

ПРАКТИЧНИЙ ПОСІБНИК З АРГУМЕНТАЦІЇ У СПРАВАХ ЩОДО ДИСКРИМІНАЦІЇ

Упорядники:
Сергій Заєць,
Роман Мартиновський

Funded
by the European Union
and the Council of Europe



COUNCIL OF EUROPE



Implemented
by the Council of Europe

Видання цього практичного посібника здійснено у рамках спільного проекту між Європейським Союзом та Радою Європи «Посилення спроможностей адвокатів та правозахисників щодо реалізації на національному рівні положень Європейської конвенції з прав людини та Європейської соціальної хартії (переглянутої)».

Рада Європи

Генеральний Директорат з прав людини і верховенства права

Департамент політики та розвитку прав людини

Відділ національної імплементації прав людини

67075 Страсбург, Франція

Думки, висловлені в даній публікації, належать авторам і не тягнуть за собою відповідальності Ради Європи та Європейського Союзу. Вони не мають сприйматися як такі, що офіційно тлумачать згадані тут юридичні інструменти з обов'язковим дотриманням цього тлумачення Державами-членами, органами, заснованими Статутом Ради Європи, або ж будь-якими органом створеним на виконання Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

© Рада Європи, 2015

ЗМІСТ

Вступ	4
Особливості аргументації у справах про дискримінацію	5
Дискримінація за ознакою статі	15
Дискримінація за ознакою інвалідності та стану здоров'я	22
Дискримінація за ознакою раси, національного чи етнічного походження	33
Дискримінація за ознакою мови	53
Дискримінація за ознакою місця проживання	55
Інші підстави дискримінації (громадянство та походження/ народження)	63
Антидискримінаційна експертиза	66
Кінцеве слово	71

ВСТУП

Антидискримінаційні стандарти можна розглядати як спробу об'єктивізації людського уявлення про справедливість.

Якби авторам запропонували метафорично зобразити суть антидискримінаційних стандартів, то це міг би бути малюнок сполучених посудин з однаковим рівнем рідини.

Проте динаміка системи антидискримінаційних стандартів в уявленні авторів відрізняється від фізичної моделі, знайомої всім ще зі школи. За законами фізики підвищення рівня рідини в одній посудині відбувається за рахунок його зменшення в іншій, внаслідок чого досягається якесь середнє, проміжне значення: десь рівень зростає, десь зменшується, але зрештою стає однаковим.

На відміну від фізичної моделі заборона дискримінації приводить до того, що рівень забезпечення прав людини у суспільстві лише незворотно підвищується: *вибіркове на початку* підвищення стандартів щодо окремих осіб чи категорій людей так чи інакше веде до *загального* зростання рівня забезпечення реалізації певних прав щодо всіх. Це ніби у фізичній системі у разі збільшення рівня рідини в одній із посудин вирівнювання відбувалося б не за рахунок перерозподілу рідини, а через збільшення кількості рідини у відповідній частині системи. Тобто заборона дискримінації забезпечує сталу динаміку постійного підвищення стандартів у галузі права.

Антидискримінаційний механізм запобігає узурпації привілеїв окремими групами і сприяє поширенню найвищих на поточний період стандартів на все суспільство. Таким чином відбувається поступове підвищення якості кожного члена суспільства.

У цьому посібнику подана спроба перевести стандарти Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і напруцювання Європейського суду з прав людини на інструментальний рівень, придатний для використання у повсякденній діяльності вітчизняних правників. Автори не претендують на всеосяжність і навіть, навпаки, свідомо ухиляються від копіювання структури та стилю більшості робіт, присвячених практиці ЄСПЛ. Натомість, ця робота спрямована на свідоме спрощення проблематики до того рівня, що, на думку авторів, є достатнім для практичної роботи.

ОСОБЛИВОСТІ АРГУМЕНТАЦІЇ У СПРАВАХ ПРО ДИСКРИМІНАЦІЮ

Стаття 2 Загальної декларації про права людини передбачила, що кожна людина повинна мати всі права і всі свободи, проголошені цією Декларацією, незалежно від раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного чи соціального походження, майнового, станового або іншого становища¹.

Міжнародний пакт про громадянські і політичні права² (МПГПП) також встановлює загальну заборону дискримінації за ознаками раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану, народження чи іншої обставини (стаття 2). Пакт покладає на держави обов'язок передбачити в національному законі заборону не тільки дискримінації будь-якого роду (стаття 26), але й будь-якого відступу “на користь національної, расової чи релігійної ненависті, що являє собою підбурювання до дискримінації, ворожнечі або насильства” (стаття 20). Крім того, стаття 4 Пакту передбачає, що під час надзвичайного становища в державі, при якому життя нації перебуває під загрозою і про наявність якого офіційно оголошується, держави-учасниці цього Пакту можуть вживати заходів на відступ від своїх зобов'язань за цим Пактом тільки в такій мірі, в якій це диктується гостротою становища, при умові, що такі заходи не є не-сумісними з їх іншими зобов'язаннями за міжнародним правом і не тягнуть за собою дискримінації виключно на основі раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії чи соціального походження.

Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (ЄКПЛ) у статті 14 та статті 1 Протоколу № 12 також закріплює принцип недискримінації.

Стаття 24 Конституції України гарантує громадянам рівні конституційні права і свободи та рівність перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального по-

1 Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_015.

2 Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_043.

ходження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.

З метою реалізації зазначених конституційних положень, визначення організаційно-правових засад запобігання та протидії дискримінації, забезпечення рівних можливостей щодо реалізації прав і свобод людини та громадянина ухвалено і діє Закон «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні»³, який вводить загальну заборону дискримінації за ознакою раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними.

Кримінальний кодекс України (стаття 161) встановлює кримінальну відповідальність за дії, спрямовані на порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками.

Специфіка справ про дискримінацію⁴, яка відрізняє їх від переважної більшості інших категорій справ, полягає в тому, що аргументація в них будується *на порівнянні*. Напевно, багатьом юристам чи адвокатам доводилося чути реакцію судді на посилання щодо того, що інші особи не піддаються тим обмеженням, які були встановлені щодо їхнього клієнта: суд, зазвичай, відмахується, посилаючись на те, що він розглядає законність вжитих заходів за конкретних обставин щодо сторін у справі і тому обставини, які стосуються інших осіб, не мають значення для цієї справи. З часом адвокати починають уникати спроб застосовувати порівняння з метою аргументації. Однак у справах про дискримінацію саме на такому порівнянні й має будуватися аргументація.

Тому перший крок у побудові аргументації – ідентифікація неоднакового ставлення, яка відбувається, зокрема, через пошук або

3 Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5207-17>.

4 Коли ми говоримо про справи цієї категорії, ми не обов'язково маємо на увазі позови, спрямовані на подолання дискримінації як такої. Це може бути лише частина багатокомпонентних справ, де використання антидискримінаційних стандартів може бути одним із способів доведення того, що закон має застосовуватися певним чином. Таку аргументацію може використати як позивач, так і відповідач, обвинувачений, потерпілий тощо.

вибір так званого *компаратора* — особи або групи осіб, з якими буде здійснюватися порівняння. Така група осіб має перебувати в аналогічному або максимально схожому становищі.

До цього етапу необхідно поставитися вкрай відповідально, бо невдалий вибір компаратора може поставити під загрозу результат справи. Показовий приклад у цьому контексті – рішення ЄСПЛ у справі *X та інші проти Австрії*⁵. В ній йшлося про право лесбійської пари на усиновлення дітей. Велика палата прямо у резолютивній частині рішення зазначила, що не вбачається порушення статті 14 Конвенції в поєднанні зі статтею 8, у порівнянні з *подружньою парою, у якій один з подружжя виявив бажання усиновити дитину іншого з подружжя*, але є таке порушення, у порівнянні з *неодруженою різностаттевою парою, у якій один з партнерів виявив бажання усиновити дитину іншого партнера*.

На жаль, не існує єдиного рецепту щодо пошуку компаратора, бо рішення в кожному випадку залежить від того аспекту, який слугуватиме підставою для порівняння. Проте як приклади можна навести порівняння чоловіків та жінок, порівняння осіб різного етнічного походження, порівняння різних мовних або вікових груп тощо. Єдина порада, яку можна надати в цьому контексті, та, що варто аналізувати не лише подібність ситуації, але й звертати увагу на відмінності, які часом можуть виправдати різне ставлення чи поведіння.

Викладене справедливе, коли ми говоримо про пряму дискримінацію — неоднакове ставлення до осіб, які перебувають у відносно схожому становищі. Однак існує і так звана *непряма дискримінація* — коли внаслідок застосування зовні нейтральних правил певна особа чи група осіб опиняється в гіршому становищі порівняно з іншими. Примітивніше непряму дискримінацію можна означити як однакове ставлення до осіб, що перебувають у різному становищі (або які потребують різного поводження). У разі непрямої дискримінації викладена логіка має зазнати інверсії. Зокрема, значення набуває не схожість з компаратором, а, навпаки, відмінності, які позбавляють “жертву” можливості скористатися тими благами, які є доступними

5 *X and Others v. Austria*, No. 19010/07, 19/02/2013; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-116735>.

для інших (наприклад, недоступність певних місць для інвалідів). Проте подальша аргументація така сама.

Вибір компаратора – доволі творчий процес і не має обмежень, окрім логіки або здорового глузду. Але цей етап обумовлює наступний крок: визначення *ознаки*, за якою осіб відносять до тієї чи іншої групи — своєрідної “підстави класифікації”. Ознака може бути реальною або уявною (наприклад, віднесення особи до представників певної етнічної групи на підставі її зовнішності у разі, коли ця особа насправді не належить до цієї групи⁶), невідчужуваною (такою, як колір шкіри або етнічне походження) або змінною (такою, як громадянство, майновий стан тощо). В усякому разі, це має бути характеристика, за якою відбувається протиставлення потенційної жертви дискримінації та компаратора і через яку “жертву” позбавлено тих прав або привілеїв, які належать іншим.

Визначення ознаки є дуже важливим елементом, оскільки дискримінація відрізняється від вибіркового застосування закону або свавілля, в основі яких можуть лежати корупційні мотиви поведінки певних посадовців, зловживання посадовим становищем або інші подібні причини. Обмеження, що застосовуються до групи, яка має досить різноманітний склад за віком, статтю, етнічним походженням тощо, не завжди можуть бути визначені як дискримінація. Наприклад, не можна визнати дискримінацією вибіркове проведення перевірок контролюючими органами за принципом «кожний десятий» чи знесення павільйону одного з підприємців з метою залякати інших і примусити їх «домовлятися» з владою. Всі ці приклади стосуються випадків, коли неможливо виявити ознаку, що відрізняла б “жертву” від якоїсь іншої групи, яка не зазнала таких порушень, через що неможливо розглядати їх як прояви дискримінації (однак якщо причиною знесення павільйону стала належність до певної меншини або коли “кожен десятий” так само виявився представником певної етнічної меншини, то такі дії можуть становити дискримінацію⁷).

6 Див., наприклад, рішення ЄСПЛ у справі *Тімішев проти Російської Федерації*. (*Timishev v. Russia*), Nos. 55762/00, 55974/00, 13/12/2005; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-71627>.

7 Цікавий приклад – рішення ЄСПЛ у справі *Зарб Адамі проти Мальти*, яка буде розглянута далі.

Ознакою, за якою відбувається дискримінація, є не лише те, що відрізняє компаратора від жертви, яка претендує на таке саме ставлення, а головним чином, характеристика, що обумовлює різне ставлення чи поводження. Хоча ознак, за якими потенційна жертва дискримінації відрізняється від компаратора, може бути багато, значення мають лише ті з них, які покладені в основу неоднакового ставлення чи поводження.

У разі, коли дискримінація заснована на формальному положенні законодавства, ознака прямо чи опосередковано може бути виведена з тексту нормативного акта. Проте коли розрізнення не має формального підґрунтя і проявляється лише в адміністративній практиці, доведення того, що воно пов'язане з певною ознакою, може потребувати зусиль, інколи значних. Прикладом служать, зокрема, справи, пов'язані з розслідуванням расових мотивів злочину (точніше, з цілковитим ігноруванням таких мотивів) або дискримінацією у сфері трудових відносин.

Важливо мати на увазі, що термін «ознака»⁸, використаний в українському перекладі статті 14 Конвенції та статті 1 Протоколу № 12, має певні вади. В англomовному тексті цих статей використано термін «status», який за своїм змістом відрізняється від українського терміну «ознака» і є дещо ширшим. Цей термін може бути перекладений і як «характеристика» або «сукупність характеристик», і як власне «ознака», і навіть як «статус». «Звужений» переклад змісту Конвенції може привести до звуженого розуміння самого явища дискримінації, коли неможливість виявлення чіткої ознаки призводить до хибного висновку про відсутність дискримінації як такої.

Інколи трапляється, що навіть сам Суд відмовляється від чіткого визначення ознаки. Наприклад, у справі *Кліфт проти Сполученого Королівства*⁹ Суд не зміг цього зробити. Йшлося про право засуджених на умовно-дострокове звільнення, яке залежало від терміну ув'язнення. Суд зазначив, що в гіршому становищі опинилися особи, строк ув'язнення яких становив понад 15 років. При цьому ЄСПЛ також підкреслив, що хоча термін покарання має певний зв'язок з тяж-

⁸ В рос. перекладі – «признак».

⁹ *Clift v. the United Kingdom*, No. 7205/07, 13/07/2010; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99913>.

кістю злочину, проте існує ціла низка інших факторів, які впливають на призначення покарання, та відхилив той аргумент, що розрізнення у ставленні відбувалося за ознакою тяжкості скоєного злочину. Тому врешті-решт Суд обмежився висновком, що йдеться про “іншу ознаку в розумінні статті 14 Конвенції”, не надавши визначення такої ознаки (п. 61-63)¹⁰.

Цей термін – “інша ознака” – пряме відсилання до тексту статті 14 Конвенції, він свідчить про те, що перелік ознак є відкритим. Стаття 14 Конвенції, як і стаття 1 Протоколу № 12, містить орієнтовний перелік ознак, за якими може відбуватися дискримінація. Цей перелік інколи називають “поіменованими ознаками”, на відміну від “інших ознак”.

Поіменовані ознак – стать, раса, колір шкіри, мова, релігія, політичні чи інші переконання, національне чи соціальне походження, належність до національних меншин, майновий стан, народження.

В практиці ЄСПЛ напрацьовано низку додаткових ознак: військове звання, сімейний стан, сексуальна орієнтація, народження у шлюбі або поза шлюбом, професійний статус, інвалідність, громадянство, батьківство, членство в організації, місце проживання, стан здоров’я¹¹.

Серед цієї маси ознак також виділяють так звані “захищені ознаки”, щодо яких Суд застосовує найбільш жорсткий стандарт оцінки поведінки держави. Єдиної думки щодо переліку “захищених ознак” не існує¹². Зазвичай до таких відносять стать, расу, колір шкіри, релігію, політичні та інші переконання, сексуальну орієнтацію, а також народження дитини поза шлюбом.

10 Детальніше практику ЄСПЛ щодо ознаки проаналізовано в публікації «*The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights*». Janneke Gerards Human Rights Law Review (2013) 13 (1): 99–124.

11 Цитується за виданням: Посібник з європейського антидискримінаційного права, с. 127; – режим доступу: http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrim_law_UKR.pdf.

12 Для порівняння див. «Посібник з європейського антидискримінаційного права», с. 26–29, с. 95 та «INTERIGHTS. Руководство для юристов – Запрещение дискриминации в рамках Европейской конвенции о защите прав человека» (статья 14). – С. 20; – режим доступу: <http://www.interights.org/files/117/Article%2014%20Manual%20Russian%20translation.pdf>.

З методологічного погляду при встановленні ознаки, за якою відбувається дискримінація, варто спочатку спробувати скористатися вже сформованим переліком ознак і лише у разі, якщо жодна з них не стосується ситуації, але є переконання, що розрізнення дискримінаційне, варто намагатися визначити ознаку самостійно.

Наступний, третій, крок – оцінка становища, у якому опинилася “жертва”: чи є воно гіршим за становище компаратора. Зазвичай саме це і служить приводом, який породжує відчуття несправедливості. Однак інколи те, що внаслідок неоднакового ставлення певна особа опинилася в гіршому становищі, може викликати сумніви. Можна припустити, що такі сумніви є маркером того, що компаратор обрано неправильно і становище заявника не є подібним. Наявність сумнівів має спонукати до ретельнішого аналізу ситуації. Різне ставлення до осіб, які перебувають у різному становищі, не є дискримінацією.

Водночас неоднакове ставлення до осіб, які перебувають в подібному становищі, саме по собі не є дискримінацією. Воно може бути визнане дискримінацією лише за умови, якщо нема розумного та об’єктивного обґрунтування. Термін «розумне та об’єктивне обґрунтування» охоплює наявність легітимної мети та пропорційність вжитих заходів відносно цієї мети.

Легітимна мета – наріжний камінь, який визначає всю подальшу аргументацію. Насправді у переважній більшості випадків мету, наведену державою під час слухання у Європейському суді, останній бере до уваги. Наприклад, у справі *Костянтин Маркін проти Росії* відмова у наданні чоловікам відпустки для догляду за новонародженою дитиною була обґрунтована інтересами підтримки обороноздатності армії. У Бельгійській справі про мови запровадження мовної уніфікації було обґрунтоване метою забезпечення національної злагоди та примирення. Проте існують і винятки. Наприклад, у справі *Маркс проти Бельгії*, Суд відмовився визнавати, що позбавлення позашлюбних дітей права на спадкування може мати легітимну мету. Аналогічним чином, у згаданій справі *Костянтин Маркін проти Росії* Суд не визнав за легітимну мету підтримання традиційних уявлень про соціальну роль жінки в суспільстві.

Від мети, яка переслідується під час встановлення розрізнення, якщо вона буде визнана легітимною, залежать подальші висновки щодо пропорційності втручання.

Передовсім пропорційність оцінюється з тієї позиції, *чи взагалі досягає вжитий захід поставленої мети*. Наприклад, у справі *Кіютін проти Російської Федерації* мета захисту здоров'я населення не могла бути досягнута шляхом перевірки на наявність ВІЛ/СНІДу в осіб, які претендують на отримання дозволу на постійне проживання у країні, бо інші особи, які були носіями вірусу або хворіли на СНІД, зокрема сам заявник, могли безперешкодно потрапляти на територію Російської Федерації на інших підставах без отримання дозволу на постійне проживання.

У разі ж, коли мета досягається, необхідно оцінити, *чи не є тягар, покладений на заявника, надмірним, і чи не можна було досягти тієї ж мети менш обтяжливим для заявника способом*. Варто мати на увазі, що ЄСПЛ, поважаючи національний суверенітет, не береться визначати, які способи досягнення мети існують у державі. В цьому контексті Суд посилається на концепцію свободи розсуду, визнаючи за державами право самостійно визначати засоби досягнення поставленої мети. Проте національні суди, навпаки, виходячи з того ж принципу свободи розсуду, не позбавлені можливості самостійно оцінювати можливість використання менш обтяжливих способів втручання. А ретельність такої оцінки часто впливає на висновки Суду щодо додержання державою зобов'язань за статтею 14 Конвенції.

Посилаючись на свободу розсуду держави, ЄСПЛ бере до уваги вагомість інтересів, які та намагається захистити, та характер права заявника, що зазнає втручання.

Свобода розсуду держави ширша, коли:

- йдеться про важливу мету (захист від загрози існуванню нації, забезпечення національної злагоди тощо);
- йдеться про конвенційні права, які не є абсолютними й допускають втручання.

Водночас свобода розсуду є більш вузькою, якщо:

- існує європейський консенсус щодо врегулювання відносин у певній сфері;

- розрізнення ґрунтується на “захищених” ознаках;
- “жертвами” є представники груп, які традиційно стають жертвами дискримінації (хворі на ВІЛ/СНІД, роми, тощо).

Наведені переліки лише орієнтовні й не претендують на повноту. Вони приклад тих аспектів, які впливають на оцінку Судом меж свободи розсуду держави. Поважаючи державний суверенітет, Суд часто визнає, що національні органи перебувають у кращому становищі щодо оцінки обставин справи, і навіть наявність менш обтяжливих способів втручання у права “жертви” не порушує заборону дискримінації, якщо національні органи належним чином обґрунтували свій вибір засобів втручання. Але навіть широка свобода розсуду не зашкодить Суду визнати порушення Конвенції у разі, якщо результат дій держави несумісний з міжнародними стандартами прав людини.

Отже, побудова аргументації складається з таких етапів:

1. Ідентифікація неоднакового поводження/ставлення.
2. Пошук/вибір компаратора.
3. Визначення та доведення ознаки розрізнення.
4. Оцінка становища “жертви” у порівнянні з компаратором.
5. Перевірка наявності легітимної мети.
6. Перевірка пропорційності:
 - чи досягається мета вжитими заходами;
 - чи можна було досягти тієї ж мети менш обтяжливим способом;
 - чи не була перейдена межа свободи розсуду держави.

Але варто зауважити, що застосування описаного в цьому розділі алгоритму можливе не завжди. Наприклад, Суд не застосовує його у справах щодо насильства у сім’ї, оскільки це вже саме по собі є дискримінацією за загальноприйнятим визначенням. У таких справах Суд оминає етап кваліфікації ситуації і зосереджується на аналізі поведінки держави та встановлює відповідальність держави за дискримінацію у випадках, коли не були вжиті всі необхідні заходи для забезпечення прав заявника та його захисту.

Інший виняток – дискримінація за певними захищеними ознаками, такими, наприклад, як расова ознака або етнічне походження. У разі, коли заявник скаржиться на погане ставлення за цією ознакою, Суд зосереджується на аналізі того, чи дійсно вона була покладена в основу розрізнення, а переконавшись у цьому, визнає факт порушення. Мета встановлення розрізнення та питання пропорційності не мають значення у такому разі, і Суд не бере їх до уваги.

Надалі за цим алгоритмом будуть проаналізовані приклади зі справ щодо дискримінації (як з національної практики, так і з практики Європейського суду), а також надані приклади побудови аргументації у подібних ситуаціях.

ДИСКРИМІНАЦІЯ ЗА ОЗНАКОЮ СТАТІ

За статистикою Європейського суду, переважна більшість справ, у яких була визнана дискримінація за ознакою статі, стосується дискримінації чоловіків¹³.

У справах цієї категорії до ознаки статі належать також певні характеристики, що пов'язані зі статтю, наприклад здатність жінки народжувати дітей.

Здебільшого в рішеннях щодо дискримінації за ознакою статі констатоване неоднакове ставлення під впливом стереотипного уявлення про роль чоловіка та жінки у суспільстві або взагалі на підставі традицій, які не піддавалися переосмисленню під впливом нових реалій.

Один із прикладів дискримінаційного розрізнення за ознакою статі на підставі стереотипних уявлень – встановлення різних правил привласнення прізвищ для чоловіків і жінок.

Так, у справі *Бургарц проти Швейцарії*¹⁴ законодавством було встановлене обмеження на використання чоловіками прізвища дружини як другої частини власного дошлюбного прізвища (використання подвійного прізвища), тоді як жінки таким правом користувалися. Заявниками у справі є обоє з подружжя Бургарц, які мали швейцарське громадянство. Дружина мала також німецьке громадянство. Подружжя зареєструвало шлюб спочатку в Німеччині, й жінка залишила своє дошлюбне прізвище Бургарц, тоді як чоловік використовував подвійне прізвище Шнайдер-Бургарц. Але під час спроби внести відомості про зареєстрований шлюб під таким подвійним прізвищем до відповідного реєстру у Швейцарії пан Шнайдер-Бургарц дістав відмову. Спочатку подружжя було зареєстроване під прізвищем чоловіка, Шнайдер, але в подальшому внаслідок часткового задоволення скарги зареєстроване спільне прізвище було змінено на прізвище дружини Бургарц. У частині реєстрації під подвійним прізвищем чоловікові відмовили.

¹³ Це не означає, що жінки менше піддаються дискримінації, і стосується лише статистичних показників справ, розглянутих Судом.

¹⁴ *Burghartz v. Switzerland*, No. 16213/90, 22 February 1994; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-10409>.

Компаратор: Жінки, які вступають до шлюбу, у порівнянні з чоловіками, які вступають до шлюбу.

Ознака: Уряд не оспорував, що єдиною ознакою, за якою відбувалося розрізнення, була стать.

Чи опинилися заявники в гіршому становищі: Жінкам було дозволено обирати подвійне прізвище, тоді як чоловікам — ні.

Легітимна мета: Уряд Швейцарії посилався на те, що мета введення відповідних правил – забезпечення використання спільного прізвища як традиційної ознаки єдності сім'ї.

Висновки Суду: Європейський суд зазначив, що підтримання стереотипного уявлення про сім'ю не може бути визнане за легітимну мету. Тому ситуація, за якої чоловік не міг скористатися правами, наданими його дружині, може бути визнана за дискримінацію, через те що нема легітимної мети.

Коментар: Уряд Швейцарії оспорував статус жертви в пані Бургарц, яка змогла зберегти своє дошлюбне прізвище. Суд визнав за нею статус щонайменше непрямої жертви, бо обмеження щодо її чоловіка могли вплинути на їхній шлюб. Статус чоловіка як жертви не оспорував.

Пан Шнайдер-Бургарц покликався на те, що він науковець і саме під своїм прізвищем він відомий у наукових колах. Проте неможливість використання дошлюбного прізвища призводить до того, що в офіційних документах він був позначений лише як пан Бургарц. Разом з тим заявники також пояснювали, що спільне прізвище для них – важлива ознака шлюбного союзу.

Уряд не зміг довести, що таке розрізнення між чоловіком та жінкою мало легітимну мету, через що було встановлене порушення статті 14 Конвенції у поєднанні зі статтю 8 (дискримінація у поєднанні з правом на повагу до сімейного життя). Подальший аналіз у цій справі не має сенсу, бо, метафорично кажучи, урядові нічого покласти на терези зі свого боку. Проте варто звернути увагу, що один із важливих аргументів - посилання на характер професійної діяльності чоловіка, який до шлюбу вже був відомий під своїм прізвищем. У разі, якщо такого елементу не буде, напевно, можуть виникнути сумніви щодо наявності в чоловіка статусу жертви. Або, хоч там як,

необхідно детальніше аргументувати той аспект, чому такі відмінності мали негативний вплив на життя заявника.

Інший аспект – питання батьківства.

У справі *Расмуссен проти Данії*¹⁵ Європейський суд розглянув питання щодо строку на оскарження запису про батьківство дитини. Зокрема, право матері оспорити запис про батька дитини не було обмежене жодним терміном, тоді як аналогічне право чоловіка, записаного батьком, було обмежене річним терміном.

Компаратор: Батько дитини у порівнянні з матір'ю.

Ознака: Стать.

Чи опинилися заявники в гіршому становищі: Очевидно, що право батька на позов було обмежене терміном, який не поширювався на аналогічне право матері.

Легітимна мета: Уряд посилався на необхідність захищати інтереси дитини через правову визначеність і запобігати загрозі шантажу з боку батька, який може бути зацікавлений уникнути аліментних зобов'язань.

Пропорційність: Суд визнав, що інтереси батька та матері різні, бо інтереси матері у справах про оспорування батьківства зазвичай збігаються з інтересами її дитини. Отже, на терезах перебуває, з одного боку, інтерес дитини, а з другого — інтерес батька. Такі інтереси подібні (однорангові). Проте дитина перебуває у вразливішому становищі. У цій ситуації Суд визнав, що, встановлюючи термін оспорування батьківства для батька, держава не вийшла за межі наданої їй свободи розсуду. На висновок Суду вплинуло також те, що існував так званий європейський консенсус — аналогічні правила були встановлені у більшості європейських країн.

Коментар: Цю справу спочатку розглянула колишня Комісія. Вона визнала порушення, дійшовши висновку про непропорційність вжитих заходів. Комісія зауважила, що тієї ж мети можливо було досягти іншим шляхом — через “доктрину визнання”: чоловік, який визнав себе батьком дитини, але при цьому знав про народження

15 *Rasmussen v. Denmark*, No. 8777/79, 28 November 1984; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57563> Неофіційний переклад див. за покликанням: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_163.

дитини від іншого чоловіка, не мав права на оскарження батьківства¹⁶. Проте з таким висновком не погодився колишній Суд. Суд визнав, що, маючи певну свободу розсуду, держава має можливість самостійно обирати засоби досягнення зазначеної мети, через що встановлені обмеження не були непропорційними.

Цікава практика Суду щодо права на відпустку для догляду за дитиною.

У справі *Костянтин Маркін проти Російської Федерації*¹⁷ йшлося про неможливість батька-військовослужбовця отримати відпустку для догляду за дитиною, хоча таку відпустку могла дістати мати-військовослужбовець. Він обіймав посаду керівника підрозділу радіорозвідки. У його підпорядкуванні були жінки, його керівником також була жінка.

Компаратор: Жінки та чоловіки-невійськовослужбовці (два компаратори).

Ознака: Стать у поєднанні зі статусом військовослужбовця.

Легітимна мета: Уряд посилався на традиційний зв'язок між матір'ю та дитиною, а також на необхідність підтримання обороноздатності держави. Перший аспект, заснований на стереотипному уявленні про роль жінки у вихованні дитини, Суд відхилив, проте погодився з легітимним характером другої мети (підтримання обороноздатності).

Пропорційність: Передовсім Суд звернув увагу на абсолютний характер заборони для чоловіків-військовослужбовців дістати відпустку для догляду за дитиною. Окрім того, Суд також врахував, що держава не довела, що надання такої відпустки чоловікам дійсно підірве обороноздатність держави (зокрема, не було надано ніяких статистичних даних щодо кількості чоловіків, які б претендували на таку відпустку). Суд також зауважив, що, оскільки ту ж посаду могла

¹⁶ Для порівняння див. ч. 5 ст. 136 Сімейного кодексу України:

Не має права оспарювати батьківство особа, записана батьком дитини, якщо в момент реєстрації себе батьком дитини вона знала, що не є її батьком, а також особа, яка дала згоду на застосування допоміжних репродуктивних технологій відповідно до частини першої статті 123 цього Кодексу.

¹⁷ *Konstantin Markin v. Russia*, No. 30078/06, 22/03/2012; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109868>.

обіймати жінка, яка могла б скористатися правом на відпустку, таке обмеження не забезпечувало досягнення заявленої мети.

Коментар: Цю справу аж ніяк не можна тлумачити як таку, що визнає за чоловіками та жінками однакове право на отримання відпустки для догляду за дитиною. Головною причиною визнання порушення ЄКПЛ з боку Суду в цій справі слід вважати абсолютну заборону на отримання відпустки для догляду за дитиною для чоловіків-військовослужбовців. Проте якби законодавство РФ національним органам надало право дискреції, то висновки в цій справі могли б бути інші. Зокрема, на висновки вплинуло те, що К. Маркін обіймав посаду, на якій у нього як начальником, так і підлеглими були жінки; ба більше, його посаду також могла б обіймати жінка. Будь-яка з жінок могла б дістати відпустку. Тобто обмеження не було пов'язане з метою забезпечення обороноздатності. З іншого боку, якби йшлося про високопоставленого військовослужбовця з унікальними знаннями, досвідом, доступом до інформації тощо, то заборона на отримання такої відпустки могла б бути визнана цілком пропорційним втручанням (хоча це не означає, що обов'язково була б визнана такою).

ЄСПЛ також розглядав питання залучення чоловіків і жінок до виконання громадських обов'язків. У справі *Зарб Адамі проти Мальти*¹⁸ заявник був внесений до списку осіб, які можуть бути залучені до судочинства як члени журі присяжних. Він скаржився на те, що його залучали до участі в роботі журі частіше, ніж інших осіб (зокрема жінок), а також на те, що одного разу через неможливість з'явитися для участі в судовому процесі його оштрафували, а надалі ставилося питання про заміну несплаченого штрафу на позбавлення волі. Хоча закон встановлював однакові вимоги для чоловіків і жінок, на практиці жінки в списках кандидатів становили лише 3,05 %. Хоча в подальшому кількість жінок у списках кандидатів зростає, вона все одно залишалася непропорційно низькою. 1997 року кількість чоловіків у списку становила 7503 проти 2494 жінок, а на рік раніше — 4298 чоловіків проти 147 жінок.

18 *Zarb Adami v. Malta*, No.17209/02, 20/06/2006; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-75934>.

Компаратор: Жінки. Хоча чоловіки і жінки за законом мали рівний обов'язок щодо участі в роботі журі присяжних, виконання таких функцій покладалось переважно на чоловіків.

Ознака: Стать.

Легітимна мета: Суд зазначив, що така непропорційність участі жінок у роботі журі присяжних не може мати легітимної мети.

Коментар: Ця справа стосується непрямой дискримінації, коли законом встановлено нейтральне правило, яке лише через практику його застосування призвело до нерівномірного розподілу тягара серед населення. Ця справа цікава тому, що Суд надав великої ваги статистичним даним, хоча зазвичай скептично ставиться до них і бере їх до уваги лише сукупно з іншими вагомими доказами, які стосуються безпосередньо заявника.

Окрему категорію справ, які стосуються дискримінації за ознакою статі, становлять справи щодо насильства в сім'ї. Як приклад можна навести справу *Опуз проти Туреччини*¹⁹. Заявниця та її мати піддавалися неодноразовим актам насильства з боку чоловіка заявниці. Найсерйознішими з них були спроби наїзду автомобілем, внаслідок яких мати заявниці дістала тілесні ушкодження, та завдання ножових ран самій заявниці. Скарги, які заявниця та її мати подавали до поліції, вони згодом відкликали, через що поліція серйозно не реагувала на такі події. Кримінальне переслідування чоловіка відбувалося лише щодо окремих особливо серйозних випадків: наїзду і завдання ножових ран. Однак чоловікові заявниці було призначене м'яке покарання у вигляді штрафу з виплатою частками. Зрештою чоловік заявниці вбив матір заявниці і був засуджений за це до позбавлення волі. Проте на час оскарження вироку його звільнили з-під варти, і він знову почав погрожувати своїй дружині насильством.

Коментар: Ця справа – виняток із загальної парадигми аргументації. Розв'язуючи її, Суд пішов простішим шляхом: відповідно до висновків Комітету з ліквідації всіх форм дискримінації щодо жінок насильство такого роду, а також сімейне насильство саме по собі визнане дискримінацією. Аналогічну кваліфікацію надали Комісія ООН з прав людини та Міжамериканська комісія. Отже, щоб

19 *Opuz v. Turkey*, No.33401/02, 09/06/2009; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-92945>

визначити наявність дискримінації, не було потреби піддавати саму ситуацію ретельному аналізу. Натомість, Суд зосередився на аналізі того, чи дотрималася держава своїх позитивних зобов'язань щодо запобігання дискримінації.

Щоб визначити, чи є держава відповідальною за вчинене насильство, Суд звернувся до статистичних даних. Зокрема, Суд використав дані, надані місцевою колегією адвокатів, а також міжнародною правозахисною організацією «Amnesty International» та дійшов висновку, що місцева влада поблажливо ставиться до випадків сімейного насильства щодо жінок. Відтак було визнане порушення статті 14 Конвенції у поєднанні зі статтями 2 та 3 Конвенції.

У цій справі йдеться про непряму дискримінацію, бо законодавство Туреччини встановило певні гарантії для запобігання сімейному насильству, однак на практиці ці норми не мали ефекту.

У таких випадках аргументація на захист жертви насильства має полягати в площині позитивних зобов'язань щодо захисту жертви та проведення належного розслідування всіх випадків насильства незалежно від офіційного бажання жертви підтримувати такі заходи.

Стосовно України, питання насильства у сім'ї також залишається актуальним. На національному рівні питання захисті від побутового насильства регламентує Закон України "Про попередження насильства в сім'ї"²⁰. Однак цей закон виконує суто номінальну функцію та не забезпечує належного захисту на практиці.

20 Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2789-14>.

ДИСКРИМІНАЦІЯ ЗА ОЗНАКОЮ ІНВАЛІДНОСТІ ТА СТАНУ ЗДОРОВ'Я

За статтею 14 ЄКПЛ, так само як і за статтею 2 МПГПП, інвалідність і стан здоров'я не зазначені як ознаки дискримінації. Однак практика ЄСПЛ та Комітету ООН з прав людини свідчить про те, що їх розглядають як «інші ознаки» в розумінні статті 14 Конвенції та статті 2 Пакту.

З метою заохочення до поваги притаманної інвалідам гідності та забезпечення повного і рівного здійснення ними всіх прав людини і основоположних свобод ухвалено Конвенцію про права інвалідів від 13 грудня 2006 року (ратифікована Україною 16 грудня 2009 року, набрала чинності для неї 06 березня 2010 року)²¹. Конвенція визначає інвалідів як осіб «зі стійкими фізичними, психічними, інтелектуальними або сенсорними порушеннями, які під час взаємодії з різними бар'єрами можуть заважати їхній повній та ефективній участі в житті суспільства нарівні з іншими».

Відповідно до цієї Конвенції, **«дискримінація за ознакою інвалідності»** означає будь-яке розрізнення, виключення чи обмеження з причини інвалідності, метою або результатом якого є применшення або заперечення визнання, реалізації або здійснення нарівні з іншими всіх прав людини й основоположних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній, цивільній чи будь-якій іншій сфері. Вона включає всі форми дискримінації, у тому числі відмову в розумному пристосуванні.

З метою забезпечення рівних можливостей інвалідів у сфері реалізації їхніх прав, розроблено Стандартні правила забезпечення рівних можливостей для інвалідів, які були затверджені Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН № 48/96 від 20 грудня 1993 року²². Як норми м'якого права, що не мають зобов'язальної сили, ці Правила покликані роз'яснити та поглибити загальні гарантії прав людини в цій особливій сфері. Вони передбачають взяття державами серйозних моральних і політичних зобов'язань щодо забезпечення рівності

21 Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_g71.

22 Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_306.

можливостей для інвалідів. Правила також передбачають створення механізму контролю у вигляді спеціального доповідача Комісії соціального розвитку Економічної і соціальної ради ООН, який забезпечує їх ефективну реалізацію.

В Україні ухвалений і діє спеціальний Закон «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» від 21 березня 1991 року²³, який гарантує їм рівні з усіма іншими громадянами можливості для участі в економічній, політичній і соціальній сферах життя суспільства, створення необхідних умов, які дають можливість інвалідам ефективно реалізовувати права та свободи людини і громадянина та вести повноцінний спосіб життя згідно з індивідуальними можливостями, здібностями та інтересами. Закон зобов'язує державу створити умови для реалізації інвалідами прав нарівні з іншими громадянами, забезпечити їх соціальний захист та забороняє будь-яку дискримінацію за ознакою інвалідності. Відповідно до статі 2 Закону, інвалідом визнається особа *«зі стійким розладом функцій організму, що при взаємодії із зовнішнім середовищем може призводити до обмеження її життєдіяльності, внаслідок чого держава зобов'язана створити умови для реалізації нею прав нарівні з іншими громадянами та забезпечити їй соціальний захист»*.

У справі **Глор проти Швейцарії**²⁴ заявник скаржився на те, що, попри бажання пройти військову службу, його визнали непридатним через захворювання на цукровий діабет. Таке захворювання розцінювалось у Швейцарії як «незначне обмеження можливостей особи» та не вважалось інвалідністю. Водночас через непроходження військової служби він повинен був сплачувати податок у розмірі 716 швейцарських франків на рік. Проходження альтернативної (невійськової служби) могло б звільнити заявника від сплати податку, однак така можливість була передбачена лише для осіб, які відмовлялись від проходження військової служби через релігійні або інші «ідейні» підстави, та не передбачалась для тих, кого визнавали непридатним для проходження військової служби.

23 Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/875-12>.

24 *Glor v. Switzerland*, No. 13444/04, 30/04/2009; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-92525>.

Компаратор: Для порівняння із ситуацією заявника, якого звільнили від проходження військової служби на підставі незначного обмеження його можливостей, викликаного захворюванням, Суд обрав осіб з понад 40-відсотковою втратою працездатності і які вважались «інвалідами» за швейцарським законодавством. Такі особи не повинні були сплачувати податок за звільнення від проходження служби. На додаток, порівнювалась ситуація заявника, який висловлював бажання пройти альтернативну службу, із ситуацією осіб, які відмовлялись від проходження військової служби через релігійні або інші "ідейні" підстави та мали право на проходження альтернативної (невійськової) служби.

Ознака: Інвалідність заявника («незначне обмеження можливостей особи», ступінь непрацездатності якої не перевищував 40 %).

Чи опинився заявник в гіршому становищі: Заявник ані через проходження військової служби, ані через альтернативну службу не міг уникнути сплати податку. Отже, він перебував у гіршому становищі, ніж інваліди з понад 40-відсотковою втратою непрацездатності та особи, які відмовлялись від проходження служби із зазначених міркувань.

Легітимна мета: Держава вважала, що податок являв собою спробу справедливо вирівняти становище осіб, які змушені були проходити військову службу, з особами, яких звільняли від такого обов'язку. Податок був покликаний компенсувати звільнення від обов'язку з несення військової служби із зусиллями тих, хто змушений був проходити її. Так відбувався перерозподіл тягаря та обов'язків громадян. Суд визнав, що мета, про яку заявляв уряд, могла розглядатись як легітимна.

Пропорційність: Оцінюючи пропорційність, Суд зазначив, що в питаннях проходження військової служби та звільнення від неї, а так само в питаннях податків межі свободи розсуду держави ширші, але коли йдеться про права людини з обмеженими можливостями (представника особливо вразливої групи населення), то це звужує свободу розсуду держави у виборі засобів для досягнення поставленої мети.

Суд також визнав втручання непропорційним через негнучкість законодавчого регулювання, яке не враховувало становище за-

явника (він не міг пройти ані військову, ані альтернативну службу, а також не міг претендувати на звільнення від податку або зменшення його суми з огляду на фінансове становище).

Суд також врахував, що Швейцарія виявилася єдиною країною, яка запровадила податок на звільнення від військової служби осіб з обмеженими можливостями, а також те, що значна кількість країн Європи відмовилися від загального військового обов'язку та перейшли на контрактну форму військової служби.

Оцінюючи ці обставини сукупно, Суд дійшов висновку, що справедливого балансу між суспільними інтересами та повагою до прав заявника не було дотримано, що привело до порушення статті 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 8.

Коментар: Це була одна з перших справ, в якій суд встановив наявність дискримінації за ознакою інвалідності («іншою ознакою» в розумінні статті 14 Конвенції). Хоч швейцарське законодавство відносило заявника скоріше до кола осіб, частково непрацездатних, а не «інвалідів» як таких, Суд зайняв позицію, суть якої зводилась до того, що було б неправильно у розв'язанні цього питання покладатись лише на термінологію, використовувану в швейцарському законодавстві. До того ж уряд фактично погодився з тим, що заявник – людина з обмеженими можливостями через наявну в нього хворобу. За таких умов Суд вирішив, що розглядатиме заявника як особу, на яку поширюється дія Конвенції про права інвалідів та інші міжнародні акти, що стосуються захисту прав інвалідів.

Особливо вразливою групою, що піддається дискримінації практично в усіх сферах життя є також ВІЛ-інфіковані особи.

У справі *Кіютін проти Російської Федерації*²⁵ (депортація особи, в якій підтверджено ВІЛ-статус) заявник – громадянин Узбекистану, що переїхав жити до Росії, де одружився з громадянкою Росії і в них народилася донька. Після одруження заявник звернувся до уповноважених органів із клопотанням про отримання дозволу на проживання. У зв'язку з цим, відповідно до чинних у РФ правил, він змушений був пройти медичне обстеження, яке виявило в нього позитивний результат на ВІЛ (*серопозитивний* статус). Оскаржен-

25 *Kiyutin v. Russia*, No. 2700/10, 10/03/2011; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103904>.

ня відмови у наданні дозволу на проживання в суді нічого не дало. Згодом Федеральна міграційна служба вирішила, що заявник має покинути територію Росії, як особа, яка проживає в ній нелегально. Заявник стверджував, що його піддали дискримінації через його статус ВІЛ-інфікованого.

Компаратор: Інші іноземці, що звертаються з клопотанням про отримання дозволу на проживання на підставі родинних зв'язків у Росії.

Ознака: Стан здоров'я (наявність ВІЛ-інфекції)²⁶.

Чи опинився заявник в гіршому становищі: Через відмову в наданні дозволу на проживання ФМС Росії ухвалила рішення про притягнення заявника до адміністративної відповідальності у вигляді штрафу, а згодом про те, що заявник має покинути територію Росії добровільно або буде висланий примусово. Отже, через свій ВІЛ-позитивний статус, який позбавляв заявника можливості дістати дозвіл на проживання з сім'єю, він опинився в гіршому становищі, ніж інші іноземці.

Легітимна мета: Уряд зауважив, що відмова в наданні дозволу на проживання ВІЛ-інфікованій особі була обумовлена загрозою національній безпеці та існуванню загрози людству. Крім того, відповідач послався на те, що Конституційний суд зазначив у своєму рішенні, що такі обмеження мали на меті охорону громадського здоров'я. Висловивши сумніви в застосовності до ситуації із заявником першої мети, на яку посилався уряд, Суд погодився з тим, що охорона громадського здоров'я може розглядатись як легітимна мета за обставин цієї справи.

Пропорційність: Суд визнав, що зазначені заходи не досягали зазначеної мети, бо наявність захворювання не перешкоджала заявникові раніше, а також іншим особам перебувати на території РФ тимчасово (до трьох місяців протягом півроку), хоча й могла бути перешкодою для отримання дозволу на постійне проживання. Окрім того, РФ не вимагала проходження контролю від своїх громадян, які поверталися з-за кордону. При цьому Суд також врахував, що інфек-

26 Див. Резолюцію ПАРЕ 1116 (1989), яка визнала стан здоров'я як ознаку забороненого розрізнення, та Резолюцію ПАРЕ 1536 (2007), яка закликала держави боротися з будь-якими проявами дискримінації щодо осіб, які живуть з ВІЛ/СНІДом.

ція не передається випадково і в людей, які перебувають у контакті з ВІЛ-позитивними особами, є можливість захистити себе від інфекції

Коментар: У своєму рішенні Суд зазначив, що особи, інфіковані ВІЛ/СНІДом, належать до особливо вразливої групи, яка традиційно пов'язана з забобонами та піддається тавруванню. Щодо таких осіб свобода розсуду держави має бути значно вужчою у порівнянні з представниками інших груп. Крім того, наявний загальноєвропейський консенсус стосовно відмови від проходження особами, які звертаються по отримання дозволу на проживання, медичного обстеження на предмет ВІЛ/СНІДу також звужує цю свободу. Позаяк уряд не зміг переконливо довести, що обмежувальний захід, до якого він вдався і який мав для заявника негативні наслідки, сприяв досягненню заявленої мети – охороні громадського здоров'я, у Суду не було необхідності продовжувати аналіз справи з позиції оцінки альтернативних заходів, до яких міг би вдатись уряд і які могли б мати менший «травматичний» ефект для заявника.

Варто зазначити, що Російська Федерація не до кінця оцінила наслідки цього рішення Суду для своєї адміністративної практики й далі порушує права осіб, які живуть із ВІЛ/СНІДом. Прикладом такої практики може слугувати відмова у в'їзді до Росії громадянки України, яка проживала на її території з чоловіком та двома неповнолітніми дітьми. Відмова ґрунтується на наявній у жінки ВІЛ-інфекції. Згідно з установленим у РФ порядком, про наявність у особи серопозитивного статусу медичні заклади інформують Росспоживнагляд, який, своєю чергою, готує припис на адресу Федеральної прикордонної служби, яка автоматично вносить особу до списку тих, кому забороняється в'їзд. Справа наразі перебуває на стадії комунікації. Питання, які Європейський суд поставив урядові держави-відповідача, свідчать, що описана проблема набула в Росії системного характеру.

Справа *І. В. проти Греції*²⁷ стосувалася звільнення з роботи заявника, що став ВІЛ-інфікованим, на вимогу працівників підприємства, які не побажали надалі працювати з ним в одному колективі. Після того, як його колегам стало відомо про те, що ВІЛ-статус заявника підтвердився, вони стали вимагати від власника приватного

27 *I.B. v. Greece*, No. 552/10, 03/10/2013; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-127055>.

підприємства його звільнення, заявляючи про небезпеку, яка виходить від нього, та небажання працювати з ним в одному колективі. Зрештою роботодавець ухвалив рішення про звільнення.

Заявник звернувся до суду, оскаржуючи звільнення, яке, як він вважав, відбулось за дискримінаційною ознакою – наявністю в нього ВІЛ-інфекції. Суди першої та апеляційної інстанцій визнали звільнення незаконним, проте касаційний суд скасував рішення апеляційного суду та зазначив, що звільнення не ґрунтувалось на дискримінаційній ознаці, й у власника підприємства були законні підстави для цього.

Компаратор: Інші працівники, які працювали на одному підприємстві із заявником і не мали статусу ВІЛ-інфікованих.

Ознака: Стан здоров'я (наявність ВІЛ-інфекції).

Чи опинився заявник в гіршому становищі: Як тільки працівникам підприємства стало відомо про серопозитивний статус заявника, вони стали домагатись його звільнення, що і відбулося згодом. Причиною такої поведінки співробітників був підтверджений серопозитивний статус заявника. Отже, до заявника поставились менш сприятливо, ніж до будь-кого з інших працівників підприємства, які не були ВІЛ-інфікованими.

Легітимна мета: Уряд посилався на те, що інше ставлення до заявника було вимушеним з боку роботодавця та мало на меті «збереження нормальної робочої атмосфери на підприємстві».

Пропорційність: Суд зауважив, що національні суди, які розглядали справу заявника (першої та апеляційної інстанції) зважили, з одного боку, на необхідність збереження нормальної робочої атмосфери на підприємстві та його нормальної роботи, а з другого – інтереси заявника, який міг правомірно сподіватись на порозуміння та підтримку у важкій для нього життєвій ситуації. Водночас рішення касаційного суду не містило такого глибокого аналізу. Саме ретельний аналіз судами першої та другої інстанції обставин справи та брак такого аналізу в рішенні касаційної інстанції переконали ЄСПЛ. Зрештою Суд став на бік заявника.

Коментар: Суд вкотре підтвердив, що належність особи, яка зазнає різного поводження, до особливо вразливої групи, звужує

межі свободи розсуду держави у виборі засобів досягнення її легітимної мети.

Брак загальноєвропейського консенсусу в питанні законодавчої заборони на звільнення осіб (відмову у прийнятті на роботу, продовженні строку дії контракту) через серопозитивний статус не може свідчити про ширшу свободу розсуду держави, бо серед держав – членів Ради Європи існує «чітка тенденція до захисту» ВІЛ-інфікованих осіб від будь-якої дискримінації на роботі чи у зв'язку з роботою.

В Україні першою подібною справою була справа Олексія Волошина²⁸, який не побоявся розкрити свій ВІЛ-статус і домогся відновлення своїх прав у Новосанжарському районному суді. Підставою для звернення до суду стало його звільнення з посади водія редакції районної газети після того, як стало відомо про його серопозитивний статус. Рішенням суду від 18 жовтня 2004 року позов задовольнив районний суд, який стягнув на користь позивача моральну шкоду.

Ряд країн світу на сьогодні демонструють новий підхід до ВІЛ-інфекції, як до інвалідності (Канада, США, Сполучене Королівство, Німеччина, Норвегія). Відповідні положення внесені до законів цих країн щодо прав інвалідів.

У справі *G. N. та інші проти Італії*²⁹ заявники поскаржились до ЄСПЛ на дискримінацію з боку держави, яка полягала в різному ставленні до родичів померлих заявників (та одного з живих заявників), хворих на таласемію, щодо отримання компенсації за зараження на ВІЛ/СНІД та гепатит С.

Захворювання на гемофілію, що, як і захворювання на таласемію, вимагало періодичного переливання крові. У разі зараження крові, під час її переливання, хворі на гемофілію мали право на отримання компенсації від держави позасудовим порядком. Водночас хворі на таласемію могли отримати таку компенсацію лише на підставі судового рішення.

Компаратор: Група осіб, які страждали на інше захворювання, що вимагало періодичного переливання крові, та які мали право

28 Режим доступу: http://www.undp.org.ua/files/en_19317HIV_and_Judges.pdf, с. 74 – 75;

29 *G. N. and Others v. Italy*, № 43134/05, 01/12/2009; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-95926>.

на отримання компенсації позасудовим порядком у разі зараження. Схожість ситуації полягала в тому, що як у першому, так і в другому випадку особи страждали на спадкове захворювання, тобто яке мало генетичну природу (тип патології був спільний для обох груп). Як у першому, так і в другому випадку хвороби вимагали періодичного переливання крові, що створювало додатковий ризик зараження. І, нарешті, в обох випадках йшлося про відшкодування в разі такого зараження крові, яке мало різні наслідки – від нового захворювання до смерті.

Ознака: Стан здоров'я (тип захворювання, заснований на генетичній характеристиці особи). Суд зазначив, що різниця у поводженні на підставі генетичного захворювання – *«інша ознака»* в розумінні статті 14 Конвенції.

Чи опинились заявники в гіршому становищі: Позаяк хворі на гемофілію (або їхні родичі) могли скористатися спрощеною процедурою відшкодування, запропонованою державою, а хворі на таласемію змушені були отримувати таке саме відшкодування лише через судову процедуру, останні перебували в гіршому становищі проти представників першої групи.

Легітимна мета: Уряд посилався на необхідність раціонального використання державних коштів, зокрема шляхом укладення угод про врегулювання лише з представниками великої групи хворих, а саме хворих на гемофілію. Суд погодився з тим, що така мета могла розглядатись як легітимна.

Пропорційність: Італійський уряд стверджував, що надання державою окремій категорії хворих (або їхнім спадкоємцям) можливості отримувати компенсацію шляхом підписання мирової угоди, тобто в позасудовому порядку, необхідно розглядати як *«акт доброї волі»* з боку держави. Тому саме держава має визначати категорії осіб, які, на її думку, потребують найбільшого піклування шляхом спрощення окремих процедур.

Суд, частково погодившись з цим твердженням, зазначив, що хворі на таласемію належать до особливо вразливої групи осіб, тому свобода розсуду держави щодо встановлення різниці в поводженні має бути обмежена. Позаяк встановлення права на компенсацію розглядалось як виконання державою позитивного обов'язку за статтею

2 Конвенції, залишається незрозумілим, чому ставлення до окремих груп людей, які зазнали втручання в це право через фактично однакові дії (зараження внаслідок регулярного переливання крові), має бути різне.

Як і уряд, Суд визнав, що для того, щоб виконати процесуальні обов'язки відповідно до статті 2 Конвенції, національні влади не були зобов'язані запропонувати відшкодування людям, інфікованим внаслідок переливання крові або введення препаратів крові. Проте, як тільки таке рішення було ухвалене, заходи, що регулюють доступ до правового захисту в цьому питанні, не можуть ігнорувати гарантії, передбачені статтею 14 Конвенції.

Коментар: У своїй аргументації Суд додатково послався на Хартію основних прав Європейського Союзу³⁰, стаття 21 якої забороняє, зокрема, дискримінацію за ознакою генетичних характеристик.

Необхідність використання більш складної процедури звернення до суду для заявників, тоді як інша категорія осіб має змогу отримати компенсацію через спрощений порядок, Суд визнав дискримінацією.

До особливо вразливої групи, стосовно якої в держави вузька свобода розсуду щодо різниці у поводженні, слід віднести також осіб, визнаних недієздатними. Одна із сфер, де різниця у поводженні з такими особами прямо закріплена в українському законі, є право на отримання ними інформації відповідно до Закону «Про звернення громадян»³¹. Так, стаття 8 встановлює, що звернення осіб, визнаних судом недієздатними, не розглядаються, а стаття 16 доповнює це положення посиланням на те, що скаргу в інтересах недієздатної особи може подати лише законний представник такої особи.

Слід зазначити, що Уповноважений ВР України з прав людини свого часу привертала увагу до проблем, які виникають через законодавче обмеження права недієздатної особи на звернення. Зокрема, вона зверталась до Конституційного Суду з конституційним поданням щодо відповідності Конституції України положень частини другої статті 8 та другого речення частини четвертої статті 1 Закону України «Про звернення громадян».

30 Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_524.

31 Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80>.

При цьому формальна відмова Конституційного Суду у відкритті провадження за конституційним поданням Уповноваженого³² не може служити підставою для висновку про відсутність дискримінації. Знаючи, як ставляться суди України до оцінки доводів сторін, слід підкреслити, що під час розгляду конкретних справ необхідно обов'язково посилались на те, що така відмова не позбавляє особу права звертатись до суду по захист від дискримінації. Національні суди не можуть обґрунтовувати свої рішення висновками, викладеними Конституційним Судом в зазначеній ухвалі, бо відмова встановити неконституційність спірного положення закону була пов'язана з невідповідністю конституційного подання вимогам Конституції та Закону «Про Конституційний Суд» і не була відмовою по суті.

У разі виникнення подібних спорів можна брати за основу доводи, викладені в поданні Уповноваженого та доповнювати їх доводами про те, що різниця у ставленні до недієздатних осіб щодо можливості звернення на підставі Закону «Про звернення громадян» не має розумного і об'єктивного обґрунтування. В кожному окремому випадку суди зобов'язані вивчати ситуацію заявника індивідуально та надавати їй оцінку відповідно до алгоритму, який застосовує ЄСПЛ для встановлення дискримінації.

Схожа ситуація склалася у справі *Штукатуров проти Росії*³³. В ній заявника позбавили права самостійно оскаржити рішення про визнання його недієздатним. Хоча Суд відмовився розглядати скаргу в аспекті статті 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 6 на користь останньої, він, однак, визнав таку скаргу прийнятною. Отже, Суд непрямо підтвердив, що розрізнення за ознакою юридичного статусу, пов'язаного зі станом психічного здоров'я, може становити дискримінацію.

32 Ухвала від 11 червня 2014 року, справа № 2-61/2014; – режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=248754>

33 *Shtukaturov v. Russia*; No. 44009/05, 27/03/2008; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85611>.

ДИСКРИМІНАЦІЯ ЗА ОЗНАКОЮ РАСИ, НАЦІОНАЛЬНОГО ЧИ ЕТНІЧНОГО ПОХОДЖЕННЯ

Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (МКЛРД) визначає поняття «расової дискримінації», за-суджує будь-які її прояви та зобов'язує держави невідкладно всіма можливими способами проводити політику ліквідації всіх її форм³⁴.

Варто зазначити, що право дітей не піддаватись дискримінації додатково захищене положеннями Конвенції про права дитини³⁵, яка у статті 2 покладає на держави обов'язок поважати та забезпечувати «всі права, передбачені цією Конвенцією, за кожною дитиною, яка перебуває в межах їх юрисдикції, без будь-якої дискримінації незалежно від раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного, етнічного або соціального походження, майнового стану, стану здоров'я і народження дитини, її батьків чи законних опікунів або яких-небудь інших обставин». Крім того, Конвенція (стаття 30) встановлює заборону для держав, в яких існують «етнічні, релігійні або мовні меншості чи особи з числа корінного населення», відмовити дитині, яка належить до таких меншостей чи корінного населення, в реалізації права спільно з іншими членами її групи користуватися своєю культурою, сповідувати свою релігію і виконувати її обряди, а також користуватися рідною мовою.

Чіткого визначення поняття «раса», «етнос» у міжнародному правовому середовищі не існує.

До дослідження цього питання ЄСПЛ звертався у таких справах, як *Начова та інші проти Болгарії* (*Nachova and Others v. Bulgaria*), № 43577/98 та № 43579/98, 06 липня 2005 року; *Тімішев проти Росії* (*Timishev v. Russia*), № 55762/00 та № 55974/00, 13 грудня 2005 року; *Сейдіч та Фінці проти Боснії і Герцеговини* (*Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*), № 27996/06 та № 34836/06, 22 грудня 2009 року).

34 Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_105.

35 Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_021.

У своїй аргументації в цих справах Європейський суд виходив з того, що етнос і раса – взаємопов’язані поняття. Витоки поняття «раса» криються в ідеї біологічної класифікації людей на підвиди на підставі їхніх морфологічних особливостей, таких як колір шкіри чи риси обличчя. Своєю чергою, витоки поняття «етнос» засновані на ідеї існування соціальних груп, чії спільні риси – однакове національне походження, релігійні вірування, спільна мова, культура, традиції³⁶.

На підставі цього ЄСПЛ дійшов думки, що **дискримінація, заснована на етнічному походженні, є різновидністю расової дискримінації**.

Такий висновок Суду узгоджується з практикою Комітету ООН з прав людини, який виходить з того, що етнічне походження є складовою ознаки «раса», з положеннями статті 1 МКЛРД³⁷ та визначенням «расизму», яке міститься у загальнополітичній Рекомендації № 7, ухваленій 13 грудня 2002 року Європейською комісією проти расизму та нетерпимості (ЄКРН). У Рекомендації расизм визначено як «впевненість у тому, що такі підстави, як раса, колір шкіри, мова, релігія, громадянство та національне чи етнічне походження, виправдовують неповагу до особи або до групи осіб чи почуття переваги будь-якої особи або групи осіб»³⁸.

Відповідно до практики ЄСПЛ, такі чинники, як національність, релігія, мова, культура та традиції, розглядаються ним як невіддільні від поняття раси.

У справах про дискримінацію чітко визначення терміна «раса» та «етнос» не є самоціллю. Головне – надати докази існування дискримінації саме за будь-якою з цих ознак.

36 *Тімішев проти Російської Федерації*, п. 55; *Сейдіч та Фінці проти Боснії і Герцеговини*, п. 44.

37 У цій Конвенції вислів «расова дискримінація» означає будь-яке розрізнення, винятки, обмеження чи перевагу, основані на ознаках раси, кольору шкіри, родового, національного чи етнічного походження, мета або наслідок яких – знищення або применшення визнання, використання чи здійснення на рівних засадах прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній чи будь-яких інших галузях суспільного життя. (режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_105).

38 С. 5; – режим доступу: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf.

ЄКРН і Рамкове рішення Ради Європейського Союзу про боротьбу з деякими формами та проявами расизму і ксенофобії засобами кримінального права визначають расизм і ксенофобію як насильство чи ненависть, що спрямовані проти особи або групи осіб за ознаками «раси, кольору шкіри, релігії, родового, расового, національного чи етнічного походження».

Відповідно до статті 8 МКЛРД засновано Комітет з ліквідації расової дискримінації - орган, що відповідає за тлумачення положень Конвенції і моніторинг її дотримання. З метою недопущення ситуацій, коли держава позбавляла б захисту представників етнічних меншин, яких вона не визнає, зазначений Комітет визначив: якщо нема доказів протилежного, належність особи до конкретної расової чи етнічної групи визначається на підставі її *самоідентифікації*.

Враховуючи, що європейське законодавство забезпечує кращий захист від дискримінації саме за расовою ознакою, в певних випадках особа – жертва дискримінації за релігійною ознакою може порушувати питання про дискримінацію за ознакою раси чи етнічного походження, коли релігія може розглядатись як невіддільна частина расового чи етнічного походження (самовизначення). Як аргументи можна використовувати Рекомендацію № 7 ЄКРН та прецедентну практику ЄСПЛ³⁹.

Дискримінація за расовою або етнічною ознакою – особливо образливий вид дискримінації, на що неодноразово звертав увагу ЄСПЛ⁴⁰. Отже, коли стверджується про те, що різниця в поведженні була цілком або вирішальною мірою на підставі расової або етнічної ознаки, держава має використовувати всі доступні засоби для боротьби з расизмом і розслідування злочинів, які скоєно на цьому ґрунті.

За расової дискримінації зазвичай немає легітимної мети, що могла б виправдовувати різницю у поведженні.

Зокрема, наведений на початку цього посібника алгоритм аналізу майже непридатний для аналізу таких справ. Аргументація сторін у таких справах будується на визначенні того, чи було расове або

39 Седіч і Фінці, п. 43; Тімішев проти Росії, п. 55.

40 Начова та інші проти Болгарії, рішення Великої палати, п. 145; Тімішев проти Росії, п. 56.

етнічне походження єдиною підставою різного поводження і якщо так, то тоді питання наявності дискримінації є вирішеним. Подальший аналіз зводиться до визначення того, чи зробила держава зі свого боку все необхідне для запобігання дискримінації і чи може бути вона з цих підстав звільнена від відповідальності.

У справі *Тімішев проти Росії*⁴¹ заявник, чеченець за походженням, стверджував, що відмова у перетині адміністративного кордону між Інгушетією та Кабардино-Балкарською Республікою⁴² була основана на вимогах інструкції МВС, яка забороняла пропуск осіб чеченської національності на територію Кабардино-Балкарії. Держава-відповідач у Суді заперечувала, що етнічне походження заявника було єдиною підставою для заборони йому в перетині адміністративного кордону, і заявила, що вирішальним у відмові було те, що заявник наполягав на тому, щоб йому дозволили перетин кордону поза чергою. Відповідно, держава повинна була надати Судові докази того, що головною причиною відмінності у поводженні було не етнічне походження заявника, а його намагання перетнути кордон з порушенням встановленого порядку.

Невідомо яким було б рішення ЄСПЛ, якби державі-відповідачеві вдалося довести, що заявник дійсно порушив встановлений на адміністративному кордоні порядок, але послідовних і вірогідних доказів цього представники уряду надати не змогли, тому Суд вирішив, що етнічне походження заявника насправді виявилось єдиною підставою для відмови у перетині кордону. Будь-які виправдання різниці у поводженні з особами чеченського та нечеченського походження при реалізації ними права на свободу пересування не мали значення, бо, як зазначив ЄСПЛ, «ніяка різниця в поводженні, заснована цілком або вирішальною мірою на етнічному походженні особи, не може бути об'єктивно обґрунтована в сучасному демократичному суспільстві, побудованому на основі принципів плюралізму та поваги до різних культур»⁴³.

Отже, було порушення статті 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 2 Протоколу № 4 (право на свободу пересування).

41 *Тімішев проти Російської Федерації*.

42 Обидві республіки входять до складу Російської Федерації.

43 *Тімішев проти Росії*, п. 58.

Тому основні зусилля заявники мають зосереджувати не тільки на доведенні різниці в поводженні, але й на доведенні того, що таке розрізнення ґрунтувалось лише на ознаці раси чи етнічного походження, або що ця ознака була вирішальною для неоднакового ставлення.

Окрему групу справ, де порушуються питання дискримінації, становлять справи, в яких стверджується про расистський мотив насильницького злочину. Такі питання найчастіше постають у поєднанні зі статтями 2 та 3 ЄКПЛ.

У 1990-х роках громадськість Центральної та Східної Європи почала дедалі більше звертати увагу на те, що з боку поліції все частіше траплялися випадки насильства проти ромів. Водночас тодішня практика ЄСПЛ не враховувала расистських мотивів насилля. Погоджуючись з існуванням позитивних обов'язків держав щодо проведення ефективного розслідування фактів насильницького позбавлення життя, катування та нелюдського поводження, Суд, втім, не наважувався поширити такий самий підхід до випадків застосування насилля на стверджуваному расовому підґрунті.

Нарешті у справі *Начова та інші проти Болгарії*⁴⁴ Суд вирішив змінити свій підхід до таких справ.

Справа стосувалася смерті двох молодих ромських чоловіків яких застрелили в одному з ромських поселень, де вони ховалися після втечі з місця відбування покарання у вигляді позбавлення волі за самовільне залишення військової служби. В ході розслідування правомірності дій військового – майора Г., що керував операцією з розшуку і затримання втікачів і який відкрив вогонь на ураження, один зі свідків повідомив, що невдовзі після стрілянини майор Г. кричав на нього: «*ви чортіві цигани*». Посилаючись на велику кількість проявів дискримінації та ворожнечі щодо ромів у Болгарії, заявники – родичі загиблих говорили про порушення статті 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 2, вказуючи на те, що надмірне насильство до ромів було застосоване з боку представників влади саме через їхнє етнічне походження.

44 *Nachova and Others v. Bulgaria*, Nos. 43577/98, 43579/98; 06/07/2005; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69630>.

Рішенням Палати Суду від 26 лютого 2004 року встановлено порушення державою статті 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 2 як у процесуальному, так і в матеріальному аспекті. Іншими словами, Палата дійшла висновку, що вбивство заявників представником держави було вчинене на ґрунті расизму.

Велика палата Суду, яка переглядала справу, не погодилася з рішенням Палати щодо наявності порушення статті 14 у поєднанні зі статтею 2 в матеріальному аспекті. Зазначивши, що сама по собі нездатність держави провести ефективне розслідування обставин смерті внаслідок насильства, яке, за твердженням заявників, мало расове підґрунтя, не може означати, що таке насильство фактично мало расистський мотив. Інакше на державу покладався б непосильний тягар доведення, адже ефективність розслідування не вимагає обов'язкового встановлення осіб, винних у насильстві. Суд визнав, що він не мав достатньо доказів расистської мотивації злочину через те, що держава не змогла адекватно розслідувати можливість расистських мотивів злочину, попри вагомі підстави вважати, що такі мотиви можуть існувати. Отже, Велика палата дійшла висновку, що відповідальність держави в цій справі має обмежуватись порушенням статті 14 в поєднанні зі статтею 2 в її процесуальному аспекті, тобто в нездатності провести ефективне розслідування обставин спричинення смерті через расистський мотив.

Цінність цього рішення полягає в тому, що Суд встановив процедурні зобов'язання, згідно з якими держава має розслідувати дискримінаційні мотиви насильницьких злочинів, якщо є обґрунтована підозра щодо таких мотивів.

У справах, подібних до справи *Начова та інші проти Болгарії*, в формуванні доказової бази стороні заявника можуть допомогти:

- періодичні доповіді Комітету з ліквідації всіх форм расової дискримінації (*Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD*) – виконавчого органу ООН, який відповідає за нагляд і дотриманням МКЛРД;
- доповіді ЄКПР (зокрема щодо України)⁴⁵;

45 Режим доступу: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Ukraine/Ukraine_CBC_en.asp.

- звіти та доповіді Верховного комісара ОБСЄ у справах національних меншин⁴⁶.

Прикладом використання зазначених документів для аргументації може бути справа *Федорченко та Лозенко проти України*⁴⁷, в якій заявники, заявляючи про дискримінацію за етнічною ознакою, спирались на Другу доповідь ЄКРН щодо України від 14 грудня 2001 року. В доповіді йшлося про складне становище ромів/циган, яке терпить в Україні суворі соціально-економічні негаразди, а також стикається з проявами упередження, дискримінації та насильства з боку більшості населення, а іноді й з боку органів влади, зокрема працівників правоохоронних органів ... У цьому аспекті ЄКРН із занепокоєнням відзначила непоодинокі заяви про надмірне застосування сили, погане поводження, словесні образи та пошкодження майна працівниками правоохоронних органів. Дискримінаційна практика, на думку Комісії, є дуже поширеною і охоплює довільні перевірки, несанкціоновані обшуки, конфіскацію документів тощо.

Комісія також звернула увагу на повідомлення про те, що реакція міліції на злочини, що їх вчиняють представники основного населення проти ромів/циган, нерідко неадекватна. ЄКРН рекомендувала органам влади в Україні вжити заходів задля гарантування швидкого та ефективного реагування міліції на всі злочини, у тому числі вчинені проти ромів/циган, а також відповідно до наведених вище рекомендацій забезпечити, щоб належним чином був врахований расистський складник таких злочинів⁴⁸.

Справа стосувалась убивства членів родини заявників внаслідок підпалу будинку, в якому вони проживали. Заявники стверджували, що підпал вчинили працівники міліції, які так помстилися їм

46 Див., наприклад, Звіт про оцінку становища ромів в Україні та впливу поточної кризи (29 вересня 2014 р.); – режим доступу: <http://www.osce.org/uk/odihr/131776?download=true>; Звіт про стан справ із дотриманням прав людини та прав національних меншин, березень – квітень 2014 (12 травня 2014 р.); – режим доступу: <http://www.osce.org/uk/odihr/122193?download=true>.

47 *Fedorchenko and Lozenko v. Ukraine*, No. 387/03, 20/09/2012; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113119>.

48 Режим доступу: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Ukraine/UKR-CbC-II-2002-023-UKR.pdf>.

за відмову сплачувати щомісячний хабар за нібито прикриття незаконної діяльності в сфері обігу наркотичних засобів.

Зрештою в цій справі ЄСПЛ погодився з тим, що «з огляду на поширену дискримінацію ромів в Україні, як зазначається, зокрема, в доповіді ЄКРН, цілком може бути, що рішення спалити будинки тих, хто, як стверджувалося, був торгівцем наркотиками, на додаток до цього посилювалося національною ворожнечею, а отже, це питання потребувало перевірки». Нерозслідування можливого причинно-наслідкового зв'язку між стверджуваним расистським ставленням і нападом на родичів заявників було визнане порушенням статті 14 у поєднанні з процесуальним аспектом статті 2 Конвенції⁴⁹.

Як бачимо, від заявників не вимагали довести расистський мотив злочину, а необхідно (і достатньо) було лише підтвердити, що перед національними органами вони порушували питання щодо можливого расистського мотиву. Об'єктивно, такий зв'язок простежувався між наданою заявниками інформацією про те, що в один і той самий день підпалено декілька будинків, у яких мешкали сім'ї ромів/циган, та прямими расистськими заявами одного з обвинувачених, на що вказували свідки. На додаток, заявники посилались на висновки, що містились у доповіді ЄКРН від 14 грудня 2001 року, в якій йшлося про складне становище ромів/циган в Україні.

З іншого боку, від держави-відповідача не вимагалось доводити, що цих подій не було (до того ж спростовувати висновки ЄКРН перед Європейським судом взагалі не мало сенсу). Державі необхідно було надати докази того, що розслідування можливого причинно-наслідкового зв'язку між стверджуваним расистським ставленням і нападом на родичів заявників було проведене ефективним чином. Європейський суд виходив з того, що під час розслідування насильницьких злочинів державні органи мають **додатковий обов'язок** вжити всіх розумних заходів для того, щоб викрити расистський мотив і встановити, чи відігравали будь-яку роль у події національні ворожнеча або упередження. Його невиконання та однакове ставлення до випадків насильства та жорстокості, що мають расистське підґрунтя, і до подібних випадків без такого підґрунтя означає потурання специфічному характерові вчинків, які є особливо руйнівними

49 Федорченко та Лозенко проти України, п.п. 68–69.

для основоположних прав. Неспроможність провести розмежування між способами розв'язання ситуацій, що суттєво відрізняються одна від одної, може становити поводження, несумісне з вимогами статті 14 Конвенції.⁵⁰

Європейський суд визнає, що довести расистський мотив на практиці часто надзвичайно важко. Саме тому питання порушення статті 14 за расовою чи етнічною ознакою необхідно розглядати через призму дотримання державою-відповідачем зобов'язання розслідувати можливий расистський підтекст насильницького злочину. Водночас таке зобов'язання *не можна вважати абсолютним*, бо це покладало б на неї непосильний тягар. Отже обов'язок держави-відповідача щодо розслідування можливого расистського підтексту насильницького злочину «полягає у необхідності докласти всіх можливих зусиль, вжити всіх заходів, доцільних за обставин справи» з метою з'ясування наявності/відсутності зазначеного мотиву.⁵¹

Обсяг цього обов'язку залежить від важливості стверджуваного порушення права. Тобто, коли йдеться про право на життя, право не бути підданим катуванню, від держави вимагається більша ретельність і докладення більших зусиль у розслідуванні наявності расового мотиву.

Практика ЄСПЛ не завжди була прихильною до заявників, що в своїх скаргах стверджували про дискримінацію, особливо коли йшлося не про різне ставлення до осіб, які перебувають в аналогічній ситуації, а про необхідність різного ставлення до осіб, які перебувають у різних ситуаціях. Так, у справі *Чепмен проти Сполученого Королівства*⁵² Суд, хоч і погодився з тим, що статтю 8 ЄКПЛ слід тлумачити як таку, що надає специфічні права меншинам, водночас відмовився визнавати дискримінацію в ситуації, коли особі ромського походження місцева влада заборонила проживання у кибитці на земельній ділянці, яка належала заявниці. Заборона ґрунтувалась на

50 ЄКПЛ, *Федорченко та Лозенко проти України*, п. 65; *Начова та інші проти Болгарії*, п. 160; *Шечіч проти Хорватії* (*Šečić v. Croatia*, № 40116/02, 31.05.2007), п. 67.

51 Там само, п. 66; п. 159; п. 66.

52 ЄСПЛ, *Чепмен проти Сполученого Королівства* (*Chapman v. UK*), No. 27238/95; 18/01/2001; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59154>.

законодавчому обмеженні у можливості використовувати землі цієї місцевості для розміщення домів-фургонів.

Суд не погодився з тим, що ситуація заявниці відрізнялась від ситуації інших осіб (неромського походження) та вимагала іншої оцінки заборони, яка мала загальний характер, хоча було очевидно, що міри впливу загальної заборони на осіб, які не мають традицій кочування та проживання у кибитках-фургонах, та на осіб ромського походження, для яких такий спосіб життя – невіддільна частина їхнього етнічного самовизначення, були різні та мали різні наслідки для представників цих двох груп.

Навпаки, у рішенні Суд зазначив, що «надання циганці, яка незаконно встановила дім-фургон на певній території, іншого режиму, ніж нецигану чи будь-якій іншій особі, яка встановила дім на тій самій території, може породити серйозні проблеми відповідно до статті 14 Конвенції»⁵³ саме щодо осіб нециганського походження.

Зрештою, висновок Суду, що дискримінації не було, засновувався на тому, що Суд уже встановив факт законності та пропорційності втручання у право заявниці, гарантоване статтею 8 Конвенції.

У цій справі Судові не вистачило сміливості визнати непряму дискримінацію за расовою ознакою, хоча на той час вже була ухвалена Директива Ради ЄС 2000/43/ЄС від 29 червня 2000 року щодо імплементації принципу рівноправності осіб незалежно від расової або етнічної належності⁵⁴, яка у статті 2.2(b) дала означення непрямой (опосередкованої) дискримінації.

За два роки ЄКРН у Рекомендації № 7 від 13 грудня 2002 року дала аналогічне визначення непрямой дискримінації як ситуації, коли нейтральна, на перший погляд, правова норма, критерій, чи існуюча практика ставлять особу певної раси або етнічного походження в специфічне несприятливе становище проти інших осіб, якщо тільки зазначена норма, критерій чи усталена практика не є об'єктивно виправдані законною метою та засоби її досягнення не є належні та необхідні»⁵⁵.

⁵³ Там само, п. 95.

⁵⁴ Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a65.

⁵⁵ Стор. 5; – режим доступу: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf.

На час ухвалення зазначеної Рекомендації на розгляді Європейського суду перебувала справа *D. H. та інші проти Чеської Республіки*⁵⁶, яка була однією з перших справ, в якій Велика палата ЄСПЛ, не погодившись із попереднім рішенням Палати другої секції Суду (від 07.02.2006 р.), встановила порушення статті 14, кваліфікувавши ситуацію як випадок *непрямої дискримінації*.

Ця справа – приклад того, яким чином можна формувати стратегічні справи з метою впливу на розв’язання системної проблеми в державі.

Історія справи бере початок від 1998 року, коли Європейський центр прав ромів (ERRC) інвестував значні ресурси на розв’язання проблеми сегрегації в сфері освіти, що стосувалась передовсім ромських дітей, які через чинну політику та адміністративну практику змушені були навчатись окремо від інших дітей. Для цього держави Центральної та Східної Європи створювали окремі класи у школах чи навіть відправляли дітей до спеціальних шкіл, призначених для дітей з вадами розумового розвитку.

З метою формування стратегічної справи ERRC відібрав 18 дітей ромів (від 15 до 21 року), які мешкали в регіоні Острава (Чехія), та яких у різні проміжки часу скерували до спеціальних шкіл, в яких навчались діти, що мали труднощі в навчанні та не були здатні засвоїти шкільну програму.

Згідно з чинним на той час законом, рішення про це ухвалювались на підставі результатів тесту на визначення рівня розумового розвитку дитини, який проводився спеціалістами центру освітньої психології й допомоги дітям за попередньої згоди батьків дитини. Зміст тестів, що їх проходили учні, яких рекомендували до спеціалізованих закладів, розробили, виходячи з можливостей пересічних представників чеського населення, тому було цілком очевидне, що результати учнів з ромського середовища будуть гірші за результати інших учнів.

Статистичні дослідження засвідчили, що від 50 до 90 відсотків дітей-ромів за результатами тестів були направлені на навчання до спеціалізованих закладів та окремих класів у школах.

56 *D. H. and Others v. the Czech Republic*, №. 57325/00, 13/11/2007; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83256>.

Заявники, щодо яких були ухвалені такі рішення, оскаржили їх до регіонального департаменту освіти, який відмовив у задоволенні скарг, посилаючись на відсутність порушень закону під час проведення тестування та ухвалення рішень.

Далі заявники звернулись до Конституційного суду. Скарга ґрунтувалась на тому, що ситуація, в якій вони опинились, – результат адміністративної практики, що породила сегрегацію та расову дискримінацію. Заявники стверджували, що в країні фактично існували дві автономні освітні системи – для дітей-ромів у вигляді спеціальних навчальних закладів чи окремих класів у школах та для інших дітей у вигляді звичайних шкіл.

Конституційний суд відмовив у задоволенні скарги.

У скарзі до ЄСПЛ заявники, підтримувані EERRC (згодом до справи долучились як третя сторона INTERIGHTS та Human Rights Watch), зосередились на непрямій дискримінації, яку доти Суд не визнавав. Аргументація скарги будувалась на тому, що до спеціальних шкіл діти потрапляли на основі результатів тестів, які, на перший погляд, видавалися нейтральними, але в дійсності були орієнтовані на дітей, значно краще обізнаних з чеською мовою та культурою, ніж ромські діти. В результаті, як показали статистичні дослідження, ромських дітей відправляли до спеціальних шкіл у 27 разів частіше, ніж дітей іншого походження.

Отже, на думку заявників, була дискримінація у здійсненні права на освіту через етнічне походження дітей, тобто порушувалась стаття 2 Першого протоколу, взята окремо, а також у поєднанні зі статтею 14 Конвенції.

Посилаючись на те, що у питаннях освіти держава має ширшу свободу розсуду, Палата другої секції зазначила, що державі «не може бути заборонено запроваджувати спеціальні школи чи розробляти особливі програми для дітей, які зіштовхуються з труднощами у навчанні, а відтак мають специфічні потреби». Суд погодився з позицією уряду, що правила, відповідно до яких дітей направляли до спеціалізованих шкільних закладів, жодним чином не стосувались їхнього етнічного походження. Така практика мала законну мету – пристосування освітньої системи до розумових можливостей та проблем певних дітей. Суд додатково зауважив, що батькам заявни-

ків не вдалося спростувати висновки експертів стосовно розумових можливостей їхніх дітей.

У рішенні, ухваленому 07 лютого 2006 року Палата у складі 7 суддів дійшла висновку, що нема порушення статті 14 Конвенції, взятої у поєднанні зі статтею 2 Першого протоколу⁵⁷. Суд підтвердив свою позицію, що статистика сама по собі не є ефективним доказом для викриття практики, яка може бути класифікована як дискримінаційна⁵⁸.

Суддя від Португалії Ірней Кабрал Баррето, був єдиний, хто голосував за встановлення порушення статті 14 Конвенції, взятої у поєднанні зі статтею 2 Першого протоколу з мотивів, які виклав в окремій думці. Зокрема, він звернув увагу на такі обставини, які мали, на його погляд, привести Суд до висновку про те, що право заявників було порушене та відбулася дискримінація:

- уряд Чехії у своїй доповіді, поданій 01.04.1999 р. відповідно до пункту 1 Рамкової конвенції про захист національних меншин погодився із тим, що тести, про які йшлося вище, задумувались для більшості населення та не враховували специфіку ромів;
- статистичні дані свідчили про те, що в деяких спеціалізованих школах ромські діти становили 80–90 % від загальної кількості учнів;
- заявники, яких помістили до спеціалізованих шкільних закладів, не мали жодної ознаки психічного розладу.

Нарешті, К. Баретто наголосив, що вислів «*all different, all equal*»⁵⁹ має залишатись керівним принципом у невпинній боротьбі з дискримінацією відповідно до всіх аспектів статті 14 Конвенції, положення якої охоплюють як пряму, так і непряму дискримінацію, яка простежувалась у цій справі.

Згодом справу переглянула Велика палата Суду, яка 13 листопада 2007 року ухвалила протилежне рішення та встановила порушення статті 2 Першого Протоколу, взятої окремо, а також у поєднанні зі статтею 14 Конвенції.

57 *D. H. and Others v. the Czech Republic*.

58 Для порівняння див. справу *Зарб Адамі проти Мальти; Опуз проти Туреччини*.

59 «всі різні, всі рівні».

Передовсім це стало можливим внаслідок того, що Велика палата застосувала новий підхід до питання **тягара доведення**. Він полягає в тому, що коли заявник ініціює порушення справи *prima facie*⁶⁰ про дискримінацію, особливо коли така скарга містить посилення на надійні та значущі статистичні дані, тягар доведення переходить до держави, яка має надати розумне та об'єктивне обґрунтування різниці у поводженні.

Позиція ЄСПЛ у справі *D. H. та інші* полягала в тому, що він **сприйняв як встановлені факти** твердження заявників, які були підкріплені «вільною оцінкою всіх доказів, зокрема таких припущень, що можуть впливати з фактів та аргументів сторін». На думку Суду, «докази можуть ґрунтуватися на співіснуванні достатньо сильних, чітких та узгоджених між собою припущень чи аналогічних неспростовних презумпцій факту. Крім того, рівень переконливості, необхідний для ухвалення конкретного висновку, та пов'язаний із ним поділ обов'язку доведення, по суті, пов'язані зі специфікою фактів, природою скарги та конвенційним правом, порушення якого оскаржується»⁶¹.

Такий підхід виправдовується тим, що часто держава контролює більшість доказів, необхідних для обґрунтування скарги. Отже, коли наведені заявником факти виглядають переконливо і узгоджуються з наявними доказами, ЄСПЛ вважає їх встановленими, якщо тільки держава не наведе переконливого спростування цих фактів.

Фактично погодившись з міркуваннями, викладеними К. Барретто в його окремій думці, Велика палата використала його аргументи у пунктах 199 – 201, 207 свого рішення.

Попередньо Суд зауважив, що там, «де різниця в поводженні заснована на ознаках раси, кольору шкіри або етнічного походження, поняття об'єктивного і розумного виправдання повинні тлумачитися настільки суворо, наскільки це можливо»⁶². Далі Суд погодився із тим, що чинна система розміщення дітей ромів до спеціальних шкіл породжує сегрегацію в навчальному процесі (там само, п. 198). Сприймаючи заперечення уряду, що прагнув пояснити відмінність у поводженні

60 «на перший погляд».

61 *D. H. та інші проти Чеської Республіки*, п. 178.

62 *D. H. та інші проти Чеської Республіки*, п. 196.

з дітьми ромів і дітьми іншого походження необхідністю адаптації системи освіти до здібностей дітей з особливими потребами як легітимну мету, що могла виправдовувати відмінність у поводженні, Суд водночас дійшов висновку, що об'єктивного і розумного обґрунтування, як і розумної сумірності між використаними засобами та переслідуваною метою в цій справі не існувало (там само, п. 208).

Уряд додатково посилався на те, що батьки деяких з заявників надали письмову згоду на поміщення їхніх дітей до спеціалізованих шкіл. У зв'язку з цим Суд зробив зауваження, яке він раніше висловлював уже в своїй практиці, суть якого зводиться до того, що:

- по-перше, така згода буде означати прийняття відмінності в поводженні, навіть якщо вона має дискримінаційний характер, іншими словами вона означатиме відмову від права не піддаватися дискримінації. Відповідно до прецедентного права Суду, відмова від права, гарантованого Конвенцією, тією мірою, якою така відмова допускається, повинна бути встановлена в недвозначній формі і надаватись на основі інформованої згоди⁶³. За обставин цієї справи Суд, вважає, що батьки циганських дітей, як члени неблагополучної спільноти і часто малоосвічені, не були здатні оцінити всі аспекти ситуації та наслідки наданої ними згоди. До того ж, як визнав уряд, згода в цьому випадку надавалась за допомогою підпису у попередньо заповненій формі, яка не містила жодної інформації про відмінності між навчальними програмами загальних і спеціалізованих шкіл;
- по-друге, заборона расової дискримінації має фундаментальний характер, тому відмова від права не піддаватись расовій дискримінації не може бути прийнята, бо це суперечило б важливим суспільним інтересам⁶⁴.

Справа *D. H. та інші проти Чеської Республіки* показова в тому сенсі, що вона демонструє, яким чином на практику ЄСПЛ вплива-

63 *Pfeifer and Plankl v. Austria*, № 10802/84; 25/02/1992, пп. 37–38; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57753>.

64 *D. H. та інші проти Чеської Республіки*, п. 204; *Hermi v. Italy*, № 18114/02, 18/10/2006, п. 73; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-77543>.

ють стандарти Європейського Союзу, та як вона приводиться у відповідність з цими стандартами. Стаття 2.2(b) Директиви Ради ЄС 2000/43/ЄС про реалізацію принципу рівного ставлення незалежно від расової чи етнічної належності визначає непряму дискримінацію як ситуацію, «коли на перший погляд нейтральне положення, критерій або практика ставлять особу певного расового чи етнічного походження у конкретне несприятливе становище порівняно з іншими особами». Пославшись на цю Директиву у своєму рішенні, Велика палата погодилась із тим, що «відмінність у ставленні може проявлятися у формі непропорційно шкідливих наслідків загальної політики чи заходу, які, попри своє нейтральне формулювання, дискримінують певну групу осіб»⁶⁵, та кваліфікувала ситуацію з заявниками як «непряму дискримінацію».

І хоча Велика палата не посилалась на історичне рішення судді Верховного суду США Ерла Уоррена від 17 травня 1954 року у справі *Brown v. The Board of Education of Topeka*⁶⁶, яке поклало край расовій сегрегації освіти у США, можна з впевненістю сказати, що досвід цієї справи не тільки надихав представників ERRC на перемогу, але й слугував певним орієнтиром для суддів ЄСПЛ. Рішення Верховного суду визнало санкціоновану державою сегрегацію у сфері державної освіти неконституційною, такою, що порушує 14 поправку до Конституції США.

Кожного разу, коли заборона чи правило має загальний характер і не робить жодного винятку, існує ризик непрямой дискримінації щодо особи або групи осіб, які перебувають у ситуації, відмінній від ситуації інших осіб, для яких така заборона чи правило не породжує негативних наслідків.

Це може стосуватись, наприклад, таких повсякденних речей, як вимога до відвідувачів знімати головні убори або заборона входити до державних установ у довгому одязі. На перший погляд, ці вимоги однакові для всіх відвідувачів і прямо не стосуються питання дискримінації. Однак, якщо особа належить до етнічної групи, одна з ознак самоідентифікації якої – носіння головного убору чи довгого одягу, то вона може опинитись у не вигідному становищі у порів-

65 D. H. та інші проти Чеської Республіки, п. 184.

66 Режим доступу: <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=87>.

нянні з представниками інших етнічних груп, для яких ані головний убір, ані довгий одяг не мають жодного значення.

Тобто вимога загального характеру, яка не враховує особливостей представників окремих етнічних груп, може породжувати ситуацію, що розглядатиметься як непряма дискримінація. Чи встановить наявність дискримінації Суд, залежатиме від того, чи мав такий захід легітимну мету та чи був від пропорційний.

Як приклад можна навести справу, що розглядала Австрійська комісія з питань рівного поводження. Перед нею постало питання, чи можна вважати дискримінацією заборону чоловікові, який походив з спільноти сикхів⁶⁷, увійти до приміщення Віденського суду через його відмову зняти ритуальний меч. Чоловік посилався на те, що носіння такого меча є традиційним для представників його етнічної групи, сповідуючих сикхизм. Погодившись із тим, що різниця в ставленні була, австрійський суд, втім, відмовився визнавати дискримінацію у цій справі, бо, на думку суду, така різниця мала легітимну мету – убезпечення суду, а саме втручання в право заявника не було непропорційним.

В Україні поширена практика, коли потенційні роботодавці вимагають обов'язковим порядком фото претендентів, які подають резюме для проходження конкурсу при прийнятті на роботу. Особи, що мають, на перший погляд, чітко виражену «кавказьку зовнішність», дуже часто не проходять навіть першого етапу конкурсу і не запрошуються на співбесіди. В таких ситуаціях можна порушувати питання щодо дискримінації за расовою ознакою. З метою формування доказової бази доцільно вимагати надання роботодавцем відомостей про етнічне походження всіх претендентів і порівнювати ці показники з кількістю осіб, допущених до проходження наступного етапу конкурсу, прийнятих/не прийнятих на роботу. Якщо таке порівняння свідчатиме про те, що на роботу приймали або на другий етап конкурсу зазвичай допускали осіб лише зі «слов'янською» зовнішністю, роботодавець зобов'язаний буде надати обґрунтоване та розумне пояснення такої різниці в поводженні.

67 Сикхи належать до специфічної етноконфесійної групи, яку об'єднує не тільки походження від одного з індійських народів, але й спільна релігія – сикхизм.

Міжнародні документи в сфері запобігання та боротьби з дискримінацією відрізняються за обсягом захисту, який вони надають.

Так, МПГПП надає захист від будь-яких проявів дискримінації незалежно від наявності зв'язку з іншими правами, гарантованими Пактом.

Стаття 14 ЄКПЛ, навпаки, встановлює принцип недискримінації лише у взаємозв'язку з правами, які захищають інші статті Конвенції та протоколів до неї⁶⁸.

Доповнюючи обсяг захисту, передбачений статтею 14, загальна заборона дискримінації щодо здійснення **будь-якого права**, передбаченого законом, встановлена у статті 1 Протоколу № 12. Вона передбачає, що «здійснення будь-якого передбаченого законом права забезпечується без дискримінації за будь-якою ознакою, наприклад за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національної меншини, майнового стану, народження або за іншою ознакою».

У справі *Сейдіч та Фінці проти Боснії і Герцеговини*⁶⁹ (БіГ) ЄСПЛ вперше розглянув по суті питання порушення статті 1 Протоколу № 12 та застосував до неї ті самі принципи, стандарти та критерії, що й до дискримінації за статтею 14 Конвенції, бо предмет регулювання, на думку Суду, один і той самий, відмінність полягає в обсязі прав, які захищаються (п. 55). Такий підхід узгоджується зі змістом Пояснювальної доповіді до Протоколу № 12, у якій зазначено, що стаття 1 передбачає положення про недискримінацію, яке має загальний характер і тим самим дозволяє поширювати сферу захисту далі, ніж «користування правами і свободами, визнаними в Конвенції».

Зокрема, додаткова сфера захисту, відповідно до статті 1, стосується випадків, коли дискримінація має місце:

68 ЄСПЛ, *Федорченко та Лозенко проти України*, п. 63 – «стаття 14 Європейської конвенції має чітко визначену сферу дії, бо забороняє дискримінацію лише щодо прав, закріплених у Конвенції, а не дискримінацію як таку»; *Шассану та інші проти Франції* (*Chassagnou and Others v. France*), № 25088/94, № 28331/95 та № 28443/95, 29 квітня 1999 року), п. 89.

69 *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, Nos. 27996/06, 34836/06, 22/12/2009; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96491>.

- i) при здійсненні будь-якого права, спеціально гарантованого фізичній особі в національному законодавстві;
- ii) при здійсненні права, яке впливає з ясного зобов'язання публічної влади, зафіксованого в національному законодавстві, а саме коли публічна влада бере на себе, згідно з національним законодавством, зобов'язання діяти відповідним чином;
- iii) з боку публічної влади при здійсненні нею дискреційних повноважень (наприклад, призначення деяких субсидій);
- iv) в результаті будь-якої іншої дії або бездіяльності публічної влади (наприклад, поведінку співробітників правоохоронних органів при придушенні заклоту).

Справа *Сейдіч та Фінці* стосувалась неможливості для заявників, представників єврейської та ромської спільнот, взяти участь у виборах до Палати народів Парламентської асамблеї БіГ та до Президії БіГ через відмову від декларування своєї належності до одного з «державотвірних» народів – босняків, сербів чи хорватів. Обов'язок з такого декларування, як підстава для участі у виборах, був закріплений у результаті миротворчого процесу з врегулювання конфлікту 1990-х років, який передбачав механізми розподілу владних повноважень між основними етнічними групами.

Заявники стверджували, що така вимога, яка призвела до обмеження їхніх прав, була дискримінаційною за ознакою расового чи етнічного походження.

ЄСПЛ спочатку підтвердив свій висновок про те, що дискримінація на підставі етнічного походження особи – форма расової дискримінації. Далі він розглянув питання щодо обмеження участі заявників у виборах до законодавчого органу та дійшов висновку, що право заявників на участь у виборах до Палати народів, яке було обмежене, підпадає під сферу дії статті 3 Першого протоколу до Конвенції. Не заперечуючи наявності у держави-відповідача легітимної мети на виправдання різниці у поводженні (відновлення миру), ЄСПЛ встановив порушення статті 14 у поєднанні зі статтею 3 Першого протоколу. До такого висновку Суд дійшов на такій підставі:

- раніше він уже висловлювався стосовно того, що у разі, коли різниця в поводженні виправдовується цілком або вирішаль-

ною мірою етнічним походженням особи, це не може бути виправдане ніякими об'єктивними міркуваннями;

- у цій справі різниця у поводженні існувала лише через етнічне походження заявників;
- Венеціанська комісія надала в цій справі висновок стосовно існування альтернативних механізмів розподілу владних повноважень, які не вилучають автоматично представників інших спільнот з політичного життя держави і суд погодився з тим, що така можливість насправді існувала;
- ставши членом РЄ у 2002 році та ратифікувавши Конвенцію і протоколи до неї, Боснія і Герцеговина добровільно погодилася привести протягом року своє виборче законодавство у відповідність до стандартів РЄ, однак цього зроблено не було;
- можливості балотуватись на виборах до Палати народів протягом *тривалого періоду* не було у заявників і така тривалість не має об'єктивного та розумного виправдання.

Щодо неможливості взяти участь у виборах до Президії БіГ, Суд відзначив, що цю частину скарги заявників слід розглядати в світлі статті 1 Протоколу № 12 до Конвенції, бо вона стосується «права, визнаного законом», зокрема законом «Про вибори» 2001 року. Через обставини справи та ознаки, за якими заявників фактично позбавили права на участь у виборах до органу, який не являється законодавчим, ЄСПЛ визнав порушення статті 1 Протоколу № 1 з тих самих міркувань, які стосувались обмежень у виборах до Палати народів.

Сферами, в яких дискримінація на расовому підґрунті продовжує викликати занепокоєння в Україні, залишаються: насильство з боку державних і недержавних осіб та структур; переслідування та систематичний збір даних щодо представників певних етнічних груп у кримінальній юстиції; повідомлення у ЗМІ про затримання за підозрою у вчиненні правопорушень тих чи інших осіб з акцентом на їхньому етнічному походженні; дискримінація в соціальній та економічній сферах, передовсім щодо місця проживання/реєстрації, охорони здоров'я, освіти, працевлаштування, а також соціального обслуговування представників ромів.

ДИСКРИМІНАЦІЯ ЗА ОЗНАКОЮ МОВИ

Розглядаючи побудову аргументації у мовних справах, варто зазначити, що питання дискримінації за ознакою мови має розрізнятися залежно від того, чи відповідні відносини приватні, чи публічні.

Окрім того, слід також мати на увазі, що ситуації, у яких виникає питання дискримінації за ознакою мови, можуть бути здебільшого розглянуті в аспекті непрямої дискримінації: зазвичай йдеться про встановлення однакових для всіх правил використання мови, але вони викликають нарікання з боку певних національних меншин або мовних груп.

Проте мова має особливе значення в суспільстві. З одного боку, це канал комунікації, з другого — елемент культури, носій історії, образу мислення тощо.

Тому вибір того чи іншого каналу спілкування в офіційних відносинах належить цілковито до сфери розсуду держави. Запровадження різноманіття мов може призвести до економічних та логістичних складнощів. У більшості справ, які стосувалися мовних аспектів і в яких заявники порушували питання дискримінації за цією ознакою, Європейський суд не знаходив порушень.

Водночас, коли йдеться про приватну сферу, то заборона на використання мови або будь-які інші обмеження можуть бути визнані несумісними з положеннями статті 14 Конвенції.

Наприклад, ЄСПЛ розглянув цілу низку справ, які стосувалися транслітерації імен.

У справі *Булгаков проти України*⁷⁰ заявник оскаржував написання у паспорті його імені «Дмитрий Владимирович» українською мовою як «Дмитро Володимирович». ЄСПЛ не знайшов у цій справі ознак дискримінації, бо таке написання імені відповідало усталеній практиці використання схожих імен в українській та російській мовах, а також ніяким чином не було пов'язане з етнічним походженням заявника. Щодо пропорційності, Суд також зазначив, що заявник не був позбавлений можливості вимагати іншого написання його імені укра-

70 *Bulgakov v. Ukraine*, No.59894/00, 11/09/2007; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-82241>.

їнською мовою або змінити ім'я через процедуру зміни імені. У справі *Кемаль Ташкін та ін. проти Туреччини*⁷¹ Суд визнав, що держава мала за мету забезпечення лінгвістичної уніфікації у сфері публічних та адміністративних послуг. Суд також послався на міжнародну практику в цьому аспекті, засновану на міжнародних договорах.

У *Бельгійській справі про мови*⁷² заявники порушували питання щодо права на освіту дітей на рідній мові. Ця справа була пов'язана з мовною уніфікацією різних регіонів Бельгії, яка призвела до того, що представники франкомовної меншості у фламандських регіонах втратили можливість навчатися французькою мовою. Хоча у справі ставилося питання про дискримінацію за мовною ознакою у шести аспектах, Суд визнав порушення лише за одним, який можна пов'язати скоріше з місцем проживання, аніж з рідною мовою.

Насправді, практика міжнародного судочинства в аспекті мовної дискримінації з рішеннями, які б визнавали дискримінацію, не дуже поширена. Зокрема, можна знайти нечисленні рішення КПЛ ООН, де визнано дискримінацію. Наприклад, у справі *Діргаардт та ін. проти Намібії*⁷³ КПЛ визнав дискримінацію тому, що державним службовцям заборонили надавати відповіді місцевою мовою, навіть якщо вони могли та/або хотіли це зробити. Натомість, вони були зобов'язані використовувати лише англійську мову, яка в Намібії мала статус офіційної.

У справі *Ігнатане проти Латвії*⁷⁴ КПЛ визнав дискримінацію з тих підстав, що заявниця не була допущена до участі у виборах через те, що володіння державною мовою не було підтверджено спеціально уповноваженою національною установою.

Отже, у питаннях визначення правил використання мови держава має широку свободу розсуду. Порушення заборони дискримінації може бути визнане лише в окремих випадках, які не показові.

71 *Kemal Taşkın et Autres c. Turquie* Nos. 30206/04, 37038/04, 43681/04, 02/02/2010; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97088>.

72 *Case «Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium» v. Belgium (Merits)* Nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23/07/1968.

73 *Diergaardt et al. v. Namibia*; Communication No 760/1997; 25 July 2000; – режим доступу: http://www.bayefsky.com/html/101_namibia760vws.php.

74 *Ignatane v. Latvia*; Communication No. 884/1999; 25 July 2001; – режим доступу: http://www.bayefsky.com/pdf/102_latvia884.pdf.

ДИСКРИМІНАЦІЯ ЗА ОЗНАКОЮ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ

Місце проживання належить до так званих «інших» ознак дискримінації⁷⁵. Тобто це не так звана «поіменована» або «захищена» ознака. Проте це не означає, що віднесення до категорії «інших ознак» робить її менш значущою проти поіменованих ознак або такою, за якої створення нерівних умов допустиме.

Для нашої країни дискримінація за ознакою місця проживання – відлуння радянського інституту прописки. Радянська прописка була спробою закріпачення людей, намаганням тотально контролювати громадян, які в очах держави були не особистостями, а «людськими ресурсами».

Насправді прописка, попри її зовні формальний вигляд, створювала перешкоди в реалізації громадянами свободи пересування. Зокрема, соціальні, медичні послуги, середню освіту, тощо можна було дістати лише за місцем прописки. Тому людина не могла надовго залишити місце своєї прописки, бо була прикута до відповідних служб та інститутів.

Хоча стаття 33 Конституції України гарантує кожному, хто на законних підставах перебуває на її території, свободу пересування, вільний вибір місця проживання ... за винятком обмежень, які встановлюються законом, насправді ця норма не завжди діє.

Власне, в контексті цього посібника має значення не свобода пересування як така, а саме те, що її обмежує, — дискримінація за ознакою місця проживання. Така дискримінація проявляється у випадках, коли особа стикається з неможливістю реалізувати свої права або скористатися послугами через штамп у паспорті про реєстрацію місця проживання у певній місцевості або — що кричущіше — через нестачу такого штампу.

75 Додатково див.: А.Г. Осипов. Дискриминация по признакам, связанным с местом жительства – основные аспекты и контуры проблемы; – режим доступу: http://demoscope.ru/weekly/2009/0361/analit05.php#_FNR_1.

Доволі свіжий приклад дискримінації за ознакою місця проживання – справа *Пічкур проти України*⁷⁶. У ній йшлося про право громадянина, який проживав за кордоном, на отримання пенсії на рівні з іншими громадянами України. Європейський суд визнав порушення статті 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 1 Першого протоколу⁷⁷.

У цій справі заявник скаржився на відмову національних органів сплачувати йому пенсію через те, що він виїхав на постійне місце проживання за кордон до Німеччини. У 1996 році, відпрацювавши сорок років в Україні, він став пенсіонером і почав отримувати пенсію. У серпні 2000 року заявник виїхав до Німеччини. Перед своїм від'їздом він мав повідомити місцеве управління Пенсійного фонду України про те, що залишає країну для постійного проживання за кордоном, та отримати шість місячних пенсій наперед, із подальшим припиненням усіх пенсійних виплат протягом усього періоду його перебування за кордоном. Проте він цього не зробив. Отримувати пенсію від його імені була уповноважена його мати.

Компаратор: Інші пенсіонери, які постійно проживають в Україні; Суд також звернув увагу, що в разі повернення до України заявник мав би право на поновлення виплат.

Ознака: Місце проживання.

Легітимна мета: У цій справі легітимна мета не була сформульована. Однак аналіз обставин свідчить про те, що мета була пов'язана з технічними складнощами при виплаті пенсії у разі виїзду особи за кордон.

Висновок Суду: У контексті Конвенції Міжнародної організації праці (МОП) про мінімальні норми соціального забезпечення

76 *Pichkur v. Ukraine*, No. 10441/06, 07/11/2013; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-127810> Неофіційний переклад див.: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_984

77 Варто зазначити, що для цієї справи мав значення характер пенсії, на яку претендував заявник. Суд зазначив, що заявник, пропрацювавши багато років у своїй країні та сплативши внески до системи пенсійного забезпечення, був зовсім позбавлений права на пенсію лише на тій підставі, що він більше не проживає на території України. Якби йшлося про соціальну пенсію, яку держава призначає на власний розсуд, рішення могло б бути інше. Хоча це лише припущення.

1952 року⁷⁸, які в цілому дозволяла державам встановлювати правила, подібні до тих, які оспорював заявник, Суд зазначив, що він не позбавлений можливості встановлювати більш високі стандарти. Він також зазначив, що підвищення мобільності населення, зростання міжнародного співробітництва та інтеграції, а також розвиток банківського обслуговування та інформаційних технологій більше не виправдовують переважно технічних обмежень щодо осіб, які отримують соціальні виплати, проживаючи за кордоном, що могли вважатися розумними на початку 1950-х років, коли розроблялася Конвенція ТОП 1952 року.

Коли йдеться про дискримінацію за ознакою місця проживання, насправді точніша назва цієї категорії справ – *дискримінація за ознакою, пов'язаною із місцем проживання, чи за ознакою поточної або колишньої територіальної належності*.

Загалом, не можна стверджувати, що вимоги про реєстрацію місця проживання абсолютно несумісні зі стандартами прав людини. Напевно, держава може вести облік громадян з метою бюджетного планування, правильного розподілу ресурсів тощо. Держава навіть може встановлювати відповідальність за недотримання вимог щодо реєстрації місця проживання. Але така відповідальність, втім, не може бути підставою для обмеження реалізації прав.

Варто зазначити, що в Україні багато зроблено для подолання радянської системи. Зокрема, крім низки правових норм, до яких ми звернемося далі, запроваджено систему «єдиного вікна» (наприклад, під час реєстрації автомобільного транспорту), яка дозволяє отримувати державні послуги у будь-якому куточку України.

Проте, це не унеможливляє випадки прямої дискримінації. Часом така дискримінація – наслідок «усталеної практики», часом — наслідок погано усвідомлених спроб за одним разом розв'язати всі проблеми управлінського характеру.

Таким прикладом, зокрема, служить встановлення особливо-го режиму надання банківських послуг громадянам, які мають зареєстроване місце проживання на тимчасово окупованій території України — в АР Крим та м. Севастополі.

78 Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_011.

В іншому розділі цього посібника згадується постанова Правління НБУ № 699 від 3 листопада 2014 року “Про застосування окремих норм валютного законодавства під час режиму тимчасової окупації на території вільної економічної зони «Крим» або постанова КМУ від 4 березня 2015 р. № 79 “Деякі питання оформлення і видачі довідки про взяття на облік особи, яка переміщується з тимчасово окупованої території України або району проведення антитерористичної операції”⁷⁹.

Зокрема, зазначена постанова правління НБУ встановлює правила, за якими для цілей застосування нормативно-правових актів Національного банку України особа, місце перебування якої (зареєстрована/постійно проживає) на території вільної економічної зони “Крим” (далі – суб’єкт Криму), прирівнюється до нерезидента. Надання статусу нерезидента призвело до того, що громадяни України, які мають зареєстроване місце проживання у Криму, були позбавлені можливості отримання цілої низки банківських послуг. Зокрема, статус нерезидента дозволяє відкривати банківський рахунок з особливим режимом, який обмежує отримання коштів від інших громадян та організацій. Статус нерезидента також унеможлиблює легальну купівлю громадянами України з кримською реєстрацією іноземної валюти. Загалом таке регулювання обмежує можливості ведення підприємницької діяльності тощо.

Пізніше НБУ вніс до зазначеної постанови зміни⁸⁰, відповідно до яких передбачив, що фізична особа, яка є внутрішньо переміщеною особою (ВПО) та отримала передбачену законодавством України довідку, що засвідчує її проживання на материковій частині України, – резидент України. Для цілей ідентифікації ВПО місце її проживання на території України – адреса житла, зазначена в довідці.

79 Перший із зазначених актів у сфері надання банківських послуг прирівнює всіх осіб, які мають зареєстроване місце проживання на території АР Крим та м. Севастополя, до нерезидентів, за винятком випадків, коли такі громадяни зареєструвалися як внутрішньо переміщені особи. Другий — встановлює обов’язкову перевірку фактичного місця проживання громадянина під час оформлення довідки про взяття на облік особи, яка переміщується з тимчасово окупованої території України або району проведення антитерористичної операції.

80 Див. постанову правління НБУ № 810 від 16 грудня 2014 року: – режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0810500-14>.

Проте Кабінет Міністрів України згаданою вище постановою передбачив, що отримання довідки має супроводжуватися перевіркою фактичного місця проживання громадянина представниками Державної міграційної служби із залученням працівників територіальних органів і підрозділів Міністерства внутрішніх справ, представників інших органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування.

Внаслідок цього можна виокремити п'ять груп осіб, щодо яких встановлені обмеження діють по-різному (або взагалі не діють):

- громадяни України, які зареєстровані і постійно проживають у Криму, та не мають довідки ВПО: вони фактично позбавлені можливості користуватися банківськими послугами;
- громадяни України, місце проживання яких зареєстроване у Криму, але які залишили тимчасово окуповану територію після 16 березня 2014 року: такі особи мають можливість отримати довідку ВПО і, отже, відновити статус резидента на наступні 6 місяців;
- громадяни України, місце проживання яких зареєстроване у Криму, але які вже тривалий час проживають на материковій частині України, залишили тимчасово окуповану територію до 16 березня 2014 року: такі особи позбавлені можливості отримати довідку ВПО і, отже, взагалі не можуть відновити статус резидента на наступні 6 місяців;
- громадяни України, місце проживання яких зареєстроване у Криму, але які час від часу подорожують на материкову частину України без наміру залишити тимчасово окуповану територію (тобто не ВПО): вони позбавлені доступу до банківських послуг;
- громадяни України, місце проживання яких зареєстроване на материковій частині України, але які тривалий час проживають у Криму і не мають наміру залишити тимчасово окуповану територію. Кількість таких громадян, які в суді довели, що вони без реєстрації місця проживання тривалий час проживали на території Криму, за різними джерелами становить понад 15 тис. чоловік (разом з м. Севастополем). Тобто кількість ВПО з Криму та м. Севастополя сумірна з кількістю осіб, які залишили тимчасово окуповану територію.

Виокремлення цих груп та аналіз наслідків застосування до них відповідних норм – приклад побудови аргументації у справах щодо дискримінації. Зокрема, це має значення для порівняння. Компаратором будуть як названі групи поміж собою, так і громадяни України, які мають зареєстроване місце проживання та фактично проживають у будь-якому іншому регіоні України, аніж окупована територія.

Очевидно, що вимога отримання довідки про взяття на облік особи, яка переміщується з тимчасово окупованої території України, – додаткова умова для дістання рівного доступу до банківських послуг. Отже, сама по собі така вимога вже ставить громадян у нерівне становище. Але правила, за якими для отримання такої довідки також необхідно пройти перевірку фактичного місця проживання, роблять відмінність у ставленні ще істотнішою. Наприклад, будь-які інші громадяни України під час реєстрації місця проживання взагалі не зобов'язані проходити перевірку того, чи проживають вони фактично за зазначеною ними адресою.

Окрім того, розрізнення зазначених груп має значення для оцінення пропорційності втручання з боку держави. У цьому випадку важливо те, чи досягають встановлені обмеження поставленої мети. Хоча мету встановлення таких обмежень важко сформулювати (і це не мета позивача під час розгляду справ щодо дискримінації), очевидно, що деякі із зазначених груп уникають обмежень, а деякі, навпаки, не можуть скористатися наданими законодавством винятками.

Так, хоча за змістом постанови НБУ вона мала б поширюватися на громадян, які не тільки зареєстровані у Криму, але й тих, хто там фактично проживає, маючи реєстрацію в іншому регіоні України, останні можуть уникнути будь-яких незручностей, бо їх фактичне місце проживання неможливо проконтролювати. І навпаки, громадяни, які, маючи кримську реєстрацію, виїхали на материкову частину України ще до початку окупації і тривалий час проживають тут, не можуть отримати довідку про взяття на облік особи, яка переміщується з тимчасово окупованої території України. А отже, вони взагалі позбавлені можливості уникнути негативних наслідків.

Але варто зазначити, що наведений приклад аргументації актуальний тоді, коли йдеться про сферу надання банківських послуг.

В аспекті соціальних виплат такі дії з боку влади можуть бути цілком виправдані, якщо вони мають на меті контроль за законністю їх отримання та запобігання зловживанню цим правом.

Загалом же необхідно враховувати національне законодавство, яке надає доволі широкі можливості для побудови захисту. Зокрема, варто звернути увагу на такі норми.

Відповідно до статті 24 Конституції України громадяни мають рівні конституційні права і свободи та рівні перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками (...) місця проживання (...) або іншими ознаками.

Стаття 2 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» передбачає, що реєстрація місця проживання чи місця перебування особи або її відсутність не можуть бути умовою реалізації прав і свобод, передбачених Конституцією, законами чи міжнародними договорами України, або підставою для їх обмеження.

Згідно зі статтею 3 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», місце проживання – житло, розташоване на території адміністративно-територіальної одиниці, в якому особа проживає постійно або тимчасово. Відповідно до статті 29 ЦК України місце проживання фізичної особи – житло, в якому вона проживає постійно або тимчасово.

Частина шоста статті 29 ЦК України дозволяє фізичній особі мати *кілька місць проживання*.

Відповідно до статті 1 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України», тимчасово окупована територія України (далі - тимчасово окупована територія) – невіддільна частина території України, на яку поширюється дія Конституції та законів України.

Згідно зі статтею 3 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» для цілей цього Закону тимчасово окупованою територією визначається територія Автономної Республіки Крим та міста Севастополя.

Стаття 18 цього Закону гарантує громадянам України дотримання у повному обсязі їхніх прав і свобод, передбачених Конституцією України, у тому числі соціальних, трудових, виборчих прав та права на освіту, після залишення ними тимчасово окупованої території.

Відповідно до статті 6 Основ законодавства України про охорону здоров'я кожний громадянин України має право на охорону здоров'я, що передбачає кваліфіковану медичну допомогу, зокрема вільний вибір лікаря. Це право деталізоване в статті 38, яка передбачає, що кожний пацієнт, який досяг чотирнадцяти років і який звернувся по надання йому медичної допомоги, має право на вільний вибір лікаря, якщо останній може запропонувати свої послуги, а також, коли це виправдано його станом, бути прийнятим у будь-якому закладі охорони здоров'я за своїм вибором, якщо цей заклад має можливість забезпечити відповідне лікування.

Хоча право на вільний вибір лікаря та закладу охорони здоров'я пов'язане зі станом здоров'я або можливістю лікаря запропонувати послуги, насправді це не може бути умовою для відмови у наданні послуг через те, що громадянин не зареєстрований на території обслуговування відповідного закладу.

Згідно зі ст. 51 Закону України «Про освіту», вихованці, учні, студенти, курсанти, слухачі, стажисти, клінічні ординатори, аспіранти, докторанти мають гарантоване державою право на вибір навчального закладу, форми навчання, освітньо-професійних та індивідуальних програм, позакласних занять.

Хоча в цьому разі йдеться про «вибір», а не «вільний вибір», що передбачає можливість обмеження, насправді таке обмеження ніяким чином не може бути пов'язане з місцем проживання.

ІНШІ ПІДСТАВИ ДИСКРИМІНАЦІЇ (ГРОМАДЯНСТВО ТА ПОХОДЖЕННЯ/ НАРОДЖЕННЯ)

У справі *Гайгузус проти Австрії*⁸¹ йшлося про громадянина Туреччини, якому відмовили у виплаті допомоги на випадок втрати працездатності з тих мотивів, що він не громадянин Австрії.

Компаратор: Громадяни Австрії, з якими заявник нарівні працював і сплачував внески на соціальне страхування на випадок безробіття. Заявник також легально проживав на території Австрії (був резидент).

Ознака: Громадянство.

Легітимна мета: Уряд Австрії посилався на особливу відповідальність держави перед *власними* громадянами (на відміну від громадян інших держав), її обов'язок турбуватись про них і забезпечувати їхні основні потреби.

Коментар: У цій справі Суд не зазначив, чи визнає він наведену мету за легітимну. ЄСПЛ виходив із того, що різне ставлення до австрійців та неавстрійців у ситуаціях, коли вони потребують державної допомоги, не має розумного та об'єктивного обґрунтування. З посиланням на свою прецедентну практику Суд зазначив, що лише вагомі аргументи можуть виправдати різне ставлення, яке ґрунтується лише на підставі громадянства.

Ситуацію щодо дискримінації за походженням (народженням поза шлюбом) розглянув Європейський суд у справі *Маркс проти Бельгії*⁸². У ній йшлося про різницю у статусі дітей, народжених у шлюбі та поза шлюбом. Зокрема, це стосувалося запису про матір дитини. Мати дитини, яка перебувала у шлюбі, реєструвалася як така одразу при реєстрації народження. Проте мати, яка не перебувала у

81 Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58060>.

82 *Marckx v. Belgium*, No.6833/74, 13/06/1979; – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534> Переклад: <http://europeancourt.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/marks-protiv-belgii-postanovlenie-evropejskogo-suda/>.

шлюбі, мала пройти процедуру, подібну до всиновлення. У подальшому розрізнення також полягало у праві позашлюбних дітей на спадкування після такої матері. Однак у будь-якому разі не виникало також юридичного зв'язку дитини з іншими родичами, такими як баба або дід.

Компаратор: Матері, які народили дітей у шлюбі, та матері, які народили дітей поза шлюбом; діти, народжені у шлюбі, та діти, народжені поза шлюбом.

Ознака: Походження (народження поза шлюбом).

Легітимна мета:

- а) захист інтересів дитини з урахуванням того, що мати може не бажати брати на себе тягар догляду.
- б) підтримка традиційної сім'ї.
- в) захист матерів, які народжують дітей поза шлюбом, від надмірного тягара: за твердженням уряду аналогічні правила мали бути встановлені й щодо батьків (чоловіків), а для цього потрібно було провести реформу всієї галузі законодавства.
- г) захист родичів від небажаного спадкоємця.

Пропорційність: Суд визнав, що з урахуванням мети захисту дітей втручання непропорційне, бо уряд не довів, що матері, які народили дитину поза шлюбом, досить часто не бажають брати на себе тягар утримання такої дитини, на відміну від тих, що перебувають у шлюбі і які за законом зобов'язані утримувати народжену ними дитину. Суд також не переконали посилення уряду на те, що одинокі матері дійсно здебільшого бажають позбутися дитини, а також зазначив, що навіть у разі народження дитини у шлюбі, у матері може виникнути бажання позбутися такої дитини. Тому втручання непропорційне, бо мета захисту інтересів дитини не досягалася такими заходами.

Суд також зазначив, що:

- позашлюбна дитина має не менше право на встановлення юридичного зв'язку з матір'ю, ніж народжена у шлюбі;
- підтримка "традиційної сім'ї" не може завдавати шкоди інтересам "нетрадиційної сім'ї";

- існує європейський консенсус щодо рівності дітей, народжених у шлюбі, та позашлюбних дітей, і це істотно зменшує свободу розсуду держави в цій справі;
- не існує якогось “загального інтересу”, який позбавляв би дитину, народжену поза шлюбом, права на спадкування.

Коментар: Ця справа – одна з перших справ, яка вплинула на подальшу практику ЄСПЛ та на законодавство багатьох країн Європи. Вона цікава як за переліком проблем, що порушуються, так і за стилем викладення самого рішення.

АНТИДИСКРИМІНАЦІЙНА ЕКСПЕРТИЗА

Час від часу трапляються випадки, коли дискримінація – прямий наслідок ухвалення розпорядчих рішень або нормативних актів органами виконавчої влади. Приклади таких випадків – постанова правління НБУ № 699 від 3 листопада 2014 року “Про застосування окремих норм валютного законодавства під час режиму тимчасової окупації на території вільної економічної зони «Крим» та постанова КМУ від 4 березня 2015 р. № 79 “Деякі питання оформлення і видачі довідки про взяття на облік особи, яка переміщується з тимчасово окупованої території України або району проведення антитерористичної операції”⁸³.

Статтею 8 Закону України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні”⁸⁴ передбачено обов’язкове проведення антидискримінаційної експертизи у процесі нормотворення. Зокрема, обов’язковій антидискримінаційній експертизі підлягають проекти законів України, актів Президента України, інших нормативно-правових актів, що розробляються міністерствами, іншими центральними органами виконавчої влади, державними колегіальними органами, органами влади Автономної Республіки Крим, обласними, Київською та Севастопольською міськими державними адміністраціями.

Порядок проведення антидискримінаційної експертизи встановлено постановою КМУ від 30 січня 2013 р. № 61 “Питання проведення антидискримінаційної експертизи та громадської антидискримінаційної експертизи проектів нормативно-правових актів”⁸⁵.

Статтею 13 Закону України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні”⁸⁶ громадським організаціям також нада-

83 Перший із зазначених актів у сфері надання банківських послуг прирівнює всіх осіб, які мають зареєстроване місце проживання на території АР Крим та м. Севастополя, до нерезидентів, за винятком випадків, коли такі громадяни зареєструвалися як внутрішньо переміщені особи. Другий — встановлює обов’язкову перевірку фактичного місця проживання громадянина під час оформлення довідки про взяття на облік особи, яка переміщується з тимчасово окупованої території України або району проведення антитерористичної операції.

84 Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5207-17>.

85 Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/61-2013-п/>.

86 Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5207-17>.

но право проводити громадську антидискримінаційну експертизу проектів нормативно-правових актів і вживати інших заходів з метою запобігання дискримінації.

Постановою КМУ від 30 січня 2013 р. № 61⁸⁷ передбачено, що громадська антидискримінаційна експертиза проводиться громадськими організаціями, фізичними та юридичними особами в рамках публічного громадського обговорення проектів нормативно-правових актів відповідно до Порядку проведення консультацій з громадськістю з питань формування та реалізації державної політики⁸⁸, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р. № 996.

Цей порядок дещо звужує можливості громадськості щодо впливу на ухвалення нормативних актів. Зокрема, цим порядком передбачено проведення громадської антидискримінаційної експертизи у формі консультацій з громадськістю. Недолік такого порядку полягає в тому, що формальний результат таких консультацій залежить від державних органів.

Проте, зазначений недолік компенсується Порядком сприяння проведенню громадської експертизи діяльності органів виконавчої влади, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 5 листопада 2008 р. № 97689. Цей документ наділяє інститути громадянського суспільства можливість ініціативніше підходити до проведення громадських експертиз⁹⁰.

Зокрема, громадські організації, професійні та творчі спілки, організації роботодавців, благодійні і релігійні організації, органи самоорганізації населення, недержавні засоби масової інформації та інші непідприємницькі товариства і установи, легалізовані відповідно до законодавства, мають право безпосередньо звертатися до органів виконавчої влади з запитом про проведення громадської

87 Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/61-2013-п/>.

88 Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/996-2010-п/>.

89 Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/976-2008-п/>.

90 Хоча Указ Президента України від 15 вересня 2005 р. № 1276 «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики», відповідно до якого розроблено цей нормативний акт, втратив чинність, сам порядок залишається чинним.

експертизи. А відповідні державні органи зобов'язані сприяти проведеною такої експертизи.

Процедура проведення громадської експертизи доволі прозора. Вона передбачає як публікацію інформації про надходження запиту, так і подальше розміщення висновків громадської експертизи на спеціально створеному вебсайті «Громадянське суспільство і влада»⁹¹.

Предмет громадської експертизи не обмежено, через що його положення можуть бути застосовані також і з метою проведення громадської антидискримінаційної експертизи.

Все це наділяє правників широким спектром інструментів, придатних для захисту прав.

Насамперед у випадках, коли дискримінація – наслідок рішень органів державної влади, ефективним засобом захисту може бути оскарження відповідних нормативно-правових актів до суду. Серед інших аргументів акцент можна зробити на дослідженні питання про дотримання відповідного порядку ухвалення нормативно-правових актів. Непроведення експертизи саме по собі вже порушує порядок ухвалення нормативно-правового акта, що може бути підставою для його скасування.

На час звернення до суду позивач не завжди володіє вірогідною інформацією про те, чи була проведена антидискримінаційна експертиза, чи про якість складеного висновку. Але коли обставини справи дають підстави вважати, що певним нормативним актом порушено антидискримінаційні стандарти, варто виходити з того, що таку експертизу не проведено або проведено формально. Відповідне припущення може бути висловлене одразу у позовній заяві.

Припущення про неналежну якість експертного висновку може ґрунтуватися на тому, що оскаржуваний нормативний акт містить дискримінаційні положення та його не могла ухвалити у разі, якби це виявили на стадії ухвалення.

Хоча непроведення антидискримінаційної експертизи, як уже зазначено, може бути підставою для скасування відповідного нормативного акта, стратегію у справі не варто будувати на одному лише

91 Режим доступу: <http://civic.kmu.gov.ua/>.

припущенні про наявність формального порушення. Продуктивнішою видається стратегія, яка передбачає проведення аналізу якості висновку антидискримінаційної експертизи, а також надання альтернативних висновків.

Недолік чинного порядку проведення антидискримінаційної експертизи – її проводить той самий орган, який розробляє відповідний нормативно-правовий акт і для якого проведення такої експертизи – зайвий клопіт. Тому, на жаль, практика свідчить, що розраховувати на належний аналіз та об'єктивну експертизу не доводиться.

Наприклад, у справі про оскарження постанови НБУ № 699 від 3 листопада 2014 року, про яку йшлося на початку цього розділу, висновок антидискримінаційної експертизи складався десь з чотирьох рядків, три з яких відтворювали назву нормативного акта, а решта була висновком, що нема порушень антидискримінаційних норм. Але закон вимагає не наявності документа, який називається висновком антидискримінаційної експертизи, а саме *проведення* експертизи, що передбачає, зокрема, аналіз змісту документа із застосуванням принципів, наведених у цьому посібнику. Тому такий зміст висновку свідчить про те, що вимоги закону про проведення експертизи були порушені.

Разом з тим для доведення дискримінації можна також використати інструмент громадської експертизи. Безумовно, за наявності інформації про підготування нормативного акта, який містить дискримінаційні норми, висновок громадської експертизи може бути добрим засобом запобігання його ухваленню.

Проте частіше доводиться мати справу з наслідками вже чинного нормативно-правового акта. У такому разі до участі у справі може бути залучений уповноважений інститут громадянського суспільства, який може скористатися правом на проведення громадської експертизи і провести її в аспекті дотримання антидискримінаційних норм. В подальшому висновок може бути використаний як один із доказів у справі.

Варто зауважити, що треба відповідально поставитися до вибору інституту громадянського суспільства, який проводитиме експертизу, та уникати залучення “кишенькових” громадських організацій. Необхідно продемонструвати як високу кваліфікацію експерта,

так і його бездоганну репутацію. Заплямована репутація експерта може викликати негативне ставлення з боку суду та небажання брати його висновки до уваги.

На жаль, можливості проведення антидискримінаційної експертизи на сьогодні мало використовують правники. Перевірка дотримання вимог закону щодо проведення антидискримінаційної експертизи під час ухвалення нормативних актів, з одного боку, та активне використання можливості проведення громадської експертизи щодо вже чинних актів — з другого можуть стати дієвими інструментами при розгляді відповідної категорії справ.

КІНЦЕВЕ СЛОВО

Проблеми дискримінації в Україні мають системний характер, який обумовлюється недостатнім рівнем захисту від дискримінації на конституційному рівні. Так, стаття 24 Конституції передбачає, що *громадяни* мають рівні конституційні права і свободи та рівні перед законом, а стаття 43 встановлює, що держава створює умови для повного здійснення *громадянами* права на працю, гарантує рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності, реалізовує програми професійно-технічного навчання, підготовки і перепідготовки кадрів відповідно до суспільних потреб. Ці положення не відповідають принципам загальної заборони дискримінації, які випливають зі змісту статті 14 Конвенції та, ще більшою мірою, статті 1 Протоколу № 12. На це звернула увагу ЄКРП у своїй Четвертій доповіді щодо України від 08 грудня 2011 року, зокрема, зазначивши: «ЄКРН ще раз рекомендує українській владі внести в Конституцію право на рівність і недискримінацію для всіх осіб, які перебувають під українською юрисдикцією, а не тільки для громадян. Комісія закликає черпати натхнення з загальнополітичної рекомендації ЄКРН № 7 про національне законодавство щодо боротьби з расизмом та расовою дискримінацією» (п. 5 Доповіді).

Автори цієї роботи не мали на меті охопити всі аспекти застосування антидискримінаційних стандартів під час практичної діяльності українських правників. Власне, така мета недосяжна.

Життя різноманітне і багатогранне. Хоча вивчення вже наявної практики сприяє формуванню навичок застосування антидискримінаційних стандартів, це, втім, певною мірою звужує сприйняття проблематики до вже досліджених аспектів. Тому автори головну увагу приділили ознайомленню з парадигмою побудови аргументації, яка, як вони сподіваються, допоможе ширше поглянути на наше життя.

Саме такий підхід, на думку авторів, розвиває здатність правників відповідати на нові виклики сьогодення і не йти шляхом повторення практики, а, навпаки, формувати її.

Наприкінці автори вважають за необхідне наголосити, що враховуючи характер статті 14, яка доповнює інші положення Конвенції та протоколів до неї, ЄСПЛ часто відмовляється розглядати окремо

скаргу за статтею 14, коли встановлює порушення інших, так званих «матеріальних» статей Конвенції, або протоколів. Якщо заявник вважає, що його скаргу в ЄСПЛ вкрай важливо розглянути саме за статтею 14, необхідно обов'язково зазначити у скарзі та надати аргументи того, що такий розгляд необхідний, бо очевидне нерівне поводження під час реалізації прав – основоположний аспект справи⁹². Однак це ніяким чином не впливає на використання відповідної аргументації на національному рівні, бо ніколи не можна знати наперед, яку позицію займе Суд.

Автори сподіваються, що спільними зусиллями ми всі зможемо зробити Україну кращою.

92 *Шассану та інші проти Франції (Chassagnou and Others v. France)*, №№. 25088/94, 28331/95 та 28443/95, п. 89. – режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58288>.