56/Add.2) et rapport annuel (E/CN.4/2001/66, par. 4 à 11).

⁷⁸ Soumis par l’Open Society Justice Initiative au Comité pour l’élimination de la discrimination raciale, p. 7.

⁷⁹ Au Royaume-Uni, l’enquête concernant le meurtre de Stephen Lawrence conclut en 1999 que l’“institutional racism” était “a corrosive disease” au sein du Metropolitan Police Service et d’autres services de police “countrywide” (travaux publiés par l’Open Society Justice Initiative). Voir également “The Stories, the Statistics and the Law: Why ‘Driving While Black’ Matters”, 84 *Minn. L. Rev.* 265 (1999); Human Rights Watch, “Abusing the User: Police Misconduct, Harm Reduction and HIV/Aids in Vancouver” (2003) et les rapports de la Commission européenne contre le racisme et l’intolérance (ECRI).

⁸⁰ Voir, entre autres, Deborah A. Ramirez, Jennifer Hoopes et Tara Lai Quinlan, “Defining Racial Profiling in a Post-September 11 World”, 40 *Am. Crim. L. Rev.* 1195 (2003) et le rapport publié en février 2004 par l’American Civil Liberties Union (ACLU) intitulé “Sanctioned Bias: Racial Profiling since 9/11”.

⁸¹ Voir H. C. Kelman, “The policy context of torture: A social-psychological analysis” dans *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n° 857, mars 2005, p. 123. Voir également “Monitoring the right for an effective remedy for human rights violation”, Asian Human Rights Commission, mars 2001.

⁸² Voir “International Human Rights References to Non-Discrimination on the Ground of Sexual Orientation” (op. cit. *supra* note 49). Voir également deux publications d’amnesty International: *Them and us: fighting discrimination and preventing torture* (2001) et *Identité sexuelle et persécution* (2001).

⁸³ Version de septembre 2004, p. 4, par. 2.

⁸⁴ Voir “Punishment and Prejudice, Racial Disparities in the War on Drugs”, Human Rights Watch (rapport, mai 2000).

⁸⁵ J. Bessant, “Australia’s mandatory sentencing laws, ethnicity and human rights”, p. 369 et suiv., *International Journal on Minority and Group Rights 2001, Netherlands*. Voir également “Punishment and Prejudice, Racial Disparities in the War on Drugs” (op. cit. *supra* note 84).

⁸⁶ Soumis par l’Open Society Justice Initiative au Comité pour l’élimination de la discrimination raciale, p. 8.

⁸⁷ The Sentencing Project, “Comparative International Rates of Incarceration: An Examination of Causes and Trends”, présenté à l’U.S. Commission on Civil Rights, 2003, p. 14.
