

ПОСІБНИК

Посібник з європейського антидискримінаційного права



Funded
by the European Union
and the Council of Europe



COUNCIL OF EUROPE



Implemented
by the Council of Europe

This publication was translated and produced under the European Union and Council of Europe Joint programme "Strengthening the capacity of lawyers and human rights defenders for domestic application of the ECHR and RESC". The content of the publication can in no way be taken to reflect the views of the European Union and the Council of Europe.

Видання цієї публікації та переклад на українську мову здійснено у рамках спільної програми Європейського Союзу та Ради Європи «Посилення спроможностей адвокатів та правозахисників щодо реалізації на національному рівні положень Європейської конвенції з прав людини та Європейської соціальної хартії (переглянутої)». Зміст публікації не повинен тлумачитися як такий, що відображає офіційні погляди Європейського Союзу та Ради Європи.

© Агенція Європейського Союзу з питань основоположних прав, 2010 р.
Рада Європи, 2010 р.

Роботу над цим матеріалом завершено в 2010 році.

Відтворення цього матеріалу дозволяється для некомерційних цілей та за умови зазначення джерела.

Джерело фотознімків (на обкладинці і на сторінках Посібника): iStockphoto

Більш детальну інформацію про Європейський Союз можна знайти в мережі Інтернет за адресою: <http://europa.eu>.

Каталожні дані знаходяться в кінці публікації.

Люксембург: Видавничий дім Європейського Союзу, 2011 р.

ISBN 978-92-871-9995-9 (Рада Європи)

ISBN 978-92-9192-667-1 (Агенція з питань основоположних прав)

ISBN 978-617-684-068-8 (Укр.)

doi:10.2811/11978

Українське видання: ТОВ «К.І.С.», 2013.

Надруковано на папері, вибіленому без використання елементарного хлору (технологія ECF).

Посібник написаний англійською мовою. Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) не приймає на себе будь-якої відповідальності за якість перекладів Посібника іншими мовами. Наведені у Посібнику точки зору не створюють зобов'язань для ЄСПЛ. Посібник містить посилання на різноманітні коментарі і довідники з Європейської конвенції з прав людини. ЄСПЛ не бере на себе будь-якої відповідальності за зміст таких публікацій, а їхнє згадування у Посібнику в жодному разі не означає їхнього схвалення з боку ЄСПЛ. Інші матеріали щодо Конвенції можна знайти в електронній бібліотеці ЄСПЛ, розміщеній в мережі Інтернет за адресою: echr.coe.int/Library/



Посібник з європейського антидискримінаційного права

Передмова

У січні 2010 року Європейський суд з прав людини і Суд справедливості Європейського Союзу досягли домовленості про спільну роботу над Посібником, що присвячений європейській судовій практиці з питань недискримінації. З радістю пропонуємо вашій увазі результати цієї співпраці.

Із набранням чинності Лісабонського договору положення Хартії основоположних прав Європейського Союзу набули обов'язкової сили. Крім того, Лісабонський договір передбачає приєднання ЄС до Європейської конвенції з прав людини. Отже, для забезпечення належної імплементації ключового аспекту європейського права в галузі прав людини – антидискримінаційних стандартів – до національних правових систем не лише бажано, а просто необхідно мати глибоке розуміння спільних принципів, розроблених Судом справедливості Європейського Союзу і Європейським судом з прав людини.

2010 рік видався багатим на знаменні дати: Європа відзначала 60-ту річницю Європейської конвенції з прав людини (стаття 14 якої передбачає загальну заборону дискримінації), а також 10-ту річницю прийняття двох основоположних правових інструментів із протидії дискримінації на рівні ЄС – Директиви про расову рівність і Директиви про рівність у сфері зайнятості. Європейський суд з прав людини і Суд справедливості Європейського Союзу створили потужний доробок судової практики в сфері недискримінації. Це стало поштовхом для підготовки Посібника в комплекті з компакт-диском, де в доступній формі викладені матеріали, які стануть в нагоді юристам-практикам (суддям, прокурорам, адвокатам, співробітникам правоохоронних органів) з країн Європейського Союзу, Ради Європи та інших юрисдикцій. У своїй повсякденній роботі вони безпосередньо мають справу з різноманітними питаннями захисту прав людини, а отже, повинні розуміти принципи протидії дискримінації, щоб уміти ефективно використовувати їх на практиці. Це цілком логічно, адже антидискримінаційні положення знаходять своє застосування на національному рівні, і саме тут виявляються пов'язані з ними проблеми.

Ерік Фрінберг,

секретар Європейського суду
з прав людини

Мортен К'ярум,

директор Агенції Європейського Союзу
з питань основоположних прав

Зміст

ВСТУП.....	3
ПЕРЕЛІК АБРЕВІАТУР	9
1. ВСТУП ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО АНТИДИСКРИМІНАЦІЙНОГО ПРАВА: КОНТЕКСТ, ЕВОЛЮЦІЯ, КЛЮЧОВІ ПРИНЦИПИ	11
1.1. Контекст і передісторія європейського антидискримінаційного права.....	12
1.1.1. Рада Європи та Європейська конвенція з прав людини.....	12
1.1.2. Антидискримінаційні директиви Європейського Союзу	13
1.2. Розвиток європейських правозахисних механізмів: сучасність і майбутнє.....	15
1.2.1. Хартія основоположних прав ЄС.....	15
1.2.2. Договори ООН у сфері захисту прав людини.....	16
1.2.3. Приєднання Європейського Союзу до Європейської конвенції з прав людини	17
Ключові моменти	5
Додаткова література	18
2. ТИПИ ДИСКРИМІНАЦІЇ ТА АРГУМЕНТИ НА ЇЇ ЗАХИСТ	21
2.1. Вступ.....	21
2.2. Пряма дискримінація.....	22
2.2.1. Неприятливе ставлення (поводження).....	23
2.2.2. Зразок для порівняння	23
2.2.3. Захищена ознака	26
2.3. Непряма дискримінація	30
2.3.1. Нейтральне правило, критерій чи практика	30
2.3.2. Значно більший ступінь негативного впливу на захищену групу.....	31
2.3.3. Зразок для порівняння	32
2.4. Переслідування і вказівки щодо вчинення дискримінації	33
2.4.1. Переслідування і вказівки щодо вчинення дискримінації згідно з антидискримінаційними директивами ЄС.	33
2.4.2. Переслідування і вказівки щодо вчинення дискримінації з перспективи ЄСПЛ.....	36
2.5. Особливі або спеціальні заходи	37
Ключові моменти	44

2.6. Аргументи на захист менш сприятливого ставлення за європейським антидискримінаційним правом.....	46
2.6.1. Вступ	46
2.6.2. Розходження загальних аргументів.....	46
2.6.3. Використання загальних аргументів.....	48
2.6.4. Спеціальні аргументи за правом ЄС.....	49
2.6.4.1. Невід'ємна вимога до професії.....	49
2.6.4.2. Релігійні організації.....	53
2.6.4.3. Винятки на підставі віку особи	54
Ключові моменти	58
Додаткова література.....	58
3. СФЕРА ДІЇ ЄВРОПЕЙСЬКОГО АНТИДИСКРИМІНАЦІЙНОГО ПРАВА.....	61
3.1. Вступ.....	61
3.2. Кого захищає європейське антидискримінаційне право?.....	62
3.3. Сфера дії Європейської конвенції: стаття 14 та Протокол № 12.....	64
3.3.1. Природа конвенційної заборони дискримінації.....	64
3.3.1.1. Права, що охоплюються Конвенцією	64
3.3.1.2. Сфера дії конвенційних прав.....	65
3.3.1.3. Протокол № 12	68
3.4. Сфера дії антидискримінаційних директив ЄС	69
3.4.1. Зайнятість	69
3.4.1.1. Доступ до зайнятості.....	69
3.4.1.2. Умови зайнятості, включаючи звільнення і оплату.....	70
3.4.1.3. Доступ до професійної орієнтації та підготовки	72
3.4.1.4. Організації працівників і роботодавців.....	73
3.4.1.5. Європейська конвенція і питання зайнятості	73
3.4.2. Добробут населення та форми соціального забезпечення	74
3.4.2.1. Соціальний захист, включаючи соціальне забезпечення та охорону здоров'я.....	74
3.4.2.2. Соціальні переваги	75
3.4.2.3. Освіта.....	77
3.4.2.4. Європейська конвенція та добробут і освіта.....	77
3.4.3. Доступ до товарів і послуг, включаючи житло.....	78
3.4.3.1. Європейська конвенція у контексті товарів і послуг, включаючи житло	81

3.4.4. Доступ до правосуддя.....	83
3.4.4.1. Європейська конвенція у контексті доступу до правосуддя.....	83
3.5. Застосування Конвенції поза межами сфери застосування права ЄС.....	85
3.5.1. «Приватна» сфера: особисте і сімейне життя, всиновлення, житло та шлюб.....	85
3.5.2. Участь у політичному житті: свобода вираження поглядів, зібрання та об'єднання і вільні вибори.....	88
3.5.3. Діяльність правоохоронних органів.....	89
3.5.4. Контекст кримінального права.....	91
Ключові моменти.....	91
Додаткова література.....	93
4. ЗАХИЩЕНІ ОЗНАКИ.....	95
4.1. Вступ.....	95
4.2. Стаття.....	96
4.3. Сексуальна орієнтація.....	104
4.4. Обмежені можливості особи.....	107
4.5. Вік.....	110
4.6. Расове та етнічне походження, колір шкіри і належність до національних меншин.....	111
4.7. Громадянство або національне походження.....	114
4.8. Релігія чи переконання.....	119
4.9. Мова.....	122
4.10. Соціальне походження, народження та майновий стан.....	124
4.11. Політичні чи інші погляди.....	125
4.12. «Інші ознаки».....	127
Ключові моменти.....	128
Додаткова література.....	128
5. ПРОБЛЕМИ ДОВЕДЕННЯ В АНТИДИСКРИМІНАЦІЙНОМУ ПРАВІ.....	133
5.1. Вступ.....	133
5.2. Поділ обов'язку доведення.....	134
5.2.1. Обставини, що не потребують доведення.....	137
5.3. Роль статистичних та інших даних.....	139
Ключові моменти.....	145
Додаткова література.....	145

ОНОВЛЕННЯ ПОСІБНИКА З ЄВРОПЕЙСЬКОГО АНТИДИСКРИМІНАЦІЙНОГО ПРАВА	147
Вступ.....	147
2.2.2. Зразок для порівняння.....	147
2.2.3. Захищена ознака.....	150
2.5. Особливі чи спеціальні заходи.....	151
2.6.2. Розходження загальних аргументів.....	152
2.6.4.3. Винятки на підставі віку.....	153
3.4.2.4. Європейська конвенція і добробут та освіта.....	157
3.4.3.1. Європейська конвенція і товари та послуги, включаючи житло.....	159
3.5.1. «Персональна сфера»: особисте і сімейне життя, усиновлення, житло та шлюб.....	160
4.2. Стаття.....	161
4.3. Сексуальна орієнтація.....	165
4.5. Вік.....	167
4.7. Громадянство чи національне походження.....	168
4.8. Релігія чи переконання.....	170
4.10. Соціальне походження, народження та майновий стан.....	172
4.12. Інші ознаки.....	173
5.2. Розподіл обов'язку доведення.....	175
5.3. Роль статистичних та інших даних.....	176
ПОКАЖЧИК СУДОВИХ СПРАВ	177
Справи Міжнародного суду справедливості.....	177
Справи Європейського суду справедливості.....	177
Справи Європейського суду з прав людини.....	180
Справи Європейського комітету з соціальних прав.....	184
Справи Комітету з прав людини.....	184
Справи національних судових органів.....	184
ПЕРЕЛІК ПРАВОВИХ ІНСТРУМЕНТІВ	187
Міжнародні інструменти.....	187
Інструменти ЄС.....	187
ІНТЕРНЕТ-РЕСУРСИ	189
ПРИМІТКА ЩОДО ЦИТУВАННЯ	191

Перелік абревіатур

АОП	Агенція Європейського Союзу з питань основоположних прав
ГТК	громадянин третьої країни
ЄКПЛ	Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, або Європейська конвенція з прав людини
ЄКПН	Європейська комісія проти расизму та нетерпимості
ЄС	Європейський Союз
ЄСС	Європейський суд справедливості (тепер – Суд справедливості Європейського Союзу)
ЄСД	Європейська серія договорів
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
КЛДЖ	Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок
КПД	Конвенція про права дитини
КПІ	Конвенція про права інвалідів
КПЛ	Комітет з прав людини
МКЛРД	Міжнародна конвенція про ліквідацію усіх форм расової дискримінації
МПГПР	Міжнародний пакт про громадянські і політичні права
МПЕКС	Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права
МСС	Міжнародний суд справедливості
ООН	Організація Об'єднаних Націй
РЕ	Рада Європи
СДРЕ	Серія договорів Ради Європи

1

Вступ до європейського антидискримінаційного права: контекст, еволюція, ключові принципи

У цьому вступному розділі обговорюються витoki європейського антидискримінаційного права, а також зміни в матеріальному і процесуальному праві цієї сфери права, що відбуваються тепер і очікуються у майбутньому.

Одразу слід зазначити, що судді і прокурори зобов'язані застосовувати гарантії, передбачені Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод (ЄКПЛ) і антидискримінаційними директивами Європейського Союзу (ЄС) незалежно від того, чи посилаються на них учасники провадження. Національні суди і правозастосовчі органи не обмежені правовими аргументами сторін і зобов'язані самостійно визначити норми права, що підлягають застосуванню, на основі фактичних обставин, на які посилаються сторони. По суті, це означає, що сторони справи за допомогою своїх аргументів і доказів мають реальну можливість вибирати спосіб подання скарги на дискримінаційне поводження. Це стає можливим, зокрема, завдяки принципу прямої дії права ЄС у 27 країнах – членах Союзу та принципу прямого застосування ЄКПЛ, що означає її обов'язковість для всіх держав – членів ЄС та Ради Європи (РЕ). Але тут існує одне суттєве обмеження – строки позовної давності. Перш ніж скласти скаргу на дискримінаційне поводження, варто перевірити чинні строки позовної давності відповідної юрисдикції і переконатися, що компетентний суд може розглядати це питання.

Практичне значення європейської системи антидискримінаційного права полягає в тому, що за необхідності можна безпосередньо посилатися на антидискримінаційні інструменти і судову практику перед національними судами та органами влади.

Саме тому необхідно розуміти чинні антидискримінаційні механізми, правила їхнього використання, а також особливості їхньої дії в конкретних ситуаціях.

1.1. Контекст і передісторія європейського антидискримінаційного права

Термін «європейське антидискримінаційне право», на перший погляд, передбачає існування єдиної загальноєвропейської системи правил на протидію дискримінації. Насправді ж ця система складається з багатьох різноманітних компонентів. У цьому Посібнику переважно згадується право ЄКПЛ і право ЄС. Обидві системи виникли в різний час і з різних причин.

1.1.1. Рада Європи та Європейська конвенція з прав людини

Рада Європи – це міждержавна організація, заснована після Другої світової війни з метою сприяння ствердженню, серед іншого, верховенства права, демократії, прав людини і соціального розвитку (див. преамбулу та статтю 1 Статуту Ради Європи). З цією метою держави – члени Ради Європи створили ЄКПЛ – першу сучасну конвенцію з питань прав людини в дусі Універсальної декларації ООН про права людини. ЄКПЛ покладає на держави юридичне зобов'язання гарантувати певні права не лише своїм громадянам, а й кожному, хто знаходиться під їхньою юрисдикцією. Нагляд за дотриманням ЄКПЛ покладено на Європейський Суд з прав людини (ЄСПЛ), який розглядає скарги проти держав – членів Конвенції (раніше Суду у виконанні його функцій допомагала Комісія). На сьогодні Рада Європи налічує 47 членів, і кожна держава, що бажає вступити до Організації, має прийняти на себе конвенційні зобов'язання.

Конвенція набрала чинності у 1950 році, після чого неодноразово змінювалася і доповнювалася у формі так званих «Протоколів». Найважливішу процесуальну зміну до ЄКПЛ було внесено в 1994 році Протоколом № 11: Суд отримав статус постійного органу, Комісію ліквідували. Протокол № 11 був покликаний оптимізувати роботу Суду в умовах очікуваного збільшення кількості скарг зі східноєвропейських країн, які почали приєднуватися до Конвенції після падіння Берлінської стіни і розпаду Радянського Союзу.

Заборона дискримінації передбачена статтею 14 ЄКПЛ¹, яка гарантує рівність у користуванні іншими конвенційними правами. У 2000 році був відкритий до підписання Протокол № 12 до Конвенції. Він розширює заборону дискримінації і створює гарантії рівності у користуванні будь-якими правами, включаючи права, передбачені національним законодавством держав-членів. Станом на сьогодні цей Протокол ратифікували далеко не всі держави – члени ЄС². У пояснювальній записці до Протоколу зазначено, що його завдання полягає у посиленні захисту від дискримінації як основної складової гарантій прав людини. Протокол став результатом обговорення шляхів забезпечення, зокрема, гендерної і расової рівності.

Хоча Посібник спеціально не висвітлює цього питання, слід звернути увагу на те, що принцип недискримінації є керівним принципом багатьох документів Ради Європи. Важливі положення передбачені також у Європейській соціальній хартії в редакції 1996 року: право на користування рівними можливостями, право на рівне ставлення у питаннях зайнятості та вибору професії, а також право на захист від дискримінації за ознакою статі³. Положення про захист від дискримінації містяться в Рамковій конвенції про захист національних меншин⁴, Конвенції Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми⁵, а також Конвенції Ради Європи про доступ до офіційних документів. Гарантії захисту від пропаганди дискримінації передбачені також Додатковим протоколом до Конвенції про кіберзлочинність. Очевидно, що захист від дискримінації відіграє важливу роль у процесі розробки правових документів Ради Європи і розглядається як основоположна свобода, що потребує захисту.

1.1.2. Антидискримінаційні директиви Європейського Союзу

Європейський Союз (ЄС) був створений у формі міждержавної організації, але тепер він має власну окрему правосуб'єктність. Історія ЄС бере початок з 1950 року, коли з метою вирішення питань у сфері енергетичної безпеки і вільної

- 1 Навчальний посібник у формі PowerPoint-презентації із настановами щодо застосування статті 14 ЄКПЛ можна переглянути на освітньому порталі Ради Європи про права людини для професійних юристів за адресою www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1.
- 2 Точну кількість держав – членів ЄС, що ратифікували Протокол № 12, можна дізнатися на веб-сторінці www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ENG.
- 3 Див. статтю 20 і статтю Е частини V Європейської соціальної хартії.
- 4 Див. статті 4, 6(2) та 9 Рамкової конвенції про захист національних меншин.
- 5 Див. статтю 2(1) Конвенції РЄ про заходи щодо протидії торгівлі людьми.

торгівлі було засновано три міждержавні організації, відомі під назвою «Європейські Спільноти». Основне завдання Європейських Спільнот полягало у стимулюванні економічного розвитку шляхом вільного обігу товарів, капіталу, людей та послуг. Щоб забезпечити єдині правила гри між державами-членами, до першої редакції Договору про заснування Європейської економічної спільноти 1957 року було введено положення про заборону дискримінації за ознакою статі. Очікувалося, що воно перешкоджатиме отриманню конкурентних переваг, які могли б мати держави-члени завдяки встановленню нижчої оплати чи менш сприятливих умов праці для жінок. Після 2000 року правове регулювання цієї сфери суттєво розширилося і наразі охоплює такі сфери, як пенсії, вагітність і соціальне забезпечення, однак до того часу застосування антидискримінаційного права ЄС зводилося до зайнятості та соціального забезпечення – виключно за ознакою статі.

У 1990х роках тривало активне лобювання поширення антидискримінаційного права ЄС на сфери расового та етнічного походження, сексуальної орієнтації, релігійних переконань, віку та обмежених можливостей особи. Занепокоєння окремих держав – членів ЄС зростанням екстремістсько-націоналістичних рухів привели до того, що лідери ЄС змогли сформувати політичну волю, необхідну для внесення змін до Договору про Європейську Спільноту і надати ЄС компетенцію законодавчого регулювання в цих сферах.

2000 рік відзначився прийняттям двох директив: Директиви про рівність у сфері зайнятості, що ввела заборону дискримінації у сфері зайнятості за ознакою сексуальної орієнтації, релігійних переконань, віку та обмежених фізичних можливостей, і Директиви про расову рівність, що встановила заборону дискримінації за ознакою раси та етнічного походження у контексті зайнятості, а також у питаннях доступу до системи добробуту, соціального захисту, товарів та послуг. Ці директиви значно розширили сферу дії антидискримінаційного права ЄС і підтвердили тезу про те, що необхідною умовою повноцінного використання особами своїх можливостей на ринку праці є гарантії рівного доступу до таких сфер як охорона здоров'я, освіта, забезпечення житлом. У 2004 році, із прийняттям Директиви про гендерну рівність у доступі до товарів та послуг, заборона дискримінації за ознакою статі поширилася на сферу товарів та послуг. Однак обсяг захисту від статевої дискримінації не зовсім відповідає обсягу захисту за Директивою про расову рівність, оскільки гарантії рівного ставлення за Директивою про гендерну рівність у доступі до соціального забезпечення обмежуються лише сферою соціального забезпечення. Це означає, що її гарантії не розповсюджуються на систему добробуту

в широкому розумінні, яка включає в себе соціальний захист і доступ до системи охорони здоров'я та освіти.

Сьогодні заборона дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації, релігійних переконань, обмежених можливостей і віку діє виключно у контексті зайнятості. Однак інституції ЄС тепер розглядають можливість поширити аналогічний за обсягом захист на сферу доступу до товарів і послуг (так звана «Горизонтальна директива»).

1.2. Розвиток європейських правозахисних механізмів: сучасність і майбутнє

1.2.1. Хартія основоположних прав ЄС

В першій редакції Договорів про заснування Європейських Спільнот не було жодної згадки про права людини чи їхній захист. У той час навіть не думали, що створення європейської зони вільної торгівлі може мати хоч якийсь вплив на сферу прав людини. Та коли Європейський суд справедливості (ЄСС) почав отримувати запити щодо порушення прав людини у процесі застосування права Спільноти, він створив систему правових норм, відомих під назвою «Загальні принципи права Спільноти»⁶. ЄСС пояснив, що ці загальні принципи повинні відображати зміст правозахисних положень національних конституцій і договорів у галузі прав людини, зокрема ЄКПЛ, а сам ЄСС слідкуватиме за тим, щоб право Спільноти застосовувалося відповідно до цих принципів.

Запроваджуючи свою політику, Європейський Союз і його країни-члени розуміли, що це може мати певний вплив на права людини. Водночас вони постійно намагалися «наблизити» своїх громадян до ЄС. Як наслідок, у 2000 році була проголошена Хартія основоположних прав Європейського Союзу. Хартія являє собою каталог прав людини, в основі якого лежать положення конституцій держав – членів ЄС, ЄКПЛ і універсальних договорів про права людини, зокрема Конвенції про права дитини. На момент її проголошення у 2000 році Хартія мала суто декларативний характер, тобто не створювала жодних юри-

⁶ Після прийняття Лісабонського договору Європейський суд справедливості отримав назву «Загальний суд». Однак для уникнення непорозумінь у цьому Посібнику і надалі використовується назва «ЄСС», оскільки більшість матеріалів, до яких може звернутися читач, опубліковано до набрання чинності Лісабонського договору (грудень 2009 року).

дичних обов'язків, хоча Європейська Комісія (основний орган, що відповідає за розробку пропозицій законодавчих актів ЄС) заявила, що дотримуватиметься положень Хартії при формулюванні своїх пропозицій.

У 2009 році, після набрання чинності Лісабонського договору, Хартія основоположних прав ЄС набула статусу юридично обов'язкового документа: всі інституції ЄС зобов'язані дотримуватися її положень. Цей обов'язок розповсюджується також і на держави – члени ЄС, але виключно тоді, коли вони застосовують право ЄС. Зазначене обмеження чітко прописано у Протоколі до Хартії стосовно Чеської Республіки, Польщі та Великобританії. Статтею 21 Хартії передбачено заборону дискримінації за цілим рядом ознак, які обговорюються на сторінках цього Посібника. Це означає, що особи мають можливість оскаржити законодавство ЄС чи національне законодавство, що імплементує положення права ЄС до національних правових систем, якщо вважають, що положення Хартії порушено. Національні суди можуть звертатися до ЄС у рамках процедури попередньої консультації за статтею 267 Договору про функціонування ЄС із запитом про тлумачення положень права Спільноти.

1.2.2. Договори ООН у сфері захисту прав людини

Безперечно, механізми захисту прав людини існують не тільки в Європі. Свої регіональні механізми діють в Америці, Африці, на Близькому Сході. Крім того, створена потужна нормативна база у сфері захисту прав людини в рамках Організації Об'єднаних Націй (ООН). Далі наводиться перелік договорів ООН у сфері прав людини, що містять антидискримінаційні положення (всі держави – члени ЄС є сторонами цих договорів): Міжнародний пакт про громадянські і політичні права⁷, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права⁸, Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації⁹, Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок¹⁰, Конвенція проти катувань¹¹, Конвенція про права дитини¹². Останнім

7 999 UNTS 171.

8 993 UNTS 3.

9 660 UNTS 195.

10 1249 UNTS 13.

11 1465 UNTS 85.

12 1577 UNTS 3. Крім того, деякі держави – члени ЄС приєдналися до Конвенції ООН про права осіб з обмеженими можливостями (UN Doc. A/61/611, 13 грудня 2006 року). Однак ніхто з них досі не приєднався до Міжнародної конвенції про захист прав усіх трудящих-мігрантів та членів їхніх родин (UN Doc. A/RES/45/158, 1 липня 2003 року).

договором в галузі захисту прав людини на рівні ООН є Конвенція про захист прав осіб з обмеженими можливостями 2006 року¹³. Раніше сторонами договорів про права людини були виключно держави. На сьогодні держави дедалі більше співпрацюють у рамках міждержавних організацій, делегуючи їм значний обсяг своїх повноважень і обов'язків. З огляду на це виникла нагальна потреба зробити так, щоб ці організації дотримувалися зобов'язань своїх членів у галузі захисту прав людини.

Конвенція ООН про права осіб з обмеженими можливостями є першим документом про права людини на рівні ООН, що відкритий для участі з боку регіональних організацій. ЄС ратифікував її у 2010 році. У Конвенції закріплено широкий перелік прав осіб з обмеженими можливостями. Завдання Конвенції – гарантувати рівність у користуванні цими правами і створити ряд позитивних обов'язків держави з забезпечення цих прав. Як і Хартія, ця Конвенція створює зобов'язання для інституцій ЄС і є обов'язковою до виконання державами – членами ЄС у процесі застосування ними права Спільноти. Деякі держави – члени ЄС розпочали процедуру приєднання до Конвенції з власної ініціативи, а отже, матимуть самостійні зобов'язання у цій галузі. Скоріш за все, Конвенція буде використовуватися як взірець для цілей тлумачення положень права ЄС та ЄКПЛ стосовно дискримінації за ознакою обмежених можливостей особи.

1.2.3. Приєднання Європейського Союзу до Європейської конвенції з прав людини

Станом на сьогодні правові режими ЄС і ЄКПЛ тісно взаємопов'язані. Всі держави – члени Європейського Союзу є учасниками ЄКПЛ. Як зазначалося вище, ЄС використовує Конвенцію як орієнтир при визначенні обсягу захисту прав людини за спільнотивим правом. Хартія основоположних прав ЄС дублює ряд прав ЄКПЛ, однак не обмежується ними. Таким чином, хоча на цей момент ЄС фактично ще не підписав ЄКПЛ, право Спільноти значною мірою відповідає положенням Конвенції. Однак якщо особа хоче поскаржитися на порушення своїх прав з боку ЄС, вона не може зробити це безпосередньо до ЄСПЛ. Натомість, вона може звернутися до національного суду, який має право передати справу до ЄС у рамках процедури попередньої консультації або оскаржити дії ЄС до ЄСПЛ опосередковано – в рамках скарги проти конкретної держави – члена Спільноти.

¹³ UN Doc. A/61/611, 13 грудня 2006 року.

Лісабонський договір уповноважує ЄС приєднатися до ЄКПЛ як самостійному учаснику, а Протокол № 14 змінює Конвенцію для забезпечення підстав такого приєднання. Переговори щодо приєднання ЄС до Європейської конвенції з прав людини можуть тривати декілька років, тому наразі рано говорити про практичні наслідки такого кроку, зокрема, якими будуть майбутні відносини між ЄС та ЄКПЛ. Але як мінімум це дозволить особам оскаржувати дії ЄС, що порушують положення Конвенції, безпосередньо до ЄСПЛ.

Ключові моменти

- Як право ЄС, так і право ЄКПЛ містять положення про захист від дискримінації. Багато в чому ці системи доповнюють одна одну, але водночас мають відмінності, про які слід пам'ятати.
- Гарантії ЄКПЛ поширюються на осіб, що знаходяться під юрисдикцією всіх її 47 держав-сторін, тоді як антидискримінаційні директиви ЄС надають захист виключно громадянам 27 держав – членів ЄС.
- Стаття 14 ЄКПЛ забороняє дискримінацію лише стосовно інших прав, що передбачені в Конвенції. Згідно з Протоколом № 12 заборона дискримінації є самостійною.
- За директивами ЄС недопущення дискримінації виступає самостійним правом, але воно обмежується певним контекстом, зокрема контекстом відносин зайнятості.
- Інституції Європейського Союзу зобов'язані дотримуватися Хартії основоположних прав ЄС, включаючи положення про заборону дискримінації. Крім того, держави – члени ЄС зобов'язані дотримуватися положень Хартії під час застосування ними положень права Спільноти.
- В майбутньому Європейський Союз приєднається до Конвенції про права осіб з обмеженими можливостями та Європейської конвенції з прав людини. Як наслідок, діяльність ЄС підлягатиме моніторингу з боку зовнішніх наглядових органів, а окремі особи отримають можливість оскаржувати дії ЄС, що порушують стандарти ЄКПЛ, безпосередньо до Європейського суду з прав людини.

Додаткова література

Vamforth, Malik and O'Conneide, *Discrimination Law: Theory and Context* (Дискримінаційне право: теорія і контекст), (London, Sweet and Maxwell, 2008), розділ 1 «Ключові проблеми і питання права дискримінації», розділ 2 «Джерела і сфера застосування національного права дискримінації».

Barnard, 'EC Employment Law' («Трудове право ЄС»), (3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2006), розділ 1 «Еволюція соціальної політики ЄС».

Besson, 'The European Union and Human Rights: Towards a Post-National Human Rights Institution?' («Європейський Союз і права людини: на шляху до постнаціональної установи захисту прав людини?»), 6 Human Rights Law Journal (2006) 323.

Butler, 'A Comparative Analysis of Individual Petition in Regional and Global Human Rights Protection Mechanisms' («Порівняльний аналіз індивідуальної скарги в регіональних і світових механізмах захисту прав людини»), 23 University of Queensland Law Journal (2004) 22.

Chalmers (et al), European Union Law: Text and Materials (Право Європейського Союзу: тексти і матеріали), (2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010), розділ 1 «Європейська інтеграція і Договір про Європейський Союз», розділ 2 «Інституції ЄС», розділ 6 «Основоположні права».

Costello, 'The Bosphorus ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe' («Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Босфор»: основоположні права і розмиті кордони в Європі»), 6 Human Rights Law Review (2006) 87.

Craig and de Burca, EU Law: Text, Cases and Materials (Право ЄС: тексти, справи і матеріали), (4th ed. Oxford, Oxford University Press, 2008), розділ 1 «Розвиток європейської інтеграції», розділ 11 «Права людини в ЄС».

Eicke, 'The European Charter of Fundamental Rights – Unique Opportunity or Unwelcome Distraction' («Хартія основоположних прав ЄС – унікальна можливість чи прикра неприємність?»), 3 European Human Rights Law Review (2000) 280.

Ellis, 'EU Anti-Discrimination Law' («Антидискримінаційне право ЄС»), (Oxford, Oxford University Press, 2005), розділ 1 «Вступ».

Equinet, 'Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice' (Динамічне тлумачення: практичне застосування європейського антидискримінаційного права), розділи I–IV, доступні за адресою: www.equineteurope.org/equinetpublications.html.

Fitzpatrick (et al), 'The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article' («Міждержавна конференція 1996 року і перспективи введення статті про заборону дискримінації»), 25.4 Industrial Law Journal (1996) 320.

Guliyev, 'Interdiction générale de la discrimination : droit fondamental ou droit de "second rang"? («Загальна заборона дискримінації: основоположне чи другорядне право?» CourEDH, Gde Ch., Sejdi ć et Finci c. Bosnie-Herzégovine, 22 décembre 2009', 10 L'Europe des libertés : revue d'actualité juridique, (2010) 31.

Heringa and Verhey, 'The EU Charter: Text and Structure' («Хартія ЄС: текст і структура»), 8 Maastricht Journal of European and Comparative Law (2001) 11.

Llorente, 'A Charter of Dubious Utility' («Хартія сумнівної необхідності»), 13 International Journal of Constitutional Law (2003) 405.

Martin, 'Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudences sous influence?' «Страсбург, Люксембург і дискримінація: взаємовплив чи юриспруденції під впливом?», 18 Revue trimestrielle des droits de l'homme, (2007) 69.

Quesada Segura, 'La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea' «Недискримінація: рівність ставлення та можливостей в європейському праві», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, (2008) extraordinary number.

Royer, The Council of Europe/Le Conseil de l'Europe (Рада Європи), (Strasbourg, Council of Europe, 2010/2009).

Sadurkski, 'Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments' («Страсбурзьке партнерство: конституціоналізація Європейського суду з прав людини, приєднання центральноєвропейських та східноєвропейських країн до Ради Європи і концепція пілотного рішення»), 9 Human Rights Law Review (2009) 397.

Syrpis, 'The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?' («Лісабонська угода: багато галасу... з нічого?»), 37.3 Industrial Law Journal (2008) 219.

Tulkens, 'L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme' «Еволюція принципу недискримінації у світлі практики ЄСПЛ», in Carlier (ed.), L'étranger face au droit (Bruxelles, Bruylant, 2010).

2

Типи дискримінації та аргументи на її захист

2.1. Вступ

Право захисту від дискримінації покликане забезпечити кожному рівні та чесні умови доступу до можливостей, які пропонує суспільство. Ми щодня вибираємо, з ким спілкуватися, де купувати потрібні нам товари і де працювати. Одні люди і предмети приваблюють нас більше за інших. Хоча вираження особистих вподобань – явище звичайне і повсякденне, час від часу наше становище дозволяє нам приймати рішення, що можуть безпосередньо впливати на долю інших людей. Саме це роблять державні службовці, власники магазинів, наймані працівники, орендодавці та лікарі, коли вирішують, яким чином використовуватимуться публічні блага чи надаватимуться приватні товари і послуги. У таких неособистих контекстах антидискримінаційне право може впливати на вибір нашої поведінки двома шляхами.

По-перше, воно передбачає однакове ставлення до осіб, що перебувають в однакових умовах: не можна ставитися до індивідів у менш сприятливий спосіб тільки тому, що вони мають певні «захищені» ознаки. Це явище носить назву «пряма дискримінація». Якщо за правом ЄКПЛ пряма дискримінація дозволяється за умови її об'єктивного виправдання, то за правом ЄС можливості виправдання прямої дискримінації є дуже обмеженими.

По-друге, антидискримінаційне право передбачає різне ставлення до осіб, що перебувають у різних ситуаціях. Ставлення повинно відрізнятися настільки, наскільки це необхідно, щоб дати їм змогу користуватися конкретними можливостями на однакових умовах з іншими. Отже, під час реалізації конкретних практик чи розробки конкретних правил слід враховувати «захищені ознаки». Це явище отримало назву «непряма дискримінація». Усі форми

Антидискримінаційне право забороняє по-різному ставитися до осіб чи груп людей, що перебувають в однакових ситуаціях, а також однаково ставитися до осіб чи груп людей, що перебувають в різних ситуаціях.¹⁴

непрямої дискримінації, як за правом ЄС, так і за правом ЄКПЛ, дозволяються виключно за наявності об'єктивного виправдання.

У цьому розділі на прикладах судових рішень детально розглядаються поняття прямої і непрямой дискримінації, окремі прояви цих явищ (наприклад, переслідування та вказівки про вчинення дискримінації), а також їхнє практичне застосування. У розділі також досліджуються аргументи на захист дискримінації.

2.2. Пряма дискримінація

Визначення прямої дискримінації за правом ЄКПЛ і правом ЄС аналогічне. Статтею 2(2) Директиви про расову рівність передбачено, що дискримінація – це коли «з однією особою поводяться у менш сприятливий спосіб, ніж поводитися, поводяться чи могли б поводитися з іншою особою в подібній ситуації на підставі її расового чи етнічного походження»¹⁵. ЄСПЛ сформулював дискримінацію як «відмінність у ставленні до осіб, які знаходяться в аналогічних або відповідним чином схожих ситуаціях», що «ґрунтується на ознаці, яку можна ідентифікувати»¹⁶.

Пряма дискримінація – це коли

- до особи ставляться у менш сприятливий спосіб,
- у порівнянні з тим, як ставилися чи могли б ставитися до інших осіб у подібній ситуації,
- і причиною такого ставлення є наявність у цієї особи певних характеристик, що відносяться до категорії «захищених ознак».

14 Див., наприклад, рішення ЄСПЛ по справі *Хогендейк проти Нідерландів (Hoogendijk v. the Netherlands)* (№ 58641/00), 6 січня 2005 року.

15 Аналогічні положення передбачені у статті 2(2)(а) Директиви про рівність у сфері зайнятості; статті 2(1)(а) Директиви про гендерну рівність (у новій редакції); статті 2(а) Директиви про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг.

16 Рішення ЄСПЛ у справі *Карсон та інші проти Сполученого Королівства (Carson and Others v. UK)* [Велика палата] (№ 42184/05), 16 березня 2010 року, пункт 61. Див. також рішення ЄСПЛ у справі *Д. Г. та інші проти Чеської Республіки (D.H. and Others v. the Czech Republic)* [Велика палата] (№ 57325/00), 13 листопада 2007 року, пункт 175, і справі *Бьорден проти Сполученого Королівства (Burden v. UK)* [Велика палата] (№ 13378/05), 29 квітня 2008 року, пункт 60.

2.2.1. Несприятливе ставлення (поводження)

В основі дискримінації лежить відмінність у ставленні до індивіда чи поведженні з ним. Відповідно, найпершою ознакою прямої дискримінації є докази несприятливого ставлення чи поведження. Знайти такі дані відносно просто, чого не можна сказати про випадки непрямої дискримінації, для доведення якої часто потрібні статистичні дані (див. нижче). От лише деякі приклади дискримінаційного поведження (ці справи обговорюються далі в Посібнику): заборона входу до ресторану чи магазину; призначення нижчої пенсії чи заробітної плати; словесна образа чи насильство; заборона перетнути контрольно-пропускний пункт; підвищення чи зниження пенсійного віку; заборона доступу до певної професії; неможливість здійснювати спадкові права; недопущення до загальної навчальної системи; депортація; заборона носити релігійну символіку; відмова призначити соціальні виплати чи скасування таких виплат.

2.2.2. Зразок для порівняння

Несприятливе ставлення має значення для встановлення факту дискримінації, якщо воно несприятливе для однієї особи порівняно з іншою особою, що перебуває в аналогічній ситуації. Скарга на «низьку» оплату праці не вважається скаргою на дискримінаційне поведження за відсутності доказів того, що така оплата є низькою порівняно з оплатою іншої особи, яка працює на того самого роботодавця і виконує аналогічні функції. Отже, необхідно знайти «зразок для порівняння», тобто особу, яка по суті перебуває в аналогічних умовах з особою, що скаржиться на дискримінацію. Основна відмінність між ними і становитиме «захищену ознаку». На прикладі розглянутих у Посібнику справ показується, що надання зразка для порівняння зазвичай не становить великої проблеми, а в багатьох випадках ані сторони, ані суд не торкаються цього питання безпосередньо. Далі наводиться декілька випадків, коли орган, що вирішував справу, прямим текстом заявив про необхідність дослідження зразка для порівняння.

Приклад: у справі *Moustaquim (Мустакім)* громадянина Марокко засудили за вчинення низки злочинів і, як наслідок, мали депортувати¹⁷. Засуджений заявив, що рішення про його депортацію є проявом дискримінації за ознакою громадянства: громадянам Бельгії у випадку засудження за

17 ЄСПЛ, *Мустакім проти Бельгії (Moustaquim v. Belgium)*, (№ 12313/86), 18 лютого 1991 року.

вчинення злочину депортація не загрожує. ЄСПЛ вирішив, що становище заявника не можна порівнювати зі становищем бельгійських громадян, оскільки за ЄКПЛ держава не має права на видворення своїх власних громадян. Відповідно, депортацію заявника не можна вважати проявом дискримінації. Водночас ЄСПЛ погодився, що його становище можна порівняти зі становищем осіб, що не є громадянами Бельгії, однак є громадянами інших країн ЄС і не можуть бути депортовані в силу положень права ЄС про свободу пересування. Суд визнав, що така відмінність у поводженні є виправданою.

У справі *Аллонбі (Allonby)* скаржниця, викладачка коледжу, не отримала поновлення трудового контракту¹⁸. Тоді вона влаштувалася на роботу в компанію, що надає освітні послуги навчальним закладам. Компанія направила викладачку на роботу в той самий коледж, де вона працювала раніше; її обов'язки не змінилися, тоді як розмір заробітної плати зменшився. Скаржниця заявила, що це дискримінація за ознакою статі, оскільки розмір заробітної плати викладачів-чоловіків, що працюють на коледж, є вищим. ЄСС вирішив, що становище скаржниці не можна порівнювати зі становищем викладачів-чоловіків, що працюють на коледж, тому що для викладачів чоловічої статі коледж виступає безпосереднім роботодавцем, тоді як скаржниця працює на зовнішню компанію. З огляду на це, коледж не відповідає за визначення розміру заробітної плати скаржниці. Відповідно, становище скаржниці і становище осіб, з якими вона себе порівнює, не можна вважати достатньо подібним.

Приклад: у справі *Лучак (Luczak)* французький фермер, що проживав у Польщі і вів там фермерське господарство, оскаржував відмову державних органів поширити на нього спеціалізований режим соціального забезпечення.¹⁹ Цей режим призначався для підтримки польських фермерів і був закритий для громадян інших держав. ЄСПЛ погодився із заявником, що його становище можна порівняти зі становищем польських фермерів: заявник є постійним резидентом, сплачує податки на рівні з громадянами Польщі, підтримуючи тим самим систему соціального захисту, і раніше був учасником загальної програми соціального захисту.

18 ЄСС, *Аллонбі проти коледжу «Аккрингтон і Россендейл» (Allonby v. Accrington and Rossendale College)*, справа C-256/01 [2004] ECR I-873, 13 січня 2004 року.

19 ЄСПЛ, *Лучак проти Польщі (Luczak v. Poland)* (№ 77782/01), 27 листопада 2007 року; див. також рішення ЄСПЛ у справі *Гайгузус проти Австрії (Gaygusuz v. Austria)* (№ 17371/90), 16 вересня 1996 року.

Приклад: у справі *Річардс (Richards)* скаржниця, що зробила операцію зі зміни статі з чоловічої на жіночу, хотіла вийти на пенсію у зв'язку з досягненням 60-річчя (пенсійний вік для жінок у Сполученому Королівстві). Уряд відмовився призначити їй пенсію на тій підставі, що вона не зазнала несприятливого ставлення порівняно з іншими особами в подібній ситуації. Уряд стверджував, що насправді заявницю слід порівнювати з чоловіками, оскільки вона прожила своє життя як особа чоловічої статі. ЄСС вирішив, що національне законодавство дозволяє операції зі зміни статі, тому в цьому випадку належним зразком для порівняння є «жінки». Відповідно, становище заявниці є менш сприятливим порівняно з іншими жінками, оскільки їй встановили вищий пенсійний вік²⁰.

Приклад: у справі *Бьорден проти Сполученого Королівства (Burden v. UK)* заявниці, дві сестри, спільно проживали в одному будинку протягом 31 року²¹. Їхнє майно перебувало у спільній власності, і кожна з них заповіла свою частину майна іншій. Вартість майна заявниць перевищувала певну межу, і тому після смерті однієї з них інша буде зобов'язана сплатити податок на спадщину. Заявниці стверджували, що це є дискримінаційним втручанням у право на користування своїм майном, оскільки пари, що уклали шлюб чи цивільне партнерство, звільняються від оподаткування спадщини. ЄСПЛ однак вирішив, що сестер не можна порівнювати з парами, що спільно проживають у шлюбі чи цивільному партнерстві. Шлюб і цивільне партнерство – це особливі стосунки, в які особи вступають добровільно і свідомо з метою створення договірних прав та обов'язків. Натомість, відносини заявниць ґрунтуються на кровному спорідненні і є принципово іншими.

Приклад: у справі *Карсон та інші проти Сполученого Королівства (Carson and Others v. UK)* заявники скаржилися на те, що особи, які проживають у Сполученому Королівстві, та особи, що проживають за кордоном, отримують різні надбавки до пенсії²². Відповідно до законодавства Сполученого Королівства, право на пенсійну надбавку мали виключно резиденти Сполученого Королівства, за винятком громадян, що після ви-

20 ЄСС, *Річардс проти Державного секретаря з питань праці і пенсійного забезпечення (Richards v. Secretary of State for Work and Pensions)*, справа C-423/04 [2006] ECR I-3585, 27 квітня 2006 року.

21 ЄСПЛ, *Бьорден проти Сполученого Королівства (Burden v. UK)* [Велика палата] (№ 13378/05), 29 квітня 2008 року.

22 ЄСПЛ, *Карсон та інші проти Сполученого Королівства (Carson and Others v. UK)* [Велика палата] (№ 42184/05), 16 березня 2010 року.

ходу на пенсію проживали в державах, з якими Сполучене Королівство мало взаємні домовленості в царині соціального забезпечення. Держава проживання заявників таких домовленостей не мала, і заявники стверджували, що їх дискримінують за ознакою місця проживання. ЄСПЛ не погодився, що становище заявників можна порівнювати зі становищем пенсіонерів, які проживають у Сполученому Королівстві, або зі становищем громадян Сполученого Королівства, що вийшли на пенсію в країнах, із якими Сполучене Королівство має взаємні домовленості про соціальне забезпечення своїх громадян. ЄСПЛ вирішив, що хоча кожна із цих груп сприяла наповненню бюджету шляхом сплати державних страхових внесків, такі внески спрямовувалися не до пенсійного фонду, а до публічного фонду на фінансування різноманітних громадських потреб. Крім того, в основі збільшення пенсій лежить політика уряду Сполученого Королівства з підвищення рівня життя у країні. Таким чином, становище заявників не можна порівнювати зі становищем названих груп осіб, а отже, не можна говорити про дискримінацію.

Прямим винятком із правила про необхідність навести зразок для порівняння, принаймні в контексті права ЄС у сфері зайнятості, є дискримінація за ознакою вагітності. Згідно з добре усталеною практикою ЄСС, що була започаткована справою *Деккер (Dekker)*, існує чітке правило, що якщо жінка зазнає несприятливого ставлення через свою вагітність, його одразу класифікують як пряму дискримінацію за ознакою статі, без необхідності наводити зразок для порівняння²³.

2.2.3. Захищена ознака

У главі 4 розглядатимуться різноманітні «захищені ознаки», передбачені європейським антидискримінаційним правом: стать, сексуальна орієнтація, обмежені фізичні можливості, вік, раса, етнічне та національне походження, релігійні вірування чи переконання. Цей розділ присвячений встановленню причинно-наслідкових зв'язків між менш сприятливим ставленням до особи та наявністю у неї захищених ознак. Для цього потрібно поставити таке питання: чи зазнала б особа менш сприятливого ставлення, якби вона була іншої статі, раси, віку? Чи відрізнялося б її становище через якусь іншу захи-

23 ЄСС, *Деккер проти Навчального центру для молоді (Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus)*, справа C-177/88 [1990] ECR I-3941, 8 листопада 1990 року. Див. також рішення ЄСС у справі *Вебб проти компанії «І.Ем.Оу. Ейр Карго (Ю.Кей.) Лтд» (Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd)*, справа № C-32/93 [1994], 14 липня 1994 року.

щену ознаку? Якщо відповідь позитивна, причина менш сприятливого ставлення явно полягає в наявності цієї ознаки.

Для доведення дискримінації зовсім не обов'язково, щоб застосоване правило чи практика прямо називали «захищену ознаку» – достатньо буде, якщо вони згадують інший невід'ємний від неї елемент. По суті, для встановлення прямої дискримінації слід провести оцінку причин менш сприятливого ставлення: чи викликано воно «захищеною ознакою», яку не можна відокремити від конкретного оскаржуваного фактора.

Приклад: у справі *Джеймс проти Ради округу Істлей (James v. Eastleigh Borough Council)* пан Джеймс для отримання права користуватися басейном повинен був сплатити вступний внесок, тоді як пані Джеймс, його дружина, не зобов'язана була вносити таку оплату²⁴. Їм обом виповнився 61 рік. Право безплатного користування басейном мала тільки пані Джеймс, оскільки вона досягла пенсійного віку, а пан Джеймс – ні (пенсійний вік для чоловіків у Сполученому Королівстві настає у 65 років, для жінок – у 60). Хоча право безплатного доступу до басейну обумовлюється наявністю в особи пенсійного статусу, набуття такого статусу залежить від статі особи. Британська Палата лордів зазначила, що якби пан Джеймс був особою протилежної статі, ставлення до нього було б таким самим, що і до його дружини. Крім того, не мають значення наміри і мотиви ставлення – важливим є саме ставлення.

Приклад: у справі *Маруко (Maruko)* гомосексуальна пара уклала «життєве партнерство»²⁵. Коли один з партнерів помер, інший звернувся до компанії, що займалася пенсійними питаннями померлого, із клопотанням про оформлення пенсії через втрату годувальника. Компанія відмовилася оформити пенсію на заявника на тій підставі, що пенсії через втрату годувальника призначаються лише особам, що перебували у зареєстрованому шлюбі, тоді як між скаржником і його партнером шлюб не укладався. ЄСС погодився, що відмова у призначенні пенсії може вважатися менш сприятливим ставленням, якщо порівнювати його зі ставленням до осіб, що перебувають у зареєстрованому шлюбі. ЄСС зазначив, що укладення «партнерства» за правом Німеччини є підставою для виникнення

24 *Джеймс проти Ради округу Істлей (UK – James v. Eastleigh Borough Council)*[1990] Палата лордів Сполученого Королівства 6, 14 червня 1990 року.

25 ЄСС, *Маруко проти Німецького фонду пенсійного забезпечення працівників театру (Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen)*, справа C-267/06 [2008] ECR I-1757, 1 квітня 2008 року.

у партнерів багатьох прав і обов'язків подружжя, зокрема прав у сфері державного пенсійного забезпечення. Це дозволило Суду визнати, що для цілей цієї справи партнери перебувають у становищі, що є подібним до становища одружених пар. На цій підставі ЄСС дійшов висновку, що таке поводження становить дискримінацію за ознакою сексуальної орієнтації. Отже, той факт, що особи не мали можливості укласти шлюб, є невід'ємним від їхньої сексуальної орієнтації.

Приклад: у справі *Азіз проти Кіпру (Aziz v. Cyprus)* заявник скаржився, що він позбавлений права голосу на підставі свого етнічного походження зі спільноти турків-кіпріотів²⁶. За законодавством Кіпру турки-кіпріоти і греки-кіпріоти могли голосувати на парламентських виборах виключно за кандидатів, що представляють їхні етнічні спільноти. Однак після того, як Туреччина окупувала Північний Кіпр, більшість турецького населення залишило територію і не мало своїх представників у парламенті. Тому кандидатів, за яких міг би проголосувати заявник, просто не існувало. Уряд, власне, і посилався на те, що заявник не може реалізувати право голосу через відсутність кандидатів, за яких він може голосувати. Проте, ЄСПЛ вирішив, що оскільки положення виборчого права тісно пов'язані з належністю осіб до спільноти турків-кіпріотів, а держава не зробила нічого, щоб адаптувати ці положення до потреб конкретної ситуації, в цьому випадку має місце пряма дискримінація на підставі етнічного походження.

Суди досить широко тлумачать поняття «захищена ознака». Воно може включати в себе «дискримінацію через спорідненість», коли особа, що зазнала дискримінації, сама не володіє захищеною ознакою. Це може бути конкретна ознака, розтлумачена абстрактно. Тому при застосуванні цієї норми слід детально проаналізувати причини несприятливого ставлення і знайти докази того, що таке ставлення є прямим чи опосередкованим наслідком існування захищеної ознаки.

Приклад: у справі *Коулмен (Coleman)* жінка, мати хлопчика-інваліда, скаржилася на те, що через хворобу сина вона зазнає несприятливого ставлення на роботі²⁷. Через стан дитини вона періодично запізнювалася на

26 ЄСПЛ, *Азіз проти Кіпру (Aziz v. Cyprus)* (№ 69949/01), 22 червня 2004 року.

27 ЄСС, *Коулмен проти Аттриджа Ло і Стіва Ло (Coleman v. Attridge Law and Steve Law)*, справа С-303/06 [2008] I-5603, 17 липня 2008 року.

роботу і просила про вихідні за графіком, що відповідав би її потребам. Компанія відмовила заявниці в задоволенні клопотання; натомість, їй стали погрожувати звільненням і робити образливі коментарі, пов'язані зі здоров'ям її дитини. ЄСВ вирішив, що заявницю варто порівняти з її колегами, що працюють на аналогічних посадах і також мають дітей, і дійшов висновку, що компанія застосовує до них більш гнучкий підхід. У результаті Суд визнав, що таке поводження становить дискримінацію і перслідування за ознакою обмежених можливостей її дитини.

Приклад: у справі *Веллер (Weller)* громадянка Румунії вийшла заміж за громадянина Угорщини і народила від нього чотирьох дітей²⁸. Заявниця не мала права на матеріальну допомогу у зв'язку з народженням дитини, оскільки не була громадянкою Угорщини. Її чоловік спробував оформити таку допомогу на себе, однак йому відмовили на тій підставі, що право на виплату має виключно мати новонародженої дитини. ЄСПЛ визнав, що це дискримінація швидше за ознакою батьківства, аніж статі: на відміну від чоловіка, що всиновлює дитину чи виступає її опікуном, біологічний батько дитини не має права на таку допомогу. До скарги долучилися також діти подружжя: вони оскаржували дискримінацію на підставі того, що їхньому батьку відмовили в наданні матеріальної допомоги. ЄСПЛ погодився з їхніми аргументами. Тобто діти також зазнали дискримінації через те, що чоловік їхньої матері доводиться їм біологічним батьком.

Приклад: у справі *П. проти С. і Ради графства Корнвелл (P. v. S. and Cornwall County Council)* скаржниця була в процесі операцій зі зміни статі з чоловічої на жіночу, коли її звільнили з роботи²⁹. ЄСВ прокоментував зразок для порівняння таким чином: «Коли особу звільняють з роботи на тій підставі, що він чи вона збираються зробити або зробили операцію зі зміни статі, така особа зазнає несприятливого ставлення порівняно з особами тієї статі, до якої він чи вона належали до проведення операції». Щодо захищеної ознаки Суд зазначив, що хоча і не було продемонстровано, що відмінність у ставленні до скаржниці викликана її належністю до чоловічої чи жіночої статі, було, натомість, продемонстровано, що відмінність у ставленні пов'язана зі зміною статі.

28 ЄСПЛ, *Веллер проти Угорщини (Weller v. Hungary)* (№ 44399/05), 31 березня 2009 року.

29 ЄСВ, *П. проти С. і Ради графства Корнвелл (P. v. S. and Cornwall County Council)*, справа C-13/94 [1996] ECR I-2143, 30 квітня 1996 року.

2.3. Непряма дискримінація

Право ЄКПЛ і право ЄС солідарні в тому, що дискримінація – це не тільки різне ставлення до людей в однакових ситуаціях, але й однакове ставлення до людей, ситуації яких відрізняються. Останнє явище має назву «непрямої дискримінації», оскільки різниця полягає не у ставленні чи поведженні, а в його наслідках, що по-різному впливають на людей з відмінними характеристиками. В Статті 2(2)(b) Директиви про расову рівність зазначено: «вважається,

Елементами непрямої дискримінації є:

- нейтральне правило, критерій чи практика,
- що впливає на групу осіб, які мають «захищену ознаку», значно більше,
- ніж на інших осіб в аналогічній ситуації.

що непряма дискримінація має місце тоді, коли на перший погляд нейтральне положення, критерій або практика ставлять особу певного расового чи етнічного походження у конкретне несприятливе становище порівняно з іншими особами»³⁰. ЄСПЛ використав це визначення в одному зі своїх останніх рішень, зазначивши, що «відмінність у ставленні може проявлятися у формі непропорційно шкідливих наслідків загальної політики чи заходу, які попри своє нейтральне формулювання дискримінують певну групу осіб».³¹

2.3.1. Нейтральне правило, критерій чи практика

Першим елементом непрямої дискримінації є, на перший погляд, нейтральне правило, критерій чи практика. Іншими словами, це певне правило загально-го характеру, що розповсюджується на всіх без винятку. Далі наводяться лише два приклади таких правил, а з іншими прикладами можна ознайомитися у розділі 5, присвяченому питанням доведення і ролі статистичних даних.

Приклад: у справі *Шьонхайм (Schönheit)* особам, що працювали неповний робочий день, розраховували пенсію за іншою ставкою, ніж особам, що

30 Див. також Директиву про рівність у сфері зайнятості, статтю 2(2)(b); Директиву про гендерну рівність (у новій редакції), статтю 2(1)(b); Директиву про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг, статтю 2(b).

31 ЄСПЛ, *Д.Г. та інші проти Чеської Республіки (D.H. and Others v. the Czech Republic)* [Велика палата] (№ 57325/00), 13 листопада 2007 року, пункт 184; ЄСПЛ, *Опуз проти Туреччини (Opuz v. Turkey)* (№ 33401/02), 9 червня 2009 року, пункт 183; ЄСПЛ, *Зарб Адамі проти Мальти (Zarb Adami v. Malta)* (№ 17209/02), 20 червня 2006 року, пункт 80.

працювали повний робочий день³². Ця різниця не була пов'язана з кількістю відпрацьованих годин. В результаті особи, що працювали неповний робочий день, отримували нижчу пенсію, ніж ті, що працювали повноцінно. Навіть якщо враховувати різницю у кількості відпрацьованих годин, вони фактично отримували менше. Це нейтральне правило про обчислення розміру пенсій застосовувалося абсолютно до всіх співробітників, що працювали неповний робочий день. Однак близько 88% працівників, що працювали неповний робочий день – це особи жіночої статі, тому негативні наслідки цього правила були непропорційно більшими для жінок, ніж для чоловіків.

Приклад: у справі *D.Г. та інші проти Чеської Республіки (D.H. and Others v. the Czech Republic)* у школах проводили тестування з метою виявлення рівня інтелектуальних здібностей учнів³³. Залежно від результатів тестування вирішували, залишати учня у звичайній школі чи переводити до спеціалізованої. Спеціалізовані школи були розраховані на дітей з вадами розумового розвитку та проблемами в навчанні. Всі учні, яких було рекомендовано до спеціалізованих закладів, проходили однакові тести, розроблені, виходячи з можливостей пересічних представників чеського населення. Тому було цілком очевидно, що учні з ромського середовища складуть їх гірше. Що, власне, і сталося: від 50 до 90 відсотків дітей-ромів були направлені на навчання до спеціалізованих закладів. ЄСПЛ вирішив, що в цьому випадку має місце непряма дискримінація.

2.3.2. Значно більший ступінь негативного впливу на захищену групу

Друга ознака непрямой дискримінації – це конкретні несприятливі наслідки, які створює для «захищеної групи», на перший погляд, нейтральне правило, критерій чи практика.

Ця ознака відрізняє непряму дискримінацію від прямої: вона переносить нашу увагу з відмінності у ставленні на відмінність у наслідках. Коли ЄС та ЄСПЛ розглядають статистичні дані, які свідчать, що представники захище-

32 ЄС, *Хільде Шьонхайт проти міста Франкфурта-на-Майні (Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main)* та *Сильвія Бекер проти землі Гессен (Silvia Becker v. Land Hessen)*, об'єднані справи C-4/02 та C-5/02 [2003] ECR I-12575, 23 жовтня 2003 року.

33 ЄСПЛ, *D.Г. та інші проти Чеської Республіки (D.H. and Others v. the Czech Republic)* [Велика палата] (№ 57325/00), 13 листопада 2007 року, пункт 79.

ної групи зазнали непропорційно негативного впливу порівняно з іншими особами в аналогічній ситуації, вони шукають доказів того, що досить великий відсоток осіб, які зазнали негативного впливу, належить до «захищеної групи». Це питання детально розглядатиметься у розділі 5, присвяченому питанням доведення. Наразі обмежимося підбіркою цитат з рішень ЄСС, які використав Генеральний адвокат Леже у справі *Нольте (Nolte)*, аналізуючи питання дискримінації за ознакою статі:

«Щоб захід було визнано дискримінаційним, він має охоплювати «набагато більшу кількість жінок, ніж чоловіків» [*Ріннер-Кюн (Rinner-Kühn)*³⁴], «значно менший відсоток чоловіків, ніж жінок» [*Німц (Nimz)*³⁵; *Ковальська (Kowalska)*³⁶] чи «набагато більше жінок, ніж чоловіків» [*Де Веєрд, дівоче прізвище Рокс, та інші (De Weerd, née Roks, and Others)*³⁷]³⁸.

2.3.3. Зразок для порівняння

Як і у випадку прямої дискримінації, суд має знайти зразок для порівняння, за допомогою якого він зможе оцінити ступінь негативного впливу певного правила, критерію або практики: чи є він значно більшим порівняно із впливом, якого зазнають інші особи в аналогічній ситуації. У цьому питанні суди посідають ту саму позицію, що і в питанні прямої дискримінації.

34 ЄСС, *Ріннер-Кюн проти компанії «ФВВ Спеціал-Гебойдерайнігунг» (Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung)*, справа C-171/88 [1989] ECR 2743, 13 липня 1989 року.

35 ЄСС, *Німц проти Вільного ганзейського міста Гамбурга (Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg)*, справа C-184/89 [1991] ECR I-297, 7 лютого 1991 року.

36 ЄСС, *Ковальська проти Вільного ганзейського міста Гамбурга (Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg)*, справа C-33/89 [1990] ECR I-2591, 27 червня 1990 року.

37 ЄСС, *Де Веєрд, дівоче прізвище Рокс, та інші проти Асоціації із захисту здоров'я та інших (De Weerd, née Roks, and Others v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen and Others)*, справа C-343/92 [1994] ECR I-571, 24 лютого 1994 року.

38 Висновок Генерального адвоката Леже від 31 травня 1995 року, пункти 57-58 у рішенні ЄСС по справі *Нольте проти Управління соціального забезпечення землі Ганновер (Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover)*, справа C-317/93 [1995] ECR I-4625, 14 грудня 1995 року. Для прикладу застосування аналогічного підходу ЄСПЛ див. рішення по справі *Д.Г. та інші проти Чеської Республіки (D.H. and Others v. the Czech Republic)* [Велика палата] (№ 57325/00), 13 листопада 2007 року, пункт 79.

2.4. Переслідування і вказівки щодо вчинення дискримінації

2.4.1. Переслідування і вказівки щодо вчинення дискримінації згідно з антидискримінаційними директивами ЄС

Заборона переслідування і віддання вказівок про вчинення дискримінації належать до відносно нових положень антидискримінаційного права ЄС, що були введені з метою посилення гарантій захисту.

За антидискримінаційними директивами, ЄС переслідування становить окремий вид дискримінації. Раніше її розглядали як окремий вияв прямої дискримінації. Винесення цього поняття під окремий заголовок у тексті директив пояснюється швидше необхідністю виокремити цю особливо небезпечну форму дискримінації, аніж концептуальною зміною її розуміння.

Директиви про гендерну рівність також відносять сексуальне переслідування до спеціального виду дискримінації, що проявляється у формі небажаної «словесної, несловесної чи фізичної» поведінки «сексуального» характеру⁴⁰.

Виходячи з цього визначення, для доведення факту переслідування зразок для порівняння не потрібен. По суті, воно підкреслює, що переслідування саме по собі є неправомірним в силу своєї форми («словесне, несловесне чи фізичне зловживання») та потенційних наслідків («порушення людської гідності»).

Основоположним документом з цього питання на рівні ЄС є Декларація Ради від 10 грудня 1991 року про імплементацію Рекомендації Комісії про захист гід-

Відповідно до антидискримінаційних директив переслідування вважається дискримінаційним, якщо

- має місце небажана поведінка, пов'язана із наявністю захищеної ознаки,
- метою чи наслідком якої є порушення гідності особи
- та/або створення атмосфери залякування, ворожості, приниження, образи чи агресії³⁹

39 Див. Директиву про расову рівність, статтю 2(3); Директиву про рівність у сфері зайнятості, статтю 2(3); Директиву про рівний доступ чоловіків і жінок до товарів і послуг, статтю 2(с); Директиву про гендерну рівність (у новій редакції), статтю 2(1)(с).

40 Директива про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг, стаття 2(d); Директива про гендерну рівність (у новій редакції), стаття 2(1)(d).

ності жінок та чоловіків у трудових відносинах, включаючи кодекс практики щодо боротьби із сексуальним переслідуванням⁴¹. Право ЄС закріплює гнучкий об'єктивно-суб'єктивний підхід у цій сфері. По-перше, встановлення факту переслідування відбувається на основі думки потерпілої особи. По-друге, навіть якщо потерпіла особа фактично не відчуває на собі наслідків переслідування, його наявність може бути встановлена на тій підставі, що особа стала об'єктом такої поведінки.

Фактичні обставини справи (питання того, чи становить певна поведінка правопорушення у формі переслідування) зазвичай встановлюються на національному рівні, до моменту направлення справи до ЄСС. Далі наводиться декілька показових прикладів з національної судової практики.

Приклад: Апеляційний суд Швеції розглядав справу, в якій скаржник хотів купити цуценя. Коли продавець зрозумів, що покупець має гомосексуальну орієнтацію, то відмовився оформлювати угоду, мотивуючи це турботою про песика: мовляв, гомосексуали вчиняють статеві акти із тваринами. Апеляційний суд Швеції дійшов висновку, що відмова продати цуценя становить пряму дискримінацію в контексті товарів та послуг, а саме переслідування за ознакою сексуальної орієнтації⁴².

Приклад: угорський орган з питань рівного поводження розглядав скаргу на викладачів, які сказали учням-ромам, що про їхню погану поведінку доповіли в «Угорську гвардію» – націоналістичну організацію, відому своїми актами жорстокого насильства щодо ромського населення⁴³. Орган вирішив, що викладачі таким чином висловили непряму згоду з расистськими поглядами Гвардії, створивши тим самим атмосферу остраху й залякування, що кваліфікується як переслідування.

41 Декларация Ради від 19 грудня 1991 року про реалізацію Рекомендації Комісії 92/131/ЕЕС про захист гідності жінок та чоловіків у трудових відносинах, ОJ L 49, 24.02.1992, стор. 1.

42 *Омбудсмен з питань дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації проти А. С. (Ombudsman Against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation v. A.S.)*, справа № T-3562-06, Апеляційний суд Швеції, 11 грудня 2008 року. Короткий опис англійською мовою можна прочитати у виданні Європейської мережі правових експертів у галузі недискримінації 'European Anti-Discrimination Law Review', випуск № 8 (липень 2009 р.), стор. 69.

43 Рішення № 654/2009, від 20 грудня 2009 року, Орган з питань рівного поводження (Угорщина). Короткий опис англійською мовою можна прочитати в публікації Європейської мережі правових експертів у галузі недискримінації «Звіт новин» ('News Report'), що доступна в інтернеті за адресою: www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU_harassment_of_Roma_pupils_by_teachers.pdf

Крім того, всі антидискримінаційні директиви містять положення про те, що «вказівка про вчинення дискримінації» вважається проявом дискримінації⁴⁴. Однак жодна з директив не наводить визначення цього поняття. Щоб цю концепцію можна було ефективно використовувати для боротьби з дискримінацією, вона не повинна зводитися до обов'язкових наказів: слід також включити сюди випадки надання явної переваги і спонукання до менш сприятливого ставлення до особи на підставі наявності у неї певної захищеної ознаки. Правове регулювання цієї сфери може отримати подальший розвиток через судову практику.

Антидискримінаційні директиви не зобов'язують держави-члени боротися з дискримінацією засобами кримінального права, однак рамкове рішення Європейської ради покладає на них обов'язок введення кримінально-правових санкцій за підбурювання до насильства чи ворожнечі за ознакою раси, кольору шкіри, родового походження, релігійних вірувань чи переконань, національного чи етнічного походження, а також розповсюдження расистських чи ксенофобських матеріалів і виправдання, заперечення або тривіалізацію геноциду, військових злочинів чи злочинів проти людства, що спрямовані проти таких груп⁴⁵. Держави-члени також повинні кваліфікувати расистські та ксенофобські мотиви як обставини, що обтяжують відповідальність.

Тому цілком можливо, що прояви переслідування і підбурювання до дискримінаційних дій можуть відповідно до національного права держав – членів ЄС кваліфікуватися як дискримінація і додатково – як злочин, зокрема, якщо ці дії вчинені з мотивів з расової чи етнічної ворожнечі.

Приклад: болгарські суди розглядали справу, у якій член парламенту зробив ряд усних заяв, негативно висловлюючись щодо представників ромської, єврейської і турецької спільнот та «чужинців» загалом. Він звинувачував ці спільноти в тому, що вони заважають болгарам управляти власною державою, позбавляють їх належного медичного забезпечення, вдаються до безкарної злочинності, і закликав не допустити перетворення Болгарії на «колонію» цих загарбників⁴⁶. Регіональний суд Софії кваліфікував це як переслідування і вказівки щодо вчинення дискримінації.

44 Директива про рівність у сфері зайнятості, стаття 2(4); Директива про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг, стаття 4(1); Директива про гендерну рівність (у новій редакції), стаття 2(2)(b); Директива про расову рівність, стаття 2(4).

45 Рамкове рішення Ради 2008/913/JHA від 28 листопада 2008 року про боротьбу з деякими формами та проявами расизму і ксенофобії засобами кримінального права, OJ L 328, 6.12.2008, стор. 55.

46 Регіональний суд Софії, рішення № 164 у цивільній справі № 2860/2006, 21 червня 2006 року. Короткий опис англійською мовою можна прочитати на інформаційному порталі Агенції ЄС з питань основоположних прав, справа № 11-1.

2.4.2. Переслідування і вказівки щодо вчинення дискримінації з перспективи ЄСПЛ

Хоча ЄКПЛ і не містить прямої заборони переслідування і вказівок щодо вчинення дискримінації, вона закріплює права, що охоплюють такі дії. Так, переслідування може охоплюватися правом на повагу до особистого і сімейного життя, що захищаються за статтею 8 ЄКПЛ, або правом на свободу від нелюдського чи такого, що принижує гідність поводження, чи покаранням за статтею 3 ЄКПЛ. Вказівки щодо вчинення дискримінації, залежно від контексту, можуть потрапляти до сфери дії права на свободу релігії за статтею 9 або права на свободу зібрань за статтею 11. Якщо в цих діях прослідковуються дискримінаційні мотиви, ЄСПЛ також розглядатиме справу за статтею 14 (заборона дискримінації). Далі наводиться декілька справ ЄСПЛ, фактична сторона яких дуже нагадує попередні приклади.

Приклад: у справі *Бончковські та інші проти Польщі* (*Bączkowski and Others v. Poland*) мер Варшави декілька разів публічно заявив, що не надасть дозволу на проведення ходи, що покликана привернути увагу до проблеми гомофобії⁴⁷. Коли це рішення оскаржили в адміністративному порядку, орган, що розглядав справу, мотивував свою відмову іншими підставами, а саме необхідністю попередити сутички між демонстрантами. ЄСПЛ вирішив, що заяви мера могли вплинути на рішення компетентних органів; крім того, в основі рішення лежить сексуальна орієнтація демонстрантів, а отже, це рішення порушує їхнє право на свободу зібрань у поєднанні з правом на свободу від дискримінації.

Приклад: у справі *Параскева Тодорова проти Болгарії* (*Paraskeva Todorova v. Bulgaria*) національні суди, розглядаючи кримінальну справу щодо представниці ромської спільноти, прямо відмовилися виконати рекомендацію прокурора про призначення умовного покарання, зазначивши, що серед ромів існує традиція безкарності⁴⁸. В рішенні прослідковується намір суддів зробити справу показовою. ЄСПЛ визнав це порушенням права заявника на справедливий суд у поєднанні з правом на свободу від дискримінації.

47 ЄСПЛ, *Бончковські та інші проти Польщі* (*Bączkowski and Others v. Poland*), (№ 1543/06), 3 травня 2007 року.

48 ЄСПЛ, *Параскева Тодорова проти Болгарії* (*Paraskeva Todorova v. Bulgaria*) (№ 37193/07), 25 березня 2010 року.

2.5. Особливі або спеціальні заходи

Як зазначалося вище, непряма дискримінація полягає у застосуванні однакового підходу до всіх без винятку осіб і без урахування будь-яких відмінностей між ними. Для виправлення подібних ситуацій і недопущення їхньої появи у майбутньому урядовці, роботодавці та постачальники послуг повинні адаптувати свої правила й практики, щоб урахувати ці відмінності, тобто змінити наявну ситуацію. У правозахисній системі ООН такі дії називають «особливими заходами», у праві ЄС – «спеціальними заходами» або «позитивними заходами». Особливі заходи допомагають забезпечити «рівність по суті», тобто рівність у користуванні можливостями для отримання доступу до суспільних благ, а не просто «формальну рівність». Урядовці, роботодавці та постачальники послуг, що не визнають потреби у введенні таких заходів, підвищують ризик того, що їхні правила та практики будуть визнані дискримінаційними.

ЄСПЛ зазначив, що «право на свободу від дискримінації у користуванні правами, що гарантовані за [ЄКПЛ], є порушеним і тоді, коли держави ... не забезпечують різного ставлення до осіб, ситуації яких значною мірою відрізняються»⁴⁹. Антидискримінаційні директиви ЄС також передбачають можливість введення позитивних заходів: «[з] метою практичного забезпечення повноцінної рівності, принцип рівного ставлення не повинен перешкоджати праву будь-якої держави-члена підтримувати чи вводити спеціальні заходи для попередження або відшкодування незручностей, пов'язаних із [захищеною ознакою]»⁵⁰.

Статтю 5 Директиви про рівність у сфері зайнятості передбачено особливі вимоги до спеціальних заходів, що спрямовані на осіб з обмеженими можливостями: роботодавці зобов'язані забезпечити особам з вадами розумового чи фізичного розвитку «достатні умови» для користування рівними можливостями у сфері зайнятості. Їх визначено як «належні і необхідні в конкретному випадку заходи, що покликані надати особі з обмеженими можливостями змогу отримати доступ до зайнятості, змогу працювати, змогу просуватися по службі чи пройти навчання, якщо тільки такі заходи не покладають непропорційний тягар на роботодавця». Це може бути, наприклад, встановлення на

49 ЄСПЛ, *Тлімменос проти Греції (Thlimmenos v. Greece)* [Велика палата] (№ 34369/97), 6 квітня 2000, пункт 44. Див. також рішення ЄСПЛ у справі *Прітті проти Сполученого Королівства (Pretty v. UK)*, (№ 2346/02), 29 квітня 2002 року, пункт 8.

50 Директива про расову рівність, стаття 5; Директива про рівність у сфері зайнятості, стаття 7; Директива про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг, стаття 6. Дещо відмінне формулювання має стаття 3 Директиви про расову рівність (нова редакція).

робочому місці ліфта, пандуса чи облаштування туалету, що дозволяє пересуватися на інвалідному візку.

Приклад: у справі *Тлімменос проти Греції (Thlimmenos v. Greece)* національне законодавство забороняло особам, що були засуджені за вчинення злочину, отримати кваліфікацію професійного бухгалтера. Судовий вирок вважався підтвердженням того, що особі бракує чесності і надійності, тобто якостей, необхідних для виконання такої роботи. Заявник, член спільноти Свідків Іегови (релігійної групи, що проповідує пацифізм), був засуджений за відмову носити військову форму під час служби в армії. ЄСПЛ зазначив, що немає жодної підстави не допускати до професії осіб, які були засуджені за злочини, не пов'язані із браком надійності та чесності. Уряд не зробив виняток для подібних ситуацій, чим порушив право заявника на вираження релігійних переконань (стаття 9 ЄКПЛ) у поєднанні із правом на захист від дискримінації.

Приклад: у справі, що розглядалася органом Кіпру з питань рівності, заявник, чоловік із вадами зору, складав іспит для вступу на державну службу⁵¹. Заявник попросив надати йому додатковий час, щоб завершити завдання, і отримав додаткові 30 хвилин за рахунок перерви, яка була передбачена для всіх кандидатів. Орган з питань рівності дійшов висновку, що уряд не розробив стандартної процедури, яка б оцінювала необхідність створення «достатніх умов» для кандидатів з особливими потребами, і фактично не доклав достатніх зусиль для створення умов, які б дозволили заявнику взяти участь у відборі на рівні з іншими кандидатами. Уряду було рекомендовано створити в рамках стандартної процедури експертну комісію з розгляду індивідуальних випадків, що вимагають створення «достатніх умов».

Приклад: французькі суди розглядали справу, в якій особа, що пересувалася на інвалідному візку, оскаржувала відмову Міністерства освіти взяти її на роботу на конкретну посаду⁵². За результатами конкурсу скарги

51 Орган Кіпру з питань рівності, Ref. A.K.I. 37/2008, 8 жовтня 2008 року. Короткий опис англійською мовою можна прочитати у виданні Європейської мережі правових експертів у галузі недискримінації 'European Anti-Discrimination Law Review', випуск № 8 (липень 2009 р.), стор. 43.

52 Адміністративний суд округу Руа, *Бутеїє проти Міністерства освіти (Boutheiller v. Ministère de l'éducation)*, рішення № 0500526-3, 24 червня 2008 року. Короткий опис англійською мовою можна прочитати у виданні Європейської мережі правових експертів у галузі недискримінації 'European Anti-Discrimination Law Review', випуск № 8 (липень 2009 р.), стор. 46.

посів третє місце в рейтингу кандидатів на цю посаду. Коли перші два кандидати відмовилися від пропозиції, запрошення надіслали кандидату, що йшов у списку четвертим – одразу після заявника. Натомість заявнику запропонували посаду в іншому департаменті, що був обладнаний для потреб людей на інвалідних візках. Держава посилалася на те, що витрати для переобладнання приміщень на виконання обов'язку забезпечення достатніх умов не відповідають громадським інтересам. Суд вирішив, що Міністерство освіти порушило свій обов'язок забезпечити достатні зручності для осіб з обмеженими можливостями, і економія ресурсів не є виправданням.

Термін «особливі заходи» іноді позначає відмінності у ставленні до осіб через наявність у них захищених ознак, до того ж ставлення швидше сприятливого, ніж навпаки. Наприклад, жінкам на підставі політики роботодавця, що спрямована на подолання недостатнього представництва жінок серед співробітників компанії, може бути надана перевага перед чоловіками при працевлаштуванні на певну посаду. Відрізняються й терміни, що використовуються для позначення цього поняття: «позитивна» і «зворотна» дискримінація, «надання преференцій», «тимчасові спеціальні заходи», «стверджувальні заходи»⁵³. Наведені визначення відображають загальноприйняте розуміння цього явища як короточасних і виняткових заходів, що спрямовані на подолання упереджень щодо осіб, які зазвичай потерпають від дискримінації, а також на створення рольових моделей, що надихатимуть інших осіб з такими ж характеристиками.

Допустимість введення позитивних заходів на користь осіб, що перебувають у несприятливому становищі, підтверджується рекомендаціями ряду моніторингових органів, уповноважених здійснювати тлумачення правозахисних договорів у рамках системи ООН. У рекомендаціях підкреслюється, що такі заходи мають носити обмежений характер, а їхня тривалість і зміст повинні залишатися в межах, необхідних для подолання відповідного прояву нерів-

⁵³ Наприклад, Комітет ООН з ліквідації расової дискримінації, «Загальна рекомендація № 32: значення і зміст спеціальних заходів за Міжнародною конвенцією про ліквідацію усіх форм расової дискримінації», UN Doc. CERD/C/GC/32, 24 вересня 2009 року; Комітет ООН з економічних, соціальних і культурних прав, «Загальний коментар № 13: право на освіту», UN Doc. E/C.12/1999/10, 8 грудня 1999 року; Комітет ООН з ліквідації дискримінації щодо жінок, «Загальна рекомендація № 25: стаття 4(1) Конвенції» (тимчасові особливі заходи), UN Doc. A/59/38(SUPP), 18 березня 2004 року; Комітет ООН з прав людини, «Загальний коментар № 18: недискримінація», UN Doc. A/45/40(Vol.I.) (SUPP), 10 листопада 1989 року; Комітет ООН з ліквідації расової дискримінації, «Загальна рекомендація № 30 щодо дискримінації негромадян», UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 4 травня 2005 року.

ності⁵⁴. Комітет ООН з подолання расової дискримінації зазначив, що такі заходи дозволяються за умови, що вони спрямовані виключно на подолання проявів нерівності, що існують на цей момент, і недопущення виникнення правового дисбалансу в майбутньому⁵⁵. Комітет ООН з ліквідації дискримінації щодо жінок уточнив, що «тимчасові особливі заходи» можуть включати в себе «надання преференцій»; цільове працевлаштування, найм і підвищення по службі; числові орієнтири у співвідношенні з часовими показниками; системи квотування»⁵⁶. Як свідчать нижченаведені приклади з судової практики ЄСС, пропорційність таких заходів підлягає ретельній перевірці.

Суди схильні розглядати таке відмінне ставлення не як окремий вид дискримінації, а як виняток із правила про заборону дискримінації. Іншими словами, суди кваліфікують захід як дискримінаційний, але виправдовують його існування тим, що це допомагає виправити несприятливе становище певної групи, наприклад її недостатню представленість серед співробітників компанії.

Іноді для виправдання відмінного ставлення чи поведження держави посилаються на «особливі заходи». Цей аргумент можна розглядати з двох боків. Якщо дивитися на нього з боку одержувача преференцій, то виходить, що завдяки наявності у нього захищеної ознаки ставлення до нього є більш сприятливим, ніж ставлення до іншої особи в аналогічній ситуації. Якщо ж розглядати його з боку постраждалого, то ставлення до нього є менш сприятливим тому, що захищена ознака в нього відсутня. Серед типових прикладів можна згадати надання права на переважне працевлаштування – жінкам у компаніях, де більшість працівників становлять чоловіки, або представникам етнічних спільнот на державній службі, наприклад у поліції, з метою адекватного відображення соціального складу населення. Іноді цей аргумент також називають «зворотна дискримінація», оскільки він застосовується для надання преференції особі, ставлення до якої у протилежному випадку, виходячи з наявних суспільних тенденцій, було б менш сприятливим. Іноді його ще називають «позитивними заходами», оскільки по суті це ініціатива, покликана виправити наслідки несприятливого ставлення до груп осіб, які традиційно зазнавали утисків у минулому, шляхом надання їм нагоди користуватися

54 Див. вище.

55 Комітет ООН з ліквідації расової дискримінації, «Загальна рекомендація № 32: значення і зміст спеціальних заходів за Міжнародною конвенцією про ліквідацію усіх форм расової дискримінації», UN Doc. CERD/C/GC/32, 24 вересня 2009 року, пункти 21–26.

56 Комітет ООН з ліквідації дискримінації щодо жінок, «Загальна рекомендація № 25: стаття 4(1) Конвенції» (тимчасові особливі заходи), UN Doc. A/59/38(SUPP), 18 березня 2004 року, пункт 22.

наявними можливостями. Така дискримінація має благородні мотиви і не пов'язана з упередженням щодо певних груп.

ЄСПЛ не надто часто використовує цю концепцію у свої рішеннях, тоді як ЄСС охоче звертається до неї під час розгляду справ у сфері зайнятості. За антидискримінаційними директивами і практикою ЄСС спеціальні заходи розглядаються як самостійна підстава виправдання дискримінації, а також як спеціальний аргумент, що має назву «невід'ємної вимоги до професії» (це питання детально обговорюється у розділі 2.6.4.1).

Основоположні рішення ЄСС щодо спеціальних заходів – *Каланке (Kalanke)*⁵⁷, *Маршалл (Marshall)*⁵⁸ і *Абрахамссон (Abrahamsson)*⁵⁹ – були винесені в межах розгляду справ стосовно гендерної рівності. Ці три справи окреслюють межі компенсаційних заходів, які можна запропонувати (у цих конкретних випадках) жінкам за утиски, від яких вони багато років потерпали на робочому місці.

Приклад: у справі *Каланке* ЄСС зайняв жорстку позицію стосовно надання преференцій для виправлення недостатньої представленості жінок на конкретних посадах. У цій справі розглядалося положення національного законодавства, відповідно до якого кандидати жіночої статі отримують автоматичну перевагу у прийнятті на посаду чи підвищенні по службі. У випадку, якщо кандидати чоловічої та жіночої статі демонструють однакову кваліфікацію, і при цьому вважається, що жінки недостатньо представлені у відповідному секторі, перевага надається кандидатам жіночої статі. Вважається, що жінки представлені недостатньо, якщо серед числа співробітників на певній посаді жінки не становлять хоча б половину. Пан Каланке, якому відмовили у прийнятті на роботу, подав до національного суду скаргу на дискримінацію за ознакою статі. Національні суди звернулися до ЄСС із проханням роз'яснити, чи відповідає вищенаведене положення національного права вимогам статті 2(4) Директиви про рівне ставлення (норми-попередника статті 3 Директиви про гендерну рівність у частині «позитивних заходів»), відповідно до якої: «Ця Директива не перешкоджає введенню заходів на підтримку рівних можливостей чоловіків

57 ЄСС, *Каланке проти Вільного ганзейського міста Бремена (Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen)*, справа № C-450/93 [1995] ECR I-3051, 17 жовтня 1995 року.

58 ЄСС, *Маршалл проти землі Північний Рейн – Вестфалія (Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen)*, справа № C-409/95 [1997] ECR I-6363, 11 листопада 1997 року.

59 ЄСС, *Абрахамссон і Лейф Андерсон проти Елізабет Фогельквіст (Abrahamsson and Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist)*, справа № C-407/98 [2000] ECR I-5539, 6 липня 2000 року.

та жінок, зокрема, шляхом усунення наявних проявів нерівності, що негативно впливають на можливості жінок»⁶⁰.

ЄСС зазначив, що стаття 2(4) була введена для легалізації заходів, що, «хоча зовнішньо і виглядають як дискримінаційні, насправді спрямовані на подолання чи зменшення фактичних проявів нерівності, що можуть реально існувати в соціальному житті»⁶¹. Суд погодився, що це правило переслідує законну мету – подолати нерівність у сфері трудових відносин. Тому заходи, що надають жінкам конкретні переваги в питаннях працевлаштування і підвищення по службі, загалом є прийнятними, якщо їх введено з метою збільшення конкурентоспроможності жінок на ринку праці, вільному від такої дискримінації.

Водночас Суд зазначив, що будь-яке обмеження права на рівне поводження слід оцінювати дуже критично. Суд вирішив, що оскільки це положення гарантує «жінкам абсолютний і безумовний пріоритет у призначенні на посаду чи підвищенні по службі», воно по суті є непропорційним відносно своєї мети – подолання нерівності, пов'язаної з правом на рівне поводження. Отже, в цьому випадку надання переваг не може вважатися виправданим.

Разом із тим наступні справи свідчать, що ЄСС дозволяє спеціальні заходи за умови, що вони не передбачають автоматичного і безумовного надання переваги.

Приклад: у справі *Маршалл* розглядалося правило, подібне за змістом до правила у справі *Каланке*. Однак тут воно передбачало, що жінки за інших рівних умов отримували перевагу, «якщо тільки особливі причини щодо певного кандидата чоловічої статі не приводять до вибору на його користь». Пан Маршалл, якого не взяли на роботу, оскільки перевагу було надано кандидату жіночої статі, оскаржив правомірність такого правила до національних судів; суди, своєю чергою, звернулися до ЄСС із аналогічним запитанням: чи відповідає це правило вимогам Директиви про рівноправність. ЄСС вирішив, що правило такого роду є пропорційним щодо легітимної мети – подолання нерівності, а також що «в кожному конкретному

60 Директива про рівне ставлення 76/207/ЕЕС, ОJ L 39, 14.02.1976, стор. 40.

61 Це формулювання широко використовується в преамбулах до антидискримінаційних директив: пункт 21 преамбули до Директиви про гендерну рівність (у новій редакції); пункт 26 преамбули до Директиви про рівність у сфері зайнятості; пункт 17 преамбули до Директиви про расову рівність.

випадку воно забезпечує кандидатам чоловічої статі гарантії того, що за інших рівних умов їхні кандидатури підлягатимуть об'єктивній оцінці, яка братиме до уваги всі особливі критерії окремих кандидатів і нівелюватиме переваги, передбачені для кандидатів жіночої статі, якщо один чи більше критеріїв приводять до вибору на користь кандидата чоловічої статі». Отже, оскільки це правило дозволяє діяти, виходячи з потреб ситуації, передбачена ним перевага має неабсолютний характер і є пропорційною до поставленої мети, що полягає у вирішенні проблеми нерівності чоловіків та жінок у сфері зайнятості.

Приклад: у справі *Абрахамссон* розглядалося питання правомірності положення шведського законодавства, яким передбачалося щось середнє між «абсолютною перевагою» на зразок положень у справі *Каланке* і «можливістю діяти, виходячи з потреб ситуації», як у справі *Маршалл*. Відповідно до цього положення перевагу у працевлаштуванні отримує кандидат, який належить до осіб тієї статі, що недостатньо представлена серед числа співробітників компанії, і має достатню кваліфікацію для виконання відповідної роботи, якщо тільки «різниця між рівнем кваліфікації кандидатів не є настільки суттєвою, що застосування цього положення призведе до порушення вимоги об'єктивності у доборі кандидатів на посаду». ЄСС вирішив, що фактично це положення встановлює автоматичну перевагу для осіб тієї статі, що недостатньо представлена серед числа співробітників компанії. Однак оскільки воно запобігає цьому лише в тому випадку, коли існує суттєва різниця у кваліфікації кандидатів, Суд визнав це недостатнім для попередження його непропорційних наслідків.

Наведені рішення підтверджують, що ЄСС загалом дуже обережно ставиться до того, щоб спеціальні заходи могли отримати перевагу над принципом справедливості. ЄСС дозволяє розповсюджувати на положення національного права передбачений статтею 2(4) виняток лише в окремих ситуаціях, коли спеціальні заходи не мають безумовного і абсолютного характеру.

Юристи-практики, що мають справу з застосуванням спеціальних заходів на підставі антидискримінаційних директив ЄС, повинні звернути особливу увагу на сам «захід», що використовується з метою надання переваги конкретній групі осіб. Вищенаведені приклади судових рішень свідчать, що ЄСС має досить чітку позицію з цього питання: спеціальні заходи мають застосовуватися лише у випадку крайньої необхідності. Суд, що розглядає справу про застосування спеціальних заходів, повинен переконатися, що роботодавець провів

об'єктивну і чесну оцінку всіх кандидатів, у тому числі тих, на яких не розповсюджується положення про спеціальні заходи. Спеціальні заходи можуть застосовуватися лише тоді, коли за результатами об'єктивного оцінювання встановлено, що декілька кандидатів, зокрема особи з «цільової групи», однаково задовольняють вимогам, встановленим для певної посади. Тільки за таких умов член цільової групи (групи, що історично була дискримінована в питаннях зайнятості) може отримати перевагу над особами, що не належать до цієї групи.

Хоча ЄСПЛ ще не мав нагоди глибоко проаналізувати питання спеціальних заходів, йому довелося торкнутися цього питання під час розгляду кількох справ.

Приклад: у справі *Вінтерсбергер проти Австрії (Wintersberger v. Austria)*⁶² ЄСПЛ розглядав питання щодо прийнятності заяви від особи з обмеженими можливостями, яку звільнили з роботи за наказом державного органу. Відповідно до австрійського законодавства інваліди мають спеціальні гарантії захисту від незаконного звільнення: перш ніж звільнити таку особу, необхідно отримати дозвіл спеціального комітету. Якщо роботодавець не знав про інвалідність звільненої особи, такий дозвіл можна отримати постфактум. Якщо ж особа не має інвалідності, такий дозвіл не потрібен. Заявник стверджував, що зазнав дискримінації на тій підставі, що для звільнення інвалідів потрібно отримати дозвіл постфактум, тоді як для неінвалідів такого не передбачено. ЄСПЛ дійшов висновку, що це правило було введено для захисту осіб з обмеженими можливостями, а отже, зворотна дискримінація в цьому випадку є виправданою. На цій підставі заяву було визнано непринятною.

Ключові моменти

- Термін «дискримінація» застосовується для позначення ситуації, коли особа потрапляє у несприятливе становище через наявність у неї захищеної ознаки.
- Дискримінація може набувати різних форм: пряма дискримінація, непряма дискримінація, переслідування, вказівки щодо вчинення дискримінації.

62 ЄСПЛ, *Вінтерсбергер проти Австрії (Wintersberger v. Austria)* (дружнє врегулювання), (№ 57448/00), 5 лютого 2004 року.

- Пряма дискримінація характеризується відмінністю у ставленні до потерпілої особи: необхідно продемонструвати, що таке ставлення є менш сприятливим через певну характеристику, що входить до числа захищених ознак.
- Наявність менш сприятливого ставлення встановлюється на основі порівняння становища потерпілої особи та іншої особи, що перебуває в подібній ситуації та не володіє захищеною ознакою.
- Іноді наявність захищеної ознаки не є безпосередньою причиною іншого ставлення. Тоді достатньо, щоб безпосередня причина була невід'ємно пов'язана з «захищеною ознакою».
- ЄС і національні суди використовують конструкцію «дискримінації через спорідненість», коли особу дискримінують через її спорідненість з іншою особою, яка має захищену ознаку.
- Переслідування за правом ЄС вважається конкретним проявом непрямої дискримінації.
- Непряма дискримінація проявляється у вигляді відмінного впливу або наслідків: необхідно продемонструвати, що внаслідок певного рішення група осіб потрапила у несприятливе становище порівняно зі становищем іншої групи (зразка для порівняння).
- Для доведення непрямої дискримінації необхідно продемонструвати, що особи, які володіють захищеними ознаками, відчувають на собі відмінний вплив або наслідки, якщо порівнювати їх з особами, що такими ознаками не володіють.
- Щоб кожен мав рівні можливості у користуванні своїми правами, державні органи, роботодавці і постачальники послуг повинні розглянути можливість запровадження особливих і спеціальних заходів. Завдяки цьому їхні правила та практики будуть адаптовані до потреб осіб із відмінними ознаками.
- Поняття «особливі заходи» та «спеціальні заходи» може означати кроки, спрямовані на подолання наслідків історично несприятливого ставлення до осіб із захищеними ознаками. Якщо такі заходи є пропорційними, вони можуть виправдовувати дискримінацію.

2.6. Аргументи на захист менш сприятливого ставлення за європейським антидискримінаційним правом

2.6.1. Вступ

За певних обставин ЄСС і ЄСПЛ встановлюють наявність дискримінаційного поводження, однак визнають його прийнятним. За формою їхні підходи до аргументів на користь прийнятної дискримінації відрізняються, однак по суті вони дуже подібні.

В європейському антидискримінаційному праві трапляються як загальні, так і більш спеціальні, сформульовані за допомогою обмежувальної лексики аргументи на захист дискримінаційного поводження. Так, ЄСПЛ використовує загальний підхід до випадків прямої і непрямой дискримінації. Натомість, ЄСС застосовує тільки обмежувальний, спеціальний підхід до випадків прямої дискримінації і тільки загальний підхід – до випадків непрямой дискримінації. Іншими словами, за антидискримінаційними директивами ЄС дискримінація може бути виправдана виключно тоді, коли це необхідно для досягнення конкретних цілей, що прямо передбачені в цих директивах.

Спеціальні аргументи за правом ЄС повністю узгоджуються із загальними аргументами Європейського суду з прав людини і цілком відповідають його логіці застосування загальних аргументів у своїх рішеннях. По суті спеціальний аргумент за антидискримінаційними директивами – це конкретний прояв загального аргументу, що адаптований і застосовується у контексті зайнятості.

2.6.2. Розходження загальних аргументів

Як вже зазначалося раніше, загальні аргументи застосовуються Європейським судом з прав людини як до прямої, так і до непрямой дискримінації, тоді як за правом ЄС вони дозволяються лише у випадку непрямой дискримінації. Відповідно до позиції ЄСПЛ,

«...різне ставлення до осіб у відповідним чином схожих ситуаціях... є дискримінаційним, якщо воно не має об'єктивного і розумного виправдання, іншими словами, якщо воно не переслідує законну

мету або відсутнє розумне пропорційне співвідношення між запровадженими заходами і поставленою метою»⁶³.

Подібне формулювання використовується в антидискримінаційних директивах ЄС щодо непрямой дискримінації. Директивою про расову рівність передбачено:

«Непрямою дискримінацією вважається ситуація, коли на перший погляд нейтральне положення, критерій чи практика можуть поставити особу певного расового чи етнічного походження у конкретне несприятливе становище порівняно з іншими особами, якщо тільки таке положення, критерій чи практика не є об'єктивно виправданими законною метою, а заходи для її досягнення не є пропорційними та необхідними»⁶⁴.

Для виправдання відмінності у ставленні необхідно продемонструвати, що:

- відповідне правило чи практика переслідують законну мету;
- засоби, обрані для досягнення цієї мети (тобто заходи, що привели до відмінного поводження), є пропорційними і необхідними для досягнення цієї мети.

Виходячи з формулювань, які використовуються у практиці ЄСПЛ і в антидискримінаційних директивах, рішення про відсутність дискримінації виноситься, якщо бути точним, швидше на підставі аргументу, що виправдовує відмінне поводження, аніж на підставі аргументу на захист дискримінації як такої. Однак, по суті, суди розглядають аргументи, що виправдовують дискримінаційне поводження, як аргументи на захист дискримінації.

Приклад: ЄСС детально проаналізував ідею об'єктивного виправдання дискримінації у справі ТОВ «Торговий дім «Білка» проти Вебер фон Хартц (*Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber Von Hartz*)⁶⁵. У цій справі особи, що працювали неповний робочий день і були виключені зі схеми професійного пенсійного забезпечення універмагу «Білка», стверджували, що це становить дискримінацію за ознакою належності до жіночої статі, оскільки жінки складали переважну більшість серед числа співробітників компанії,

63 ЄСПЛ, *Бурден проти Сполученого Королівства* (*Burden v. UK*) [Велика палата] (№ 13378/05), 29 квітня 2008, пункт 60.

64 Стаття 2(2)(b) Директиви про расову рівність, стаття 2(2)(b) Директиви про рівність у сфері зайнятості, стаття 2(b) Директиви про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг, стаття 2(1)(b) Директиви про гендерну рівність (у новій редакції).

65 ЄСС, *ТОВ «Торговий дім «Білка» проти Вебер фон Хартц* (*Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber Von Hartz*), справа № 170/84 [1986] ECR 1607, 13 травня 1986 року.

Щоб встановити, чи є відмінне поводження пропорційним, суд має переконатися, що:

- відсутні будь-які інші засоби досягнення цієї мети, які б спричинили менше втручання у право на рівне ставлення. Іншими словами, шкода, необхідна для досягнення поставленої мети, має бути мінімальною.
- поставлена мета є достатньо важливою, щоб виправдати рівень втручання.

які працювали неповний робочий день. ЄСС вирішив, що це становитиме непряму дискримінацію, якщо тільки не буде запропоновано належного виправдання такої відмінності у поводженні. Для цього необхідно продемонструвати, що «заходи ..., які запровадив універмаг «Білка», відповідають реальним потребам компанії, відповідають поставленій меті і є необхідними для її досягнення».

Відповідач стверджував, що відмінний підхід у питаннях пенсійного забезпечення був запроваджений з метою стимулювати зайнятість на умовах повного робочого дня: співробітники, що працювали неповний робочий день, неохоче погоджувалися на вечірні зміни і суботи, що ускладнювало належну комплектацію штату працівників. ЄСС зазначив, що виключення таких співробітників зі схеми пенсійного забезпечення могло б вважатися законною метою. Однак він так і не пояснив, чи буде воно вважатися пропорційним заходом для досяг-

нення цієї мети. Натомість Суд пояснив, що вимога «необхідності» передбачає обов'язок продемонструвати відсутність розумної альтернативи, яка б привела до меншого втручання у принцип рівного ставлення. Обов'язок застосувати право до фактів справи було покладено на національні суди.

2.6.3. Використання загальних аргументів

Що стосується відносин зайнятості, то ЄСС не дуже охоче сприймає аргументи на захист дискримінації, засновані на управлінських рішеннях та економічних міркуваннях роботодавця. Натомість, він схильється до аргументів, що базуються на далекосяжних міркуваннях соціальної та трудової політики і мають фіскальні наслідки. У справах другого типу ЄСС надає державам широкі «дискреційні межі». Що стосується права ЄКПЛ, то Європейський суд з прав людини не дозволяє, щоб відмінне поводження посягало на людську гідність (наприклад, дискримінація за ознакою расового чи етнічного походження, житла, особистого та сімейного життя) і швидше сприйматиме відмінне поводження, що базується на далекосяжних міркуваннях соціальної політики, зокрема, коли вони мають фіскальні наслідки. ЄСПЛ використовує термін «межі свободи розсуду», що означає свободу дій держави у виправданні відмінного ставлення. Коли межі свободи розсуду є «вузькими», ЄСПЛ підходить до розгляду справи більш критично.

2.6.4. Спеціальні аргументи за правом ЄС

Як зазначалося вище, антидискримінаційні директиви ЄС передбачають спеціальні аргументи, які в окремих випадках дозволяють виправдати відмінність у поводженні. Кожна з цих директив містить аргумент «невід'ємної вимоги до професії». Виняток становить лише Директива про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг, оскільки вона не стосується відносин зайнятості. Аргумент «невід'ємної вимоги до професії» дозволяє роботодавцю по-різному ставитися до співробітників на підставі захищеної ознаки, якщо ця ознака нерозривно пов'язана з їхньою здатністю застосовувати вміння та навички, необхідні для виконання конкретної роботи⁶⁶. Наступні два аргументи містяться лише в Директиві про рівність у сфері зайнятості: по-перше, дозволяється дискримінація на підставі релігійних поглядів чи переконань, якщо роботодавцем є організація релігійного спрямування⁶⁷, і, по-друге, за деяких обставин дозволяється дискримінація за віком⁶⁸. ЄС розглядає аргументи на захист дискримінації дуже критично, що означає, що будь-які винятки підлягають звужувальному тлумаченню. Таким чином Суд підкреслює важливість індивідуальних прав, які передбачені за правом ЄС⁶⁹.

2.6.4.1. Невід'ємна вимога до професії

Відповідно до антидискримінаційних директив ЄС (у частині, що стосується відносин зайнятості):

«Держави-члени можуть передбачати, що відмінність у ставленні, в основі якої лежить підстава, пов'язана із [захищеною ознакою], не становить дискримінації, якщо, виходячи з природи певної професійної діяльності або контексту її здійснення, така ознака становить невід'ємну і вирішальну вимогу до професії, і за умови, що мета є законною, а вимога – пропорційною»⁷⁰.

66 Стаття 14(2) Директиви про гендерну рівність (у новій редакції); стаття 4 Директиви про расову рівність; стаття 4(1) Директиви про рівність у сфері зайнятості.

67 Стаття 4(2) Директиви про рівність у сфері зайнятості.

68 Стаття 6 Директиви про рівність у сфері зайнятості.

69 Див., наприклад, рішення ЄС у справі *Джонстон проти головного констебля Королівської поліції Ольстера (Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary)*, справа № 222/84 [1986] ECR 1651, 15 травня 1986 року, пункт 36.

70 Стаття 14(2) Директиви про гендерну рівність (у новій редакції); стаття 4 Директиви про расову рівність; стаття 4(1) Директиви про рівність у сфері зайнятості.

Цей аргумент дозволяє роботодавцям по-різному ставитися до осіб на підставі наявності чи відсутності в них захищеної ознаки, якщо ця ознака безпосередньо вказує на їхню професійну придатність чи компетенцію, необхідну для виконання конкретної роботи.

Існує усталений перелік професій, на які розповсюджується правило «невід'ємної вимоги до професії»: у справі *Комісія проти Німеччини (Commission v. Germany)* ЄС, посилаючись на дослідження Комісії про винятки із положення про заборону статевої дискримінації, навів конкретні приклади професій, до яких може застосовуватися цей аргумент⁷¹. Особливу увагу було приділено творчим професіям: вони можуть вимагати конкретних якостей, що притаманні окремим індивідам. Наприклад, для шоу певного жанру потрібна жінка-співачка, для виконання певної ролі – молодий актор, для танцювальної вистави – особа, що вміє танцювати, для модельного показу – жінки та чоловіки особливої статури. Однак це в жодному разі не є спробою створити закритий перелік. Наприклад, це правило може розповсюджуватися на випадки, коли китайський ресторан приймає на роботу до себе виключно етнічних китайців для підтримання автентичності закладу або жіночий фітнес-клуб приймає на роботу виключно жінок.

Приклад: у справі *Комісія проти Франції (Commission v. France)* ЄС вирішив, що за певних обставин вважатиметься правомірною практика резервування робочих місць у чоловічих тюрмах переважно для кандидатів чоловічої статі, а в жіночих тюрмах – для кандидатів жіночої статі⁷². Однак цей виняток розповсюджується виключно на посади, пов'язані з роботою, для виконання якої може мати значення стать працівника. У цій справі держава хотіла збільшити кількість робочих місць для кандидатів чоловічої статі, оскільки чоловіча сила могла знадобитися для приборкання заворушень і виконання інших, виключно чоловічих обов'язків. ЄС загалом погодився з аргументами уряду, але зазначив, що держава порушила принцип прозорості, оскільки не конкретизувала обов'язки, які мають виконувати виключно чоловіки; не достатньо зробити узагальнене твердження про те, що цю роботу можуть виконувати лише особи певної статі.

71 ЄС, *Комісія проти Німеччини (Commission v. Germany)*, справа № 248/83 [1985] ECR 1459, 21 травня 1985 року.

72 ЄС, *Комісія проти Франції (Commission v. France)*, справа № 318/86 [1988] ECR 3559, 30 червня 1988 року.

Приклад: у справі *Джонстон (Johnston)* жінка, офіцер поліції з Північної Ірландії, оскаржувала відмову у поновленні трудового контракту. Начальник поліції пояснював це тим, що жінки-поліцейські не мають спеціальних навичок поводження зі зброєю, а тому, «якщо в умовах серйозних внутрішніх заворушень жінки-поліцейські носитимуть зброю, це може підвищити ризики того, що їх вб'ють, а отже, може суперечити вимогам громадської безпеки». ЄСС вирішив, що хоча дійсно слід брати до уваги загрозу безпеці, вона створює абсолютно однакові ризики як для жінок, так і для чоловіків. Відмінне поводження не може бути виправдане тим, що публічна думка вимагає забезпечити захист жінки, якщо тільки в його основі не лежать специфічні для жінок біологічні фактори, наприклад охорона дитини під час вагітності.

Приклад: у справі *Мальбург (Mahlburg)* скаржниця, вагітна жінка, оскаржувала відмову у прийнятті на роботу медсестрою⁷³. Посадова інструкція медсестри передбачала, що досить значний обсяг роботи має виконуватися в операційній залі. Адміністрація закладу пояснювала свою відмову тим, що контакт вагітної жінки з небезпечними речовинами в операційній залі може зашкодити її дитині. ЄСС зазначив, що ця посада передбачає роботу на постійній основі, тоді як скаржниця не може виконувати потрібні функції лише протягом деякого часу, а отже, відмова у прийнятті жінки на роботу становить непропорційне обмеження її прав. Обмеження праці вагітних жінок є прийнятним, але воно не повинно виходити за межі посадових обов'язків, що створюють загрозу для їхнього здоров'я, і не повинно встановлювати загальну заборону доступу до посади.

Пунктом 18 преамбули до Директиви про рівність у сфері зайнятості передбачений ще більш спеціальний аргумент «невід'ємної вимоги до професії» в контексті публічних послуг, пов'язаних із забезпеченням безпеки. Це не стільки окремий аргумент, скільки формулювання одного з наслідків застосування до конкретних обставин аргументу «невід'ємної вимоги до професії»:

«Ця Директива не вимагає, щоб, зокрема, армія і поліція, тюремні заклади і служби екстреної допомоги приймали на роботу або залишали на роботі осіб, що не здатні виконувати низку функцій, виконання яких може вимагатися, з огляду на законну ціль

⁷³ ЄСС, *Мальбург проти землі Мекленбург-Форпоммерн (Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern)*, справа № C-207/98 [2000] ECR I-549, 3 лютого 2000 року.

підтримання працездатності відповідних служб».⁷⁴

Типовим прикладом є ситуація, коли особам, що є старшими за певний вік або мають інвалідність, відмовляють у прийнятті на роботу, пов'язану зі значним фізичним навантаженням. У цьому контексті стаття 3(4) Директиви дозволяє державам прямо виключати її застосування до відносин працевлаштування в армії. У новій редакції Директиви про гендерну рівність таке положення відсутнє, але можна спрогнозувати, як би воно діяло, якщо порівняти дві справи, пов'язані зі статевою дискримінацією у працевлаштуванні до збройних сил. Ці справи розглядалися у світлі положень статті 2(2) Директиви про рівне поводження – аргументу «невід'ємної вимоги до професії», що тепер міститься у статті 14(2) нової редакції Директиви про гендерну рівність.

Приклад: у справі *Сірдар (Sirdar)* скаржниця була головою військового спецпідрозділу. Її звільнили через скорочення фінансування, внаслідок якого до основ роботи спеціальних військових підрозділів було введено принцип «взаємозамінності»⁷⁵. Взаємозамінність у контексті дефіциту людських кадрів означала, що кожен співробітник має бути здатен вступати в бій. ЄСС погодився, що формування військових спецпідрозділів, що складаються виключно з чоловіків, є виправданим з огляду на необхідність гарантування бойової ефективності, і тому теоретично взаємозамінність виключає залучення жінок до виконання таких функцій. Це пояснюється тим, що цей підрозділ являє собою невеликий спеціалізований загін, який приймає на себе основний удар під час заворушень. ЄСС дійшов висновку, що це правило є необхідним для досягнення мети забезпечення бойової ефективності.

Приклад: у справі *Крайль (Kreil)* скаржниця хотіла влаштуватися в армію на посаду інженера-електрика⁷⁶. Їй відмовили на тій підставі, що жінкам заборонено працювати на будь-яких військових посадах, пов'язаних із використанням зброї: вони можуть виконувати лише роботу, пов'язану з медичним обслуговуванням чи музичним супроводом війська. ЄСС зазначив, що така заборона є занадто широкою, оскільки охоплює майже

⁷⁴ Директива про рівність у сфері зайнятості 2000/78/ЄС, ОJ L 303, 2.12.2000, стор. 16.

⁷⁵ ЄСС, *Сірдар проти Армійського комітету і Державного секретаря з питань оборони (Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence)*, справа № C-273/97 [1999] ECR I-7403, 26 жовтня 1999.

⁷⁶ ЄСС, *Крайль проти Федеративної Республіки Німеччина (Kreil v. Bundesrepublik Deutschland)*, справа № C-285/98 [2000] ECR I-69, 11 січня 2000 року.

всі військові посади тільки тому, що жінці може колись знадобитися взяти до рук зброю. Будь-яке виправдання дискримінації повинно мати тісніший зв'язок з типовими функціями співробітника на конкретній посаді. Існувала ще одна обставина, через яку ЄСС поставив під сумнів аргументи уряду: для роботи на відкритих для жінок посадах вони зобов'язані були пройти базове навчання з використання зброї, необхідне для забезпечення самооборони та захисту інших осіб. Крім того, не можна по-різному трактувати жінок і чоловіків лише на тій підставі, що жінки потребують підвищеного захисту, якщо тільки така необхідність не пов'язана зі специфічними для жінки обставинами, наприклад необхідністю її захисту під час вагітності.

Із часом шанси на виправдання статевої дискримінації за допомогою аргументів про ефективність чи результативність охоронних і спеціальних служб можуть суттєво послабнути внаслідок змін у розумінні гендерних ролей і соціальних орієнтирів. Як наслідок, держави – члени ЄС зобов'язані періодично переглядати введені ними обмеження права на захист від дискримінації⁷⁷.

2.6.4.2. Релігійні організації

Директива про рівність у сфері зайнятості прямо дозволяє організаціям, в основі яких лежить «релігія» або «переконання», встановлювати певні вимоги до своїх співробітників. Статтею 4(2) Директиви передбачено, що вона не втручається у «права церков та інших публічних чи приватних організацій, в основі яких лежить релігія чи переконання, ... вимагати від своїх співробітників добросовісності та лояльності щодо основних канонів організації». Крім того, релігійні організації як роботодавці можуть використовувати аргумент «невід'ємної вимоги до професії» на виправдання відмінності у поведженні, що ґрунтується на релігійних догматах відповідної організації.

Таким чином, статті 4(1) та 4(2) Директиви дозволяють, наприклад, церковній організації відмовити жінці у прийнятті на роботу на посаду священика, пастора чи церковного служителя, якщо це суперечить канонам відповідної релігії. ЄСС ще не мав нагоди висловити свою позицію стосовно цього положення, однак воно вже застосовувалося судами на національному рівні. Нижче наводяться два приклади справ про використання цього аргументу з метою виправдання відмінності у поведженні за ознакою сексуальної орієнтації.

⁷⁷ Стаття 31(3) нової редакції Директиви про гендерну рівність.

Приклад: фінські суди розглядали справу, в якій Євангелістська лютеранська церква Фінляндії відмовилася призначати на посаду капелана (помічника вікарія) особу, що перебувала в одностатевих відносинах⁷⁸. Адміністративний суд міста Вааса скасував це рішення на тій підставі, що гетеросексуальна орієнтація не може вважатися невід'ємною вимогою до цієї посади. Суд підкреслив, що внутрішні правила Церкви не містять жодних вимог про сексуальну орієнтацію кандидатів на посади вікаріїв і капеланів.

Приклад: у справі «Амікус» (*Amicus*) суди Сполученого Королівства мали оцінити, наскільки акт, що вводить до національного законодавства правило «невід'ємної вимоги для професії», відповідає положенням Директиви про рівність у сфері зайнятості⁷⁹. Наголошувалося, що будь-який виняток з принципу рівного поводження підлягає звужувальному тлумаченню. Цей документ дозволяв роботодавцю відмінне ставлення до співробітників, якщо робота виконувалася «для цілей організованої релігії»; при цьому підкреслювалося, що це поняття є набагато вужчим, ніж «цілі релігійної організації». Тому суд погодився з аргументами уряду, що цей виняток розповсюджується лише на деякі посади, до кола обов'язків яких входить пропагування чи презентація релігії, наприклад на священнослужителів. Це правило не дозволяє релігійній організації на зразок духовної школи чи богадільні стверджувати, що вчитель (завдання якого – навчати дітей) чи медсестра (завдання якої – піклуватися про здоров'я пацієнтів) виконує «цілі релігійної організації».

2.6.4.3. Винятки на підставі віку особи

Статтею 6 Директиви про рівність у сфері зайнятості передбачено два аргументи на захист відмінного ставлення до особи на підставі її віку.

Стаття 6(1) дозволяє дискримінацію за ознакою віку, якщо вона здійснюється з метою досягнення цілей «законної політики у сфері трудових відносин, ринку праці та професійної підготовки». В пункті (b) статті 6(1) наведено декілька

78 Адміністративний суд міста Вааса, Фінляндія, Vaasan Hallinto-oikeus – 04/0253/3. Короткий опис англійською мовою можна прочитати на інформаційному порталі Агенції ЄС з питань основоположних прав, справа № 187-1.

79 *P (на вимогу профспілки «Амікус») проти Державного секретаря з питань торгівлі та промисловості (Amicus MSF Section, R (on the application of) v. Secretary of State for Trade and Industry)* [2004] EWHC 860 (Admin), Високий суд Сполученого Королівства, 26 квітня 2004 року. Короткий опис англійською мовою можна прочитати на інформаційному порталі Агенції ЄС з питань основоположних прав, справа № 187-1.

випадків, коли відмінне ставлення може вважатися правомірним: у питаннях «доступу до зайнятості» дозволяється «встановлювати вимоги мінімального віку, професійного досвіду або трудового стажу». Однак не було мети зробити цей перелік закритим, а отже, він може бути розширений за потреби.

Стаття 6(2) дозволяє вікову дискримінацію в питаннях доступу до програм професійного пенсійного забезпечення. При цьому задоволення вимог пропорційності не є обов'язковим.

Приклад: у справі *Паласіос-де-ла-Вілья (Palacios de la Villa) ЄСС* вперше отримав нагоду прокоментувати статтю 6, відповідаючи на питання про особливості її застосування в контексті віку, необхідного для виходу на пенсію⁸⁰. Визнавши, що стаття 6 розповсюджується на випадки встановлення вимоги обов'язкового пенсійного віку, ЄСС проаналізував, чи може цей захід бути об'єктивно виправданим. При цьому Суд звернув увагу на такі моменти:

- по-перше, спочатку цей захід був запроваджений з метою створення сприятливих умов на ринку праці в умовах економічної ситуації, що характеризується високим рівнем безробіття;
- по-друге, були наявні докази того, що перехідний захід був запроваджений за ініціативи профспілок та організацій роботодавців з метою вдосконалення механізму розподілу робочих місць між представниками різних поколінь;
- по-третє, Закон 14/2005 був ухвалений знову ж таки за участі профспілок та організацій роботодавців; при цьому було прямо зазначено, що цей захід «пов'язаний з цілями, які відповідають політиці у сфері зайнятості і визначені в колективному договорі».
- по-четверте, було зазначено, що положення колективного договору про обов'язковий вихід на пенсію вводиться «в інтересах сприяння зайнятості».

80 ЄСС, *Паласіос-де-ла-Вілья проти «Кортеф'ель Сервісіос Ес. А.» (Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA)*, справа № С-411/05 [2007] ECR I-8531, 16 жовтня 2007 року.

Розглянувши ці обставини, ЄСС дійшов висновку, що «в цьому контексті цей ... перехідний захід було запроваджено з метою регулювання національного ринку праці, зокрема, виплат по безробіттю», а отже, положення колективного договору переслідують законну мету. Далі ЄСС перейшов до перевірки заходу на предмет його «належності та необхідності» для досягнення цієї мети. ЄСС нагадав, що держави-члени мають широкі межі розсуду у сфері соціальної і трудової політики, тобто «окремі правила можуть відрізнятися залежно від ситуації в державах-членах». Вирішальною обставиною для Суду стало те, що працівники, на яких розповсюджується це правило, мали право на пенсію, «рівень якої не може бути нерозумним». Не менш важливим було й те, що процес прийняття рішення про обов'язковий вихід на пенсію визначався колективним договором між профспілками та організаціями роботодавців: це вносило до нього певну гнучкість, дозволяючи враховувати ситуацію на відповідному ринку праці та спеціальні вимоги до професії. На цій підставі ЄСС встановив, що колективний договір і заходи, які оскаржує пан Паласіос, об'єктивно виправдані і відповідають праву ЄС. В цьому випадку ЄСС продемонстрував, що розглядатиме положення статті 6 аналогічно до інших підстав об'єктивного виправдання дискримінації, про які йшлося вище.

Приклад: у справі *МакКаллок (MacCulloch)* британський суд розглядав правила виплати допомоги-компенсації у зв'язку зі скороченням персоналу, відповідно до яких розмір виплат збільшувався залежно від віку і трудового стажу співробітника⁸¹. Цілком очевидно, що за такою схемою старші співробітники з більшим трудовим стажем отримують значно вищий розмір допомоги, ніж молодші працівники, які пропрацювали менше. Апеляційний суд Сполученого Королівства погодився, що загалом така схема може бути об'єктивно виправдана як механізм винагородження старших співробітників за лояльність до роботодавця: отримуючи високу допомогу-компенсацію, яка враховує їхню вразливість на ринку праці, вони більш охоче звільнятимуться з роботи, відкриваючи тим самим дорогу молодим спеціалістам. Водночас він роз'яснив, яким чином слід робити об'єктивне виправдання: перш ніж робити відповідні висновки, необхідно належним чином проаналізувати обмеження на предмет його пропорційності.

81 *МакКаллок проти публічної компанії «Імперіал Кемікал Індустріз» (MacCulloch v. Imperial Chemical Industries plc)* [2008] IRLR 846, Апеляційний суд Сполученого Королівства з питань зайнятості, 22 липня 2008 року.

Приклад: у справі *Хюттер (Hütter)* ЄСР розглядав положення австрійського законодавства, відповідно до якого робота, котру особа виконує до моменту досягнення 18 років, не враховується для визначення розміру оплати. Пан Хюттер та його колега проходили стажування в Грацькому університеті технологій, і після завершення стажування з ними уклали трудовий договір строком на 3 місяці. На підставі цього положення пан Хюттер, якому щойно виповнилося 18 років, отримав розрахунок заробітної плати на базі 6,5 місяця робочого стажу, тоді як його колега, що була на 22 місяці старша за нього – на базі 28,5 місяця робочого стажу. Тобто дві особи з однаковим рівнем досвіду отримали різний розрахунок заробітної плати.

Пан Хюттер оскаржив це положення на тій підставі, що воно створює більш сприятливі умови для осіб, які отримали професійний досвід після того, як їм виповнилося 18 років. ЄСР погодився, що основна мета положення може вважатися законною. По-перше, воно спрямоване на недопущення ситуацій, коли особи, що отримали загальну середню освіту, були б поставлені у невідгідне становище порівняно з особами, що отримали професійно-технічну освіту. По-друге, воно запобігає зростанню вартості стажування і таким чином сприяє інтеграції до ринку праці молодих людей, які вирішили навчатися у такий спосіб. Не заперечуючи, що держави-члени мають широку дискрецію у визначенні належності і необхідності законних заходів, ЄСР вирішив, що в цьому випадку держава не змогла об'єктивно виправдати такі заходи, оскільки вони мають непропорційний вплив на молодих спеціалістів, особливо коли тривалість стажування є однаковою, але вік кандидата несприятливим для нього чином впливає на рівень заробітної плати, що власне і сталося в цьому випадку.

Слід зазначити, що цей підхід узгоджується з рішенням ЄСПЛ у справі *Стец та інші (Stec and Others case)*, де питання різниці пенсійного віку було розглянуто на підставі положень ЄКПЛ (див. розділ 4.2.). У цьому контексті винятки, пов'язані з віком особи, відповідають підходу судів до виправдання дискримінації з міркувань трудової та соціальної політики.

Ключові моменти

- Право ЄКПЛ оперує загальним аргументом на захист прямої дискримінації. Право ЄС оперує загальними аргументами на захист прямої дискримінації, що адаптовані до сфери відносин зайнятості.
- Непряма дискримінація як за правом ЄКПЛ, так і за правом ЄС потрапляє під загальний аргумент об'єктивного виправдання.
- Відмінність у ставленні може бути виправдана, якщо вона переслідує законну мету, а використані для цього заходи є належними та необхідними.
- За правом ЄС, окрім загального аргументу на захист непрямої дискримінації, існують спеціальні аргументи, а саме: (i) невід'ємні вимоги до професії; (ii) винятки для релігійних установ; (iii) винятки щодо дискримінації за віком.
- Дискримінація за ознакою віку – це єдиний випадок за правом ЄС, коли дозволяється об'єктивне виправдання прямої дискримінації.

Додаткова література

Vamforth, Malik and O'Conneide, *Discrimination Law: Theory and Context* (Дискримінаційне право: теорія і контекст), (London, Sweet and Maxwell, 2008), розділ 1, «Ключові проблеми і питання дискримінаційного права», розділ 2, «Джерела і сфера застосування національного права дискримінації».

Barnard, 'EC Employment Law' («Трудове право ЄК»), (3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2006), розділ 1, «Еволюція соціальної політики ЄС».

Bercusson, *European Labour Law* (Європейське трудове право) (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), розділи 10, 11, 22.

Dubout, 'L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme: rénovation ou révolution ? Epilogue dans l'affaire D.H. et autres c. République tchèque, Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre) (Заборона непрямої дискримінації Європейським судом з прав людини: відновлення чи революція? Післямова до справи Д. Г. та інші проти Чехії, ЄСПЛ (Велика палата) 13 листопада 2007', 19 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, (2008) 75.

Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (Європейське антидискримінаційне право) (Oxford, Oxford University Press, 2005), розділ 6.

ERRC/Interights/MPG Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice (Стратегічні судові процеси з питань расової дискримінації в Європі: від принципів до практики), (Nottingham, Russell Press, 2004), додаток 5.

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, The Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination (Межі і потенційні можливості концепції непрямой дискримінації), (Luxembourg, Publications Office, 2008).

European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, Beyond formal equality: positive action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC (Поза межами формальної рівності: позитивні дії за Директивами 2000/43/EC та 2000/78/EC), (Luxembourg, Publications Office, 2007) – доступно також французькою та німецькою мовами.

European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, Age discrimination and European Law (Дискримінація за ознакою віку і європейське право), Luxembourg, Publications Office, 2005) – доступно також французькою та німецькою мовами.

European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, Religion and Belief in Employment (Релігія і переконання у відносинах зайнятості) (Luxembourg, Publications Office, 2006) – доступно також французькою та німецькою мовами.

Fredman, Discrimination Law (Право дискримінації), (Oxford, Oxford University Press, 2002), розділ 4.

Heyden and von Ungern-Sternberg, 'Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK', (Заборона на дискримінацію не є обов'язковою вимогою для сприяння – проти нового закону ЄСПЛ за статтею 14 ЄКПЛ), Europäische Grundrechte-Zeitschrift (2009).

Interights, Non-Discrimination in International Law (Недискримінація в міжнародному праві), (London, Interights, 2005), розділи 3 та 4.

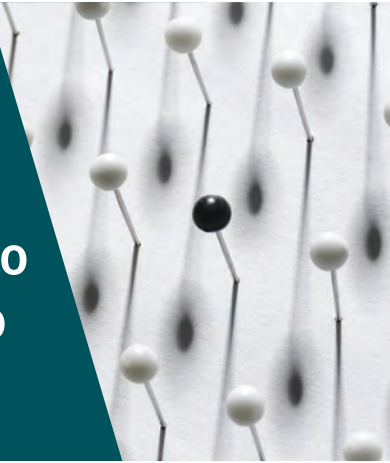
Marguénaud, 'L'affaire Burden ou l'humiliation de la fratrie : Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch.), Burden et Burden c. Royaume Uni, (Справа Бурденів або приниження братерства: ЄСПЛ (ВП), Бурден і Бурден проти Сполученого Королівства), 29 квітня 2008', 20 Revue trimestrielle des droits de l'homme, (2009) 78.

Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Розвиток позитивних зобов'язань за Європейською конвенцією з прав людини у практиці Європейського суду з прав людини) (Oxford, Hart Publishing, 2004), розділ 7.

Schiek, Waddington and Bell (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Справи, матеріали і тексти з національного, наднаціонального та міжнародного права протидії дискримінації), (Oxford, Hart Publishing, 2007), розділи 2, 3 та 7.

3

Сфера дії європейського антидискримінаційного права



3.1. Вступ

Європейське антидискримінаційне право забороняє пряму і непрямую дискримінацію, але лише за певних обставин. Антидискримінаційні норми права ЄС були запроваджені з метою полегшення функціонування внутрішнього ринку, а тому традиційно обмежувалися сферою зайнятості. З прийняттям у 2000 році Директиви про расову рівність антидискримінаційні положення було поширено на питання доступу до товарів і послуг та державної системи соціального захисту. Це пояснюється тим, що для гарантування рівних прав у сфері зайнятості необхідно забезпечити рівні права і в інших сферах, що можуть впливати на неї. Наступним кроком в цьому напрямку стало прийняття у 2000 році Директиви про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг, спрямованої на забезпечення рівних можливостей незалежно від статі особи у відповідній сфері. А от Директива про рівність у відносинах зайнятості, прийнята у 2000 році, заборонила дискримінацію за ознакою сексуальної орієнтації, обмежених можливостей, віку та релігії чи вірувань, суто у контексті сфери зайнятості. Як зазначалося у розділі 1.1.2, на цей момент законодавчі органи ЄС розглядають можливість розширення захисту за цими ознаками на сферу товарів і послуг та системи забезпечення добробуту населення.

Натомість, стаття 14 ЄКПЛ гарантує рівність виключно в користуванні іншими гарантіями за ЄКПЛ. Крім того, Протокол 12 ЄКПЛ, що набрав чинності в 2005 році, поширює заборону дискримінації на будь-які права, що гарантовані на національному рівні, навіть якщо сама Конвенція їх не передбачає. Однак цей Про-

токол ратифікували тільки 17 з 47 держав – членів Ради Європи, серед яких 6 є членами ЄС. Це означає, що між державами – членами ЄС існує декілька рівнів договірних зобов'язань у сфері європейського антидискримінаційного права.

В цьому розділі обговорюється сфера дії європейського антидискримінаційного права. Розпочинається вона із загального опису сфери дії статті 14 і Протоколу № 12 до ЄКПЛ, а також методу, за допомогою якого ЄСПЛ визначає ці сфери. Далі розглядаються окремі аспекти матеріального права, що входять до сфери дії антидискримінаційних директив, із зазначенням моментів, коли вони також потрапляють до сфери дії статті 14 ЄКПЛ. На завершення розглядаються випадки, у яких право ЄКПЛ виходить за межі спеціальних ситуацій, передбачених правом ЄС, наприклад діяльність правозастосовчих органів і «особиста сфера».

3.2. Кого захищає європейське антидискримінаційне право?

Насамперед варто сказати декілька слів про осіб, що користуються захистом за правом ЄС та ЄКПЛ. ЄКПЛ гарантує захист кожному, хто знаходиться під юрисдикцією держави – учасниці Конвенції, незалежно від його громадянства; дія Конвенції розповсюджується на всіх, хто перебуває під реальним контролем держав-учасниць, наприклад, на окупованих територіях⁸². Натомість, право ЄС має більш вузьку сферу застосування. За правом ЄС заборона дискримінації на підставі громадянства застосовується в контексті вільного пересування осіб і гарантується виключно громадянам держав-членів ЄС. Крім того, низка положень антидискримінаційних директив застосовуються до громадян третіх країн (ГТК). Громадяни третіх країн – це громадяни країн, що не є членами ЄС.

В антидискримінаційних директивах ЄС прямо зазначено, що вони не застосовуються до випадків дискримінації за ознакою громадянства. Це питання врегульовано Директивою про вільне пересування⁸³. Відповідно до останньої, право в'їзду та перебування та території інших країн-членів ЄС мають виключно громадяни ЄС. Після п'яти років проживання на законних підставах в іншій державі – члені ЄС громадянин Союзу отримує там право постійного

82 ЄСПЛ, *Лоїзиду проти Туреччини (Loizidou v. Turkey)* (№ 15318/89), 18 грудня 1996 року.

83 Директива 2004/38/ЄС про право громадян Союзу та членів їхніх родин вільно пересуватися і проживати на території держав-членів, ОJ L 158, 30.4.2004, стор. 77.

проживання, що надає йому права, які прирівнюють його до категорії «працівник». Це, звісно, не означає, що захист антидискримінаційних директив не розповсюджується на громадян інших держав-членів. Наприклад, якщо громадянин Німеччини, що має гомосексуальну орієнтацію, буде звільнений з роботи в Греції на підставі його сексуальної орієнтації, він зможе посилатися на Директиву про рівність у сфері зайнятості для захисту своїх прав. Це просто означає, що коли особа бажає оскаржити дискримінацію за ознакою громадянства, вона має робити це або на підставі раси чи етнічного походження, або на підставі Директиви про вільне пересування.

Директива про расову рівність і Директива про рівність у сфері зайнятості містять застереження про те, що вони не створюють для громадян третіх країн (ГТК) будь-яких прав на рівне ставлення в частині в'їзду і проживання на території держав – членів ЄС. Крім того, Директива про рівність у сфері зайнятості не створює для ГТК прав на рівне ставлення в частині доступу до зайнятості і професійної діяльності, а Директива про расову рівність не поширюється на «будь-яке ставлення, що впливає із правового статусу громадянина третьої країни». Це однак не означає, що держави-члени можуть повністю виключати ГТК зі сфери дії Директиви, оскільки в її преамбулі передбачено, що ГТК повинні мати можливість користуватися захистом відповідно до її положень, за винятком доступу до зайнятості. Директива про гендерну рівність (у новій редакції) та Директива про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг не виключають ГТК із числа осіб, на яких розповсюджується їхні гарантії.

Разом із тим ГТК мають право на рівне ставлення практично в усіх сферах, на які розповсюджується дія антидискримінаційних директив, якщо вони мають статус «довгострокових резидентів» у розумінні Директиви про громадян третіх країн (відповідно до якої однією з умов отримання такого статусу є проживання на території держави – члена ЄС на законних підставах протягом п'яти років)⁸⁴.

Крім того, Директива про возз'єднання родини в окремих випадках дозволяє, щоб до ГТК, який законно проживає на території країни – члена ЄС, долучилися члени його родини⁸⁵. Звісно, такі вимоги на рівні права ЄС не перешкоджають праву держав-членів встановлювати у своїх національних правових системах більш сприятливі правила. До того ж, як свідчить наведена у розділі 4.7. практика ЄСПЛ, хоча держава і може вважати, що становище її громадян і негромадян не підлягає порівнянню (а отже, що відмінне ставлення до них є

84 Директива 2003/109/ЄС про статус громадян третіх країн – довгострокових резидентів, ОJ L 16, 23.01.2004 року, стор. 44.

85 Директива 2003/86/ЄС про право на возз'єднання родини, ОJ L 251, 3.10.2003 року, стор. 12.

за певних умов правомірним), загалом кожен, хто перебуває під юрисдикцією держав – учасниць Конвенції, має право на всі конвенційні гарантії на рівних засадах. У частині ставлення до ГТК право ЄКПЛ встановлює для держав-членів ширші обов'язки, ніж право ЄС.

3.3. Сфера дії Європейської конвенції: стаття 14 та Протокол № 12

3.3.1. Природа конвенційної заборони дискримінації

Стаття 14 гарантує рівність «[у] користуванні ...[п]равами і свободами», що передбачені ЄСПЛ. Таким чином, ЄСПЛ не має права розглядати скарги на дискримінацію, якщо вони не охоплюються правами, що передбачені за Конвенцією.

Щоразу, коли ЄСПЛ розглядає питання про можливе порушення статті 14, він робить це у поєднанні з основним конвенційним правом. Заявники часто оскаржують порушення основного права і додатково – порушення цього права у поєднанні зі статтею 14. Іншими словами, втручання в їхні права, окрім порушення стандартів дотримання основного права, становить також дискримінацію, оскільки «зразок для порівняння» не відчуває на собі подібного несприятливого ставлення. Як зазначено у розділі 4, часто трапляється, що коли ЄКПЛ знаходить порушення основного права, то він навіть не починає розглядати скаргу на дискримінаційне поведіння, якщо вважає, що, по суті, це буде розгляд тієї ж самої скарги.

У цьому розділі спочатку коротко перелічуються права, що гарантовані за Конвенцією, а потім обговорюється підхід, за допомогою якого ЄСПЛ визначає сферу дії Конвенції для цілей застосування статті 14.

3.3.1.1. Права, що охоплюються Конвенцією

Оскільки стаття 14 застосовується тільки у контексті дискримінації у користуванні одним з основних конвенційних прав, необхідно мати добре уявлення про ці права. ЄКПЛ передбачає каталог прав, здебільшого «громадянських та політичних»; водночас вона захищає деякі «економічні та соціальні права».

Конвенція гарантує широкий перелік основних прав, наприклад: право на життя, право на повагу до особистого і сімейного життя, право на свободу думки, совісті та релігії.

Щоразу коли виникає питання дискримінації в одній зі сфер, на які розповсюджується дія ЄКПЛ, Суд розглядатиме скаргу у світлі статті 14.

В цьому полягає одна дуже важлива відмінність між правом ЄС і правом ЄКПЛ: Конвенція забезпечує захист від дискримінації у тих сферах, які не охоплюються правом ЄС. Хоча Хартія основоположних прав і покладає на ЄС обов'язок невтручання у права людини у процесі застосування своїх заходів (у тому числі забороняє дискримінацію), держави – члени ЄС зобов'язані дотримуватися положень Хартії виключно під час застосування права ЄС. Хартія застосовується в такому обмеженому контексті з тієї причини, що сам ЄС фактично не має власного адміністративного апарату, за допомогою якого він міг би застосовувати законодавство Спільноти в державах-членах; натомість, застосування права ЄС здійснюється силами самих держав-членів. Тому Хартія не діє у сферах, у яких держави-члени не делегували Європейському Союзу свої повноваження.

Із прийняттям антидискримінаційних директив і поширенням гарантій захисту на сферу доступу до товарів і послуг та системи добробуту населення відмінність між обсягом гарантій за ЄКПЛ і директивами зменшилася. Разом із тим залишаються певні сфери, в яких ЄКПЛ гарантує значно ширший захист, ніж антидискримінаційні директиви ЄС. Про це і піде мова у наступних розділах.

3.3.1.2. Сфера дії конвенційних прав

ЄСПЛ при застосуванні статті 14 використовує метод розширювального тлумачення змісту прав за Конвенцією:

- по-перше, ЄСПЛ чітко встановив, що він може розглядати скарги щодо статті 14 у поєднанні з основним правом, навіть якщо порушення основного права відсутнє⁸⁶;
- по-друге, він зазначив, що зміст гарантій ЄКПЛ виходить за межі буквального тексту Конвенції: достатньо, щоб факти справи були загалом пов'язані з відносинами, на які розповсюджується захисна дія Конвенції.

86 Див., наприклад, рішення ЄСПЛ у справі *Зоммерфельд проти Німеччини (Sommerfeld v. Germany)* [Велика палата] (№ 31871/96), 8 липня 2003 року.

Приклад: у справі *Зарб Адамі проти Мальти (Zarb Adami v. Malta)* заявник скаржився на статеvu дискримінацію на тій підставі, що до суду присяжних викликалаcя непропорційно велика кількість осіб чоловічої статі⁸⁷. Стаття 4(2) ЄКПЛ встановлює заборону примусової праці. Разом із тим у статті 4(3)(d) передбачено, що поняття «примусової праці» не включає в себе виконання «нормальних громадянських обов'язків». ЄСПЛ дійшов висновку, що хоча «нормальні громадянські обов'язки» не становлять предмет регулювання цієї статті (іншими словами, ЄСПЛ не створює права на свободу від виконання обов'язку присяжного), факти справи потрапляють до сфери дії цього права. Суд обґрунтував своє рішення тим, що «нормальні громадянські обов'язки» можуть перетворитися на «ненормальні», якщо їх виконання відбуватиметься у дискримінаційний спосіб.

Приклад: у справі *Е.Б. проти Франції (E.B. v. France)* жінка, що перебувала в одностатевих стосунках і проживала зі своєю партнеркою, хотіла всиновити дитину, але отримала відмову з боку державних органів⁸⁸. Заявниця поскаржилася на порушення статті 8 у поєднанні зі статтею 14. ЄСПЛ зазначив, що перед ним не стоїть питання порушення самої статті 8, що є дуже важливим, адже сама по собі стаття 8 не передбачає права на заснування сім'ї чи всиновлення дитини. Водночас Суд підкреслив, що скарга на дискримінацію може розглядатися в межах сфери дії певного конвенційного права, навіть якщо питання не стосується якоїсь конкретної гарантії за ЄКПЛ. Суд дійшов такого висновку на тій підставі, що національне законодавство Франції передбачає право на всиновлення, а отже, факти цієї справи, поза сумнівом, входять до сфери дії статті 8. По суті справи Суд вирішив, що ключову роль у відмові зіграла сексуальна орієнтація заявниці, а це становить дискримінацію порівняно з іншими незаміжніми особами, які за національним законодавством мають право на всиновлення.

Приклад: у справі *Сідабрас і Дзяутас проти Литви (Sidabras and Džiautas v. Lithuania)* заявники скаржилися, що держава втручається в їхнє право на повагу до приватного життя шляхом заборони доступу до зайнятості на публічній службі і в деяких сегментах приватного сектору⁸⁹. ЄСПЛ

87 ЄСПЛ, *Зарб Адамі проти Мальти (Zarb Adami v. Malta)* (№ 17209/02), 20 червня 2006 року.

88 ЄСПЛ, *Е.Б. проти Франції (E.B. v. France)* [Велика палата] (№ 43546/02), 22 січня 2008 року.

89 ЄСПЛ, *Сідабрас і Дзяутас проти Литви (Sidabras and Džiautas v. Lithuania)* (№№ 55480/00 та 59330/00), 27 липня 2004 року.

не гарантує права на працю. Втім ЄСПЛ вирішив, що ця ситуація потрапляє до сфери дії статті 8, оскільки вона «значною мірою впливає на їхню здатність розвивати відносини із зовнішнім світом, створює для них суттєві перешкоди у здатності забезпечувати своє існування і має явні наслідки для їхньої можливості користуватися своїми правами на повагу до особистого життя»⁹⁰.

Приклад: у справі *Карсон та інші проти Сполученого Королівства (Carson and Others v. UK)* заявники скаржилися на те, що уряд дискримінує їх на підставі місця проживання, оскільки відмовляється перерахувати і підвищити їм пенсії на тих самих засадах, що й пенсіонерам, які проживають на території Сполученого Королівства або однієї з країн, що має зі Сполученим Королівством взаємні домовленості у цій сфері⁹¹. ЄСПЛ дійшов висновку, що хоча ЄКПЛ не створює права на соціальну допомогу чи пенсійні виплати, якщо держава сама встановлює таке право, то виникає матеріальний інтерес, що отримує захист на підставі положень статті 1 Протоколу № 1.

ЄСПЛ неодноразово зазначав, що коли особа має право на державні виплати, то для цілей застосування статті 14 така ситуація розглядається на підставі статті 1 Протоколу 1⁹² (оскільки такі виплати вважаються майном)⁹³ або статті 8 (оскільки це впливає на сімейне чи особисте життя)⁹⁴. Цей підхід набуває особливого значення у контексті дискримінації за ознакою громадянства (розділ 3.2.), оскільки право ЄС забезпечує набагато менший захист у цій сфері.

90 Там само, пункт 48.

91 ЄСПЛ, *Карсон та інші проти Сполученого Королівства (Carson and Others v. UK)* [Велика палата] (№ 42184/05), 16 березня 2010 року.

92 Повний аналіз статті 1 Протоколу № 1 можна знайти на освітньому вебсайті Ради Європи про права людини для професійних юристів: Grgić, Mataga, Longar and Vilfan, 'The right to property under the ECHR' («Право на власність за ЄКПЛ»), Human Rights Handbook No. 10, 2007, розміщений за адресою: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123.

93 Наприклад, рішення ЄСПЛ у справі *Стец та інші проти Сполученого Королівства (Stec and Others v. UK)* [Велика палата] (№№ 65731/01 та 65900/01), 12 квітня 2006 року (пенсійні виплати та виплати у зв'язку з інвалідністю); ЄСПЛ, *Андреева проти Латвії (Andrejeva v. Latvia)* [Велика палата] (№ 55707/00), 18 лютого 2009 року (пенсійні виплати); ЄСПЛ, *Кюа Пуаррез проти Франції (Koua Poirrez v. France)* (№ 40892/98), 30 вересня 2003 року (виплати у зв'язку з інвалідністю); ЄСПЛ, *Гайгузз проти Австрії (Gayguzuz v. Austria)* (№ 17371/90), 16 вересня 1996 року (виплати по безробіттю).

94 Наприклад, рішення ЄСПЛ у справі *Веллер проти Угорщини (Weller v. Hungary)* (№ 44399/05), 31 березня 2009 року (соціальна виплата – допомога родинам із дітьми).

3.3.1.3. Протокол № 12

Протокол № 12 забороняє дискримінацію у «здійсненні будь-якого передбаченого законом права», а отже, має більш широку сферу застосування, ніж стаття 14, яка поширюється тільки на права, зазначені в ЄКПЛ. Зміст цих термінів прокоментовано у Пояснювальному звіті Ради Європи. У коментарі зазначено, що це положення стосується дискримінації:

- i) у здійсненні будь-якого права, що спеціально гарантовано особі на підставі положень національного законодавства;
- ii) у здійсненні будь-якого права, що може бути виведене з чіткого обов'язку державного органу на підставі положень національного законодавства, тобто коли на державний орган на підставі положень національного законодавства покладений обов'язок діяти певним чином;
- iii) що здійснюється державним органом у процесі виконання ним дискреційних повноважень (наприклад, призначення субсидій);
- iv) що відбувається у формі будь-якої іншої дії чи бездіяльності з боку державного органу (наприклад, поведінка правоохоронних органів під час громадських заворушень)⁹⁵.

В коментарі також зазначено, що хоча Протокол гарантує захист від дискримінації насамперед з боку держави, він розповсюджується також і на відносини між приватними особами, які зазвичай підлягають державному регулюванню, «наприклад, на свавільну відмову у працевлаштуванні, відмову в доступі до ресторанів або послуг, що можуть надаватися громадськості приватними особами, наприклад медичних послуг або комунальних послуг, таких як постачання води чи електроенергії»⁹⁶. В широкому розумінні Протокол № 12 забороняє дискримінацію за межами суто приватних ситуацій, коли індивіди виконують функції, що надають їм можливість впливати на порядок розподілу загальнодоступних товарів і послуг.

Єдиний випадок, коли ЄСПЛ розглядав скаргу на підставі статті 1 Протоколу № 12 – це справа *Сеїдїч та Фінці проти Боснії і Герцеговини (Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina)*, проаналізована у розділі 4.6. У своєму рішенні по справі ЄСПЛ зазначив, що цей Протокол «запроваджує загальну заборону дискримінації», і що підхід Суду до аналізу справи на підставі цього Протоколу буде ідентичним до підходу, який він застосовує у контексті статті 14.

⁹⁵ Протокол № 12 до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ETS No. 177), Пояснювальний звіт, пункт 22. Розміщений за адресою: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>.

⁹⁶ Там само, пункт 28.

3.4. Сфера дії антидискримінаційних директив ЄС

Антидискримінаційні директиви забороняють дискримінацію у трьох сферах: зайнятості, добробуту населення та товарів і послуг. Директива про расову рівність застосовується в усіх трьох названих сферах. Наразі обговорюється можливість також поширити на всі три сфери дію Директиви про рівність у сфері зайнятості, однак станом на сьогодні вона застосовується виключно до відносин зайнятості. Директива про гендерну рівність (у новій редакції) та Директива про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг застосовуються до відносин у сфері зайнятості і доступу до товарів і послуг, однак не поширюються на сферу добробуту населення.

3.4.1. Зайнятість

Заборона дискримінації у сфері зайнятості розповсюджується на всі захищені ознаки, що передбачені антидискримінаційними директивами.

3.4.1.1. Доступ до зайнятості

ЄСС користується методом розширювального тлумачення поняття «доступу до зайнятості».

Приклад: у справі *Меєрс проти кредитного офіцера (Mejers v. Adjudication Officer)* ЄСС встановив, що поняття «доступу до зайнятості» охоплює «не лише ті умови, які існують до виникнення трудових відносин», але й ті вирішальні обставини, які особа має врахувати до моменту прийняття рішення стосовно пропозиції роботодавця⁹⁷. У справі *Меєрс* таким фактором було визнано право на отримання соціальної допомоги, наявність якого залежало від розміру особистого доходу. Це пояснюється тим, що під час розгляду пропозиції від роботодавця кандидат враховував те, чи матиме він право на отримання такої виплати. Відповідно, ця обставина також вплинула на доступ до зайнятості.

Приклад: у справі *Шнорбус проти землі Гессен (Schnorbus v. Land Hessen)* скаргниця збиралася пройти обов'язкове стажування для кандидатів у

97 ЄСС, *Меєрс проти кредитного офіцера (Mejers v. Adjudication Officer)*, справа № C-116/94 [1995] ECR I-2131, 13 липня 1995 року.

судді і подала відповідні документи.⁹⁸ Згідно з положеннями національного законодавства, вона спочатку мала скласти державний іспит, потім пройти професійне стажування і скласти фінальний іспит. Заявниця склала перший іспит, але їй відмовили у прийнятті на стажування, посилаючись на відсутність вакансій. Через це її стажування відкладалося до моменту появи вільного місця. Скаржниця заявляла, що це становить дискримінацію, оскільки пріоритет надається кандидатам чоловічої статі, які пройшли службу в армії. ЄСС дійшов висновку, що положення національного законодавства, які регулюють момент початку професійного стажування, входять до сфери поняття «доступ до праці», оскільки таке стажування вважається «зайнятістю» і як самостійний вид професійної діяльності, і як етап процесу здобуття суддівської кваліфікації.

3.4.1.2. Умови зайнятості, включаючи звільнення і оплату

Знову ж таки, ЄСС тлумачить це поняття досить широко. Тому немає нічого дивного, що до цієї категорії потрапляють будь-які умови трудових відносин.

Приклад: у справі *Меєрс* заявниця, одинока матір, скаржилася на непрямую дискримінацію за ознакою статі. В основі скарги лежала процедура, за якою визначалася право батьків-одиначків на отримання пільгового сімейного кредиту⁹⁹. Перед ЄСС постало питання, чи відноситься сімейний кредит (державна допомога) до суто соціальних виплат, чи входить до категорії умов зайнятості. ЄСС зауважив, що право на отримання такого кредиту виникає у разі виконання трьох умов: дохід заявника не перевищує певний розмір; заявник або його партнер працює; заявник або його партнер має на утриманні дитину. ЄСС вирішив, що в цьому випадку не можна відкидати застосування Директиви про рівне ставлення (тепер – Директива про гендерну рівність (у новій редакції)) тільки тому, що ця пільга є соціальною виплатою. Натомість Суд застосував широкий підхід, щоб визначити, чи пов'язана ця пільга з трудовими відносинами. В цьому випадку для отримання пільгового сімейного кредиту заявник має продемонструвати, що він або його партнер має оплачувану роботу, а вимога продемонструвати наявність трудових відносин переводить сімейне кредитування до категорії «умов праці».

98 ЄСС, *Шнорбус проти землі Гессен (Schnorbus v. Land Hessen)*, справа № C-79/99 [2000] ECR I-10997, 7 грудня 2000 року.

99 ЄСС, *Меєрс проти кредитного офіцера (Meyers v. Adjudication Officer)*, справа № C-116/94 [1995] ECR I-2131, 13 липня 1995 року.

Застосування такого широкого визначення зайнятості та умов праці дозволили ЄСС включити до цієї категорії організацію дитячих кімнат на робочому місці¹⁰⁰ і скорочення робочого часу¹⁰¹.

ЄСС також використовує доволі гнучкий підхід до питань звільнення і оплати праці. Поняття «звільнення» розповсюджується майже на всі ситуації припинення трудових відносин. Зокрема, звільненням було визнано припинення трудових відносин за схемою добровільного виходу на пенсію¹⁰² і припинення працевлаштування внаслідок обов'язкового виходу на пенсію¹⁰³.

Поняття оплати праці визначається у статті 157 Договору про функціонування ЄС як «звичайна базова мінімальна ставка чи оклад або будь-яка інша винагорода у готівковій чи натуральній формі, яку працівник особисто або через посередника отримує від свого роботодавця у зв'язку з перебуванням у відносинах зайнятості». Воно охоплює широкий перелік благ, які отримує працівник у зв'язку із перебуванням у трудових відносинах. ЄСС неодноразово аналізував зміст цього поняття у своїх рішеннях і встановив, що воно охоплює будь-які пов'язані з роботою блага, у тому числі пільговий проїзд залізницею¹⁰⁴, виплати для експатріантів¹⁰⁵, подарунки на Різдво¹⁰⁶ та професійні пенсійні програми¹⁰⁷.

По суті, під час аналізу певних відносин на предмет того, чи потрапляють вони під визначення «оплати праці», слід шукати певне благо, що виникає на підставі наявності трудових відносин.

100 ЄСС, *Ломмерс проти Міністра сільського господарства (Lommers v. Minister van Landbouw)*, справа № C-476/99 [2002] ECR I-2891, 19 березня 2002 року.

101 ЄСС, *Омбудсмен з питань рівності проти Ради округу Оребро (Jamstalldhetsombudsmannen v. Orebro Lans Landsting)*, справа № C-236/98 [2000] ECR I-2189, 30 березня 2000 року.

102 ЄСС, *Бьортон проти Управління Британської залізниці (Burton v. British Railways Board)*, справа № 19/81 [1982] ECR 555, 16 лютого 1982 року.

103 ЄСС, *Паласіос-де-ла-Вілья проти «Кортеф'ель Сервісіос Ес. А.» (Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA)*, справа № C-411/05 [2007] ECR I-8531, 16 жовтня 2007 року.

104 ЄСС, *Гарланд проти компанії «Брітіш Рейл Інжиніринг Лтд.» (Garland v. British Rail Engineering Limited)*, справа № 12/81 [1982] ECR 455, 9 лютого 1982 року.

105 ЄСС, *Саббатіні проти Європейського Парламенту (Sabbatini v. European Parliament)*, справа № 20/71 [1972] ECR 345, 7 червня 1972 року.

106 ЄСС, *Левен проти Денди (Lewen v. Denda)*, справа № C-333/97 [1999] ECR I-7243, 21 жовтня 1999 року.

107 ЄСС, *Барбер проти страхової групи «Гардіан роял іксчендж» (Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group)*, справа № C-262/88 [1990] ECR I-1889, 17 травня 1990 року.

3.4.1.3. Доступ до професійної орієнтації та підготовки

ЄСС розглядав концепцію «професійної орієнтації та підготовки» у контексті вільного переміщення осіб¹⁰⁸ і запровадив широке визначення цього поняття.

Приклад: у справі *Грав'є* (*Gravier*) студентка, громадянка Франції, хотіла вступити до Королівської академії образотворчих мистецтв, м. Льєж, і вивчати мистецтво створення коміксів¹⁰⁹. Її зобов'язали сплатити реєстраційний внесок, тоді як бельгійські студенти не мали такого обов'язку. ЄСС зазначив:

«...будь-яка форма освіти, що готує спеціалістів для певної професійної діяльності, ремесла чи найманої праці або надає необхідні знання та навички для виконання такої професійної діяльності, ремесла чи найманої праці, є професійною підготовкою незалежно від віку і рівня освіти учнів чи студентів, навіть якщо навчальна програма містить елементи загальної освіти».

Приклад: ЄСС застосував це визначення у справі *Блезо* (*Blaizot*), у якій скаргник подав документи для навчання за спеціальністю «ветеринарна медицина»¹¹⁰. ЄСС вирішив, що загальна університетська освіта потрапляє під визначення «професійного навчання» дарма що остаточна кваліфікація, що її здобуває студент після завершення навчання, не забезпечує рівня, необхідного для певної професійної діяльності, ремесла або зайнятості. Достатньо, щоб відповідна навчальна програма забезпечувала знання, вміння чи навички, необхідні для конкретної професійної діяльності, ремесла або зайнятості. Тому якщо певне ремесло не вимагає формальної кваліфікації, або якщо університетська освіта сама по собі не становить формальної умови допуску до конкретної професії, це не перешкоджає вважати відповідну програму «професійною підготовкою». Єдиний виняток становлять «окремі навчальні курси, що, по суті, призначені швидше для осіб, які бажають вдосконалити свої професійні знання, аніж пройти професійну підготовку».

108 Статтю 7(3) Регламенту 1612/68 про свободу пересування працівників у середині Спільноти (Офіційний журнал L 257, 19.10.1968 р., стор. 2) передбачено, що працівники повинні «мати доступ до навчання у професійних училищах і навчальних центрах» і не повинні зазнавати менш сприятливого ставлення порівняно з працівниками, що мають громадянство відповідної країни.

109 ЄСС, *Грав'є проти міста Льєжа та інших* (*Gravier v. Ville de Liège and Others*), справа № 293/83 [1985] ECR 593, 13 лютого 1985 року.

110 ЄСС, *Блезо проти Університету міста Льєжа та інших* (*Blaizot v. Université de Liège and Others*), справа № 24/86 [1988] ECR 379, 2 лютого 1988 року.

3.4.1.4. Організації працівників і роботодавців

Сюди входить не тільки членство та доступ до організацій працівників і роботодавців, але й залучення осіб до участі у таких організаціях. Відповідно до роз'яснень Європейської Комісії, це покликано забезпечити захист від дискримінації у контексті членства чи благ, пов'язаних із такими організаціями¹¹¹.

3.4.1.5. Європейська конвенція і питання зайнятості

Хоча сама ЄСПЛ і не передбачає права на працю, стаття 8 може за певних обставин розповсюджуватися на сферу зайнятості.

У вищезгаданій справі *Сідабрас і Дзяутас проти Литви* Суд встановив, що встановлена для колишніх агентів КДБ заборона працевлаштування у державному секторі та деяких сферах приватного сектору охоплюється статтею 8 у поєднанні зі статтею 14, оскільки така заборона «значною мірою вплинула на їхню здатність розвивати відносини із зовнішнім світом, створила для них суттєві перешкоди у здатності забезпечувати своє існування і має явні наслідки для їхньої можливості користуватися своїми правами на повагу до особистого життя»¹¹². Аналогічно, у справі *Бігаєва проти Греції* (*Bigaeva v. Greece*) було визнано, що стаття 8 може також поширюватися на відносини зайнятості, у тому числі на права доступу до професії¹¹³.

ЄСПЛ забороняє дискримінацію на підставі членства у профспілці. Навіть більше, право на заснування профспілки розглядається як самостійне право за ЄКПЛ¹¹⁴.

Приклад: у справі *Даніленков та інші проти Росії* (*Danilenkov and Others v. Russia*) заявники внаслідок своєї участі у профспілці зазнали переслідувань та відмінного ставлення з боку свого роботодавця¹¹⁵. Місцеві суди відхилили їхні цивільні позови на тій підставі, що дискримінація може бути встановлена виключно в рамках кримінального провадження. Про-

111 Пропозиція Директиви Ради про реалізацію принципу рівного ставлення до осіб незалежно від расового чи етнічного походження, COM(1999) 566 final, 25.11.1999 р.

112 ЄСПЛ, *Сідабрас і Дзяутас проти Литви* (*Sidabras and Džiautas v. Lithuania*) (№№ 55480/00 та 59330/00), 27 липня 2004 року.

113 ЄСПЛ, *Бігаєва проти Греції* (*Bigaeva v. Greece*) (№ 26713/05), 28 травня 2009 року.

114 Наприклад, рішення ЄСПЛ у справі *Демір і Байкара проти Туреччини* (*Demir and Baykara v. Turkey*) (№ 34503/97), 12 листопада 2008 року.

115 ЄСПЛ, *Даніленков та інші проти Росії* (*Danilenkov and Others v. Russia*) (№ 67336/01), 30 липня 2009 року.

куратура відмовилася порушувати кримінальну справу, оскільки необхідно було довести прямий умисел керівника компанії на вчинення дискримінації. ЄСПЛ дійшов висновку, що відсутність положень національного законодавства, які б забезпечували ефективний судовий захист свободи об'єднання у профспілку, становить порушення статті 11 у поєднанні зі статтею 14.

3.4.2. Добробут населення та форми соціального забезпечення

З усіх антидискримінаційних директив лише Директива про расову рівність гарантує широкий захист від дискримінації в доступі до системи добробуту та інших форм соціального забезпечення. Під ним розуміють доступ до натуральних благ, що «загалом» перебувають у віданні держави, наприклад державної системи охорони здоров'я, освіти, соціального забезпечення. Водночас Директива про гендерну рівність у доступі до соціального забезпечення передбачає право осіб незалежно від їхньої статі на рівний доступ до більш вузької сфери – сфери «соціального забезпечення».

3.4.2.1. Соціальний захист, включаючи соціальне забезпечення та охорону здоров'я

Точні межі цієї сфери на сьогодні не визначені: Директива про расову рівність не торкається цього питання, а ЄСС ще не мав нагоди розтлумачити його у своїх рішеннях.

Як зазначалося вище, Директива про гендерну рівність у доступі до соціального забезпечення передбачає право на рівне ставлення за ознакою статі щодо «законодавчих схем соціального забезпечення»¹¹⁶. Стаття 1(3) Директиви визначає їх як схеми, що забезпечують захист на випадок хвороби, інвалідності, старості, нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань, безробіття, а також «соціальна допомога у частині, в якій вона має доповнити або замінити» вищезазвані схеми.

Остаточо не зрозуміло, що мається на увазі під поняттям «соціальний захист», але на підставі Пояснювальної записки до пропозиції Комісії щодо Директиви про расову рівність і тексту самої Директиви можна зроби-

¹¹⁶ На відміну від «професійних схем», які вважаються «оплатою» у розумінні Директиви про гендерну рівність (у новій редакції).

ти висновок, що це поняття є більш широким, ніж поняття «соціального забезпечення»¹¹⁷. Зважаючи на глибокий зміст, закладений законодавцем у це положення, слід розуміти його так, що будь-яке запропоноване державою благо матеріального чи натурального характеру входить до категорії соціального захисту в тій частині, у якій воно не охоплюється поняттям соціального забезпечення. У цьому контексті дуже ймовірно, що окремі сфери регулювання Директиви про расову рівність перетинатимуться між собою.

Незрозумілим залишається також і обсяг захисту від дискримінації у сфері охорони здоров'я. Схоже, тут ідеться про доступ до публічних послуг у галузі охорони здоров'я на момент їх надання, наприклад, про ставлення до особи з боку адміністративного чи медичного персоналу. Можна передбачити, що захист також поширюватиметься і на страхову сферу, коли вартість приватних медичних послуг відшкодовується за рахунок обов'язкового медичного страхування. Наприклад, це положення може поширюватися на випадки відмови в оформленні страхування або підвищення розміру страхового внеску на підставі расової чи етнічної належності особи. Подібні випадки також можуть охоплюватися положеннями про доступ до товарів і послуг.

3.4.2.2. Соціальні переваги

ЄСС добре розтлумачив сферу дії поняття «соціальні переваги» у контексті права вільного пересування осіб, вклавши в нього надзвичайно широкий зміст.

Приклад: у справі *Крістіні (Cristini)* скаржниця, громадянка Італії, проживала зі своїми дітьми на території Франції. Її покійний чоловік був «працівником» у розумінні права ЄС.¹¹⁸ Французька залізниця забезпечувала пільговий проїзд багатодітним сім'ям, однак пані Крістіні відмовили в наданні цієї пільги на підставі того, що вона не є громадянкою Франції. Уряд стверджував, що «соціальні переваги» у розумінні права ЄС – це тільки ті переваги, що впливають з трудових відносин. ЄСС не погодився з таким аргументом і вирішив, що це поняття охоплює всі переваги незалежно від наявності трудових відносин, у тому числі право пільгового проїзду залізничним транспортом.

¹¹⁷ Пропозиція Директиви Ради про реалізацію принципу рівного ставлення до осіб незалежно від расового чи етнічного походження, COM(1999) 566 final, 25.11.1999 р.

¹¹⁸ ЄСС, *Фьоріні (дівоче прізвище Крістіні) проти Національного товариства французьких залізниць (Fiorini (née Cristini) v. SNCF)*, справа № 32/75 [1975] ECR 1085, 30 вересня 1975 року.

ЄСС навів визначення «соціальних переваг» у справі *Івен (Even)*, позначивши їх як переваги,

«які, незалежно від того, чи пов'язані вони з наявністю трудового договору, звичайно надаються працівникам-громадянам насамперед у силу їхнього об'єктивного статусу працівника або в силу самого лише факту їхнього проживання на території держави, і поширення яких на працівників, що є громадянами інших держав-членів, таким чином вважається доцільним для спрощення їхньої мобільності всередині Спільноти»¹¹⁹.

Цей термін охоплює практично будь-які права, що потрапляють під визначення, наведене у справі *Івен*: не важливо, є право абсолютним чи було надано в рамках здійснення дискреційних повноважень. Навіть більше, це визначення не перешкоджає вважати «соціальною перевагою» права, надані після припинення відносин зайнятості, наприклад право на пенсійне забезпечення¹²⁰.

В контексті вільного пересування, соціальна перевага – це, по суті, будь-яка перевага, що сприятиме інтеграції мігранта до середовища країни, до якої він прибув. Суди застосовують досить ліберальний підхід до визнання конкретних відносин «соціальною перевагою». Як приклади можна назвати:

- надання безвідсоткового кредиту для покриття витрат, пов'язаних із народженням дитини. Хоча метою такого кредиту є стимулювання народжуваності, ЄСС дійшов висновку, що він може вважатися соціальною перевагою, оскільки допомагає зменшити фінансове навантаження на родини з низьким доходом¹²¹;
- надання гранту за угодою про культурне співробітництво для матеріальної підтримки працівників-громадян, що їдуть навчатися за кордон¹²²;

119 ЄСС, *Кримінальне провадження у справі Івена (Criminal Proceedings against Even)*, справа № 207/78 [1979] ECR 2019, 31 травня 1979 року, пункт 22.

120 ЄСС, *Комісія проти Франції (Commission v. France)*, справа № C-35/97 [1998] ECR I-5325, 24 вересня 1998 року.

121 ЄСС, *Рейна проти Державного комерційного банку землі Баден-Вюрттемберг (Reina v. Landeskreditbank Baden-Württemberg)*, справа № 65/81 [1982] ECR 33, 14 січня 1982 року.

122 ЄСС, *Маттеуччі проти французької спільноти Бельгії (Matteucci v. Communauté française of Belgium)*, справа № 235/87 [1988] ECR 5589, 27 вересня 1988 року.

- право особи, щодо якої триває кримінальне провадження, на проведення судового засідання мовою своєї країни¹²³.

3.4.2.3. Освіта

Захист від дискримінації в доступі до освіти спочатку задумувався у контексті вільного пересування осіб на підставі статті 12 Регламенту 1612/68 і призна-чався спеціально для дітей працівників. Можна очікувати, що сфера освіти у цьому випадку перетинатиметься зі сферою професійної підготовки. Неві-домо, чи включатиме вона ті навчальні програми циклу вищої освіти, що не входять до сфери професійної підготовки і мають на меті виключно вдоско-налення загальних знань.

Приклад: у справі *Касагранде проти міста Мюнхен (Casagrande v. Landeshauptstadt München)* скаргником виступала донька італійсько-го громадянина, що працював у Німеччині¹²⁴. Відповідно до німецького законодавства діти шкільного віку отримували щомісячну державну до-помогу з метою сприяння «відвідуваності навчальних закладів». ЄСС ви-знав, що будь-які загальні заходи, що мають на меті сприяння відвідува-ності навчальних закладів, відносяться до сфери освіти.

3.4.2.4. Європейська конвенція та добробут і освіта

Хоча ЄКПЛ і не передбачає права на соціальне забезпечення, практика Євро-пейського суду свідчить, що такі форми соціального забезпечення, як пільги та пенсійні виплати, входять до сфери дії статті 1 Протоколу № 1 або статті 8 Конвенції¹²⁵.

Не гарантує ЄКПЛ і права на охорону здоров'я, однак Суд зазначив, що питан-ня, пов'язані зі сферою медичного забезпечення, можуть потрапляти до сфе-ри дії статті 8 (якщо йдеться про доступ до медичної інформації¹²⁶) або статті

123 ЄСС, *Кримінальне провадження у справі Муч (Criminal Proceedings against Mutsch)*, справа № 137/84 [1985] ECR 2681, 11 травня 1985 року.

124 ЄСС, *Касагранде проти міста Мюнхена (Casagrande v. Landeshauptstadt München)*, справа № 9/74 [1974] ECR 773.

125 Див., зокрема, такі справи: ЄСПЛ, *Андреева проти Латвії (Andrejeva v. Latvia)* Велика палата] (№ 55707/00), 18 лютого 2009 року; ЄСПЛ, *Гайгусуз проти Австрії (Gaygusuz v. Austria)* (№ 17371/90), 16 вересня 1996 року; ЄСПЛ, *Куа Пуаррез проти Франції (Koua Poirrez v. France)* (№ 40892/98), 30 вересня 2003 року. Всі ці справи обговорюються у розділі 4.7.

126 ЄСПЛ, *К.Г. та інші проти Словаччини (K.H. and Others v. Slovakia)* (№ 32881/04), 28 квітня 2009 року.

З (якщо відсутність доступу до медичних послуг таке серйозне, що становить нелюдське і таке, що принижує гідність, поводження¹²⁷). Тому можна очікувати, що скарги на дискримінацію в доступі до медичних послуг розглядатимуться у контексті статті 14.

Не зрозуміло, чи охоплюватиме ЄКПЛ соціальні переваги в натуральній формі, наприклад, пільговий проїзд. Та судячи з комплексного підходу ЄСПЛ до розуміння статті 8, можна припустити, що охоплюватиме, зокрема, якщо ці пільги встановлюються для родин.

Стаття 2 Протоколу № 1 до ЄКПЛ гарантує самостійне право на освіту, і тому ЄСПЛ може розглядати скарги на дискримінацію в галузі освіти за статтею 14. ЄСПЛ аналізував питання дискримінації у сфері освіти у справі *D.Г. та інші проти Чеської Республіки (D.H. and Others v. the Czech Republic)*¹²⁸ та справі *Оршуш та інші проти Хорватії (Oršuš and Others v. Croatia)*¹²⁹. Обидві справи розглядаються у розділі 5.3.

3.4.3. Доступ до товарів і послуг, включаючи житло

Захист від дискримінації у доступі до товарів і послуг, включаючи житло, передбачений Директивою про расову рівність (за ознакою расового походження) і Директивою про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг (за ознакою статі). Стаття 3(1) Директиви про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг сформульована більш змістовно: у ній зазначено, що вона стосується всіх товарів і послуг, «які є загальнодоступними, незалежно від зацікавленої особи, як у приватному, так і у публічному секторі, включаючи державні органи, і які пропонуються поза сферою особистого та сімейного життя і відносин, що здійснюються в цьому контексті». Пункт 13 преамбули до Директиви про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг прямо виключає застосування цього документа до «контексту медіа та реклами» і «приватної чи державної освіти». Останній виняток не стосується Директиви про расову рівність, у тексті якої прямо передбачено, що вона поширюється на сферу освіти. Крім того,

127 ЄСПЛ, *Славомір Мусял проти Польщі (Sławomir Musiał v. Poland)* (№ 28300/06), 20 січня 2009 року.

128 ЄСПЛ, *D.Г. та інші проти Чеської Республіки (D.H. and Others v. the Czech Republic)* [Велика палата] (№ 57325/00), 13 листопада 2007 року.

129 ЄСПЛ, *Оршуш та інші проти Хорватії (Oršuš and Others v. Croatia)* [Велика палата] (№ 15766/03), 16 березня 2010 року.

Директива про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг містить посилання на статтю 57 Договору про функціонування ЄС:

«Послуги вважаються «послугами» у розумінні цього Договору, якщо вони звичайно надаються за винагороду ...

До послуг, зокрема, відносяться:

- (a) діяльність промислового характеру;*
- (b) діяльність комерційного характеру;*
- (c) діяльність ремісників;*
- (d) професійна діяльність».*

Отже, схоже, що сюди потраплятимуть усі ситуації, коли товар або послуга надаються у звичайному режимі в обмін на винагороду, і це відбувається не в суто особистому контексті, за винятком державних чи приватних освітніх послуг.

Як свідчить національна правозастосовча практика, це положення розповсюджується на випадки отримання доступу до обслуговування чи певного рівня обслуговування в барах¹³⁰, ресторанах і нічних клубах¹³¹, магазинах¹³²; придбання страховки¹³³; діяльність «приватних» продавців, наприклад осіб, що займа-

130 Орган з питань рівного поводження (Угорщина), справа № 72, квітня 2008. Короткий опис справи англійською мовою можна прочитати на інформаційному порталі Агенції з основоположних прав, справа № 322-1, та у виданні Європейської мережі правових експертів у галузі недискримінації «European Anti-Discrimination Law Review», випуск № 8 (липень 2009 року), стор. 49.

131 Швеція, Верховний суд, *Моніторинг барів і ресторанів проти Омбудсмена з питань расової дискримінації (Escape Bar and Restaurant v. Ombudsman against Ethnic Discrimination)*, справа № T-2224-07, 1 жовтня 2008 року. Короткий опис справи англійською мовою можна прочитати на інформаційному порталі Агенції з основоположних прав, справа № 365-1, та у виданні Європейської мережі правових експертів у галузі недискримінації «European Anti-Discrimination Law Review», випуск № 8 (липень 2009 року), стор. 68.

132 Окружний суд району Деблінг (Австрія), GZ 17 С 1597/05f-17, 23 січня 2006 року. Короткий опис справи англійською мовою можна прочитати на інформаційному порталі Агенції з основоположних прав, справа № 1-1. Оригінальний текст: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=1>.

133 Апеляційний суд округу Нім, *Ленорман проти Баленсі (Lenormand v. Balenci)*, № 08/00907 від 6 листопада 2008 року палата у кримінальних справах Касаційного суду Франції, № М 08-88.017 та № 2074 від 7 квітня 2009 року. Короткий опис справи англійською мовою можна прочитати у виданні Європейської мережі правових експертів у галузі недискримінації «European Anti-Discrimination Law Review», випуск № 9 (грудень 2009 року), стор. 59.

ються розведенням собак¹³⁴. Питання медичного забезпечення окремо регулюється Директивою про расову рівність, але вони можуть також відноситись і до сфери послуг, зокрема, в частині діяльності приватних медичних закладів або випадків, коли особа зобов'язана придбати страховий поліс на випадок захворювання для покриття витрат на медичні послуги. Так, ЄСС встановив, що поняття послуги у контексті вільного переміщення послуг включає в себе платні медичні послуги, які надаються комерційним закладом¹³⁵.

Директива про расову рівність не наводить визначення житла. Пропонується тлумачити це поняття у світлі міжнародного права захисту прав людини, зокрема права на повагу до житла особи за статтею 7 Хартії основоположних прав ЄС і статті 8 ЄКПЛ (оскільки всі держави – члени ЄС є її сторонами, а сам ЄС невдовзі приєднається до Конвенції), а також права на належні житлові умови за статтею 11 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права (сторонами якої є всі держави – члени ЄС). ЄСПЛ запровадив досить гнучкий підхід до поняття «права на житло» і поширив його на пересувне житло на зразок фургонів і трейлерів, навіть якщо вони розміщені незаконно¹³⁶. Згідно з позицією Комітету ООН з економічних, соціальних і культурних прав, належні житлові умови мають задовольняти низку критеріїв. Зокрема, вони повинні мати достатню якість, щоб забезпечувати захист від атмосферних явищ; відображати культурні потреби мешканців (а отже, сюди входять машини, фургоны, табори та інші непостійні конструкції); під'єднуватися до комунальних мереж і каналізації; забезпечувати доступ до робочих можливостей за рахунок належної інфраструктури. Вони також повинні гарантувати надійний захист від примусового чи свавільного виселення і бути доступними в ціні¹³⁷. Аналогічне розуміння концепції житла викладене у підсумковому

134 Апеляційний суд Швеції, *Омбудсмен з питань дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації проти А.С.* (*Ombudsman Against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation v. A.S.*), справа № Т-3562-06, 11 лютого 2008 року. Короткий опис справи англійською мовою можна прочитати у виданні Європейської мережі правових експертів у галузі недискримінації «European Anti-Discrimination Law Review, випуск № 8 (липень 2009 року), стор. 69.

135 ЄСС, *Коль проти Спільки страхових компаній* (*Kohll v. Union des Caisses de Maladie*), справа № С-158/96, [1998] ECR I-1931, 28 квітня 1998; ЄСС, *Пеербомс проти Фонду медичного страхування CZ Groep* (*Peerbooms v. Stichting CZ Groep Zorgverzekerings*), справа № С-157/99 [2001] ECR I-5473, 12 липня 2001 року; ЄСС, *Мюллер Форе проти Фонду взаємного страхування* (*Müller Fauré v. Onderlinge Waarborgmaatschappij*), справа № С-385/99 [2003] ECR I-4509, 13 травня 2003 року.

136 ЄСПЛ, *Буклі проти Сполученого Королівства* (*Buckley v. UK*) (№ 20348/92), 25 вересня 1996 року.

137 Комітет ООН з економічних, соціальних і культурних прав, «Загальний коментар № 4: право на належні житлові умови (стаття 11(1)», UN. Doc. E/1992/23, 13 грудня 1991 року.

звіті Агенції ЄС з питань основоположних прав під назвою «Стан житла ромів і кочівників у Європейському Союзі: на шляху до рівності»¹³⁸.

За такого підходу поняття доступу до житла охоплює не лише гарантії рівного поводження з боку державних чи приватних власників житла і держави, коли вони вирішують, чи буде укладений договір купівлі-продажу або найму житла із конкретною особою. Воно також включає в себе право на рівне поводження в питаннях розподілу житла (наприклад, коли певна етнічна група отримує житло низької якості або у віддаленій місцевості), підтримання його стану (наприклад, коли не здійснюється поточне обслуговування житла, у якому проживають представники певної групи) та умов оренди (наприклад, коли не забезпечуються належна безпека приміщення або встановлюється вища орендна плата чи завдаток для осіб, що належать до певної групи).

Приклад: у Бельгії власника житла засудили як за вчинення злочину і зобов'язали сплатити штраф на тій підставі, що він відмовився здати житло в оренду особам родом із Конго. Попри отримання задовільних рекомендацій від попередніх наймодавців і доказів достатніх джерел існування, власник не захотів укласти з ними договір оренди, посилаючись на те, що в минулому в нього були проблеми із платоспроможністю наймачів-іноземців¹³⁹.

3.4.3.1. Європейська конвенція у контексті товарів і послуг, включаючи житло

ЄСПЛ розглядає статтю 8 як таку, що охоплює випадки, пов'язані з діяльністю, яка може мати вплив на особисте життя, включаючи відносини економічного та соціального характеру. Він так само широко підходить і до права на повагу до житла, передбаченого статтею 8 Конвенції. Як вже зазначалося, Суд відносить до житла «нетрадиційні», не зафіксовані на землі конструкції на зразок фургонів і пересувних будинків. А якщо державне житло знаходиться у надзвичайно поганому стані і це упродовж тривалого періоду спричиняє серйозні незручності його мешканцям, Суд може визнати це нелюдським поведінням.

¹³⁸ Агенція ЄС з питань основоположних прав, «Стан житла ромів і кочівників у Європейському Союзі: на шляху до рівності» (The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality), підсумковий звіт (Відень, Агенція ЄС з питань основоположних прав, березень 2010 року).

¹³⁹ Суд першої інстанції Антверпена (Correctionele Rechtbank van Antwerpen), рішення від 6 грудня 2004 року (Бельгія). Короткий опис справи англійською мовою можна прочитати на інформаційному порталі Агенції з основоположних прав, справа 15-1. Оригінальний текст: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=15>.

Приклад: у справі *Молдован та інші проти Румунії (Moldovan and Others v. Romania)* (№2) заявників виселили з їхніх будинків, після чого, за надзвичайно травматичних обставин, знесли ці споруди¹⁴⁰. Відновлення будинків проводилося дуже повільно, а тимчасово надане житло було дуже низької якості. ЄСПЛ зазначив:

«...умови, в яких проживали заявники протягом останніх десяти років, зокрема перенаселене, антисанітарне середовище і його негативний вплив на їхнє здоров'я і добробут, у поєднанні з довготривалістю періоду, протягом якого заявники були вимушені проживати в таких умовах, і ставлення органів влади загалом мусило спричинити значні психологічні страждання, що посягають на людську гідність заявників і змушують їх відчувати приниження та меншовартість».

Такий висновок у сукупності з іншими обставинами дозволив ЄСПЛ визнати, що в цій ситуації було поводження, яке принижує людську гідність і порушує статтю 3 ЄКПЛ. Та судячи з наведеної вище цитати, самого лише перебування особи в подібних умовах може бути достатньо, щоб визнати їх такими, що принижують гідність¹⁴¹.

Приклад: у справі *Докіч проти Боснії і Герцеговини (Đokić v. Bosnia and Herzegovina)* заявник оскаржував втручання у своє право власності¹⁴². До моменту розпаду колишньої Югославії він викладав у військовому училищі і служив у збройних силах цієї країни. У той період заявник придбав житло у Сараєво, але після початку війни в Боснії і Герцеговині його військове училище переїхало на територію сьогоднішньої Сербії. Заявник також переїхав до Сербії і вступив до її збройних сил. Після завершення конфлікту держава відмовилася повернути йому майно на тій підставі, що він є військовослужбовцем іноземної держави. Національні суди вирішили, що відмова є правомірною, оскільки через свою службу в іноземному війську, що брало участь у військових операціях проти Боснії і Герцеговини, заявник є «нелояльним» громадянином. Хоча ЄСПЛ окремо

140 ЄСПЛ, *Молдован та інші проти Румунії (Moldovan and Others v. Romania)* (№ 2) (№№ 41138/98 та 64320/01), 12 липня 2005 року.

141 Практика ЄСПЛ свідчить, що за певних обставин дискримінація може становити поводження, що принижує людську гідність. Див., наприклад, рішення ЄСПЛ у справі *Сміт і Грейді проти Сполученого Королівства (Smith and Grady v. UK)* (№№ 33985/96 та 33986/96), 27 вересня 1999 року.

142 ЄСПЛ, *Докіч проти Боснії і Герцеговини (Đokić v. Bosnia and Herzegovina)* (№ 6518/04), 27 травня 2010 року.

не розглядав скаргу за статтю 14, він вирішив, що це рішення було винесено виключно на підставі етнічного походження заявника (служба в конкретних збройних силах свідчить про етнічне походження особи). Суд звернув увагу, зокрема, на відсутність доказів будь-якого іншого «нелояльного» поводження заявника, окрім його формального статусу іноземного військовослужбовця. Вилучення житла без надання компенсації чи альтернативної житлової площі становить непропорційне втручання у право власності.

3.4.4. Доступ до правосуддя

Хоча антидискримінаційні директиви окремо не визначають правосуддя як один з видів товарів чи послуг, цілком логічно, що воно потрапляє до цієї сфери в тому розумінні, що судова система представляє послуги, які держава надає громадянськості за винагороду. Як мінімум, антидискримінаційні директиви зобов'язують держави-члени запровадити судові та/або адміністративні механізми, що гарантуватимуть особам здійснення їхніх передбачених директивами прав¹⁴³. Крім того, цей підхід відображає добре усталений принцип права ЄС, відповідно до якого особи повинні мати «право на ефективний судовий захист» прав, що виникають на підставі законодавства ЄС¹⁴⁴. Тому хоча й не можна говорити, що «доступ до правосуддя» входить до категорії «товарів і послуг», можна сміливо стверджувати, що доступ до правосуддя є самостійним правом (і не потребує доведення дискримінації) у контексті виконання положень самих директив.

3.4.4.1. Європейська конвенція у контексті доступу до правосуддя

Право на доступ до правосуддя становить самостійну гарантію за статтею 6 ЄКПЛ (право на справедливий суд). ЄСПЛ розглянув декілька справ, пов'язаних із дискримінацією в доступі до правосуддя.

¹⁴³ Стаття 9(1) Директиви про рівність у сфері зайнятості; стаття 17(1) Директиви про гендерну рівність (у новій редакції); стаття 8(1) Директиви про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг; стаття 7(1) Директиви про расову рівність.

¹⁴⁴ Див., наприклад, рішення ЄС у справі *Вассілакис та інші проти Дімос Керкірас (Vassilakis and Others v. Dimos Kerkyras)*, справа № C-364/07 [2008] ECR I-90, 12 червня 2010 року; рішення ЄС у справі *Зальштед та інші проти Комісії (Sahlstedt and Others v. Commission)*, справа № C-362/06 [2009] ECR I-2903, 23 квітня 2009 року; рішення ЄС у справі *Ангелідакі та інші проти Організму Намархіакі Афтодікісі Ретхімніс*, справа № C-378/07 [2009] ECR I-3071, 23 квітня 2009 року.

Приклад: у справі *Параскева Тодорова проти Болгарії (Paraskeva Todorova v. Bulgaria)* національний суд відмовився скасувати призначене заявниці покарання, зауваживши, що це необхідний захід реагування на традиції безкарності, які існують в середовищі етнічної меншини. Це було визнано порушенням статті 6 у поєднанні зі статтею 14¹⁴⁵.

Приклад: у вищезгаданій справі *Молдован та інші проти Румунії (Moldovan and Others v. Romania)* (№ 2) було визнано, що надмірна тривалість розгляду кримінальної та цивільної справ (перше рішення було винесене через сім років з моменту відкриття провадження) становить порушення статті 6¹⁴⁶. А затягування процесу внаслідок чисельних процесуальних помилок, у поєднанні з поширеним серед органів влади дискримінаційним ставленням до осіб ромського походження, становить порушення статті 6 у поєднанні зі статтею 14.

Приклад: у справі *Анакомба Юла проти Бельгії (Anakomba Yula v. Belgium)* було визнано, що національний закон, який не дозволяє заявниці отримати державну допомогу на покриття витрат, пов'язаних із судовим позовом про встановлення батьківства, оскільки вона не є громадянкою Бельгії, був визнаний порушенням статті 6 у поєднанні зі статтею 14¹⁴⁷. Це в жодному разі не означає, що негромадяни мають абсолютне право на державну допомогу. В цій справі ЄСПЛ врахував різноманітні обставини, в тому числі той факт, що заявниці відмовили у наданні допомоги через відсутність у неї дійсної посвідки на проживання, хоча на той момент вона проходила процедуру її поновлення. Крім того, ЄСПЛ взяв до уваги, що у справах про визнання батьківства існував однорічний строк позовної давності, тобто було б нерозумним очікувати, що заявниця чекатиме поновлення посвідки на проживання, щоб звертатися за отриманням державної допомоги.

145 ЄСПЛ, *Параскева Тодорова проти Болгарії (Paraskeva Todorova v. Bulgaria)* (№ 37193/07), 25 березня 2010 року.

146 ЄСПЛ, *Молдован та інші проти Румунії (Moldovan and Others v. Romania)* (№ 2) (№№ 41138/98 та 64320/01), 12 липня 2005 року.

147 ЄСПЛ, *Анакомба Юла проти Бельгії (Anakomba Yula v. Belgium)* (№ 45413/07), 10 березня 2009 року, розглядається у розділі 4.7.

3.5. Застосування Конвенції поза межами сфери застосування права ЄС

У вищеназваних справах гарантії ЄКПЛ збігаються з нормами антидискримінаційних директив, але існують численні випадки, коли Конвенція забезпечує додатковий захист.

3.5.1. «Приватна» сфера: особисте і сімейне життя, всиновлення, житло та шлюб¹⁴⁸

Однією з найважливіших сфер дії антидискримінаційних гарантій є сфера сімейного та особистого життя. Законодавчі повноваження у цій сфері не були делеговані Європейському Союзу і залишаються в компетенції його держав-членів. Справи, які ЄСПЛ доводилося розглядати в цьому контексті, стосувалися спадкування, права розлучених батьків на спілкування зі своїми дітьми і питань встановлення батьківства.

У справах *Мазурек проти Франції (Mazurek v. France)*¹⁴⁹, *Зоммерфельд проти Німеччини (Sommerfeld v. Germany)*¹⁵⁰ та *Расмуссен проти Данії (Rasmussen v. Denmark)*¹⁵¹ (див. цей розділ та розділ 4) ЄСПЛ оцінював відмінне поведіння в контексті правил спадкування, права розлучених батьків на спілкування зі своїми дітьми і питань встановлення батьківства. Стаття 8 також охоплює питання всиновлення. Вищезгадана справа *Е.Б. проти Франції* також підтверджує, що всиновлення може розглядатися в рамках норм ЄКПЛ, хоча сама Конвенція не передбачає окремого права на всиновлення. Окрім того, ЄСПЛ окреслює загальну сферу застосування статті 8, посилаючись на свою попередню практику:

«...поняття «особистого життя» в розумінні статті 8 Конвенції являє собою широку концепцію, що охоплює, серед іншого, право на встановлення і розвиток стосунків з іншими людьми ... право

148 Коментарі до статті 8 ЄКПЛ можна переглянути на освітньому порталі Ради Європи про права людини для професійних юристів. Див. Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life (Право на повагу до особистого та сімейного життя)*, Human Rights Handbooks, № 1, 2001, за адресою: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636.

149 ЄСПЛ, *Мазурек проти Франції (Mazurek v. France)* (№ 34406/97), 1 лютого 2000 року.

150 ЄСПЛ, *Зоммерфельд проти Німеччини (Sommerfeld v. Germany)* [Велика палата] (№ 31871/96), 8 липня 2003 року.

151 ЄСПЛ, *Расмуссен проти Данії (Rasmussen v. Denmark)* (№ 8777/79), 28 листопада 1984 року.

на «особистий розвиток» ... чи право на самовизначення як таке. Воно включає в себе такі елементи, як ім'я, гендерну ідентифікацію, сексуальну орієнтацію та сексуальне життя, що входять до особистої сфери, на яку розповсюджуються гарантії статті 8 ... і право на повагу рішення мати чи не мати дитину»¹⁵².

Таким чином, стаття 8 має надзвичайно широку сферу застосування. ЄКПЛ впливає і на інші сфери, наприклад шлюбні стосунки, які окремо захищаються на підставі положень статті 12.

Приклад: у справі *Муньос Діас проти Іспанії (Muñoz Díaz v. Spain)* заявниця та її наречений уклали шлюб за ромським обрядом, але не дотрималися при цьому формальних вимог законодавства, а отже, з позиції національного права їхній шлюб не вважався зареєстрованим¹⁵³. Однак судячи з того, які ідентифікаційні документи та пільги отримала заявниця і які записи було внесено до їхньої «родинної книги», держава розглядала її як заміжню жінку. Після смерті чоловіка заявниця звернулася з клопотанням про оформлення державної пенсії у зв'язку із втратою годувальника, однак їй відмовили на тій підставі, що вона не перебувала у шлюбі, зареєстрованому відповідно до вимог національного законодавства. ЄСПЛ дійшов висновку, що оскільки держава раніше розглядала заявницю як особу, що перебувала у дійсному шлюбі, її становище можна порівнювати зі становищем інших «добросовісних» подружніх пар (тобто таких, що з технічних причин не перебувають у зареєстрованому шлюбі, однак вважають себе подружжям), які мають право на отримання пенсії у зв'язку із втратою годувальника. ЄСПЛ встановив, що відмова у визнанні дійсності її шлюбу не становить дискримінації (у світлі статей 12 та 14). Однак він дійшов висновку про наявність дискримінації у формі відмови розглядати заявницю аналогічно до інших «добросовісних» подружніх пар і призначити їй пенсію (у світлі статті 1 Протоколу № 1 та статті 14).

Отже, хоча ЄСПЛ традиційно звучує межі свободи розсуду в питаннях захисту людської гідності, він врівноважує цей інтерес міркуваннями захисту інших осіб, що перебувають у вразливому становищі і можуть постраждати від порушення своїх прав.

152 ЄСПЛ, *Е.Б. проти Франції (E.B. v. France)* [Велика палата] (№ 43546/02), 22 січня 2008 року, пункт 43.

153 ЄСПЛ, *Муньос Діас проти Іспанії (Muñoz Díaz v. Spain)* (№ 49151/07), 8 грудня 2009 року.

Приклад: справа *Зоммерфельд проти Німеччини (Sommerfeld v. Germany)* стосувалася німецького законодавства, що регулює питання доступу батька до спілкування зі своєю дитиною¹⁵⁴. Відповідно до національного права, якщо батьки дитини не перебувають у шлюбі, мати має право не допускати батька до дитини, і в такому випадку батько повинен звернутися до суду для оскарження заборони. Уряд стверджував, що це правило не є дискримінаційним, оскільки зазвичай саме батько, який проживає окремо від родини, мало цікавиться своїми дітьми. ЄСПЛ постановив, що в питаннях обмеження доступу батьків до спілкування зі своїми дітьми держави мають особливо вузькі межі свободи розсуду. Крім того, від зазначив, що «необхідно навести дуже переконливі причини, щоб відмінність у ставленні до дитини за ознакою її народження в законному шлюбі та поза ним вважалася такою, що відповідає положенням [ЄКПЛ ...]. Те саме можна сказати про ставлення до батька дитини, народженої від осіб, що проживають разом у незареєстрованому шлюбі, і батька дитини, народженої у зареєстрованому шлюбі». Суд дійшов висновку, що запропоновані урядом аргументи не виправдовують таких відмінностей.

У вищенаведеній справі ЄСПЛ встановив, що інтереси батька йдуть пліч-о-пліч з інтересами дитини, а саме, інтересу дитини щодо спілкування з батьком. Але у випадку потенційного конфлікту між інтересами батька й дитини держава матиме більш широку свободу розсуду у виборі форм захисту дитини.

Приклад: у справі *Расмуссен проти Данії (Rasmussen v. Denmark)* батько дитини скаржився на порушення своїх прав через законодавче обмеження строку, протягом якого він може оскаржити батьківство¹⁵⁵. ЄСПЛ визнав це відмінним ставленням за ознакою статі, однак виправдав його застосування. Це обмеження переслідує легітимну мету – гарантувати безпеку та певність дитини щодо власного статусу шляхом недопущення можливості батьків зловживати своїм правом на оскарження батьківства протягом наступних років життя дитини. Оскільки серед держав – учасниць Конвенції немає єдиного підходу до цієї проблеми, ЄСПЛ надав державі

154 ЄСПЛ, *Зоммерфельд проти Німеччини (Sommerfeld v. Germany)* [Велика палата] (№ 31871/96), 8 липня 2003 року, пункт 93. Дуже подібний фактичний склад справи: ЄСПЛ, *Сахін проти Німеччини (Sahin v. Germany)* [Велика палата] (№ 30943/96), 8 липня 2003 року. Див. також ЄСПЛ, *Мазурек проти Франції (Mazurek v. France)* (№ 34406/97), 1 лютого 2000 року, щодо дискримінаційного ставлення до дітей, народжених поза шлюбом. Розглядається у розділі 4 (Захищені ознаки).

155 ЄСПЛ, *Расмуссен проти Данії (Rasmussen v. Denmark)* (№ 8777/79), 28 листопада 1984 року.

широку свободу розсуду і визнав відмінність у ставленні такою, що виправдовує свою мету¹⁵⁶.

3.5.2. Участь у політичному житті: свобода вираження поглядів, зібрання та об'єднання і вільні вибори

Одним з головних завдань Ради Європи є сприяння демократії. Ця мета знаходить своє відображення у багатьох статтях ЄСПЛ, які сприяють забезпеченню умов для участі особи у політичному житті країни. Якщо право ЄС містить дуже обмежений перелік прав у цій сфері (зокрема право голосу громадян ЄС на місцевих виборах і виборах до Європейського парламенту), то ЄСПЛ передбачає цілу низку гарантій, що включають не тільки право обирати і бути обраним, а й суміжні права на свободу вираження поглядів, зібрання та об'єднання.

Приклад: у вищенаведеній справі *Бончковський та інші проти Польщі (Bączkowski and Others v. Poland)* ненадання дозволу на проведення маршу з метою привернення уваги до проблем дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації, у поєднанні з публічними висловлюваннями мера, які носили гомофобний характер, були визнані порушенням права на свободу зібрання (стаття 11) у поєднанні зі статтею 14¹⁵⁷.

ЄСПЛ розглядає право на свободу об'єднання як таке, що включає в себе гарантії об'єднання в політичні партії і має високий рівень захисту від втручань¹⁵⁸. Крім того, як зазначається у розділі 4.11, ЄСПЛ дуже критично оцінює будь-яке втручання у право на свободу висловлювання в контексті політичних дебатів¹⁵⁹.

156 ЄСПЛ, *Расмуссен проти Данії (Rasmussen v. Denmark)* (№ 8777/79), 28 листопада 1984 року, пункти 40–42.

157 ЄСПЛ, *Бончковський та інші проти Польщі (Bączkowski and Others v. Poland)* (№ 1543/06), 3 травня 2007 року.

158 Наприклад, рішення ЄСПЛ у справі *Соціалістична партія та інші проти Туреччини (Socialist Party and Others v. Turkey)* (№ 21237/93), 25 травня 1998 року.

159 ЄСПЛ, *Кастельс проти Іспанії (Castells v. Spain)* (№ 11798/85), 23 квітня 1992 року.

3.5.3. Діяльність правоохоронних органів

Статті 2 та 3 ЄКПЛ, окрім основних гарантій (права на життя і права на свободу від катувань, нелюдського і такого, що принижує людську гідність, поводження або покарання), передбачають обов'язок держави розслідувати обставини втрати життя особи та поводження з нею у зазначений спосіб. У справах *Начова та інші проти Болгарії (Nachova and Others v. Bulgaria)* і *Туран Закір проти Бельгії (Turan Cakir v. Belgium)* ЄСПЛ зазначив, що це означає конкретний обов'язок провести розслідування можливих расистських мотивів вчинення дій, що порушують гарантії статті 2 та 3, а невиконання такого обов'язку становитиме порушення цих статей у поєднанні зі статтею 14¹⁶⁰.

Приклад: у справі *Туран Закір проти Бельгії* заявник скаржився на жорстокість з боку поліції під час арешту, а саме завдання йому тяжких та стійких тілесних ушкоджень, що супроводжувалося погрозами і образами расистського характеру¹⁶¹. ЄСПЛ вирішив, що подібне насильство становить порушення свободи заявника від нелюдського і такого, що принижує людську гідність, поводження у розумінні статті 3 ЄКПЛ. Він також визнав, що невиконання державою обов'язку провести розслідування жорстокого поводження щодо заявника становить порушення її процесуальних обов'язків за цією статтею. Крім цього, Суд дійшов висновку, що нерозслідування справи становить порушення статті 3 у поєднанні з правом на свободу від дискримінації, оскільки держава зобов'язана розслідувати не лише саму скаргу щодо жорстокого поводження, але і заяви про те, що таке поводження є дискримінаційним і має расистські мотиви.

Приклад: справа *Начова та інші проти Болгарії (Nachova and Others v. Bulgaria)* стосувалася двох чоловіків-ромів, яких застрелила військова поліція, що переслідувала їх з метою арешту за самовільне залишення військової частини¹⁶². В момент інциденту поліцейський, який застрелив втікачів, закричав на сусіда: «Ви, кляті цигани!». ЄСПЛ вирішив, що держава порушила як матеріальну, так і процесуальну складову права за-

160 ЄСПЛ, *Начова та інші проти Болгарії (Nachova and Others v. Bulgaria)* [Велика палата] (№№. 43577/98 та 43579/98), 6 липня 2005 року; ЄСПЛ, *Туран Закір проти Бельгії (Turan Cakir v. Belgium)* (№ 44256/06), 10 березня 2009 року; аналогічний підхід був застосований ЄСПЛ у справі *Шеїч проти Хорватії (Šečić v. Croatia)* (№ 40116/02), 31 травня 2007 року.

161 ЄСПЛ, *Туран Закір проти Бельгії (Turan Cakir v. Belgium)* (№ 44256/06), 10 березня 2009 року.

162 ЄСПЛ, *Начова та інші проти Болгарії (Nachova and Others v. Bulgaria)* [Велика палата] (№№. 43577/98 та 43579/98), 6 липня 2005 року.

гиблих осіб на життя за статтю 2 ЄКПЛ, оскільки не провела належного розслідування обставин їхньої загибелі. Суд постановив, що не проведення розслідування також становить порушення статті 2 у поєднанні з правом на свободу від дискримінації, оскільки держава зобов'язана окремо розслідувати можливі дискримінаційні мотиви злочину.

Хоча обидві зазначені справи стосуються дій співробітників державних органів, держава так само зобов'язана не допускати і розслідувати злочини, скоєні приватними особами.

Приклад: у справі *Члени Глданської конгрегації Свідків Іегови та інші проти Грузії (Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others v. Georgia)* члени цієї релігійної спільноти зазнали насильницького нападу з боку угруповання православних екстремістів¹⁶³. Поліція була повідомлена про те, що триває напад, однак не зробила нічого, щоб зупинити насильство. Наступне розслідування інциденту було припинене, коли поліція заявила, що встановити особу нападників неможливо. ЄСПЛ вирішив, що бездіяльність поліції в ситуації, коли група осіб потребує захисту від насильства з мотивів расової ненависті, і не проведення у подальшому належного розслідування такого нападу, становить порушення статі 3 (права на свободу від нелюдського і такого, що принижує гідність, поводження) і статті 9 (права на свободу релігії) у поєднанні зі статтю 14, оскільки насильство було релігійно вмотивованим.

Цілком можливо, що право ЄС передбачатиме ідентичні обов'язки в контексті Рамкового рішення Ради про боротьбу з деякими формами та проявами расизму і ксенофобії засобами кримінального права (див. розділ 4.6)¹⁶⁴. Однак це Рамкове рішення не містить конкретного обов'язку розслідувати наявність расистських мотивів посягання на особу.

163 ЄСПЛ, *Члени Глданської конгрегації Свідків Іегови та інші проти Грузії (Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others v. Georgia)* (№ 71156/01), 3 травня 2007 року.

164 Рамкове рішення Ради 2008/913/JHA від 28 листопада 2008 року про боротьбу з деякими формами та проявами расизму і ксенофобії засобами кримінального права, ОJ L 328, 6.12.2008 р., стор. 55. Слід зазначити, що ЄСПЛ підтвердив, що підбурювання до дискримінації, ненависті і насильства щодо групи осіб на підставі їхнього походження або належності чи неналежності до певної етнічної групи, нації, раси чи релігії є окремим випадком обмеження права на свободу вираження поглядів за ЄКПЛ. Див., наприклад: ЄСПЛ, *Ле Пен проти Франції (Le Pen v. France)* (№ 18788/09), 20 квітня 2010 року; ЄСПЛ, *Фере проти Бельгії (Féret v. Belgium)* (№ 15615/07), 16 липня 2009 року; ЄСПЛ, *Віллем проти Франції (Willem v. France)*, (№ 10883/05), 16 липня 2009 року; ЄСПЛ, *Балсіте-Лідейкенє проти Литви (Balsytė-Lideikienė v. Lithuania)* (№ 72596/01), 4 листопада 2008 року.

3.5.4. Контекст кримінального права

Окрім питань діяльності правоохоронних органів, що розглянуті у розділі 3.5.3, питання кримінального права постають у контексті багатьох прав за ЄКПЛ, включаючи право на справедливий суд, право на захист від свавільного арешту, заборони зворотної дії закону, що посилює кримінальну відповідальність особи, недопущення повторного покарання особи за один і той самий злочин, права на життя і свободу від нелюдського і такого, що принижує гідність, поводження або покарання.

Приклад: у справі *Опуз проти Туреччини (Opuz v. Turkey)* ЄСПЛ встановив наявність непрямой дискримінації за ознакою статі у поєднанні із порушенням права на життя і свободи від нелюдського і такого, що принижує гідність, поводження на тій підставі, що поліція і суд не забезпечили належного застосування законодавства з питань протидії домашньому насильству¹⁶⁵.

Приклад: у справах *D.G. проти Ірландії (D.G. v. Ireland)* та *Буамар проти Бельгії (Buamatar v. Belgium)* заявників було ув'язнено за рішенням державних органів (див. розділ 4.5)¹⁶⁶. В обох випадках ЄСПЛ вирішив, що хоча фактично було порушення права на свободу заявників, немає підстав говорити про наявність дискримінації, оскільки відмінність у ставленні виправдовується інтересом захисту неповнолітніх.

Ключові моменти

- Громадяни третіх країн також користуються правом на рівне поводження в різноманітних сферах, що визначені в антидискримінаційних директивах ЄС, за умови наявності статусу «довгострокових резидентів» у розумінні Директиви про правовий статус громадян третіх країн.
- Громадяни третіх країн, що не мають статусу «довгострокових резидентів», користуються лише обмеженим захистом на підставі антидискримінаційних директив:

¹⁶⁵ ЄСПЛ, *Опуз проти Туреччини (Opuz v. Turkey)* (№ 33401/02), 9 червня 2009 року.

¹⁶⁶ ЄСПЛ, *D.G. проти Ірландії (D.G. v. Ireland)* (№ 39474/98), 16 травня 2002 року; ЄСПЛ, *Буамар проти Бельгії (Buamatar v. Belgium)* (№ 9106/80), 29 лютого 1988 року.

Ключові моменти

- за ознакою сексуальної орієнтації, віку, обмежених фізичних можливостей, релігії чи вірувань – у праві на доступ до професійної підготовки та умов зайнятості. Однак вони не мають рівних прав на доступ до зайнятості;
- за Директивою про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг та новою редакцією Директиви про гендерну рівність громадяни третіх країн мають право на захист від дискримінації за ознакою статі в доступі до зайнятості та доступі до товарів і послуг.
- Обсяг захисту від дискримінації на підставі антидискримінаційних директив ЄС відрізняється:
 - найбільший захист забезпечується за ознакою раси та етнічного походження: він поширюється на сферу доступу до зайнятості, системи забезпечення добробуту і товарів та послуг;
 - дискримінація за ознакою статі забороняється у контексті доступу до зайнятості, соціального забезпечення (це поняття вужче за змістом, ніж поняття добробуту) і товарів та послуг;
 - дискримінація за ознакою сексуальної орієнтації, обмежених фізичних можливостей, релігії та переконань і віку на цей момент гарантується виключно в контексті доступу до зайнятості.
- ЄКПЛ містить відкритий перелік захищених ознак. Кожен має право посилатися на ЄКПЛ перед державними органами, судами і, безперечно, самим Європейським судом з прав людини.
- При розгляді заяви, що містить посилання на дискримінацію, ЄСПЛ може розглядати її суто в контексті основного права або у поєднанні зі статтею 14.
- Не можна подавати скаргу виключно на підставі статті 14: необхідно ґрунтувати її на одному з основних прав за ЄКПЛ. Достатньо, щоб у скарзі було в загальних рисах окреслено сферу порушеного права.
- Протокол № 12 до Конвенції передбачає самостійне право на свободу від дискримінації. Воно охоплює будь-які права, що були створені відповідно до національного права чи практики або впливають з них. Поняття «дискримінації» у розумінні Протоколу є ідентичним до статті 14.
- ЄСС дотримується надзвичайно широкого підходу до визначення сфери застосування антидискримінаційних положень з метою забезпечення якомога більш ефективного здійснення індивідами своїх прав за правом ЄС.
- Сфера дії ЄКПЛ, як з позиції наявності основних прав, так і з позиції їхнього тлумачення для цілей застосування статті 14 є набагато ширшою порівняно зі сферою дії антидискримінаційних директив ЄС.

- До особливо важливих сфер, що не охоплюються антидискримінаційними директивами і не відносяться до компетенції ЄС (а отже, не згадуються в Хартії основоположних прав ЄС) належать сфера особистого і сімейного життя, право участі в політичному житті й окремі питання кримінального права.
- Отже, особи, що постраждали від дискримінаційного поводження і звертаються до суду по захист своїх прав, повинні добре обміркувати, на підставі якого права – антидискримінаційних директив ЄС або ж ЄКПЛ – вони будуватимуть свою аргументацію.

Додаткова література

Bell, 'Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive' («Поza межами європейського трудового права? Міркування про Директиву ЄС про расову рівність»), 8 European Law Journal (2002) 384.

Boccardo, 'Housing Rights and Racial Discrimination' («Житлові права і расова дискримінація»), European Network of Legal Experts on the Non-Discrimination Field, 8 European Anti-Discrimination Law Review (July 2009) 21.

Brosius-Gersdorf, 'Ungleichbehandlung von Imam-Ehe und Zivilehe bei der Gewährung von Sozialversicherungsleistungen in der Türkei aus völkerrechtlicher Sicht: der Fall Ş erife Yiğ it vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte' («Нерівний підхід до шлюбу, укладеного імамом, і цивільного шлюбу в наданні соціальних послуг у Туреччині в рамках міжнародного права: випадок YIG Ş erife та його розгляд у Європейському суді з прав людини»), Europäische Grundrechte-Zeitschrift (2009).

Cousins, 'The European Convention on Human Rights and Social Security law' («Європейська конвенція з прав людини і закон про соціальне забезпечення»), 10.1 Human Rights Law Review (2010) 191.

Edel, The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights (Заборона дискримінації за Європейською конвенцією з прав людини), Human Rights Files, № 22, 2010.

Equinet, Combating Discrimination in Goods and Services (Боротьба з дискримінацією у сфері товарів і послуг), (Equinet, 2004).

ERRC/Interights/MPG Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice (Стратегічні судові процеси з питань расової дискримінації в Європі: від принципів до практики) (Nottingham, Russell Press, 2004), додаток 5.c.

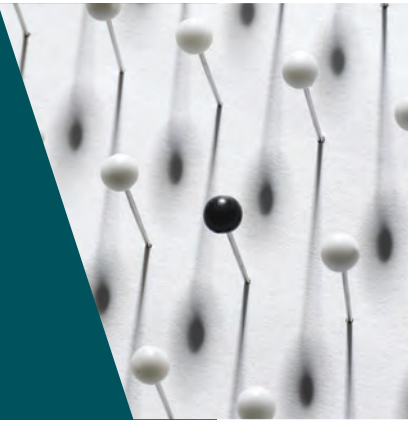
Kapuy, 'Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple has Become Presentable' («Соціальне забезпечення та Європейська конвенція з прав людини: від недолугої двійки до презентабельної пари»), 9.3 *European Journal of Social Security* (2007) 221.

Sánchez-Rodas Navarro, 'El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano' (Європейський суд з прав людини та пенсія за віком у випадку шлюбу, укладеного відповідно до ромських звичаїв), *Aranzadi Social* (2009) 18.

Sudre (ed.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007* (Право на недискримінацію в сенсі ЄКПЛ: документи симпозиуму 9–10 листопада 2007) (Bruxelles: Bruylant/Nemesis, 2008).

4

Захищені ознаки



4.1. Вступ

Європейські антидискримінаційні директиви забороняють відмінне ставлення, що ґрунтується на певних «захищених ознаках». Директиви містять закритий і обмежений перелік таких ознак: статі (Директива про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг та нова редакція Директива про гендерну рівність), сексуальна орієнтація, обмежені можливості, вік або релігія чи переконання (Директива про рівність у сфері зайнятості), расове чи етнічне походження (Директива про расову рівність). Натомість, за ЄКПЛ перелік цих підстав є відкритим, збігається з переліком, що міститься у директивах, і виходить за його межі. У статті 14 ЄКПЛ зазначено, що вона забороняє дискримінацію «за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження або за іншою ознакою». Словосполучення «за іншою ознакою» дозволяє ЄСПЛ застосовувати, серед іншого, ті ознаки, що прямо зазначаються у тексті директив: обмежені можливості, вік та сексуальна орієнтація.

У розділі 1 зазначалося, що стаття 21 Хартії ЄС про основоположні права також містить заборону дискримінації. Хартія створює обов'язки для інституцій Європейського Союзу і, крім того, розповсюджується на заходи держав-членів у процесі застосування ними права Спільноти. Хартія гарантує захист від дискримінації за ознаками, що містяться і в ЄКПЛ, і в антидискримінаційних ди-

«Захищена ознака» – це індивідуальна характеристика, що не повинна братися до уваги для цілей відмінного ставлення чи користування конкретним благом.

рективах, однак не передбачає відкритого переліку (не містить застереження «за іншою ознакою»).

4.2. Стать

Поняття дискримінації за ознакою статі частково говорить саме за себе: це дискримінація на підставі того факту, що особа належить до жіночої або чоловічої статі. Воно становить найбільш розвинений аспект соціальної політики ЄС і довгий час вважалось ключовим правом. Посилення захисту на цій підставі має подвійну мету: по-перше, воно має економічне підґрунтя – сприяти подоланню перешкод конкуренції на ринку, що стає дедалі більш інтегрованим, і, по-друге, на політичному рівні воно забезпечує Спільноті платформу для соціального прогресу і покращення життєвих умов та умов зайнятості. Відповідно, захист від дискримінації за ознакою статі був і залишається основоположною функцією ЄС. Усвідомлення важливості соціальних та економічних наслідків рівного поводження забезпечило цьому стандарту центральне місце в Хартії основоположних прав ЄС. В системі ЄКПЛ також існує добре розвинене право захисту від дискримінації за ознакою статі.

Типова ситуація дискримінації за ознакою статі – це коли жінка зазнає менш сприятливого ставлення порівняно з чоловіком. Але буває й навпаки.

Приклад: у справі *Дефрен проти САБЕНИ (Defrenne v. SABENA)* заявниця скаржилася на те, що вона отримує меншу заробітну плату, ніж її колеги-чоловіки, хоча їхні трудові обов'язки ідентичні¹⁶⁷. ЄС вирішив, що таке поводження явно становить дискримінацію за ознакою статі. При винесенні такого рішення ЄС звернув увагу на соціальний та економічний вимір ЄС і наголосив, що антидискримінаційні заходи допомагають Спільноті просуватися в напрямку зазначених цілей.

У розглянутій справі *Білка (Bilka)* ЄС мав справу з відмінністю у поводженні на підставі управлінських міркувань роботодавця: компанія виключила з програми професійного пенсійного забезпечення співробітників, які працювали неповний робочий день, з метою стимулювання повної зайнятості і забезпечення належної комплектації штату працівників. У цьому випадку ЄС прямо не зазначив, чи вважає він цей захід пропорційним до відмінності у ставленні, від якої постраждала заявниця. У наступній справі Суд висловився більш чітко.

¹⁶⁷ ЄС, *Дефрен проти САБЕНИ (Defrenne v. SABENA)*, справа № 43/75 [1976] ECR 455, 8 квітня 1976 року.

Приклад: у справі *Гілл і Степлтон (Hill and Stapleton)* уряд запровадив тимчасову схему зайнятості державних службовців: дві особи поділяють одну посаду; кожна з них працює 50% повного робочого дня і отримує 50% звичайної заробітної плати¹⁶⁸. Коли місце звільняється, співробітник має право повернутися на роботу на повний робочий день. За цією схемою співробітники, що працюють повний робочий день, мають право на одну надбавку до заробітної плати з розрахунку за кожен відпрацьований рік. Для осіб, що поділяють одну посаду, розмір щорічної надбавки зменшується вдвічі: одна надбавка з розрахунку за кожні два відпрацьовані роки. Заявники повернулися на роботу на повний робочий день і оскаржили цю схему розрахунку надбавок. ЄСС вирішив, що це непряма дискримінація за ознакою статі, оскільки на спільних посадах працювали переважно жінки. Уряд стверджував, що така відмінність базується на принципі, відповідно до якого розмір надбавки залежить від фактичного трудового стажу особи. ЄСС дійшов висновку, що це лише припущення, не підкріплене об'єктивними фактами: відсутні докази того, що трудовий стаж обчислюється залежно від фактичної кількості відпрацьованих годин. У зв'язку з цим ЄСС зазначив: «роботодавець не може виправдовувати дискримінацію, що виникає внаслідок спільної роботи на одній посаді, виключно на підставі економії витрат».

Отже, ЄСС не надто охоче сприймає аргументи на виправдання статевої дискримінації, що базуються виключно на фінансових і управлінських міркуваннях роботодавця.

Приклад: у справі *Унал Текелі проти Туреччини (Ünal Tekeli v. Turkey)* заявниця скаржилася на те, що відповідно до національного права після укладення шлюбу вона зобов'язана взяти прізвище чоловіка¹⁶⁹. ЄСПЛ визнав, що хоча закон дозволяє жінкам залишати своє дівоче прізвище поряд із новим прізвищем чоловіка, це, втім, становить дискримінацію за ознакою статі, оскільки закон не зобов'язує чоловіків змінювати своє прізвище.

¹⁶⁸ ЄСС, *Гілл і Степлтон проти Податкового управління і Департаменту фінансів (Hill and Stapleton v. The Revenue Commissioners and Department of Finance)*, справа № C-243/95 [1998] ECR I-3739, 17 червня 1998.

¹⁶⁹ ЄСПЛ, *Унал Текелі проти Туреччини (Ünal Tekeli v. Turkey)* (№ 29865/96), 16 листопада 2004 року.

Приклад: у справі *Зарб Адамі проти Мальти (Zarb Adami v. Malta)* заявник стверджував, що його дискримінують у контексті здійснення обов'язків присяжного засідателя. Він скаржився, що, виходячи з практики формування списків кандидатів у присяжні, існує набагато більша ймовірність, що до складу суду буде викликаний чоловік¹⁷⁰. Згідно із статистичними даними, понад 95% присяжних за 5 років були особами чоловічої статі. ЄСПЛ вирішив, що оскільки чоловіки та жінки знаходяться в аналогічній ситуації в частині своїх громадянських прав та обов'язків, така ситуація дійсно становить дискримінацію.

Гендерна ідентифікація означає «внутрішнє і глибоко індивідуальне сприйняття кожною особою своєї статі, що може збігатися або не збігатися зі статтю, яку було задокументовано при народженні, включаючи особисте відчуття свого тіла (що може включати в себе, за вибором особи, модифікацію зовнішнього вигляду чи функцій тіла шляхом медичного, хірургічного або іншого втручання) та інші прояви гендеру, включаючи одяг, мову і манери».¹⁷¹

Згідно з позицією ЄСПЛ, концепція «статі» охоплює випадки дискримінації за ознакою статі заявника у більш абстрактному розумінні, тобто включає в себе деякі гарантії захисту гендерної ідентифікації.

Поняття гендерної ідентифікації у найбільш широкому розумінні охоплює не тільки здійснення операцій зі зміни статі («транссексуалізм»), але й демонстрування особою своєї статі в інший спосіб, зокрема трансвестизм (носіння одягу, використання косметики чи перейняття манери спілкування, які зазвичай асоціюють з особами протилежної статі).

Після рішення у справі *П. проти С. і Ради графства Корнвелл (P. v. S. and Cornwall County Council)*

поняття дискримінації за ознакою «статі» поширилося на випадки відмінного ставлення до особи, яка «збирається зробити чи зробила операцію зі зміни статі». Отже, заборона статевої дискримінації за правом ЄС забезпечує на цей момент лише обмежений захист гендерної ідентифікації.

¹⁷⁰ ЄСПЛ, *Зарб Адамі проти Мальти (Zarb Adami v. Malta)* (№ 17209/02), 20 червня 2006 року.

¹⁷¹ Це загальноприйняте визначення взято з Джог'якартських принципів про застосування міжнародного права з питань прав людини щодо сексуальної орієнтації і гендерної ідентифікації (березень 2007 р.), текст яких доступний за посиланням: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm. Принципи розроблені незалежною групою експертів з міжнародного права захисту прав людини.

Приклад: у справі *К.Б. проти Пенсійної агенції Національної служби охорони здоров'я (К.В. v. NHS Pensions Agency)* заявнику відмовили у призначенні пенсії у зв'язку із втратою годувальника, яким був для заявника його транссексуальний партнер¹⁷². Відмова базувалася на тому, що партнери не перебували у зареєстрованому шлюбі: на той момент право Англії не дозволяло реєструвати такі союзи. Розглядаючи питання наявності дискримінації за ознакою статі, ЄСС вирішив, що в цьому випадку вона відсутня, оскільки в питаннях призначення пенсії у зв'язку із втратою годувальника ставлення до чоловіків та жінок нічим не відрізняється. Тоді ЄСС змінив напрямок аналізу і сконцентрувався на питанні шлюбу. Він зазначив, що особи-транссексуали, на відміну від гетеросексуальних осіб, ніколи не мали права зареєструвати шлюб, а отже, не могли успадкувати пенсію свого партнера. Далі Суд згадав рішення ЄСПЛ у справі *Гудвін (Goodwin)*¹⁷³. На цих підставах ЄСС дійшов висновку, що положення британського права, яке є предметом розгляду у справі, не відповідає принципу рівного поводження, оскільки перешкоджає транссексуальним особам отримувати виплати, призначені їхнім партнерам.

Приклад: аналогічна ситуація розглядалася у справі *Річардс (Richards)*¹⁷⁴. Річардс, що при народженні була записана як хлопчик, зробила операцію зі зміни статі. Питання виникло у зв'язку із її правом на пенсійне забезпечення за законодавством Сполученого Королівства: на той час пенсійний вік для жінок становив 60, а для чоловіків – 65 років. Коли Річардс звернулася із заявою про призначення їй пенсії у зв'язку з досягненням 60 років, їй відмовили на тій підставі, що юридично вона є чоловіком, а отже, матиме право на пенсію після досягнення 65-річного віку. ЄСС дійшов висновку, що в цьому випадку має місце нерівне ставлення до особи за ознакою зміни статі, що є дискримінаційним і суперечить статті 4(1) Директиви Ради стосовно прогресивної реалізації принципу рівного ставлення до чоловіків та жінок у питаннях соціального захисту¹⁷⁵.

172 ЄСС, *К.Б. проти Пенсійної агенції Національної служби охорони здоров'я (К.В. v. NHS Pensions Agency)*, справа № C-117/01 [2004] ECR I-541, 7 січня 2004 року.

173 ЄСПЛ, *Крістін Гудвін проти Сполученого Королівства (Christine Goodwin v. UK)* [Велика палата] (№ 28957/95), 11 липня 2002 року.

174 ЄСС, *Річардс проти Державного секретаря з питань праці і пенсійного забезпечення (Richards v. Secretary of State for Work and Pensions)*, справа № C-423/04 [2006] ECR I-3585, 27 квітня 2006.

175 Директива Ради 79/7/ЕЕС про прогресивну реалізацію принципу рівного ставлення до чоловіків та жінок у питаннях соціального захисту (19 грудня 1978 року), ОJ 1979 L 6, стор. 24.

ЄСПЛ ще не мав нагоди висловити свою позицію щодо того, чи вважатиметься гендерна ідентифікація захищеною ознакою для цілей статті 14 і чи буде вона охоплювати лише «транссексуалів» або ж матиме більш широку сферу застосування. Це, однак, не означає, що ЄСПЛ ніколи не розглядав питання гендерної ідентифікації.

Так, ЄСПЛ визначив, що гендерна ідентифікація, наприклад сексуальна орієнтація, є складовою особистого життя особи, а отже, повинна захищатися від державного втручання.

Приклад: дуже схожі обставини розглядалися у справах *Крістін Гудвін проти Сполученого Королівства (Christine Goodwin v. UK)* та *I. проти Сполученого Королівства (I. v. UK)*¹⁷⁶. В обох випадках заявниці змінили стать з чоловічої на жіночу і скаржилися на те, що державні органи відмовляються внести відповідні зміни до їхніх свідоцтв про народження. Хоча на практиці можна змінити імена та замінити інші документи, все одно виникають ситуації, коли має значення стать особи і необхідно пред'явити свідоцтво про народження, наприклад у контексті зайнятості та пенсійного забезпечення. Тому заявниці відчуватимуть дискомфорт і приниження, якщо їм доведеться розкривати свою стать, яка юридично є чоловічою. ЄСПЛ змінив свій попередній підхід і вирішив, що в цьому випадку це становить порушення права на повагу до сімейного життя і права на укладення шлюбу за статтею 12, однак не став розглядати питання, чи була порушена стаття 14.

Приклад: у справі *Ван Кюк (Van Kück)* заявниця зробила операцію зі зміни статі і пройшла курс гормональної терапії. Приватна страхова компанія відмовилася покрити їй відповідні витрати¹⁷⁷. Апеляційний суд Німеччини, що розглядав позов заявниці до страхової компанії, вирішив, що витрати заявниці не були «необхідними», як зазначено у договорі, а отже, вона не має права на їх відшкодування. ЄСПЛ дійшов висновку, що, зважаючи на природу гендерної ідентифікації та серйозність рішення здійснити медичне втручання, наслідки якого є незворотними, підхід національних судів становить не тільки порушення права заявниці на справедливий суд (стат-

176 ЄСПЛ, *Крістін Гудвін проти Сполученого Королівства (Christine Goodwin v. UK)* [Велика палата] (№ 28957/95), 11 липня 2002 року; ЄСПЛ, *I. проти Сполученого Королівства (I. v. UK)* [Велика палата] (№ 25680/94), 11 липня 2002 року. Аналогічно, ЄСПЛ, *Л. проти Литви (L. v. Lithuania)* (№ 27527/03), 11 вересня 2007 року.

177 ЄСПЛ, *Ван Кюк проти Німеччини (Van Kück v. Germany)* (№ 35968/97), 12 червня 2003 року.

тя 6), але й порушує її право на повагу до особистого життя, гарантоване статтею 8 Конвенції. Однак суд не став розглядати питання у світлі статті 14, оскільки по суті воно базувалося на одних і тих самих фактах.

Загалом право, що регулює ознаку «гендерної ідентифікації», потребує серйозного уточнення як на національному, так і на європейському рівні. Останні дослідження національного законодавства в цій галузі свідчать про відсутність єдиного європейського підходу до цих питань: одні держави вважають «гендерну ідентифікацію» елементом «сексуальної орієнтації», інші трактують її як складову «статевої дискримінації»¹⁷⁸.

Як свідчать рішення ЄСПЛ у низці справ, присвячених відмінності у поводженні за ознакою статі в контексті пенсійного віку, Суд надає державам широку свободу розсуду в питаннях фінансової та соціальної політики¹⁷⁹.

Приклад: у справі *Стец та інші проти Сполученого Королівства (Stec and Others v. UK)* заявники скаржилися на дискримінацію внаслідок зміни схеми соціальної допомоги, що визначається на підставі пенсійного віку, який є різним для чоловіків та жінок¹⁸⁰. ЄСПЛ зазначив, що загалом дискримінація за ознакою статі може бути виправдана виключно за наявності «дуже вагомих підстав». Однак «держави зазвичай мають за [ЄКПЛ] дуже широку свободу розсуду в питаннях загальних заходів на виконання економічних та соціальних стратегій... Оскільки національні органи безпосередньо обізнані щодо ситуації в суспільстві та його потреб, вони загалом знаходяться в кращому становищі порівняно з міжнародними суддями, щоб оцінити, що найкраще відповідатиме публічному інтересу з соціальних чи економічних міркувань, і Суд зазвичай поважатиме рішення законодавчого органу, якщо тільки йому... явно не бракує розумного обґрунтування». ЄСПЛ дійшов висновку, що за своєю природою різний пенсійний вік фактично є формою «спеціальних заходів»: він поклика-

178 Агенція з питань основоположних прав, «Гомофобія і дискримінація на підставі сексуальної орієнтації в державах – членах ЄС: частина I – правовий аналіз» (Відень, Агенція з питань основоположних прав) стор. 129–144; Комісар ЄС з прав людини, «Права людини та гендерна ідентифікація» (Дослідницький звіт, Томас Хаммарберг, Комісар ЄС з прав людини, Страсбург, 29 липня 2009 року), CommDH/IssuePaper(2009)2.

179 Крім того, в них добре проаналізовані підстави, які виправдовують відмінності у поводженні, що допомагає поглибити розуміння цієї концепції і доповнити інформацію, наведену в попередніх розділах цього Посібника.

180 ЄСПЛ, *Стец та інші проти Сполученого Королівства (Stec and Others v. UK)* [Велика палата] (№№ 65731/01 та 65900/01), 12 квітня 2006 року.

ний компенсувати фінансові труднощі, які жінка може відчувати з огляду на свою традиційну роль у родині, внаслідок чого в неї може бути відсутній самостійний грошовий дохід». Суд встановив, що уряд почав поступово впроваджувати законодавчі зміни, спрямовані на зрівняння пенсійного віку для чоловіків та жінок; при цьому рішення робити це поступово протягом кількох років та невпровадження таких змін раніше не означає, що уряд вийшов за межі свободи розсуду.¹⁸¹

ЄСС використовує аналогічний підхід у справах про відмінність у ставленні, що виправдовується загальними міркуваннями політики зайнятості.

Приклад: у справі *Шнорбус (Schnorbus)* Міністерство юстиції землі Гессен при прийомі на стажування зазвичай надавало перевагу кандидатам-чоловікам, що пройшли обов'язкову військову або цивільну службу. Це було визнано непрямою дискримінацією за ознакою статі¹⁸². Однак ЄСС вирішив, що така практика об'єктивно виправдана, оскільки має на меті компенсувати час, який кандидати чоловічої статі витратили на проходження обов'язкової служби.

Приклад: у справі *Мегнер і Шеффель (Megner and Scheffel)* розглядалося положення німецького законодавства, за яким особи, що працювали на умовах мінімальної (менш ніж п'ятнадцять годин на тиждень) і короткострокової зайнятості, виключали з програм обов'язкового медичного та пенсійного страхування і звільнялися від обов'язку здійснювати відрахування у фонд страхування на випадок безробіття¹⁸³. Суд вирішив, що це правило створює потенційну загрозу непрямій дискримінації щодо жінок, які з більшою ймовірністю працюватимуть на умовах мінімальної чи короткострокової зайнятості. ЄСС погодився з позицією уряду, що включення до пенсійних програм співробітників, які працюють на умовах

181 Див. також: ЄСПЛ, *Барроу проти Сполученого Королівства (Barrow v. UK)* (№ 42735/02), 22 серпня 2006 року, пункти 20–24 та 37; ЄСПЛ, *Пірсон проти Сполученого Королівства (Pearson v. UK)* (№ 8374/03), 22 серпня 2006 року, пункти 12–13 та 25; ЄСПЛ, *Вокер проти Сполученого Королівства (Walker v. UK)* (№ 37212/02), 22 серпня 2006 року, пункти 19–20 та 37.

182 ЄСС, *Шнорбус проти землі Гессен (Schnorbus v. Land Hessen)*, справа № C-79/99 [2000] ECR I-10997, 7 грудня 2000 року.

183 ЄСС, *Мегнер і Шеффель проти Лікарняної каси Vorderpfalz (Megner and Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz)*, справа № C-444/93 [1995] ECR I-4741, 14 грудня 1995 року. Аналогічний підхід ЄСС застосував у справі *Нольте проти Управління соціального забезпечення землі Ганновер (Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover)*, справа № C-317/93 [1995] ECR I-4625, 14 грудня 1995 року.

мінімальної або короткострокової зайнятості, призведе до зруйнування усієї системи в цілому, оскільки порушиться принцип самофінансування за рахунок внесків. Він також погодився, що існує попит на співробітників на умовах мінімальної та короткострокової зайнятості, і звільнення таких осіб від обов'язку участі в схемі соціального забезпечення тільки сприятиме цій практиці. Якби цю систему не запровадили, дуже ймовірно, що люди все одно працювали б на такій роботі, але нелегально. ЄСС вирішив, що уряд переслідує законну мету в сфері соціальної політики, держава має право скористатися «широкою свободою» у виборі заходів, що найкраще підходять для впровадження «соціальної та економічної політики». Таким чином, відмінність у ставленні є виправданою.

Однак серед рішень ЄСС є і такі, де він не погодився сприймати аргументи про виправдання статевої дискримінації міркуваннями соціальної політики, попри значні фіскальні наслідки, на які посилався уряд.

Приклад: у справі *De Weerd (дівоче прізвище Рокс) та інші (De Weerd, née Roks, and Others)* розглядалося положення національного законодавства про виплати у зв'язку з непрацездатністю¹⁸⁴. У 1975 році було ухвалено закон, відповідно до якого чоловіки та незаміжні жінки отримували право на виплати з непрацездатності незалежно від розміру їхнього доходу до втрати працездатності. У 1979 до закону було внесено зміни, відповідно до яких право на виплату отримали також і заміжні жінки; водночас було введено вимогу наявності в отримувача виплати певного рівня доходу за попередній рік. Цей закон був оскаржений (серед іншого) на тій підставі, що вимога наявності доходу є непрямю дискримінацією жінок, оскільки ймовірність того, що жінка матиме необхідний рівень доходу, є меншою, аніж ймовірність наявності такого доходу у чоловіка. Держава обґрунтувала свою позицію міркуваннями бюджетної економії та необхідності запобігти зростанню витрат. ЄСС зазначив, що право ЄС не забороняє державі визначати категорії осіб, які мають право на соціальні виплати, однак держава не може робити це в дискримінаційний спосіб.

Ці дві справи можна зіставити так: справу *De Weerd (дівоче прізвище Рокс) та інші* слід, напевне, вважати «правилом», а справу *Мегнер і Шеффель* – ви-

¹⁸⁴ ЄСС, *De Weerd, дівоче прізвище Рокс, та інші* проти Асоціації із захисту здоров'я та інших (*De Weerd, née Roks, and Others v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen and Others*), справа № C-343/92 [1994] ECR I-571, 24 лютого 1994 року.

нятком. Право ЄС не зобов'язує держави-члени встановлювати конкретні режими соціального забезпечення, однак якщо держава встановлює певний режим, Суд не дозволяє їй виключати з нього окремі групи просто на підставі фіскальних аргументів, оскільки це може суттєво похитнути принцип рівного ставлення і стати полем для зловживань. Разом із тим, відмінність у ставленні допускається, якщо це єдиний спосіб уникнути краху усєї системи соціального страхування, особливо, якщо це призводить до сплеску нелегального працевлаштування.

Сексуальну орієнтацію можна визначити як «можливість кожної особи відчувати глибоку емоційну, любовну і сексуальну прив'язаність до та інтимні стосунки з особами іншої статі, тієї ж статі або більше ніж однієї статі».¹⁸⁵

4.3. Сексуальна орієнтація

Типовий випадок дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації – це коли особа зазнає відмінності у ставленні через свою гомосексуальну чи бісексуальну орієнтацію. Однак ця підстава охоплює також і дискримінацію за ознакою гетеросексуальності.

Приклад: Шведський Омбудсмен з питань дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації ('НомО') розглядав справу, в якій жінка (гетеросексуал) скаржилася на дискримінацію за ознакою сексуальної орієнтації на тій підставі, що Шведська національна федерація захисту лесбійок, геїв і трансгендерних людей відмовила їй у прийнятті на роботу на посаду менеджера з інформаційних відносин¹⁸⁶. Жінці пояснили, що вони планують провадити свою інформаційно-просвітницьку діяльність через осіб, сексуальна орієнтація яких відповідає профілю організації, і тому шукають на цю посаду людину, що ідентифікує себе як гомосексуал чи бісексуал. Суд дійшов висновку, що скаржницю не можна порівнювати з гомосексуалом чи бісексуалом для цілей прийняття на цю посаду, а тому не можна говорити про менш сприятливе ставлення до неї; у будь-якому випадку така дискримінація є виправданою на підставі невід'ємної вимоги до професії.

185 Це загальноприйняте визначення взято з Джоґ'якартських принципів про застосування міжнародного права прав людини щодо сексуальної орієнтації і гендерної ідентифікації (березень 2007 р.), текст яких доступний за посиланням: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm.

186 Шведський Омбудсмен з питань дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації (НомО), рішення від 21 червня 2006 року, дос'є № 262/06.

Хоча стаття 14 прямо не згадує «сексуальну орієнтацію» серед числа захищених ознак, ЄСПЛ неодноразово зазначав, що вона входить до переліку «інших» ознак, що захищаються за статтею 14¹⁸⁷.

Приклад: у справі *С.Л. проти Австрії (S.L. v. Austria)* заявник скаржився на те, що відповідно до національного права сексуальні відносини між чоловіками, якщо одна зі сторін не досягла вісімнадцяти років, становлять кримінально каране діяння¹⁸⁸. Натомість, жінки (одностатевої і гетеросексуальної орієнтації) могли вступати у статеві зносини з чотирнадцяти років. ЄСПЛ визнав це дискримінацією за ознакою сексуальної орієнтації.

Приклад: у справі *Е.Б. проти Франції (E.B. v. France)* заявниці відмовили у задоволенні клопотання про всиновлення дитини на тій підставі, що в побуті заявниці відсутня рольова модель чоловічої поведінки¹⁸⁹. Відповідно до положень національного законодавства батьки-одинаки мають право на всиновлення дитини, тому ЄСПЛ дійшов висновку, що рішення державних органів пояснюється насамперед тим, що заявниця перебуває у стосунках з іншою жінкою. На цій підставі ЄСПЛ вирішив, що це рішення є дискримінаційним за ознакою сексуальної орієнтації.

Слід зазначити, що стаття 8 ЄСПЛ (право на повагу до особистого життя) забезпечує також захист від державного втручання до сфери сексуальної орієнтації як такої. Отже, якщо було дискримінаційне поводження на цій підставі, можна просто оскаржувати порушення статті 8, не торкаючись при цьому питань дискримінації.

Приклад: справа *Даджен проти Сполученого Королівства (Dudgeon v. UK)* стосувалася положення національного законодавства, що встановлює кримінальну відповідальність за добровільні статеві зносини між повнолітніми чоловіками¹⁹⁰. Заявник скаржився на те, що оскільки він гомосексуал, то йому загрожує кримінальне переслідування. ЄСПЛ вирішив, що це саме по собі є порушенням його особистого життя, що також включає

187 Див., наприклад, рішення ЄСПЛ у справі *Фрете проти Франції (Fretté v. France)* (№ 36515/97), 26 лютого 2002 року, пункт 32.

188 ЄСПЛ, *С.Л. проти Австрії (S.L. v. Austria)* (№ 45330/99), 9 січня 2003 року.

189 ЄСПЛ, *Е.Б. проти Франції (E.B. v. France)* [Велика палата] (№ 43546/02), 22 січня 2008 року.

190 ЄСПЛ, *Даджен проти Сполученого Королівства (Dudgeon v. UK)* (№ 7525/76), 22 жовтня 1981 року.

в себе елемент «сексуального життя». Він також зазначив, що захист суспільної моралі дійсно відповідає критеріям законної мети, однак її можна досягти без настільки серйозного втручання в особисте життя індивідів.

ЄСПЛ особливо намагається забезпечити захист осіб у ситуації, коли держава втручається у сфери, що зачіпають ключові елементи людської гідності, наприклад, сексуальне чи сімейне життя. Наступна справа демонструє, наскільки не просто виправдати втручання в особисте життя і сексуальність особи.

Приклад: справа *Карнер проти Австрії* (*Karner v. Austria*) стосувалася тлумачення норми національного законодавства (секції 14 Закону про оренду житла), відповідно до якої родич або «супутник життя» основного наймача автоматично успадковує права за договором оренди у випадку смерті останнього¹⁹¹. Заявник та його партнер проживали разом в орендованій квартирі; партнер заявника був основним наймачем помешкання і через якийсь час помер. Національні суди розуміли це положення так, що воно не розповсюджується на гомосексуальні пари, хоча розповсюджується на гетеросексуальні пари, які не перебувають у зареєстрованому шлюбі. Уряд погоджувався, що це створює дискримінацію на підставі сексуальної орієнтації, однак наполягав на тому, що така дискримінація виправдана і покликана захистити осіб, що проживають у традиційних сім'ях, від втрати свого майна. ЄСПЛ зазначив, що хоча захист традиційної сім'ї може вважатися законною метою, «межі свободи розсуду ... є вузькими ... коли відмінність у поведженні залежить від статі чи сексуальної орієнтації особи». Далі ЄСПЛ вказав на те, що «принцип пропорційності не просто вимагає, щоб обраний захід загалом дозволяв досягти поставленої мети». Потрібно також продемонструвати, що для досягнення цієї мети необхідно виключити певні категорії людей – в цьому випадку це особи, що перебувають в одностатевих стосунках – з числа осіб, на яких розповсюджуються положення розділу 14 Закону про оренду житла. На цих підставах ЄСПЛ вирішив, що ця норма є дискримінаційною, оскільки держава могла запровадити заходи для захисту традиційної сім'ї, не створюючи при цьому подібних перешкод для гомосексуальних пар.

¹⁹¹ ЄСПЛ, *Карнер проти Австрії* (*Karner v. Austria*) (№ 40016/98), 24 липня 2003 року, пункти 34–43.

4.4. Обмежені можливості особи

Ані ЄКПЛ, ані антидискримінаційні директиви не наводять визначення обмежених можливостей особи. Зміст поняття «обмежених можливостей особи», в силу особливостей юрисдикції ЄСС, часто встановлюється судами на національному рівні і розглядається ЄСС уже як елемент фактичного складу справи. Однак і сам ЄСС вже мав нагоду надати деякі обмежені роз'яснення щодо змісту цього поняття.

Приклад: у справі *Чакон Навас (Chacón Navas)*¹⁹² ЄСС розглянув загальну сферу дії положень про заборону дискримінації на підставі обмежених можливостей особи і зазначив, що термін «обмежені можливості особи» варто гармонізувати на рівні ЄС. Європейський суд справедливості зазначив, що «обмежені можливості особи» для цілей Директиви про рівність у сфері зайнятості слід розуміти як «обмеження, що спричинені, зокрема, фізичними, психічними чи психологічними вадами, які ускладнюють участь особи з такими вадами у професійному житті» і повинні «з певною ймовірністю залишатися такими протягом тривалого часу». У справі *Чакон Навас* це визначення було застосоване таким чином. Заявник звернувся до іспанського суду з вимогою визнати його потерпілим від дискримінації за ознакою обмежених можливостей, оскільки його звільнили через відсутність на робочому місці у зв'язку із хворобою протягом восьми місяців. ЄСС відмовився визнати заявника особою з обмеженими можливостями. Суд чітко зазначив, що потрібно розрізняти обмежені можливості і хворобу: остання не входить до числа захищених ознак.

У статті 1 Конвенції ООН про права людей з обмеженими можливостями зазначено: «До людей з обмеженими можливостями належать особи зі стійкими фізичними, психічними, інтелектуальними або сенсорними порушеннями, що під час взаємодії таких людей з різними бар'єрами можуть заважати їхній повній та ефективній участі в суспільному житті нарівні з іншими».

Як зазначалося у розділі 1, ЄС є стороною Конвенції ООН про права людей з обмеженими можливостями 2006 року. Тому ЄСС швидше за все буде використовувати саму Конвенцією і коментарі до змісту Конвенції, які готує Комітет з прав людей з обмеженими можливостями, – орган, уповноважений здійснювати моніторинг і тлумачення Конвенції¹⁹³.

¹⁹² ЄСС, *Чакон Навас проти «Еурест Колективідадес С.А.»* (*Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*), справа № С-13/05 [2006] ECR I-6467, 11 липня 2006 року.

¹⁹³ UN Doc. A/RES/61/611, 13 грудня 2006 року.

ЄС як сторона Конвенції, його інституції, а також держави-члени при тлумаченні та застосуванні національного законодавства зобов'язані дотримуватися цього широкого і багатогранного підходу в інтерпретації поняття «обмежених можливостей».

Хоча обмежені можливості особи прямо не згадуються серед захищених ознак за ЄКПЛ, Європейський суд з прав людини відносить їх до «інших» ознак за статтею 14 Конвенції.

Приклад: у справі *Глор проти Швейцарії (Glor v. Switzerland)* заявник страждав на цукровий діабет. ЄСПЛ визнав, що він може вважатися особою з обмеженими можливостями, попри положення національного законодавства, за яким такий діагноз вважався «незначним» обмеженням можливостей особи¹⁹⁴. Заявник мав обов'язок сплатити податок за не проходження військової служби. Такий обов'язок мав кожен, хто був придатний для проходження служби, але не пройшов її. Від податку звільнялися особи, що мали інвалідність на рівні 40% (еквівалентному втраті однієї кінцівки) або відмовилися від проходження служби на підставі своїх переконань. Особи, які відмовилися від проходження військової служби, направлялися на цивільну службу. Заявник мав інвалідність на рівні, що дозволяв звільнити його від військової служби, однак не звільняв від обов'язку сплатити податок. Він попросився на цивільну службу, але йому відмовили. ЄСС вирішив, що держава поставилася до заявника як до особи, що не пройшла військову службу без належних на те підстав. Таке ставлення є дискримінаційним, оскільки ситуація заявника є іншою: він звільнений від проходження військової служби, однак хотів пройти цивільну. Тому в цьому випадку держава повинна була зробити виняток з чинних правил.

Що стосується інших захищених ознак за ЄКПЛ, часто справи розглядаються просто на підставі основного права, а не на підставі основного права у поєднанні зі статтею 14.

Приклад: у справі *Прайс проти Сполученого Королівства (Price v. UK)* заявниці призначили покарання у вигляді позбавлення волі строком на сім днів і направили її до в'язниці. Заявниця мала фізичні вади, що виникли внаслідок вживання її матір'ю фармацевтичного препарату талі-

¹⁹⁴ ЄСПЛ, *Глор проти Швейцарії (Glor v. Switzerland)* (№ 13444/04), 30 квітня 2009 року.

доміду під час вагітності: у заявниці були відсутні або значно скорочені кінцівки і погано працювали нирки¹⁹⁵. Заявниця пересувалася на інвалідному візку, потребувала допомоги у вмиванні і користуванні туалетом, а також особливих умов для сну. В першу ніч її розмістили в камері, що не була пристосована до потреб осіб з вадами фізичного розвитку, через що вона не змогла нормально спати, відчуваючи сильний біль і переохолодження. Тоді заявницю перевели до лікарняного відділення в'язниці, де можна було частково адаптувати умови приміщення до її потреб, однак це не допомогло розв'язати її проблему. Крім того, в заявниці розрядився електричний інвалідний візок, і їй не дозволили його зарядити. ЄСПЛ вирішив, що жінка зазнала поводження, що принижує її гідність, у порушення статті 3. Суд не став розглядати питання про дискримінацію у здійсненні основного права за ЄСПЛ у поєднанні зі статтею 14.

Приклад: у справі *Пріммі проти Сполученого Королівства (Pretty v. UK)* заявниця страждала на дегенеративне захворювання і хотіла отримати від державних органів гарантію того, що зможе здійснити самогубство з допомогою іншої особи у майбутньому, коли її стан погіршиться настільки, що вона не зможе зробити це самостійно, і це не потягне за собою кримінального переслідування¹⁹⁶. Відповідно до національного законодавства допомога у здійсненні самогубства вважалася злочином і кваліфікувалася як умисне або необережне вбивство. Заявниця стверджувала, серед іншого, що це порушує її право приймати рішення щодо свого тіла (у контексті права на особисте життя за статтею 8 Конвенції), і таке порушення є дискримінаційним, оскільки держава встановила загальну заборону самогубства за допомогою іншої особи, що створює непропорційний негативний вплив на тих, хто перебуває в безпорадному стані і не може самостійно припинити власне життя. ЄСПЛ вирішив, що відсутність різного підходу до «тих, хто фізично здатний і тих, хто не здатний самостійно позбавити себе життя» є виправданим, оскільки введення винятків може на практиці призвести до зловживань і послабити гарантії права на життя.

195 ЄСПЛ, *Прайс проти Сполученого Королівства (Price v. UK)* (№ 33394/96), 10 липня 2001 року.

196 ЄСПЛ, *Пріммі проти Сполученого Королівства (Pretty v. UK)* (№ 2346/02), 29 квітня 2002 року.

4.5. Вік

Вік як захищена ознака означає відмінність у поводженні з особою на підставі її віку. Хоча вікова дискримінація, на відміну від дискримінації на підставі релігії чи сексуальної орієнтації, не охоплюється гарантіями ЄСПЛ як така, Суд може розглядати її в контексті різних конвенційних прав. Крім того, ЄСПЛ практикує розгляд справ, факти яких вказують на дискримінацію за ознакою віку, не вживаючи при цьому відповідних термінів, зокрема у справах про поводження з дітьми в рамках кримінального провадження.

ЄСПЛ встановив, що «вік» входить до категорії «інші ознаки»¹⁹⁷.

Приклад: у справі *Швіцгебель проти Швейцарії* (*Schwizgebel v. Switzerland*) незаміжня матір оскаржувала відмову в задоволенні клопотання про всиновлення дитини.¹⁹⁸ Як підставу державі органи називали різницю у віці між заявницею та дитиною, а також те, що всиновлення створить для заявниці значні матеріальні труднощі, беручи до уваги наявність у неї іншої дитини. ЄСПЛ вирішив, що до неї дійсно поставилися інакше, ніж до жінок молодшого віку, що зверталися з аналогічним клопотанням. Однак відсутність серед держав єдиної згоди стосовно вікових меж для цілей усиновлення дитини передбачає наявність у держави-відповідача широкій свободі розсуду. Крім того, застосування аргументу вікової різниці не можна вважати свавільним, оскільки воно має на меті забезпечення кращого інтересу дитини і враховує матеріальні труднощі, що можуть виникнути у заявниці внаслідок появи у неї другої дитини (а це, своєю чергою, може вплинути на добробут усиновлюваної дитини). На цій підставі ЄСПЛ дійшов висновку, що відмінність у ставленні є виправданою.

Приклад: у справах *Т. проти Сполученого Королівства* (*T. v. UK*) та *В. проти Сполученого Королівства* (*V. v. UK*) двох хлопчиків судили і визнали винними в умисному вбивстві, яке вони вчинили, коли їм було по 10 років¹⁹⁹. Заявники скаржилися, серед іншого, на те, що їм не забезпечили справедливого судового розгляду, оскільки через свій малий вік вони не могли ефективно себе захищати. ЄСПЛ вирішив, що в судовому прова-

197 ЄСПЛ, *Швіцгебель проти Швейцарії* (*Schwizgebel v. Switzerland*) (№ 25762/07), 10 червня 2010 року.

198 Там само.

199 ЄСПЛ, *Т. проти Сполученого Королівства* (*T. v. UK*) [Велика палата] (№ 24724/94), 16 грудня 1999 року; *В. проти Сполученого Королівства* (*V. v. UK*) [Велика палата] (№ 24888/94), 16 грудня 1999 року.

дженні щодо неповнолітнього держава зобов'язана «повноцінно брати до уваги його вік, рівень розвитку, інтелектуальні та емоційні можливості» і вживати заходів для «посилення його здатності усвідомлювати, що відбувається під час провадження, і брати участь у ньому». ЄСПЛ вирішив, що держава не виконала цього обов'язку, що становить порушення статті 6 ЄКПЛ, і не став розглядати справу за статтею 14.

Приклад: у справах *D.G. проти Ірландії (D.G. v. Ireland)* та *Буамар проти Бельгії (Boatman v. Belgium)* державні органи направили заявників до в'язниці²⁰⁰. ЄСПЛ вирішив, що за таких обставин це становить порушення права заявників на свободу від свавільного арешту. В обох випадках заявники також посилалися на дискримінацію порівняно з дорослими: відповідно до національного права повнолітню особу не можна заарештувати за аналогічних обставин. ЄСПЛ дійшов висновку, що хоча поведіння з дітьми та дорослими дійсно відрізняється, ця відмінність виправдана: в цьому випадку позбавлення волі має на меті захист неповнолітніх, чого не передбачено для дорослих.

4.6. Расове та етнічне походження, колір шкіри і належність до національних меншин

Глибина поняття «расове та етнічне походження» за правом ЄС та правом ЄКПЛ дещо відрізняється: Директива про расову рівність прямо виключає «громадянство» з концепції «раси чи етнічного походження». Хоча за ЄКПЛ «громадянство» чи «національне походження» вважаються окремими підставами, нижченаведена практика Суду свідчить, що громадянство можна вважати елементом етнічного походження. Це аж ніяк не означає, що право ЄС дозволяє дискримінацію за ознакою громадянства. Просто право ЄС побудовано таким чином, що питання дискримінації за ознакою громадянства регулюються в контексті права вільного пересування осіб. Крім того, Директива про расову рівність прямо виключає громадянство зі сфери свого регулювання і не визначає поняття «расового чи етнічного походження». Та крім неї, існує ряд правових інструментів, на які можна орієнтуватися для з'ясування змісту понять «расового та етнічного походження». В Директиві про расову

200 ЄСПЛ, *D.G. проти Ірландії (D.G. v. Ireland)* (№ 39474/98), 16 травня 2002 року; ЄСПЛ, *Буамар проти Бельгії (Boatman v. Belgium)* (№ 9106/80), 29 лютого 1988 року.

рівність ознаки кольору шкіри та належності до національних меншин прямо не згадуються, однак вони виступають як окремі підстави за ЄКПЛ. Отже, вони є невід'ємними від поняття расового та/або етнічного походження і тому розглядатимуться в межах цієї публікації.

Рамкове рішення Ради Європейського Союзу про боротьбу з деякими формами та проявами расизму і ксенофобії засобами кримінального права визначає расизм і ксенофобію як насильство чи ненависть, спрямовані проти груп за ознакою «раси, кольору шкіри, релігії, родового, расового, національного чи етнічного походження». Комісія Ради Європи проти расизму і нетерпимості також прийняла широке визначення «расової дискримінації», що включає підстави «раси, кольору шкіри, мови, релігії, громадянства або національного чи етнічного походження»²⁰¹. Аналогічно, стаття 1 Конвенції ООН про ліквідацію расової дискримінації (всі держави – члени Європейського Союзу та Ради Європи є її сторонами) відносить до підстав расової дискримінації «расу, колір шкіри, родове, національне чи етнічне походження»²⁰². Комітет з подолання расової дискримінації (орган, що відповідає за тлумачення положень Конвенції і моніторинг її дотримання) пояснив: за відсутності доказів протилежного належність особи до конкретної расової чи етнічної групи «визначається ... на підставі самоідентифікації відповідної особи»²⁰³. Завдяки такому визначенню держава не може позбавляти захисту етнічні меншини, які вона не визнає.

Хоча право ЄС прямо не згадує мову, колір шкіри чи родове походження серед захищених ознак, це не означає, що вони не можуть отримати захист в межах поняття расового чи етнічного походження. Мова, колір шкіри та родове походження невід'ємно пов'язані з расовим чи етнічним походженням. Крім того, громадянство (в частині, в якій обставини, що його обумовлюють, пов'язані з расовим чи етнічним походженням) за певних умов також може потрапляти під це визначення.

Директива про рівність у відносинах зайнятості прямо відносить релігію до захищених ознак. Однак особа, що вважає себе жертвою дискримінації за ознакою релігії, може пов'язати це зі своїм расовим походженням, оскільки на сьогодні право ЄС забезпечує набагато кращий захист від дискримінації за ознакою раси,

201 Європейська комісія проти расизму та нетерпимості, «Загальна рекомендація № 7 про національне законодавство щодо боротьби з расизмом та расовою дискримінацією», CRI (2003)8, ухвалена 13 грудня 2002 року, пункти 1(b) та (c).

202 660 UNTS 195.

203 Комітет з подолання расової дискримінації, «Загальна рекомендація VIII щодо тлумачення і застосування пунктів 1 та 4 статті 1 Конвенції».

ніж релігії. Це пояснюється тим, що Директива про расову рівність розповсюджується на сферу зайнятості та сферу товарів і послуг, тоді як Директива про рівність у сфері зайнятості обмежуються відносинами зайнятості.

Пояснюючи поняття расового та етнічного походження, ЄСПЛ зазначив, що мова, релігія, національність і культура можуть бути невід’ємними від раси. У справі *Тімішев (Timishev)* заявнику, чеченцю за походженням, не дозволили перетнути контрольний-пропускний пункт, оскільки прикордонники мали інструкцію не пропускати чеченців. ЄСПЛ прокоментував ситуацію так:

«Расове та етнічне походження – це взаємопов’язані концепції, що накладаються одна на одну. Якщо в основі поняття раси лежить біологічна класифікація людини на підвиди залежно від таких морфологічних ознак, як колір шкіри чи риси обличчя, то етнічне походження базується на ідеї існування спільнот, що мають однакове громадянство, племінне споріднення, релігійні вірування, є носіями спільної мови, культури, традицій»²⁰⁴.

Приклад: справа *Сеїдїч і Фінці проти Боснії і Герцеговини (Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina)* була першою справою, яку Європейський суд з прав людини розглядав на підставі статті 12. Заявники скаржилися на те, що вони не можуть взяти участь у виборах²⁰⁵. У рамках миротворчого процесу щодо конфлікту 1990-х років три основні етнічні групи уклали угоду про розподіл повноважень. Відповідно до цієї угоди кандидати, що виходять на вибори, повинні задекларувати, що вони представляють боснійську, сербську або хорватську спільноту. Заявники (представники єврейської та ромської спільноти) відмовилися робити таку декларацію і поскаржилися на дискримінацію за ознакою расового чи етнічного походження. ЄСПЛ повторив вищенаведене пояснення зв’язку між расовим та етнічним походженням, додавши, що «[д]искримінація на підставі етнічного походження особи є формою расової дискримінації». Такий висновок ЄСПЛ щодо наявності расової дискримінації демонструє взаємозв’язок етнічного походження та релігії. Крім того, ЄСПЛ зазначив, що, попри делікатний характер положень мирної угоди, це не може виправдовувати таку дискримінацію.

204 ЄСПЛ, *Тімішев проти Росії (Timishev v. Russia)* (№№ 55762/00 та 55974/00), 13 грудня 2005 року, пункт 55.

205 ЄСПЛ, *Сеїдїч і Фінці проти Боснії і Герцеговини (Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina)* [Велика палата] (№№ 27996/06 та 34836/06), 22 грудня 2009 року.

Приклад: Австрійська комісія з питань рівного поводження розглядала скаргу чоловіка, що походить зі спільноти сикхів. Він скаржився на те, що йому заборонили вхід до віденського суду, оскільки він відмовився зняти ритуальний меч, який традиційно носять при собі представники його релігії²⁰⁶. Комісія розглядала справу з точки зору дискримінації за ознакою етнічного походження. По суті справи було встановлено, що таке поводження є виправданим з міркувань безпеки.

ЄСПЛ дуже суворо підходить до питання дискримінації за ознакою расового чи етнічного походження: «відмінність у поводженні, що базується виключно або до вирішальної межі на етнічному походженні особи, не може бути об'єктивно виправдана в сучасному демократичному суспільстві, що побудоване на принципах плюралізму і поваги до різних культур»²⁰⁷.

На освітньому порталі Ради Європи про права людини для професійних юристів можна знайти хороший аналіз практики з поясненням обставин, що зазвичай беруться до уваги при розгляді скарг на дискримінацію за ознакою расового чи етнічного походження за ЄСПЛ²⁰⁸.

4.7. Громадянство або національне походження

Стаття 2(а) Конвенції Ради Європи про громадянство 1996 року визначає громадянство як «правовий зв'язок між особою та державою». Хоча її ратифікували не так багато держав, це визначення базується на загально визначених правилах міжнародного публічного права²⁰⁹ і схвалено Європейською комі-

206 Комісія з питань рівного поводження, Сенат III. Короткий опис англійською можна прочитати на інформаційному порталі Агенції основоположних прав, справа № 5-1. Оригінальний текст: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=5>.

207 ЄСПЛ, *Сеїдїч та Фінці проти Боснії і Герцеговини (Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina)* [Велика палата] (№№ 27996/06 та 34836/06), 22 грудня 2009 року, пункт 44. Аналогічний підхід у рішенні ЄСПЛ по справі *Тімішев проти Росії (Timishev v. Russia)* (№№ 55762/00 та 55974/00), 13 грудня 2005 року, пункт 58.

208 Аналіз практики № 15: арешт, досудове затримання і жорстоке поводження з чоловіками ромського походження, доступний за посиланням: www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1.

209 Міжнародний суд справедливості, справа *Ноттебом (Nottebohm)* (Ліхтенштейн проти Гватемали) [1955] ICJ Reports, 4, 23, 6 квітня 1955 року: «громадянство – це правовий зв'язок, в основі якого лежить суспільний факт прив'язаності, дійсний зв'язок існування, інтересів та почуттів, поряд з існуванням взаємних прав і обов'язків».

сією проти расизму і нетерпимості²¹⁰. «Національне походження» може означати колишнє громадянство особи, яке вона втратила чи набула через нату-ралізацію, або вказувати на її належність до «нації» в межах певної країни (наприклад, Шотландія у Сполученому Королівстві).

Приклад: у справі *Чен (Chen)* розглядалося питання того, чи має дитина право проживати в одній державі ЄС, якщо вона народилася в іншій державі ЄС, тоді як мати, на утриманні якої перебуває дитина, походить з-поза меж ЄС²¹¹. ЄСС вирішив, що коли одна держава ЄС встановлює певні вимоги набуття її громадянства, і особа виконує ці вимоги, інша держава ЄС не може оскаржувати громадянство цієї особи, якщо вона звертається до неї за отриманням дозволу на проживання.

Хоча ЄКПЛ порівняно з правом ЄС пропонує набагато більший захист за ознакою громадянства, ЄСПЛ охоче погоджується, що відсутність громадянства часто супроводжується відсутністю фактичних зв'язків з певною державою, а це, своєю чергою, позбавляє особу підстав заявляти, що її становище можна порівняти зі становищем громадян. По суті, підхід ЄСПЛ означає: що ближчі фактичні зв'язки особи з конкретною державою, зокрема в частині сплати податків, то з меншою імовірністю він погодиться, що відмінність у ставленні на підставі громадянства є виправдною.

Приклад: у справі *Зейбек проти Греції (Zeibek v. Greece)* заявниці відмовили у призначенні «пенсійної допомоги для багатодітних родин»²¹². Хоча кількість дітей заявниці дозволяла вважати її родину багатодітною, на момент досягнення нею пенсійного віку одна її дитина не мала громадянства Греції. Ця сталася тому, що раніше держава позбавила громадянства всю родину заявниці (що вже саме по собі є порушенням), а потім надала громадянство лише трьом її дітям, оскільки четверта дитина перебувала у шлюбі. ЄСПЛ визнав, що політика позбавлення громадянства застосовується до грецьких мусульман, і відмова у призначенні пенсії не може бути виправдана на підставі збереження грецької нації, оскільки таке пояснення саме по собі становить дискримінацію за ознакою національного походження.

210 Загальна рекомендація Європейської комісії проти расизму та нетерпимості № 7 про національне законодавство щодо боротьби з расизмом і расовою дискримінацією, CRI(2003)8 від 13 грудня 2002 року, стор. 6.

211 ЄСС, *Чен проти Державного секретаря внутрішніх справ (Chen v. Secretary of State for the Home Department)*, справа № C-200/02 [2004] ECR I-9925, 19 жовтня 2004 року.

212 ЄСПЛ, *Зейбек проти Греції (Zeibek v. Greece)* (№ 46368/06), 9 липня 2009 року.

Приклад: у справі *Анакомба Юла проти Бельгії (Anakomba Yula v. Belgium)* громадянка Конго проживала в Бельгії без законних на те підстав²¹³. Невдовзі після того, як вона народила дитину, в неї закінчився дозвіл на проживання, і вона подала документи на отримання нового дозволу. Заявниця розлучалася зі своїм чоловіком з Конго, і вони з біологічним батьком її дитини, громадянином Бельгії, хотіли встановити батьківство дитини. Для цього заявниця протягом року з моменту народження дитини мала подати позов до свого чоловіка. Заявниця звернулася за отриманням державної допомоги на покриття пов'язаних із цим витрат, оскільки сама не мала можливості їх оплатити. Їй відмовили, оскільки право на отримання допомоги мають громадяни країн, що не є членами Ради Європи, які звертаються у зв'язку із встановленням права на проживання. Заявниці порадили спочатку завершити оформлення дозволу на проживання і тоді повторно звернутися за отриманням допомоги. ЄСПЛ вирішив, що в цій ситуації заявницю позбавили права на справедливий суд, і це відбулося на підставі її громадянства. Не можна виправдати різний підхід держави до осіб, що мають дозвіл на проживання, і осіб, що не мають такого дозволу, в ситуації, коли йдеться про серйозні питання родинного життя, коли існують строки позовної давності для права встановлення батьківства, і коли особа перебуває у процесі поновлення дозволу на проживання.

Як зазначалося у розділі 3.2, законодавство ЄС забороняє дискримінацію за ознакою громадянства виключно в контексті вільного пересування осіб. Зокрема, громадяни третіх країн мають лише обмежені права вільного пересування. Разом із тим ЄКПЛ зобов'язує всі держави – учасниці Ради Європи (що включає в себе всі держави – члени ЄС) забезпечити гарантії ЄКПЛ кожному, хто знаходиться під їхньою юрисдикцією. ЄКПЛ підтримує баланс між правом держав контролювати переваги, які вона може запропонувати особам, що пов'язані з нею правовими зв'язками громадянства, та необхідністю не допустити дискримінаційне поводження держави з особами, які фактично побудували значні зв'язки з цією державою. ЄСПЛ дуже критично підходить до питань соціального забезпечення, якщо особа може продемонструвати сильний фактичний зв'язок із певною державою.

Можливість держави регулювати питання в'їзду та залишення своєї території добре усталене в теорії міжнародного публічного права і визнається ЄСПЛ. У цьому контексті ЄСПЛ переважно розглядає питання депортації осіб, яким у

²¹³ ЄСПЛ, *Анакомба Юла проти Бельгії (Anakomba Yula v. Belgium)* (№ 45413/07), 10 березня 2009 року.

країні призначення загрожує катування чи нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження чи покарання (стаття 3)²¹⁴ та ситуації, коли особа встановила стійкі родинні зв'язки у країні перебування, і ці зв'язки зруйнуються, якщо особу змусять покинути територію держави (стаття 8)²¹⁵.

Приклад: у справах *С. проти Бельгії (С. v. Belgium)* і *Мустакім проти Бельгії (Moustaquim v. Belgium)*²¹⁶ заявників, громадян Марокко, засудили за скоєння злочинів і мали депортувати. Вони стверджували, що це становить дискримінацію за ознакою громадянства, оскільки в подібній ситуації не можна було б депортувати громадян Бельгії та інших держав ЄС. ЄСПЛ вирішив, що становище заявників не можна порівнювати зі становищем бельгійських громадян, оскільки громадяни користуються правом залишатися у своїй власній державі, що прямо передбачено статтею 3 Протоколу № 4 до ЄСПЛ. Виправданим є також і відмінне ставлення до громадян третіх країн і громадян інших держав ЄС, оскільки в ЄС існує спеціальний правопорядок, і громадянство ЄС є одним з його елементів.

Такі випадки слід порівняти з ситуацією, коли заявник фактично побудував стійкі зв'язки з державою через довгострокове перебування на її території або участь у наповненні бюджету шляхом сплати податків.

Приклад: у справі *Андреєва проти Латвії (Andrejeva v. Latvia)* заявниця була громадянкою колишнього Радянського Союзу з правом постійного проживання в Латвії²¹⁷. Відповідно до національного законодавства вважалося, що до моменту набуття Латвією незалежності заявниця працювала за кордоном, хоча весь цей час вона залишалася на тій самій посаді на території Латвії. На цій підставі їй розраховали пенсію виходячи з кількості років, відпрацьованих протягом періоду незалежності. Натомість, громадяни Латвії, що працювали на аналогічних посадах, мали право на пенсію за

214 Див., наприклад, рішення ЄСПЛ у справі *Чахал проти Сполученого Королівства (Chahal v. UK)* (№ 22414/93), 15 листопада 1996 року.

215 Однак шанси заявників отримати за таких обставин рішення на свою користь є досить низькими. Див., наприклад, рішення ЄСПЛ у справі *Абдулазіз, Кабалес і Балкандалі проти Сполученого Королівства (Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK)* (№№ 9214/80, 9473/81 та 9474/81), 28 травня 1985 року.

216 ЄСПЛ, *С. проти Бельгії (С. v. Belgium)* (№ 21794/93), 7 серпня 1996 року; ЄСПЛ, *Мустакім проти Бельгії (Moustaquim v. Belgium)* (№ 12313/86), 18 лютого 1991 року.

217 ЄСПЛ, *Андреєва проти Латвії (Andrejeva v. Latvia)* [Велика палата] (№ 55707/00), 18 лютого 2009 року.

весь період роботи – як до, так і після проголошення незалежності. ЄСПЛ вирішив, що ситуацію заявниці слід порівнювати з ситуацією латвійських громадян, оскільки відповідно до національного законодавства вона мала статус «постійного резидента без латвійського громадянства» і сплачувала податки на тих самих засадах, що й громадяни. Він зазначив, що потрібні «дуже вагомні причини», щоб виправдати відмінність у ставленні, яка ґрунтується виключно на громадянстві особи, чого не можна сказати про цей випадок. Суд погодився, що зазвичай держави мають широку свободу розсуду в питаннях фіскальної та соціальної політики, однак фактична ситуація заявниці занадто подібна до ситуації громадян Латвії, щоб можна було виправдати дискримінацію на цій підставі.

Приклад: у справі *Гайґусуз проти Австрії* (*Gaygusuz v. Austria*) громадянину Туреччини, що працював на території Австрії, відмовили у наданні допомоги по безробіттю на тій підставі, що він не має австрійського громадянства²¹⁸. ЄСПЛ вирішив, що ситуацію заявника можна порівняти із ситуацією австрійських громадян, оскільки він є постійним резидентом і сприяє наповненню фондів соціального страхування шляхом сплати податків. Суд вирішив, що відсутність між Австрією і Туреччиною взаємних домовленостей у сфері соціального забезпечення не може бути виправданням відмінного ставлення, оскільки становище заявника фактично є дуже подібним до становища громадян Австрії.

Приклад: у справі *Куа Пуаррез проти Франції* (*Koua Poirrez v. France*) громадянин Республіки Кот-д'Івуар звернувся за отриманням допомоги по інвалідності. Йому відмовили на тій підставі, що право на таку допомогу мають тільки громадяни Франції та інших держав, з якими Франція має взаємні домовленості у сфері соціального забезпечення²¹⁹. ЄСПЛ визнав, що становище заявника фактично є подібним до становища французького громадянина, оскільки він задовольняє всі інші умови отримання допомоги. Крім того, заявник отримує інші соціальні виплати, право на які не залежить від громадянства особи. Отже, держава має навести «особливо вагомні причини», щоб виправдати різне ставлення до заявника і своїх громадян. На відміну від вищезгаданих справ, де Суд залишив за державами широку свободу розсуду в питаннях фіскальної політики та соціального забезпечення, в цьому випадку він не погодився сприймати

218 ЄСПЛ, *Гайґусуз проти Австрії* (*Gaygusuz v. Austria*) (№ 17371/90), 16 вересня 1996 року.

219 ЄСПЛ, *Куа Пуаррез проти Франції* (*Koua Poirrez v. France*) (№ 40892/98), 30 вересня 2003 року.

аргументи французького уряду про необхідність збалансування бюджетних витрат і доходів, а також про відсутність між Францією і Республікою Кот-д'Івуар взаємних домовленостей у сфері соціального забезпечення. Цікаво, що цей вид допомоги призначався незалежно від того, чи здійснював її отримувач відрахування до фондів соціального страхування, тоді як у вищезазначених справах здійснення таких відрахувань стало для Суду основною причиною його відмови виправдати дискримінацію за ознакою громадянства.

4.8. Релігія чи переконання²²⁰

Право ЄС забезпечує лише обмежені гарантії захисту від дискримінації за ознакою релігії чи переконань, тоді як гарантії ЄКПЛ у цій сфері є набагато ширшими: стаття 9 передбачає самостійне право на свободу совісті, релігії та переконання.

Приклад: у справі *Фернандес і Кабальєро Гарсія проти Іспанії (Fernández and Caballero García v. Spain)* заявники скаржилися на те, що вони, на відміну від католиків, не мають права здійснити часткове перерахування свого податку на дохід безпосередньо на користь своєї Церкви²²¹. ЄСПЛ визнав заяву неприйнятною на тій підставі, що не можна порівнювати становище Церкви заявників зі становищем Католицької церкви, оскільки заявники не подавали до державних органів відповідного клопотання, тоді як між урядом і Святим Престолом діє відповідна двостороння домовленість.

Приклад: у справі *Чааре Шалом Ве Цедек проти Франції (Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France)* до Суду звернулася єврейська організація, що видавала сертифікати кошерності на м'ясо, яке пропонували в ресторанах і магазинах цієї спільноти²²². Заявник стверджував, що організація, яка забуває тварин на м'ясо, не дотримується суворих правил підготовки

220 Коментарі до статті 9 ЄКПЛ можна прочитати на освітньому порталі Ради Європи про права людини для професійних юристів: Murdoch, Freedom of Thought, Conscience and Religion (Свобода думки, совісті та релігії), Human Rights Handbooks, № 2, 2007, доступно за посиланням: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122.

221 ЄСПЛ, *Алухер Фернандес і Кабальєро Гарсія проти Іспанії (Alujer Fernández and Caballero García v. Spain)* (рішення) (№ 53072/99), 14 червня 2001 року.

222 ЄСПЛ, *Чааре Шалом Ве Цедек проти Франції (Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France)* [Велика палата] (№ 27417/95), 27 червня 2000 року.

кошерного продукту. Тому заявник звернувся до державних органів із клопотанням, щоб йому надали дозвіл на забиття тварин за правилами його релігії. Клопотання було відхилено на тій підставі, що організація-заявник недостатньо популярна серед представників єврейської спільноти Франції; крім того, існує інша організація, що має право на ритуальне забиття тварин. ЄСПЛ вирішив, що за цих обставин організація-заявник фактично не зазнала будь-якої шкоди, оскільки вона може отримувати м'ясо тварин, забитих відповідно до релігійних правил спільноти, від інших постачальників.

ЄСЗ та ЄСПЛ ще не сформували чіткої позиції щодо того, що саме може вважатися «релігією» чи «переконанням» у розумінні Директиви про рівність у сфері зайнятості та ЄСПЛ відповідно. Однак це питання було досить добре проаналізоване на рівні національних судів²²³.

Приклад: справі *Рада Айлінгтонського округу Лондона проти Ладел, Свобода як третя особа (Islington London Borough Council v. Ladele, Liberty intervening)* позивачка відповідно до своїх посадових обов'язків проводила реєстрацію народження, шлюбу та смерті. Коли позивачка відмовилася зареєструвати цивільне партнерство, посилаючись на свої релігійні переконання, на неї наклали дисциплінарне стягнення. Апеляційний суд Сполученого Королівства мав вирішити, чи може це вважатися дискримінацією за ознакою релігії чи переконання²²⁴. Апеляційний суд вирішив, що це не можна вважати прямою дискримінацією за ознакою релігії, оскільки несприятливе ставлення було спричинено не релігійними переконаннями заявниці, а її відмовою виконувати посадові обов'язки. Суд також відмовився визнати це непрямою дискримінацією, зазначивши, що одним з основних завдань Ради є сприяння рівності і розмаїттю всередині спільноти і що така політика не перешкоджає заявниці мати свої власні переконання. Апеляційний суд також зазначив, що якщо він погодиться із заявницею, це призведе до дискримінації за іншою ознакою – ознакою сексуальної орієнтації, тоді як потрібно дотримуватися рівноваги

223 Крім того, право на свободу релігії та переконань захищається як самостійне право за статтею 18 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 року (його ратифікували всі держави – члени ЄС і Ради Європи). Див. Комітет ООН з прав людини, загальний коментар №22: стаття 18 (свобода думки, совісті та релігії).

224 *Рада Айлінгтонського округу Лондона проти Ладел, Свобода як третя особа (Islington London Borough Council v. Ladele, Liberty intervening)* [2009] EWCA Civ 1357, Апеляційний суд Сполученого Королівства, 12 лютого 2010 року.

між індивідуальним правом на захист від дискримінації та аналогічним правом усієї спільноти.

У низці справ, пов'язаних зі свободою релігії та переконань за ЄСПЛ, Суд чітко встановив, що держава не може вирішувати, що саме становить релігію та переконання, і що це положення захищає «атеїстів, агностиків, скептиків і нерелігійних», тобто розповсюджується на тих, хто «має або не має релігійні переконання і сповідує чи не сповідує якусь релігію». У справах також зазначається, що релігія та переконання мають суто особистий і суб'єктивний вимір і не обов'язково пов'язані з інституційною вірою²²⁵. Захист розповсюджується також і на нові релігії, наприклад саєнтологію²²⁶.

ЄСПЛ детально прокоментував концепцію «переконання» у контексті права на освіту за статтею 2 Протоколу № 1 до Конвенції, відповідно до якої держава зобов'язана поважати права батьків на забезпечення освіти своїх дітей «відповідно до своїх власних релігійних і філософських світоглядних позицій». ЄСПЛ зазначив:

«У своєму звичайному значенні поняття «світоглядна позиція», якщо розглядати її окремо, не виступає синонімом слів «погляд» чи «ідея» у тому значенні, в якому вони використовуються у статті 10 ... Конвенції, яка гарантує право на свободу вираження поглядів; воно має більшу спорідненість з терміном «переконання» (у французькому тексті – «convictions»), що з'являється у статті 9 Конвенції, ... який ... використовується для позначення поглядів, що сягають певного рівня переконливості, серйозності, цілісності та важливості»²²⁷.

Нещодавно ЄСПЛ довелося розглядати справи, пов'язані з питаннями релігійної свободи у контексті заходів на підтримання світського статусу держави та зменшення потенційного ефекту фрагментації суспільства. У таких ситуаціях Суд звертає особливу увагу на аргументи, пов'язані з попередженням безпорядків і захистом прав та свобод інших осіб.

225 ЄСПЛ, Московський філіал Армії спасіння (Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia) (№ 72881/01), 5 жовтня 2006 року, пункти 57-58; ЄСПЛ, Митрополитська церква Бессарабії та інші проти Молдови (Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova) (№ 45701/99), 13 грудня 2001 року, пункт 114; ЄСПЛ, Хасан і Чауш проти Болгарії (Hasan and Chaush v. Bulgaria) [Велика палата] (№ 30985/96), 26 жовтня 2000 року, пункти 60 та 62.

226 ЄСПЛ, Московська церква саєнтології проти Росії (Church of Scientology Moscow v. Russia) (№ 18147/02), 5 квітня 2007 року.

227 ЄСПЛ, Кемпбелл і Косанс проти Сполученого Королівства (Campbell and Cosans v. UK) (№№ 7511/76 та 7743/76), 25 лютого 1982 року, пункт 36.

Приклад: у справі *Кьосе проти Туреччини (Köse and Others v. Turkey)* розглядалися правила носіння шкільного одягу, відповідно до яких дівчатам заборонялося носити головні хустки. Заявниці скаржилися, що це дискримінує їх за ознакою релігії, оскільки носіння спеціальної хустки є елементом мусульманської релігійної практики²²⁸. ЄСПЛ визнав, що правила носіння шкільного одягу не пов'язані з належністю до певної релігії, а створені швидше з метою підтримання нейтральності та відокремленості шкільної освіти від церкви, що, своєю чергою, запобігає безпорядкам і захищає право інших осіб на невтручання в їхні релігійні переконання. На цій підставі заява була визнана явно необґрунтованою і неприйнятною. Аналогічний підхід був застосований у справі, де оскаржувалися вимоги до одягу вчителів²²⁹.

4.9. Мова

Варто зазначити, що Рамкова конвенція Ради Європи про захист національних меншин 1995 року (її ратифікували 39 держав – членів Ради Європи)²³⁰ та Європейська хартія регіональних мов чи мов меншин 1992 року (її ратифікували 24 держави – члени Ради Європи)²³¹ покладають на держави конкретні обов'язки з використання мов меншин. Разом із тим жоден з цих документів не визначає поняття «мова». Стаття 6(3) ЄСПЛ прямо передбачає деякі мовні гарантії в контексті кримінального процесу. Зокрема, кожен має право дізнатися про висунуті проти нього обвинувачення зрозумілою для себе мовою, а також право отримати перекладача, якщо він не розуміє мови суду чи не говорить нею.

Мова не вважається захищеною ознакою за антидискримінаційними директивами, однак вона захищається як самостійна ознака за ЄКПЛ. Разом із тим мова може отримати захист за Директивою про расову рівність та ЄСПЛ у частині, що пов'язана з расовим чи етнічним походженням особи. Відповідно до позиції ЄС, мова також захищається в межах громадянства у контексті права вільного пересування осіб²³².

Основна «мовна» справа ЄСПЛ розглядалася у контексті права на освіту.

228 ЄСПЛ, *Кьосе проти Туреччини (Köse and Others v. Turkey)* (рішення) (№ 26625/02), 24 січня 2006 року.

229 ЄСПЛ, *Далаб проти Швейцарії (Dahlab v. Switzerland)* (рішення) (№ 42393/98), 15 лютого 2001 року.

230 CETS № 157 (документ Ради Європи).

231 CETS № 148. (документ Ради Європи).

232 ЄС, *Гронер проти Міністра освіти і Дублінського комітету з професійної освіти (Groener v. Minister for Education and the Dublin Vocational Educational Committee)*, справа № C-379/87 [1989] ECR 3967, 28 листопада 1989 року.

Приклад: у справі про *Бельгійське мовне питання (Belgium Linguistic case)* група батьків скаржилася, що національне законодавство в галузі освіти є дискримінаційним в частині використання мов²³³. Франкомовні та голандськомовні спільноти Бельгії посилалися на те, що відповідно до національного законодавства мова освіти, що надається чи фінансується державою, залежить від того, яким вважається регіон – франкомовним чи голандськомовним. Франкомовні батьки з голандськомовних регіонів скаржилися на те, що це положення перешкоджає чи значно ускладнює навчання їхніх дітей французькою мовою. ЄСПЛ вирішив, що хоча в цьому випадку дійсно існує відмінність, вона є виправданою. Це рішення базується на тому, що регіони переважно одномовні. Таким чином, відмінність є виправданою, оскільки на практиці нереально забезпечити навчання обома мовами. Крім того, родинам, що проживають у франкомовних і голандськомовних регіонах, не забороняється користуватися приватними освітніми послугами.

Для подальшого висвітлення практичного застосування мовної ознаки можна розглянути дві справи, які вирішив Комітет ООН з прав людини, – орган, відповідальний за тлумачення Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (сторонами якого є всі держави – члени ЄС) та за моніторинг дотримання його положень.

Приклад: у справі *Diergaardt та інші проти Намібії (Diergaardt v. Namibia)* заявники були представниками меншини, що походила з Європи і раніше мала політичну автономію, а тепер входить до складу Намібії²³⁴. У громаді використовували мову африкаанс. Заявники скаржилися на те, що в суді замість їхньої рідної мови вони змушені використовувати англійську. Вони також скаржилися на те, що державні органи підтримують політику невикористання мови африкаанс в усному та письмовому спілкуванні із заявниками, хоча і мають таку можливість. Комітет з прав людини вирішив, що в цьому випадку порушення права на справедливий суд відсутнє, оскільки заявники не продемонстрували, яких саме негативних наслідків вони зазнали через використання англійської мови під час судового процесу. Це

233 ЄСПЛ, справа «Про деякі аспекти законодавства щодо використання мов в освітніх закладах Бельгії» проти Бельгії (Case 'relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium' v. Belgium) (№№ 1474/62 та інші), 23 липня 1968 року.

234 Комітет з прав людини, *Diergaardt та інші проти Намібії (Diergaardt and Others v. Namibia)*, повідомлення № 760/1997, 6 вересня 2000 року.

означає, що право на допомогу перекладача під час судових засідань не поширюється на ситуації, коли мова засідання просто не є рідною мовою сторони процесу. Натомість, воно швидше розраховано на ситуації, коли ця особа не достатньо розуміє чи не може спілкуватися мовою суду. Комітет з прав людини також встановив, що офіційна політика держави з невикористання у спілкуванні з заявниками будь-яких мов, окрім офіційної (англійської), становить порушення їхнього права на рівність перед законом за ознакою мови. Держави можуть встановлювати офіційні мови, однак вони зобов'язані дозволяти державним службовцям відповідати на офіційні запити іншими мовами, якщо вони здатні це робити.

4.10. Соціальне походження, народження та майновий стан

Ці три ознаки можна розглядати як такі, що пов'язані між собою, оскільки вони вказують на статус особи, в основі якого лежить успадкована нею соціальна, економічна або біологічна ознака²³⁵.

Самі по собі вони можуть бути пов'язані з расовим чи етнічним походженням. ЄСПЛ майже не доводилося розглядати справи про дискримінацію за цими ознаками. Виняток становить хіба що ознака «народження».

Приклад: у справі *Мазурек проти Франції (Mazurek v. France)* заявник був народжений поза шлюбом і скаржився на те, що відповідно до національного законодавства він як «незаконнонароджена дитина» не може успадкувати від своєї матері більш ніж одну четверту частину спадщини²³⁶. ЄСПЛ вирішив, що така відмінність у ставленні базується виключно на факті народження поза шлюбом і тому може бути виправдана виключно на підставі «особливо вагомих причин». Збереження традиційної родини може вважатися законною метою, однак її не можна досягти шляхом покарання дитини, яка не має можливості контролювати обставини свого народження.

235 Ознаки соціального походження, народження та майнового стану також фігурують у статі 2(2) Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 року (його ратифікували всі держави – члени ЄС). Див. Комітет економічних, соціальних і культурних прав, Загальний коментар № 20, «Недискримінація у здійсненні економічних, соціальних та культурних прав» ('Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights'), UN Doc. E/C.12/GC/20, 10 червня 2009 року, пункти 24–26, 35.

236 ЄСПЛ, *Мазурек проти Франції (Mazurek v. France)* (№ 34406/97), 1 лютого 2000 року.

Приклад: у справі *Шассанью та інші проти Франції (Chassagnou and Others v. France)* заявники скаржилися, що не можуть використовувати свою землю на власний розсуд²³⁷. Відповідно до регіонального законодавства, дрібні землевласники зобов'язані надавати свої землі у громадське користування для цілей полювання, тоді як великі землевласники не мають такого обв'язку і розпоряджаються своїми землями, як вони вважають за потрібне. Заявники хотіли заборонити полювання на своїх землях і використовувати їх для збереження дикої природи. ЄСПЛ дійшов висновку, що це дискримінація за ознакою майнового стану.

Ознаки соціального походження, народження та майнового стану згадуються також у статті 2(2) Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 року. Комітет з економічних, соціальних і культурних прав, що відповідає за моніторинг і тлумачення Договору, навів свої міркування з цього приводу в загальному коментарі № 20.

Відповідно до позиції Комітету, «соціальне походження», «народження» та «майновий стан» пов'язані між собою. Соціальне походження «означає успадкований соціальний статус особи». Воно може вказувати на позицію особи в межах певного соціального чи суспільного класу, яку він отримує внаслідок народження (наприклад, на підставі етнічного походження, релігії чи ідеології) або в силу соціальних обставин (наприклад, бідність чи безпритульність). Крім того, ознака народження може означати народження дитини поза шлюбом або усиновлення. Ознака майнового стану може стосуватися повноважень особи щодо земельної ділянки (наприклад, орендар, власник чи незаконний власник) та інших об'єктів права власності²³⁸.

4.11. Політичні чи інші погляди

«Політичні чи інші погляди» прямо згадуються серед захищених ознак за ЄКПЛ, однак не входять до переліку захищених ознак за антидискримінаційними директивами ЄС. Можна очікувати, що коли особа має певну світоглядну позицію, яку не можна кваліфікувати як «релігію чи переконання», то вона може отримати захист на підставі «політичних чи інших поглядів».

²³⁷ ЄСПЛ, *Шассанью та інші проти Франції (Chassagnou and Others. v. France)* (№№ 25088/94, 28331/95 та 28443/95), 29 квітня 1999 року.

²³⁸ Комітет економічних, соціальних і культурних прав, Загальний коментар № 20, «Недискримінація у здійсненні економічних, соціальних та культурних прав» ('Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights'), UN Doc. E/C.12/GC/20, 10 червня 2009 року, пункти 24–26, 35.

ЄСПЛ розглянув зовсім небагато справ за цією ознакою. Що стосується інших сфер ЄКПЛ, «політичні чи інші погляди» користуються самостійною охороною в контексті права на свободу вираження поглядів за статтею 10, і з судової практики у цій сфері можна зробити висновок, які саме відносини охоплюються цією сферою. Схоже на те, що коли особа вважає, що вона зазнала дискримінації за цією ознакою, ЄСПЛ просто розглядатиме справу за статтею 10.

На загальному рівні у справі *Гендїсайд проти Сполученого Королівства (Handyside v. UK)* ЄСПЛ встановив, що право на свободу вираження поглядів захищає не тільки таку «інформацію» чи «ідеї», які сприймаються схвально або вважаються необразливими чи нейтральними, але й такі, що викликають образи, шокують або непокоять державу чи певну частину населення»²³⁹. Практика ЄСПЛ у цій сфері є дуже насиченою, однак цей розділ обмежується тим, що на прикладі двох справ демонструє, що політичні погляди, швидше за все, отримують більший захист порівняно з іншими типами поглядів.

Приклад: у справі *Стіл і Морріс проти Сполученого Королівства (Steel and Morris v. UK)* заявники, громадські активісти, розповсюджували буклети з неправдивими звинуваченнями на адресу компанії «МакДональдз»²⁴⁰. Заявників притягнули до відповідальності за наклеп і зобов'язали сплатити штраф. ЄСПЛ зазначив, що притягнення до відповідальності за наклеп становить втручання у свободу вираження поглядів, однак воно переслідує законну мету захисту репутації осіб. Разом із тим ЄСПЛ вирішив, що свобода слова в питаннях, що становлять громадський інтерес, заслуговує на посилений захист, а з огляду на те, що «МакДональдз» – потужна корпорація, і вона не довела завдання їй суттєвої шкоди внаслідок розповсюдження декількох тисяч буклетів, а розмір накладеного на активістів штрафу є великим порівняно з їхніми доходами, втручання в їхнє право на свободу вираження поглядів є непропорційним.

Приклад: справа *Кастельс проти Іспанії (Castells v. Spain)* стосувалася члена парламенту, що критикував бездіяльність урядових органів щодо проблеми тероризму у Країні Басків²⁴¹. Його притягнули до відповідальності за «завдання образи» уряду. ЄСПЛ підкреслив важливість свобо-

239 ЄСПЛ, *Гендїсайд проти Сполученого Королівства (Handyside v. UK)* (№ 5493/72), 7 грудня 1976 року.

240 ЄСПЛ, *Стіл і Морріс проти Сполученого Королівства (Steel and Morris v. UK)* (№ 68416/01), 15 лютого 2005 року.

241 ЄСПЛ, *Кастельс проти Іспанії (Castells v. Spain)* (№ 11798/85), 23 квітня 1992 року.

ди вираження поглядів у політичному контексті, особливо з огляду на її важливість для належного функціонування демократичного суспільства. По суті справи ЄСПЛ вирішив, що будь-яке втручання розглядатиметься «надзвичайно критично».

4.12. «Інші ознаки»

Як свідчать вищеназвані приклади, ЄСПЛ визначив декілька підстав, що входять до категорії «інші ознаки». Багато з яких збігаються з ознаками, що захищаються за правом ЄС, наприклад сексуальна орієнтація, вік та обмежені можливості особи.

Окрім обмежених можливостей, віку та сексуальної орієнтації, ЄСПЛ також визнав, що до категорії «інших ознак» входить батьківство²⁴², сімейний стан²⁴³, членство в організації²⁴⁴, військове звання²⁴⁵, батьківство дитини, народженої поза шлюбом²⁴⁶, місце проживання²⁴⁷.

Приклад: у справі *Петров проти Болгарії (Petrov v. Bulgaria)* розглядалися правила режиму у в'язниці, які регулюють спілкування ув'язнених із зовнішнім світом: відповідно до них, особи, які перебувають у зареєстрованому шлюбі, мають право двічі на місяць телефонувати іншому з подружжя. Заявник до моменту ув'язнення протягом чотирьох років проживав зі своєю партнеркою і мав з нею спільну дитину. ЄСПЛ зазначив, що шлюб є спеціальним правовим статусом, однак для цілей телефонного спілкування заявник, який створив сім'ю з постійною партнеркою, знаходиться у становищі, яке можна порівняти зі становищем одружених пар. ЄСПЛ пояснив, що «[х]оча Договірні Держави мають деяку свободу розсуду і можуть по-різному ставитися до пар, які зареєстрували шлюб,

242 ЄСПЛ, *Веллер проти Угорщини (Weller v. Hungary)* (№ 44399/05), 31 березня 2009 року.

243 ЄСПЛ, *Петров проти Болгарії (Petrov v. Bulgaria)* (№ 15197/02), 22 травня 2008 року.

244 ЄСПЛ, *Даніленков та інші проти Росії (Danilenkov and Others v. Russia)* (№ 67336/01), 30 липня 2009 року (профспілка); ЄСПЛ, *Великий Схід Італії з Палаццо Джустініані проти Італії (Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy)* (№ 2) (№ 26740/02), 31 травня 2007 року.

245 ЄСПЛ, *Енгель та інші проти Нідерландів (Engel and Others v. the Netherlands)* (№№ 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 та 5370/72), 8 червня 1976 року.

246 ЄСПЛ, *Зоммерфельд проти Німеччини (Sommerfeld v. Germany)* [Велика палата] (№ 31871/96), 8 липня 2003 року; ЄСПЛ, *Сахін проти Німеччини (Sahin v. Germany)* [Велика палата] (№ 30943/96), 8 липня 2003 року.

247 ЄСПЛ, *Карсон та інші проти Сполученого Королівства (Carson and Others v. UK)* [Велика палата] (№ 42184/05), 16 березня 2010 року.

і пар, які не зареєстрували шлюбу, зокрема, в питаннях оподаткування, соціального забезпечення і соціальної політики ... не зовсім зрозуміло, чому слід по-різному розглядати пари, які зареєстрували шлюб, і пари, які не зареєстрували шлюбу, в питаннях можливості підтримувати телефонні контакти, коли одному з подружжя обмежили волю». На цій підставі ЄСПЛ вирішив, що відмінність у поводженні не виправдана.

Ключові моменти

- За правом ЄС встановлено чіткий закритий перелік захищених ознак: стать, расове чи етнічне походження, вік, обмежені можливості особи, релігія чи переконання і сексуальна орієнтація. За ЄКПЛ цей перелік є відкритим і може доповнюватися, виходячи з обставин конкретної справи.
- За правом ЄС поняття статі може деякою мірою включати в себе поняття гендерної ідентифікації, що забезпечує захист осіб, які збираються зробити чи зробили операцію зі зміни статі. ЄСПЛ також розглядав питання гендерної ідентифікації.
- За ЄКПЛ такі ознаки як колір шкіри, походження, громадянство, мова чи релігія входять до поняття расового чи етнічного походження. За правом ЄС ознака расового чи етнічного походження потребує роз'яснення з боку ЄС.
- У праві ЄКПЛ дискримінація за ознакою громадянства вважається захищеною ознакою. У праві ЄС дискримінація на підставі громадянства забороняється виключно у контексті права вільного пересування осіб.
- Поняття «релігії» слід розуміти відносно широко: воно не зводиться до загальноновизнаних, традиційних релігій.
- Навіть у випадках можливої дискримінації ЄСПЛ часто розглядає справу виключно на підставі основного права за ЄКПЛ. Завдяки цьому відпадає необхідність доведення відмінності у поводженні чи наведення прикладу для порівняння.

Додаткова література

Boza Martínez, 'Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad' (Ще один крок проти дискримінації на ґрунті національності), *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2005) 7.

Breen, *Age Discrimination and Children's Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference* (Вікова дискримінація і права дитини: забезпечення рівності та визнання відмінності), (Leiden, Martinus Nijhoff, 2006).

Bribosia, 'Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse' (Впорядкування різноманітності: право на рівність перед лицем релігійного плюралізму), 20 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2009) 78, 319–373.

Cano Palomares, 'La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos' «Захист прав сексуальних меншин у практиці Європейського суду з прав людини», Human Rights Institute of Catalonia, Barcelona, 2007, 35–57.

Demaret, 'L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité : l'arrêt E.B. contre France' (Гомосексуальне усиновлення як тест принципу рівних прав: рішення у справі Е.Б. проти Франції), 128 *Journal des tribunaux* (2009) 6343, 145–149.

Evans, *Manual on the wearing of religious symbols in public areas* (Посібник з носіння релігійних символів у публічних місцях) (Strasbourg, Council of Europe, 2009).

Flauss, 'L'interdiction des minarets devant la Cour européenne des droits de l'homme : petit exercice de simulation contentieuse' (Заборона мінаретів у ЄСПЛ: маленька вправа з суперечливого питання), 186 *Recueil Dalloz* (2010) 8, 452–455.

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (Недискримінація в міжнародному праві) (London, Interights, 2005), розділ 5.

Johnson, 'An essentially private manifestation of human personality: constructions of homosexuality in the European Court of Human Rights' (Глибоко особисте вираження людської особистості: конструкції гомосексуальності в практиці Європейського суду з прав людини), *Human Rights Law Review*, 2010, 67–97.

Kastanas, 'La protection des personnes appartenant à des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme' (Захист меншин у практиці Європейського суду з прав людини) in Auer, Flückiger, Hottelier (ed.), *Les droits de l'homme et la Constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni* (Права людини і конституція: правничі студії пам'яті Джорджо Малінверні), (Geneva/Zurich/Basel, Schulthess, 2007), 197–218.

Landau and Beigbeder, 'From ILO Standards to EU Law: The Case of Equality Between Men and Women at Work' (Від стандартів МОП до права ЄС: питання рівності між чоловіками та жінками у відносинах праці), *European Journal of International Law*, 2008, 264–267.

Laskowski, 'Der Streit um das Kopftuch geht weiter. Warum das Diskriminierungsverbot nach nationalem und europäischem Recht immer

bedeutsamer wird' (Суперечка з приводу хустки продовжується. Чому заборона на дискримінацію відповідно до національного та європейського права стає все більш важливою), *Kritische Justiz*, 2003, 420–444.

Lawson, 'The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: new era or false dawn?' (Конвенція Організації Об'єднаних націй про права осіб з обмеженими можливостями: нова ера чи невдала спроба?), *34 Syracuse Journal of international Law and Commerce* (2007) 563.

MacKay, 'The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities' (Конвенція Організації Об'єднаних Націй про права осіб з обмеженими можливостями) *34 Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007) 323.

Pettiti, 'L'égalité entre époux' (Рівні права подружжя), in Krenc, Puéchavy (eds.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque organisé le 4 mai 2007*, (Сімейне право як тест ЄСПЛ: документи колоквиуму 4 травня 2007 р), Institut des droits de l'homme du Barreau de Bruxelles et l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2008), 29–46.

Presno Linera, 'La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales' (Європейське закріплення права на недискримінацію на ґрунті сексуальної орієнтації і застосування національних положень), *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2008), 1.

Rudyk, 'A Rising Tide: the transformation of sex discrimination into gender discrimination and its impact on law enforcement', *International Journal of Human Rights* (Тенденція, що набирає сили: перетворення дискримінації за ознакою статі на дискримінацію за гендерною ознакою та її вплив на правозастосування), 2010, 189–214.

Shuibne, 'Article 13 EC and Non-Discrimination on Grounds of Nationality: Missing or in Action?' (Стаття 13 Договору про заснування ЄС і недискримінація за ознакою національності: мертва норма чи дієве положення?), in Costello and Barry (eds.), *Equality in Diversity: The New Equality*

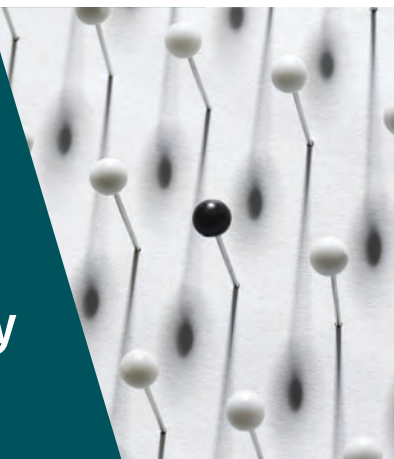
Thürer and Dold, 'Rassismus und Rule of Law/ Erstmalige Verurteilung wegen Rassendiskriminierung durch den EGMR? Gleichzeitige Besprechung des Urteils vom 26. Februar 2004 – Nachova u. a. gegen Bulgarien' (Расизм і верховенство права/ Перший засуджений за расову дискримінацію з боку ЄСПЛ? Паралельне

обговорення вироку від 26 лютого 2004 р. – Начова та ін. проти Болгарії), Europäische GrundrechteZeitschrift, 2005, 1–12.

Tulkens, 'Droits de l'homme, droits des femmes : les requérantes devant la Cour européenne des Droits de l'Homme' (Права людини, права жінок: заявники перед ЄСПЛ), in Caflisch (et al) Liber amicorum Luzius Wildhaber: human rights, Strasbourg views = Droits de l'homme, regards de Strasbourg, (Kehl/Strasbourg, Arlington, Va.: N.P. Engel, 2007), 423–445.

5

Проблеми доведення в антидискримінаційному праві



5.1. Вступ

Дискримінація майже ніколи не проявляється назовні у відкритий, явний спосіб. Доведення прямої дискримінації часто перетворюється на складне завдання, хоча, за визначенням, відмінність у ставленні в цьому випадку «відкрито» ґрунтується на ознаках, що притаманні жертві дискримінації. Як зазначалося в розділі 2, дуже часто підстава відмінного ставлення або взагалі не виявляється назовні, або, на перший погляд, виглядає так, ніби зумовлена іншими обставинами, наприклад індивідуальні пільги, що призначаються за умови виходу на пенсію і пов'язані із захищеною ознакою віку. З цього погляду досить нечасто трапляється, щоб хтось відкрито озвучував захищену ознаку, що лежить в основі відмінного ставлення. Виняток становить хіба що справа *Ферин (Feryn)*, у якій власник бельгійської компанії відкрито (усно і в оголошеннях) заявляв, що не прийматиме на роботу «іммігрантів»²⁴⁸. ЄСВ визнав, що це явний випадок прямої дискримінації на підставі расового чи етнічного походження. Однак особи, що вдаються до дискримінаційних методів, не завжди відкрито проголошують, що поводяться з кимось менш сприятливо, і не зазначають при цьому причини такого поводження. Жінку можуть просто не взяти на роботу, посилаючись на те, що вона «менш кваліфікована», ніж кандидат чоловічої статі, який отримає посаду. В такій ситуації жінці може буде складно довести, що вона зазнала прямої дискримінації за ознакою статі.

²⁴⁸ ЄСВ, Центр рівних можливостей та протидії расизму проти фірми «Ферин НВ» (*Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*), справа № C-54/07 [2008] ECR I-5187, 10 липня 2008 року.

Для розв'язання проблеми доведення відмінного ставлення на підставі захищеної ознаки європейське антидискримінаційне право дозволяє здійснювати поділ обов'язку доведення. Це означає, що якщо заявник здатен продемонструвати факти, на підставі яких можна припустити факт дискримінації, обов'язок доведення протилежного переходить на особу, що використовує дискримінаційну практику. Такий перехід обов'язку доведення є особливо корисним у випадках оскарження непрямої дискримінації, коли необхідно довести, що певні правила чи методи мають непропорційний вплив на конкретну групу осіб. Для побудови презумпції непрямої дискримінації заявник має покладатися на статистичні дані, які висвітлюють загальну картину відмінного ставлення. В деяких юрисдикціях приймаються докази, отримані в рамках «ситуаційного тестування».

5.2. Поділ обов'язку доведення

За загальним правилом, саме особа, що подає скаргу, повинна переконати відповідний орган, що вона зазнала дискримінації. Разом із тим може бути надзвичайно складно довести, що відмінність у ставленні пов'язана із конкретною захищеною ознакою. Це пояснюється тим, що конкретні мотиви такого ставлення часто відомі тільки самій особі, що вдається до дискримінації. Відповідно, скарги на дискримінацію нерідко базуються на суб'єктивних припущеннях щодо відповідного правила чи практики. Іншими словами, необхідно переконати суд, що єдиним розумним поясненням відмінного ставлення є захищена характеристика жертви, наприклад її стать чи раса. Цей принцип застосовується як до прямої, так і до непрямої дискримінації. Оскільки необхідна для доведення скарги інформація знаходиться у володінні особи, що обвинувачується в дискримінації, антидискримінаційне право дозволяє поділяти обов'язок доведення між заявником і такою особою. Принцип поділу обов'язку доведення – добре визнаний принцип у системі права ЄКПЛ та ЄС²⁴⁹.

Поділ обов'язку доведення: позивач повинен навести достатні докази можливої дискримінації. На цій підставі виникає презумпція дискримінації, яку відповідач має спростувати.

249 Окрім справ, що наводяться далі, див. Директиву про расову рівність (стаття 8), Директиву про рівність у сфері зайнятості (стаття 10), нову редакцію Директиви про гендерну рівність (стаття 19), Директиву про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг (стаття 9). Див. також практику Європейського комітету з соціальних прав: *Південний соціальний центр проти Франції (SUD Travail Affaires Sociales v. France)* (скарга № 24/2004), 8 листопада 2005 року; *Центр захисту прав осіб з вадами психічного розвитку проти Болгарії (Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) v. Bulgaria)* (скарга № 41/2007), 3 червня 2008 року.

Це визначення запозичене з судової практики ЄСПЛ, який, подібно до інших глобальних і регіональних механізмів захисту прав людини, широко використовує принцип поділу обов'язку доведення щодо скарг на порушення прав людини. З огляду на те, що держава часто контролює більшість доказів, необхідних для обґрунтування скарги, ЄСПЛ зазвичай аналізує всю сукупність доказів загалом. Тому, якщо наведені заявником факти виглядають переконливо і узгоджуються з наявними доказами, ЄСПЛ вважає їх встановленими, якщо тільки держава не наведе переконливого спростування цих фактів. Згідно з позицією ЄСПЛ, він приймає за встановлені факти такі твердження, що

«підкріплюються вільною оцінкою усіх доказів, включаючи такі припущення, що можуть впливати з фактів та аргументів сторін... [D]окази можуть ґрунтуватися на співіснуванні достатньо сильних, чітких та узгоджених між собою припущень чи аналогічних неспростованих презумпцій факту. Крім того, рівень переконливості, необхідний для винесення конкретного висновку, та пов'язаний із ним поділ обов'язку доведення по суті пов'язані зі специфікою фактів, природою скарги та правом [за ЄКПЛ], порушення якого оскаржується»²⁵⁰.

Приклад: у справі *Тімішев проти Росії (Timishev v. Russia)* заявник скаржився на те, що його не пропустили через контрольно-пропускний пункт у конкретній місцевості на підставі того, що він чеченець за етнічним походженням²⁵¹. ЄСПЛ встановив, що це підтверджується офіційними документами, в яких згадується політика обмеження пересування етнічних чеченців. Пояснення з боку держави (що заявник сам відмовився від перетину кордону, коли йому відмовилися надати пріоритетне місце в черзі) були визнані непереконливими. На цій підставі ЄСПЛ дійшов висновку, що заявник зазнав дискримінації на підставі свого етнічного походження.

250 ЄСПЛ, *Начова та інші проти Болгарії (Nachova and Others v. Bulgaria)* [Велика палата] (№№ 43577/98 та 43579/98), 6 липня 2005 року, пункт 147. Такий підхід використовується також у рішеннях ЄСПЛ по справах *Тімішев проти Росії (Timishev v. Russia)* (№№ 55762/00 та 55974/00), 13 грудня 2005 року, пункт 39 та *Д.Г. та інші проти Чеської Республіки (D.H. and Others v. the Czech Republic)* [Велика палата] (№ 57325/00), 13 листопада 2007 року, пункт 178.

251 *Тімішев проти Росії (Timishev v. Russia)* (№№ 55762/00 та 55974/00), 13 грудня 2005 року, пункти 40–44.

Приклад: у справі *Бруннхофер (Brunnhofer)* заявниця оскаржувала дискримінацію за ознакою статі: вона отримувала меншу заробітну плату, ніж її колеги чоловічої статі, хоча вони мали однакову зарплатну категорію²⁵². ЄСПЛ зазначив, що заявниця має довести, що вона, по-перше, дійсно отримує меншу заробітну плату, ніж її колеги-чоловіки, і по-друге, виконує рівноцінну з ними роботу. Цього вистачить для побудови презумпції, що єдиним поясненням відмінного поводження є її стать. Тоді роботодавець буде зобов'язаний це спростувати.

Слід пам'ятати про дві речі. По-перше, умови допустимості доказів визначаються національним законодавством, і ці вимоги можуть бути більш суворими, ніж ті, що застосовує ЄСПЛ чи ЄС. По-друге, переведення обов'язку доведення зазвичай не здійснюється у кримінальних справах, коли від імені держави до відповідальності притягується особа, що вчинила злочин на ґрунті расових упереджень (його ще називають «на ґрунті ненависті»). Це частково пояснюється тим, що стандарт доведення у кримінальних справах є вищим, і частково тим, що обвинуваченому важко довести відсутність расистських мотивів, оскільки цей елемент складу злочину є суто суб'єктивним²⁵³.

Сторона, що звинувачується в дискримінаційному поводженні, може спростувати таке звинувачення одним із двох шляхів. Вона може довести, що заявник насправді не перебуває в аналогічній чи подібній ситуації з особою, з якою він себе порівнює (див. розділ 2.2.2), або що відмінність у поводженні базується не на захищених ознаках, а на інших об'єктивних відмінностях (див. розділ 2.6). Якщо стороні не вдалося спростувати презумпцію, вона повинна запропонувати аргументи на захист відмінного поводження, які свідчать, що таке поводження є об'єктивно виправданим і пропорційним заходом.

Приклад: у вищенаведеній справі *Бруннхофер* ЄСС пояснив, яким чином роботодавець може спростувати презумпцію дискримінації. По-перше, це можна зробити, продемонструвавши, що жінки і чоловіки знаходяться у відмінному становищі, оскільки виконують нерівноцінну роботу. Це може бути в тому випадку, коли їхні трудові обов'язки суттєво відрізняються.

252 ЄС, *Зузанна Бруннхофер проти Поштово-ощадного банку Австрії (Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG)*, справа № C-381/99 [2001] ECR I-4961, 26 червня 2001 року, пункти 51-62.

253 Підхід ЄСПЛ щодо переведення обов'язку доведення в контексті застосування насильства з расистських мотивів: див. рішення ЄСПЛ у справі *Начова та інші проти Болгарії (Nachova and Others v. Bulgaria)* [Велика палата] (№№ 43577/98 та 43579/98), 6 липня 2005 року, пункти 144-159. Право ЄС не передбачає переведення обов'язку доведення в контексті кримінального права.

По-друге, можна довести, що відмінність у розмірі заробітної плати зумовлена іншими об'єктивними обставинами, що не мають відношення до статі особи. Наприклад, чоловік отримує доплату на проїзд, оскільки протягом робочого тижня подорожує на довгі відстані і проживає у готелі.

Приклад: у вищеназваній справі *Ферун (Feryn)* ЄСС вирішив, що оголошення і заяви роботодавця створюють презумпцію прямої дискримінації. Водночас ЄСС зазначив, що роботодавець, якого звинувачують у дискримінації, може спростувати цю презумпцію, якщо доведе, що насправді відмінності у методах, пов'язаних із працевлаштуванням темношкірих осіб, відсутні, наприклад, що таких осіб регулярно приймають на роботу.

5.2.1. Обставини, що не потребують доведення

Деякі фактичні обставини, що нерідко супроводжують випадки дискримінації, наприклад існування упередження чи наміру здійснення дискримінації, насправді не мають жодного значення для кваліфікації діяння як дискримінаційного. Щоб довести наявність дискримінації, достатньо просто продемонструвати відмінне ставлення, в основі якого лежить захищена ознака, і яке не може бути об'єктивно виправдане. Це означає, що для доведення факту дискримінації не потрібно доводити окремі факти, що супроводжують випадки дискримінації.

По-перше, не потрібно доводити, що особа, яка вдалася до дискримінації, має упередження, тобто немає необхідності в доказуванні «расистських», «сексистських» поглядів для оскарження дискримінації за ознакою раси або статі. Загалом право не може регулювати особисті погляди, оскільки це глибоко внутрішня справа кожного індивіда. Натомість, право може регулювати поведінку, через яку особи демонструють свої погляди.

Приклад: у справі *Ферун (Feryn)* власник компанії пояснив, що він встановив це правило не тому, що він сам так хотів, а тому що його клієнти хотіли, щоб виконавцями послуг були бельгійці з білим кольором шкіри. ЄСС вирішив, що для цілей доведення дискримінації це не має жодного значення. Зазвичай не потрібно доводити дискримінаційні мотиви, якщо тільки мова не йде про скоєння злочину «на ґрунті ненависті», оскільки стандарти доведення у кримінальному праві є вищими.

По-друге, не потрібно доводити, що правило чи практика мали на меті спричинити відмінне ставлення. Тобто, навіть якщо державний орган або приватна особа посилається на добросовісну практику, що переслідує належну мету, але спричинила негативні наслідки для певної групи, це кваліфікуватиметься як дискримінація.

Приклад: у вищеназваній справі *D.Г. та інші проти Чеської Республіки (D.H. and Others v. the Czech Republic)* уряд стверджував, що система «спеціальних» шкіл запроваджена для того, щоб допомогти дітям ромського походження подолати труднощі в навчанні шляхом усунення мовних бар'єрів і компенсування відсутності дошкільного виховання²⁵⁴. Однак ЄСС вирішив, що не має значення, з якою метою задумувалася ця політика. Для доведення дискримінації необхідно продемонструвати не відсутність дискримінаційного наміру, а непропорційний негативний вплив такої політики на цю групу порівняно з більшістю населення²⁵⁵.

По-третє, що стосується випадків дискримінації за ознакою раси, ЄСС встановив, що не потрібно вказувати на конкретну потерпілу особу. Можна припустити, що за аналогічних обставин цей підхід застосовуватиметься до дискримінації за іншими ознаками. Тоді як право ЄС може звільняти від обов'язку вказувати на конкретну потерпілу від дискримінації особу, це правило не розповсюджується на звернення до ЄСПЛ, оскільки така заява не відповідатиме вимогам її прийнятності за статтею 34 Конвенції.

Приклад: у справі *Ферун (Feryn)* неможливо було встановити, що хтось намагався влаштуватися на роботу, і йому відмовили; також неможливо було знайти когось, хто міг би сказати, що він вирішив не подаватися на цю роботу через текст оголошення. Іншими словами, в цьому випадку не було осіб, яких можна було б назвати «жертвами дискримінації», а позивачем у справі виступив бельгійський орган з питань рівності. ЄСС зазначив, що не обов'язково називати конкретну особу, що зазнала дискримінації, оскільки і так зрозуміло, що оголошення сформульоване таким чином, що «темношкірі» не намагатимуться влаштуватися на таку роботу, оскільки заздалегідь боятимуться відмови. Отже, доведення того, що законодавче

254 ЄСПЛ, *D.Г. та інші проти Чеської Республіки (D.H. and Others v. the Czech Republic)* [Велика палата] (№ 57325/00), 13 листопада 2007 року, пункт 79.

255 Там само, пункти 175 та 184.

положення чи політика є дискримінаційними, може здійснюватися без зазначення конкретних осіб, що постраждали внаслідок його застосування.

Приклад: у випадках «ситуаційного тестування» (див. нижче) особи розуміють або очікують, що зазнають дискримінаційного ставлення. Вони хочуть не стільки отримати послугу, скільки зібрати докази. Це означає, що ці особи не є «жертвами» дискримінації у традиційному розумінні цього поняття. Такі особи мають на меті не відшкодування завданої шкоди, а забезпечення дотримання чинного законодавства. У Швеції розглядалася справа, у якій група студентів проводила ситуаційне тестування в нічних клубах і ресторанах, і Верховний суд визнав, що учасники цієї тест-групи все одно мають право на судове оскарження дискримінації. Водночас розмір належного їм відшкодування може бути зменшений з огляду на те, що фактично вони не були позбавлені того, що хотіли отримати, наприклад доступу до конкретних закладів²⁵⁶.

5.3. Роль статистичних та інших даних

Статистичні дані можуть відігравати для заявника важливу роль, допомагаючи йому побудувати презумпцію дискримінаційного ставлення. Вони набувають особливого значення у випадках непрямой дискримінації, оскільки в таких ситуаціях правила і практики зовні виглядають нейтральними. Тоді необхідно зосередитися на наслідках, які спричиняють ці правила чи практики, і доводити, що вони мають непропорційно негативний вплив на конкретну групу осіб порівняно з іншими особами в аналогічній ситуації. Вимога подання статистичних даних узгоджується із перенесенням обов'язку доведення: якщо дані свідчать про те, що, наприклад, жінки перебувають в особливо невігідному становищі, то на державу покладається обов'язок навести переконливе пояснення цих даних, яке доводило б зворотне. ЄСПЛ сформулював цю позицію у своєму рішенні по справі *Хогендейк проти Нідерландів (Hoogendijk v. the Netherlands)*²⁵⁷:

256 Швеція, Верховний суд, *Моніторинг барів і ресторанів проти Омбудсмена з питань расової дискримінації (Escape Bar and Restaurant v. Ombudsman against Ethnic Discrimination)* T-2224-07, 1 жовтня 2008 року. Короткий опис англійською мовою можна прочитати на інформаційному порталі Агенції основоположних прав, справа № 365-1, та виданні Європейської мережі правових експертів у галузі недискримінації 'European Anti-Discrimination Law Review', випуск № 8 (липень 2009 року), стор. 68.

257 ЄСС, *Хогендейк проти Нідерландів (Hoogendijk v. the Netherlands)* (рішення) (№ 58641/00), 6 січня 2005 року.

«[С]уд вважає, що якщо заявник здатен за допомогою неоспорюваних офіційних статистичних даних продемонструвати наявність *prima facie* (на перший погляд. – Прим. перекл.) свідчень того, що певне правило, попри своє нейтральне формулювання, насправді охоплює явно більший відсоток жінок, ніж чоловіків, тоді уряд-відповідач має продемонструвати, що це є результатом об'єктивних обставин, що не пов'язані з дискримінацією за ознакою статі».

При оцінці статистичних доказів суди, схоже, не встановлюють особливо суворих вимог для доведення факту непрямой дискримінації. ЄСС наголошує, що цифри мають бути значні. Позиція ЄСС підсумована у висновку Генерального адвоката Леже у справі *Нольте (Nolte)*, де зазначено, що у справах про статеву дискримінацію:

«щоб захід був визнаний дискримінаційним, він має охоплювати «набагато більшу кількість жінок, ніж чоловіків» [Ріннер-Кюн²⁵⁸], «значно менший відсоток чоловіків, ніж жінок» [Німц²⁵⁹, Ковальська²⁶⁰] або «набагато більше жінок, ніж чоловіків» [De Weerd, дівоче прізвище Рокс, та інші²⁶¹].

Як свідчить наведена судово практика, необхідно обов'язково зазначити конкретний відсоток жінок, на яких впливає захід. У справі Ріннер-Кюн (*Rinner-Kühn*) Суд встановив факт дискримінації за наявності даних про розповсюдження заходу на 89% жінок. З огляду на це, напевно, цифри 60% буде цілком достатньо для доведення факту дискримінації»²⁶².

Приклад: у справі *Шьонхайт (Schönheit)* жінка, що працювала неповний робочий день, скаржилася на дискримінацію за ознакою статі у сфері

258 ЄСС, Ріннер-Кюн (*Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung*), справа № C-171/88 [1989] ECR 2743, 13 липня 1989 року.

259 ЄСС, Німц проти Вільного ганзейського міста Гамбурга (*Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg*), справа № C-184/89 [1991] ECR I-297, 7 лютого 1991 року.

260 ЄСС, Ковальська проти Вільного ганзейського міста Гамбурга (*Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg*), справа № C-33/89 [1990] ECR I-2591, 27 червня 1990 року.

261 ЄСС, *De Weerd, née Roks, and Others v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen and Others*, справа № C-343/92 [1994] ECR I-571, 24 лютого 1994 року.

262 Висновок Генерального адвоката Леже від 31 травня 1995 року, пункти 57–58 у рішенні ЄСС по справі *Нольте* проти Управління соціального забезпечення землі Ганновер (*Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover*), № C-317/93 [1995] ECR I-4625, 14 грудня 1995 року.

пенсійного забезпечення²⁶³. Різний підхід до обчислення пенсій, що не залежав від кількості відпрацьованих годин, на практиці призводив до того, що співробітники, які працювали неповний робочий день, отримували менше, ніж співробітники, які працювали повноцінно. Статистичні дані свідчили про те, що 87,9% тих, що працювали неповний робочий день, становили жінки. Оскільки вплив цього, на перший погляд, нейтрального заходу є непропорційно негативним щодо жінок порівняно з чоловіками, ЄСС визнав, що це дозволяє побудувати презумпцію дискримінаційного поводження за ознакою статі. Аналогічно, у справі *Герстер (Gerster)*, де негативних наслідків зазнали співробітники, що працювали неповний робочий день (87% з яких – жінки), Суди визнав такі докази достатніми²⁶⁴.

Приклад: справа *Сеймур-Сміт (Seymour-Smith)* стосувалася положень британського законодавства, що регулюють питання незаконного звільнення з роботи. Ці положення забезпечують спеціальний захист для осіб, які безперервно пропрацювали на одного роботодавця більш, ніж два роки²⁶⁵. Заявник стверджував, що це становить непряму дискримінацію за ознакою статі, оскільки ймовірність того, що жінки відповідатимуть цьому критерію, є меншою. У цій справі ЄСС застосував цікавий підхід: нижчий відсоток може все одно вважатися доказом непрямой дискримінації, «якщо він відображає стійку і відносно постійну відмінність між жінками та чоловіками протягом тривалого періоду». Разом із тим по суті справи ЄСС встановив, що наведені статистичні дані (відповідно до яких, встановлений критерій задовольняло 77,4% чоловіків та 68,9% жінок) не можуть свідчити про те, що кількість жінок, які не відповідають критеріям, є значно меншою.

Приклад: у справі *D.Г. та інші проти Чеської Республіки (D.H. and Others v. the Czech Republic)* заявники-роми скаржилися, що їхніх дітей на підставі їхнього етнічного походження виключили з основної начальної програми

263 ЄСС, *Хільде Шьонхайт проти міста Франкфурта-на-Майні (Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main)* та *Сильвія Бекер проти Землі Гессен (Silvia Becker v. Land Hessen)*, об'єднані справи №№ C-4/02 та C-5/02 [2003] ECR I-12575, 23 жовтня 2003 року.

264 ЄСС, *Герстер проти Вільної землі Баварія (Gerster v. Freistaat Bayern)*, справа № C-1/95 [1997] ECR I-5253, 2 жовтня 1997 року.

265 ЄСС, *Р. проти Державного секретаря з питань зайнятості, ex parte (від імені) Сеймур-Сміт і Перес (R v. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith and Perez)*, справа № C-167/97 [1999] ECR I-623, 9 лютого 1999 року.

і перевели до спеціалізованих шкіл для учнів, що відстають у навчанні²⁶⁶. Дітей направляли до спеціалізованих шкіл за результатами тестування, що мало на меті перевірити їхні інтелектуальні здібності. Попри явну нейтральність заходу, тести були складені таким чином, що дітям ромського походження було, за визначенням, важко скласти їх на високий бал і отримати право доступу до основної навчальної програми. ЄСПЛ дійшов такого висновку на підставі статистичних даних, які свідчили, що відсоток дітей, яких направили до спеціалізованих закладів, був явно вищий серед ромського населення. Заявники надали статистичні дані по своєму географічному регіону, відповідно до яких від 50 до 56% учнів спеціалізованих шкіл мають ромське походження, тоді як роми становлять лише 2% від загальної кількості населення регіону. Дані міжурядових джерел свідчили, що по країні в цілому спеціалізовані школи відвідують від 50 до 90% дітей ромського походження. ЄСПЛ дійшов висновку, що хоча ці дані не є точними, вони підтверджують, що кількість дітей-ромів, які відчули на собі вплив цієї політики, є «непропорційно високим» щодо їхньої кількості у загальному складі населення²⁶⁷.

Практика свідчить, що наявність непропорційного впливу заходу на захищену групу можна довести навіть тоді, коли статистичні дані відсутні, але є надійна інформація, що підтверджує цей висновок.

Приклад: у справі *Опуз проти Туреччини (Opuz v. Turkey)* заявниця потерпала від домашнього насильства з боку свого чоловіка. Чоловік неодноразово бив заявницю та її матір, і зрештою вбив останню²⁶⁸. ЄСПЛ вирішив, що держава не виконала обов'язку захистити заявницю від нелюдського і такого, що принижує гідність, поводження, а також обов'язку захистити життя матері. Він також вирішив, що держава дискримінувала заявників, не забезпечивши їм належного захисту на тій підставі, що вони є жінками. Суд дійшов такого висновку частково на підставі даних, які підтверджують, що переважна більшість жертв домашнього насильства – жінки, а також даних про те, що національні суди видають відносно невелику кількість приписів про захист осіб від домашнього насиль-

266 ЄСПЛ, *Д.Г. та інші проти Чеської Республіки (D.H. and Others v. the Czech Republic)* [Велика палата] (№ 57325/00), 13 листопада 2007 року.

267 ЄСПЛ, *Д.Г. та інші проти Чеської Республіки (D.H. and Others v. the Czech Republic)* [Велика палата] (№ 57325/00), 13 листопада 2007 року, пункти 18 та 196–201.

268 ЄСПЛ, *Опуз проти Туреччини (Opuz v. Turkey)* (№ 33401/02), 9 червня 2009 року.

ства. Що цікаво, заявниця не подавала до Суду статистичних даних на підтвердження того, що жертвами домашнього насильства стають переважно жінки; навпаки, було зазначено, що згідно з даними міжнародної правозахисної організації «Міжнародна амністія» достовірна інформація з цього питання відсутня. Натомість, ЄСПЛ охоче прийняв результати дослідження, проведеного Міжнародною амністією та Комітетом ООН з подолання дискримінації щодо жінок, що свідчили про значний рівень насильства щодо жінок у Туреччині.

Слід мати на увазі, що для доведення непрямої дискримінації не завжди потрібні статистичні дані. Необхідність їх подання залежить від обставин справи. Зокрема, може бути достатньо, якщо заявник надасть докази відносно практики чи переконань інших осіб, що належать до тієї самої захищеної групи.

Приклад: у справі *Оршуш проти Хорватії (Oršuš and Others v. Croatia)* в деяких школах були класи, що навчалися за скороченою програмою. Заявники стверджували, що кількість дітей-ромів у таких класах непропорційно висока, а отже, це є дискримінацією за ознакою етнічного походження. Уряд стверджував, що класи сформовані на підставі рівня володіння хорватською мовою, і щойно учень досягає необхідного рівня, його переводять до основного класу. В цьому випадку, на відміну від справи *Д.Г. та інші проти Чеської Республіки (D.H. and Others v. the Czech Republic)*, ЄСПЛ вирішив, що презумпція дискримінації не може бути побудована за допомогою одних лише статистичних даних. В одній школі 44% учнів мали ромське походження і 73% відвідували клас, де навчалися виключно роми. В іншій школі 10% учнів мали ромське походження і 36% з них відвідували клас, де навчалися виключно роми. Це підтверджує відсутність загальної політики автоматичного направлення ромських дітей до спеціалізованих класів. Однак ЄСПЛ вказав на те, що дискримінацію можна довести і без посилання на статистичні дані. В цьому випадку направлення учнів до спеціалізованих класів на підставі недостатнього володіння хорватською мовою охопило виключно учнів ромського походження. Цього вистачає для побудови презумпції дискримінаційного поводження.²⁶⁹

269 ЄСПЛ, *Оршуш та інші проти Хорватії (Oršuš and Others v. Croatia)* [Велика палата] (№ 15766/03), 16 березня 2010 року, пункти 152–153.

Приклад: у справі, що розглядалася словенським Захисником принципів рівності, роботодавець забезпечував працівників їжею, до складу якої часто входило свиняче м'ясо або жир. Один зі співробітників, мусульманин за вірою, попросив надавати йому щомісячну виплату відповідного розміру, щоб він міг сам купувати собі їжу (роботодавець надавав таку виплату тільки співробітникам, які потребували іншої їжі з медичних причин)²⁷⁰. Це було визнано непрямою дискримінацією, оскільки правило, що, на перший погляд, є нейтральним, має негативний вплив на мусульман, які, за визначенням, не можуть їсти свинину. У цій справі не потрібно було наводити статистичних даних, щоб продемонструвати негативний вплив правила на мусульман, оскільки той факт, що мусульмани не їстимуть свинини, доводиться простим посиланням на їхні релігійні правила.

Приклад: британські суди розгляди справу, в якій роботодавець забороняв співробітникам носити ювелірні прикраси поверх робочої уніформи, у тому числі з релігійних мотивів²⁷¹. Працівниця (жінка, що сповідувала християнську віру) заявила, що це дискримінація за ознакою релігії, оскільки вона не може носити хрестик. Під час судового та апеляційного розгляду справи суди зазначили, що це можна було б вважати дискримінацією за ознакою релігії, якби було встановлено, що християнська віра вимагає носити хрестик. Тому Суд з питань зайнятості запитав у експертів пояснення щодо змісту християнських практик, а не статистичні дані щодо числа християн, які носять релігійну символіку на робочому місці.

270 Захисник принципів рівності (Словенія), рішення № УЕМ-0921-1/2008-3, 28 серпня 2008 року. Короткий опис англійською мовою можна прочитати на інформаційному порталі Агенції основоположних прав, справа № 364-1, та виданні Європейської мережі правових експертів у галузі недискримінації 'European Anti-Discrimination Law Review', випуск № 8 (липень 2009 року), стор. 64.

271 Апеляційний суд Сполученого Королівства, *Евейда проти публічної компанії «Британські авіалінії»* (*Eweida v. British Airways Plc*) [2010] EWCA Civ 80, 12 лютого 2010 року.

Ключові моменти

- Мотиви дискримінаційного поводження не мають значення – важливими є його наслідки.
- Право ЄС не вимагає встановити конкретну особу, що постраждала від дискримінації.
- Спочатку заявник має надати докази, які свідчать про наявність дискримінації.
- Для побудови презумпції дискримінаційного поводження можуть використовуватися статистичні дані.
- Після цього обов'язок доведення переходить до особи, яку звинувачують у дискримінаційному поводженні. Вона зобов'язана довести, що менш сприятливе поводження не пов'язане із захищеними ознаками.
- Презумпція дискримінаційного поводження може бути спростована, якщо особа доведе, що становище заявника не можна порівнювати зі становищем «зразка для порівняння» або що відмінність у ставленні пояснюється об'єктивними обставинами, що не пов'язані із захищеною ознакою. Якщо презумпцію спростувати не вдалося, можна спробувати навести аргументи, що виправдовують відмінне ставлення.

Додаткова література

Bragoï, 'La discrimination indirecte implique le transfert de la charge de la preuve au gouvernement défendeur : CourEDH, Gde Ch., D.H. et autres c. Républiquetchèque (Непряма дискримінація передбачає перенесення тягаря доведення на державу-відповідача: ЄСПЛ, ВП, Д.Г. та інші проти Чеської Республіки), 13 novembre 2007', 8 L'Europe des libertés : revue d'actualité juridique (2008) 25, 18–19.

ERRC/Interights/MPG, Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice (Стратегічні судові процеси з питань расової дискримінації в Європі: від принципів до практики) (Nottingham, Russell Press, 2004), розділ 4, «Практика стратегічних судових процесів».

Interights, Non-Discrimination in International Law (Недискримінація в міжнародному праві) (London, Interights, 2005), розділ 4, «Процесуальні питання: формулювання скарги на дискримінацію».

No. 5 2007/3 Horizons Stratégiques 'La discrimination saisie sur le vif: Le testing' (Стратегічні обрії (періодичне видання, містить багато статей, присвячених

«ситуаційному тестуванню»), розміщено за адресою: www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3.htm.

Schiek, Waddington and Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Справи, матеріали і тексти з національного, наднаціонального і міжнародного права недискримінації) (Oxford, Hart Publishing, 2007), розділ 8.5.1.E, «Ситуаційне тестування».

European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law* (Вимірювання дискримінації: збір даних і право рівності в ЄС) (Luxembourg, Publications Office, 2007), розділ 3, «Роль даних в забезпеченні дотримання рівноправ'я», 2003.

Оновлення Посібника з європейського антидискримінаційного права



Вступ

Ця публікація є першим оновленням *Посібника з європейського антидискримінаційного права*. В ній наведено короткий опис найважливіших рішень з питань антидискримінації, що були винесені Європейським судом з прав людини (ЄСПЛ) та Судом справедливості Європейського Союзу (СЄС)²⁷² після завершення роботи над оригіналом Посібника (липень 2010 року). В публікації дотримано структури і відповідних заголовків Посібника.

2.2.2. Зразок для порівняння

[стор. 23 Посібника]

ЄСПЛ, *Граціані-Вайсс проти Австрії* (*Graziani-Weiss v. Austria*) (№ 31950/06), 18 жовтня 2011 року

Місцевий окружний суд проводив перелік осіб, які можуть бути призначені юридичними опікунами інших осіб. Усі юристи і нотаріуси округу, в тому числі заявник, були включені до цього переліку. Заявника призначили представляти інтереси психічно хворої особи в питаннях управління її доходами і у відносинах з судовими та іншими органами. Заявник поскаржився на дискримінацію, оскільки до переліку входять виключно юристи і нотаріуси, але не входять інші особи, що володіють знаннями в галузі права. ЄСПЛ зазначив, що основна діяльність юристів-практиків полягає у представництві клієнтів у

²⁷² Замість скорочення «ЄСС», що використовувалася в *Посібнику з європейського антидискримінаційного права*, в цій публікації вживається скорочення «СЄС».

судах та інших органах: вони отримали відповідну професійну освіту і склали фаховий іспит. Інші особи, що мають юридичну освіту, але не ведуть юридичної практики, не можуть представляти сторони в судовому процесі у випадках, коли представництво є обов'язковим. Може бути, що вони взагалі не працюють у галузі права. Попри явну різницю у ставленні до юристів-практиків і нотаріусів, з одного боку, та інших спеціалістів у галузі права – з іншого, з точки зору призначення їх опікунами у випадках обов'язкового представництва інтересів в суді, ці дві групи не перебувають у відносно однаковій ситуації.

**ЄСПЛ, Валков та інші проти Болгарії
(*Valkov and Others v. Bulgaria*)
(№№ 2033/04 та інші), 25 жовтня 2011 року**

Група пенсіонерів оскаржила до суду положення національного законодавства, відповідно до яких зменшувався розмір пенсійного забезпечення. Заявники стверджували, що їх дискримінують проти осіб, які в минулому посідали ключові політичні посади, і яких не торкнулося зменшення пенсій – президента і віце-президента країни, спікера Національної асамблеї, прем'єр-міністра, суддів Конституційного суду. Однак ЄСПЛ не був готовий порівнювати безсумнівно важливу і відповідальну роботу заявників і роботу високопосадовців. Загалом право виносити подібні політичні рішення залишається за національними урядами, які мають безпосередню демократичну легітимізацію і перебувають в кращому становищі, ніж міжнародний суд, щоб оцінити місцеві потреби і умови. ЄСПЛ дійшов висновку, що дискримінація заявників у користуванні їхніми правами відсутня.

**ЄСПЛ, Ладуня проти Словаччини (*Laduna v. Slovakia*)
(№ 31827/02), 13 грудня 2011 року**

Заявник скаржився на відмінність у правилах відвідування осіб, які перебувають у досудовому ув'язненні, та засуджених осіб: перші мають право на одне тридцятихвилинне побачення на місяць, тоді як засуджені мають право на двогодинне побачення протягом аналогічного періоду. Крім того, протягом більшої частини часу, про який йдеться, частота відвідування і види контактів засуджених залежали від рівня безпеки в'язниці, де вони утримуються. Натомість, до осіб у досудовому ув'язненні застосовувалися однакові правила незалежно від причин їхнього ув'язнення і міркувань безпеки. Оскаржувані правила розповсюджувалися на всіх ув'язнених, тому ЄСПЛ дійшов висновку, що становище заявника (особи, що перебуває в досудовому ув'язненні) є по-

дібним до становища порівнюваної групи (засуджених осіб). При цьому будь-яке об'єктивне і розумне виправдання різного ставлення до зазначених груп відсутнє. Необхідність забезпечення порядку, безпеки інших осіб і захисту майна не виправдовує ситуації, коли права осіб у досудовому ув'язненні обмежуються в більшому обсязі, ніж права засуджених осіб. Така практика була розкритикована Європейським комітетом із запобігання катуванню і нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню (КЗК). Крім того, хоча міркування безпеки чи захисту законних інтересів слідства можуть в окремих випадках виправдовувати деякі обмеження прав ув'язнених осіб на побачення, таких цілей можна досягти за допомогою інших заходів, що не зачіпають усіх ув'язнених. Такі міжнародні інструменти, як Міжнародний пакт про громадянські і політичні права та Європейські тюремні правила 1987 року підкреслюють необхідність поважати статус особи, що перебуває в досудовому ув'язненні, як особи, щодо якої діє презумпція невинуватості. Європейськими тюремними правилами 2006 року передбачено, що доки судового рішення не винесено, за відсутності особливих підстав для протилежного, особа повинна мати право на побачення і можливість спілкуватися з родиною та іншими особами на тих самих засадах, що й засуджені особи. Тому ЄСПЛ вирішив, що застосовані до заявника обмеження на побачення є непропорційними.

**СЄС, Юрген Рьомер проти Вільного ганзейського міста Гамбурга (*Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*)
справа C-147/08, 10 травня 2011 року (Велика палата)**

Пан Рьомер з 1950 по 1990 рік працював в адміністрації міста Гамбурга і звільнився, коли вже не міг виконувати роботу. З 1969 року він постійно проживав зі своїм партнером, паном У. В жовтні 2001 року вони зареєстрували «життєве партнерство», про що пан Рьомер повідомив свого роботодавця. У подальшому скажник звернувся до роботодавця із клопотанням перерахувати розмір його додаткової пенсії за віком на основі більш сприятливого податкового режиму, але йому відмовили на тій підставі, що він перебуває не у «шлюбі», а в «зареєстрованому партнерстві», тоді як право на перерахування пенсії за віком на зазначених підставах мають виключно «пенсіонери, що перебувають у шлюбі [і] не проживають окремо», а також пенсіонери, що мають право на допомогу на утримання дитини чи аналогічну допомогу. Місцевий суд просив СЄС роз'яснити, чи відповідає така ситуація праву ЄС.

СЄС вирішив, що Директива Ради 2000/78/ЄС про рівне ставлення у сфері зайнятості розповсюджується на питання додаткових пенсій за віком, що

є оплатою в розумінні статті 157 Договору про функціонування Європейської Спільноти (ДФЄС). Директива забороняє існування положень національного законодавства, відповідно до яких пенсіонер, що уклав життєве партнерство, отримує додаткову пенсію за віком в меншому розмірі, ніж «пенсіонери, що перебувають у шлюбі і не проживають окремо», якщо виконуються дві такі умови. По-перше, за законодавством відповідної держави-члена шлюб може укладатися виключно між особами протилежної статі і при цьому визнається інститут життєвого партнерства, яке може укладатися тільки між особами однієї статі. По-друге, існує пряма дискримінація за ознакою сексуальної орієнтації, оскільки, відповідно до національного законодавства, життєвий партнер у питаннях пенсії фактично і юридично перебуває в ситуації, яку можна порівняти із ситуацією особи, що перебуває в зареєстрованому шлюбі.

2.2.3. Захищена ознака

[стор. 26 Посібника]

Страховий пенсійний фонд проти Крістін Кляйтс (Pensionsversicherungsanstalt v. Christine Kleist) справа C-356/09, 18 листопада 2010 року

Австрійський суд звернувся до ССЄС за роз'ясненням стосовно змісту статті 3(1) Директиви Ради 76/207/ЕЕС (зі змінами, внесеними Директивою 2002/73/ЕЄС) щодо запровадження принципу рівного ставлення до чоловіків та жінок у питаннях зайнятості, професійної підготовки, підвищення по службі та умов праці. Стаття 3(1) Директиви забороняє будь-яку пряму чи непряму дискримінацію у сфері зайнятості та умов праці в державному та приватному секторах, у тому числі в питаннях оплати та звільнення. Національний суд запитував, чи перешкоджає стаття 3(1) існуванню в національному законодавстві положень, відповідно до яких роботодавець державного сектору може звільняти працівників, що мають право на отримання пенсії за віком, якщо при цьому пенсійний вік для чоловіків та жінок відрізняється. Відповідно до австрійського законодавства, пенсійний вік для жінок настає у 60 років, а для чоловіків – у 65.

Аби підтвердити, що звільнення жінки на тій лише підставі, що вона досягла пенсійного віку, якщо при цьому пенсійний вік для чоловіків та жінок є різним, становить дискримінацію за ознакою статі, ССЄС згадав справу Маршалл (Marshall) (C-152/84). У цій справі вік, коли припинявся захист від незаконного звільнення, був нерозривно пов'язаний зі статтю працівника. ССЄС визнав, що таке відмінне поводження безпосередньо пов'язано зі статтю особи. Пряма дискримінація – це коли особа зазнає менш сприятливого ставлення за

ознакою статі, ніж зазнає, зазнала чи могла б зазнати інша особа в подібній ситуації. Щоб вирішити, чи можна порівнювати становище жінок віком від 60 до 65 років зі становищем чоловіків цієї ж вікової категорії, ССЕС дослідив предмет регулювання національного законодавства, на підставі якого відбувається відмінне ставлення. В цьому випадку національне законодавство має на меті врегулювання умов звільнення працівників. ССЕС погодився, що порівняння становища чоловіків та жінок цієї вікової категорії можливе, оскільки умови припинення трудових відносин є ідентичними. На цій підставі Суд вирішив, що положення національного законодавства, що є предметом розгляду цієї справи, спричиняють пряму дискримінацію за ознакою статі.

2.5. Особливі чи спеціальні заходи

[стор. 37 Посібника]

**ССЕС, Педро Мануель Рока Альварес проти
Сеса Старт Еспанья Е-Те-Те Ес.А.
(*Pedro Manuel Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA*)
справа С-104/09, 30 вересня 2010 року**

Іспанські суди просили ССЕС роз'яснити, чи відповідають положення іспанського законодавства про надання оплачуваних відпусток вимогам права ЄС про гендерну рівність. Зокрема, відповідно до іспанського законодавства, матір і батько мають право брати щоденну відпустку тривалістю до однієї години для годування грудної дитини за умови, що вони обоє працюють. ССЕС мав роз'яснити, чи відповідає положенням Директиви 76/207/ЕЕС щодо запровадження принципу рівного ставлення до чоловіків та жінок у питаннях зайнятості, професійної підготовки, підвищення по службі та умов праці ситуація, коли мати дитини є самозайнятою особою, а батько працює і при цьому не має права на таку відпустку.

ССЕС зазначив, що оплачувана відпустка впливає на умови праці, а Директива Ради 76/207/ЕЕС забороняє дискримінацію в умовах праці. ССЕС також підкреслив, що право батька на отримання відпустки залежить від характеру зайнятості матері. Крім того, він вирішив, що цей захід не усуває і не зменшує наявних відмінностей, оскільки може призвести до того, що на самозайняту матір буде покладено додатковий тягар, тому що батько дитини не зможе отримати відпустки по догляду за дитиною. Тому Суд дійшов висновку, що Директива не дозволяє існування подібних положень національного законодавства.

2.6.2. Розходження загальних аргументів

[стор. 46 Посібника]

СЄС, Марк Мішель Йоземанс проти мера Маастріхта (*Marc Michel Josemans v. Burgemeester van Maastricht*) справа C-137/09, 16 грудня 2010 року

Голландський суд звернувся до СЄС за роз'ясненням, чи розповсюджується дія Договорів про ЄС повністю або частково на положення національного законодавства, що регулюють доступ нерезидентів до каві-шопів. Зокрема, йшлося про принципи вільного переміщення товарів та послуг і заборону дискримінації. Що стосується вільного переміщення товарів та послуг, національний суд запитував, чи є заборона доступу нерезидентів до каві-шопів належним і пропорційним заходом на протидію наркотиризму і пов'язаними з цим порушеннями громадської безпеки. Також суд запитував, чи застосовується до цієї ситуації положення про заборону дискримінації за ознакою громадянства. Якщо так, то чи є така непряма дискримінація нерезидентів виправданою, а відповідна заборона – належною та пропорційною на підставах, що зазначені вище.

СЄС зазначив, що чинна в ЄС заборона наркотиків не дозволяє власнику каві-шопу покладатися на принципи свободи пересування і недискримінації в питаннях продажу марихуани. Разом із тим у каві-шопах продаються харчові продукти і безалкогольні напої, на які розповсюджуються положення про свободу надання послуг, і в цьому контексті власник каві-шопу може покладатися на статтю 56 ДФЄС (колишня стаття 40 Договору про заснування Європейської Спільноти (ДЄС)). Положення про вільне пересування товарів у цій ситуації не застосовуються, оскільки немає пересування харчових продуктів і безалкогольних напоїв через кордон. СЄС проаналізував статтю 56 ДФЄС і дійшов висновку, що положення національного законодавства, які дозволяють вхід до каві-шопів виключно резидентам, створюють непряму дискримінацію, оскільки саме нерезиденти швидше за все будуть іноземцями. Боротьба з наркотиризмом і порушеннями громадської безпеки, що з ним пов'язані, є складовою кампанії боротьби з наркотиками і, отже, переслідує законну мету. СЄС вирішив, що такі заходи є належними і пропорційними. Вони не забороняють нерезидентам мати доступ до багатьох інших кафе, де не продають марихуану. Крім того, інші заходи, спрямовані на обмеження наркотиризму, виявилися неефективними. СЄС визнав, що на практиці неможливо реалі-

зувати схему, коли нерезиденти мають право увійти до кав'язу-шопу, але не можуть придбати марихуану.

2.6.4.3. Винятки на підставі віку особи [стор. 54 Посібника]

СЄС, Гізела Розенблад проти прибиральної компанії «Улеркінг» (Gisela Rosenblatt v. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH) справа С-45/09, 12 жовтня 2010 року (Велика палата)

Німецькі суди звернулися до СЄС із проханням роз'яснити обсяг положень права ЄС щодо заборони дискримінації в контексті обов'язкового виходу на пенсію. Пані Розенблад працювала в прибиральній компанії і прибирала військові казарми. У травні 2008 року роботодавець направив їй листа із повідомленням, що до кінця місяця трудові відносини з нею буде припинено на підставі того, що їй виповнилося 65 років – законодавчо встановлений пенсійний вік. Пані Розенблад відмовилася прийняти повідомлення і оскаржила його до суду. У 2004 році федеральний міністр праці заявив, що колективна угода в галузі прибирання, яка передбачає припинення трудового договору після досягнення особою законодавчо встановленого пенсійного віку, має загальну дію. Німецькі суди попросили СЄС оцінити правомірність закону, який дозволяє включати до колективних угод подібні положення про обов'язковий вихід на пенсію, з точки зору Директиви 2000/78/ЄС. Ця Директива забороняє різноманітні форми дискримінації в трудових відносинах, у тому числі дискримінацію за ознакою віку, а стаття 6 передбачає винятки з цього правила.

СЄС вирішив, що, відповідно до статті 6 Директиви, колективні угоди можуть уточнювати законодавчо визначений вік обов'язкового виходу на пенсію. В контексті політики зайнятості це означає, що таке положення повинно переслідувати законну мету, яка має об'єктивне і розумне виправдання. Крім того, заходи досягнення цієї законної мети повинні бути належними та необхідними. Коли застосування національного законодавства відбувається через колективну угоду, ця угода повинна переслідувати законну мету в належний та необхідний спосіб. СЄС також вирішив, що держави – члени ЄС можуть використовувати колективні угоди загальної дії на зразок тих, які застосовує в галузі прибирання Німеччина. Однак це не допускалося б, якщо колективна угода позбавляла б осіб захисту від дискримінації за ознакою віку.

**СЄС, Васіл Іванов Георгієв проти Пловдівського філіалу
Щфійського технічного університету (Vasil Ivanov Georgiev v.
Tehnicheski universitet – Sofia, filial Plovdiv)
об'єднані справи C-250/09 та C-268/09,
18 листопада 2010 року**

Суди Болгарії звернулися до СЄС з приводу положень національного законодавства про обов'язковий вихід на пенсію. Відповідно до законодавства Болгарії, роботодавець має право припинити трудові відносини з викладачем університету після досягнення останнім 65-річного віку, а потім може укласти з ним максимум три однорічні трудові контракти. СЄС мав роз'яснити, чи відповідає таке положення вимогам Директиви 2000/78/ЄС. Відповідно до цієї Директиви, якщо ставлення до однієї особи на підставі, наприклад, віку, є менш сприятливим, ніж ставлення до іншої особи, то це вважається проявом прямої дискримінації. Разом із тим відмінність у ставленні за ознакою віку не вважається дискримінацією, якщо відповідач доведе, що така відмінність має об'єктивне і розумне виправдання на підставі законної мети. Такою метою може виступати законна політика в галузі зайнятості, ринку праці або професійної підготовки. Уряд Болгарії стверджував, що це положення надає молодим спеціалістам доступ до професійної діяльності, допомагаючи тим самим забезпечити безперервну якість викладання та дослідження. Цю позицію підтримала Комісія та уряди Словаччини та Німеччини.

СЄС зазначив, що Директива 2000/78/ЄС дозволяє існування в національному законодавстві положень, відповідно до яких викладачі університету старші за 65 років можуть працювати виключно на умовах строкових однорічних контрактів і повинні вийти на пенсію до 68 років. Водночас такі положення повинні переслідувати законну мету, пов'язану з політикою на ринку праці чи зайнятості, яка може бути досягнута завдяки належним і необхідним заходам. Законна мета може полягати в забезпеченні якісного викладання і оптимального розподілу посад між викладачами, що представляють різні покоління. СЄС також зазначив, що оскільки цей спір виник між індивідом та державною установою, національний суд не може застосовувати положення національного законодавства, що суперечать положенням Директиви.

**СЄС, Герхард Фукс і Петер Кьолер проти землі Гессен
(Gerhard Fuchs and Peter Köhler v. Land Hessen)
об'єднані справи C-159/10 та C-160/10, 21 липня 2011 року**

За німецьким законодавством державні службовці виходять на пенсію після досягнення певного віку, який кожна земля визначає самостійно. У цій справі одна із земель визначила, що державні службовці повинні вийти на пенсію у 65 років, але особа може залишитися на посаді максимум до 68 років, якщо це відповідає інтересам державної служби. Німецькі суди просили СЄС роз'яснити, чи відповідає таке положення вимогам Директиви Ради 2000/78/ЄС.

СЄС зазначив, що бажання уряду забезпечити «збалансовану вікову структуру», яка б допомогла стимулювати зайнятість і підвищення по службі молодих спеціалістів та вдосконалити політику управління персоналом, дійсно становить законну мету. Він також зазначив, що з огляду на переслідувану мету, обов'язковий вихід на пенсію після досягнення особою 65 років не є «нерозумним», і Директива не забороняє вживати заходів, які допомагають досягти цієї мети належними і необхідними засобами. Що стосується інформації, яку держава-член повинна надати на підтвердження виконання зазначених умов, то виключно національні суди мають компетенцію оцінювати належність і необхідність заходів на підставі наданих доказів та відповідних процесуальних правил.

**СЄС, Райнгард Прігге та інші проти «Дойче Люфтганза А.Г.»
(Reinhard Prigge and Others v. Deutsche Lufthansa AG)
справа C-447/09, 13 вересня 2011 року (Велика палата)**

Райнгард Прігге, Міхаель Фромм та Фолькер Ламбах багато років працювали в компанії «Дойче Люфтганза» на посаді пілотів, а пізніше – капітанів екіпажу. Коли їм виповнилося по 60 років, їхні трудові договори автоматично припинилися на підставі колективної угоди. Вони заявили, що постраждали від забороненого за Директивою про рівність у сфері зайнятості (Директива Ради 2000/78/ЄС) дискримінаційного поводження, і звернулися до німецьких судів із проханням визнати їхні трудові відносини з «Дойче Люфтганза» такими, що не припинилися після досягнення ними 60-річного віку, та видати наказ про продовження дії трудових договорів. Федеральний трудовий суд Німеччини (*Bundesarbeitsgericht*) попросив СЄС роз'яснити, чи відповідає вимогам права ЄС положення колективної угоди, що було введено з міркувань повітряної безпеки, і передбачає, що особа може працювати на посаді авіапілота максимум до 60 років.

СЄС насамперед згадав, що, відповідно до права ЄС, колективні угоди з соціальними партнерами, як і національне законодавство держав-членів, повинні поважати принцип недискримінації за ознакою віку, який вважається загальним принципом права ЄС і особливо підкреслюється в директиві, що регулює сферу зайнятості та професійної діяльності. Обмеження роботи на посаді пілота після досягнення особою 60 років має на меті гарантування безпеки пасажирів та осіб, що знаходяться в місцевості, над якою пролітають повітряні судна, а також захист здоров'я та безпеки самих пілотів. Отже, відмінне ставлення і подібне положення колективної угоди може бути виправдане. Водночас СЄС зазначив, що, відповідно до міжнародного і німецького законодавства, не обов'язково забороняти пілотам працювати на цій посаді після досягнення 60 років: достатньо просто обмежити таку діяльність. Тому положення колективної угоди про заборону працювати пілотом після досягнення цього віку не є необхідним заходом для захисту здоров'я та безпеки населення. Крім того, володіння певними фізичними характеристиками може вважатися невід'ємною та вирішальною вимогою до професії авіапilота і пов'язане з віком особи. Така вимога має на меті гарантувати безпеку повітряного руху, а отже, переслідує законну мету, яка може виправдати відмінність у ставленні за ознакою віку. Однак така відмінність у поводженні може бути виправдана лише в дуже небагатьох випадках. У цьому контексті СЄС зазначив, що відповідно до позиції міжнародних і німецьких компетентних органів пілоти до 65 років володіють необхідними для виконання своєї роботи фізичними характеристиками, але між 60 та 65 роками вони можуть виконувати цю роботу тільки за умови, що в складі повітряного екіпажу є пілоти, молодші за 60 років. З іншого боку, соціальні партнери компанії «Люфтганза» визначили, що після досягнення 60-річного віку авіапilот вважається таким, що не володіє фізичними характеристиками, необхідними для виконання професійної діяльності. За таких обставин СЄС вирішив, що встановлений соціальними партнерами максимальний вік для роботи авіапilотів (60 років) є непропорційною вимогою у світлі міжнародного та німецького законодавства, відповідно до якого це вікове обмеження встановлено на рівні 65 років.

3.4.2.4. Європейська конвенція і добробут та освіта

[стор. 77 Посібника]

ЄСПЛ, Пономарьови проти Болгарії (*Popotaryovi v. Bulgaria*) (№ 5335/05), 21 червня 2011 року

Відповідно до болгарського законодавства, громадяни Болгарії і деякі категорії іноземців мають право здобути безплатну початкову і середню освіту. Заявниками по справі виступали два російські школярі, які на той час не мали дозволу на постійне проживання і мешкали в Болгарії зі своєю матір'ю. Вони скаржилися, що зазнали дискримінації, оскільки їх зобов'язали сплатити вартість навчальних послуг, тоді як болгарські громадяни та іноземці з правом постійного проживання в Болгарії не зобов'язані платити за навчання. ЄСПЛ підтримав позицію уряду, що держави можуть мати легітимну мету – економити ресурсовитратні публічні послуги, що надаються на користь короткострокових і нелегальних іммігрантів, які зазвичай не долучаються до фінансування таких послуг. Суд погодився, що організація освітнього процесу, на відміну від деяких інших публічних послуг, вимагає значних зусиль та коштів, і що держави повинні збалансувати освітні потреби осіб, які знаходяться під їхньою юрисдикцією, і мають обмежені можливості задовольняти ці потреби. Водночас Суд зазначив, що Європейська конвенція прав людини (ЄСПЛ) прямо передбачає захист права на освіту. Крім того, це особливий вид публічних послуг, які не тільки безпосередньо слугують тим, хто ними користується, а й виконують широкі суспільні функції і є незамінним інструментом для ствердження прав людини. Заявники не є особами, що прибули до країни нелегально і тоді заявили право на використання публічних ресурсів, включаючи безплатне відвідування школи. Болгарські органи влади особливо не заперечували проти перебування заявників на території Болгарії навіть за відсутності у них дозволу на постійне проживання і не мали серйозного наміру депортувати цих осіб. Тому цілком очевидно, що будь-які аргументи щодо припинення нелегальної імміграції до ситуації заявників не застосовуються. Однак болгарська влада не врахувала жодну з цих обставин, а законодавством не передбачено можливості клопотати про звільнення від обов'язку оплатити шкільну освіту. Тому, враховуючи особливості цієї справи, вимога щодо внесення плати за шкільне навчання на підставі громадянства та імміграційного статусу заявників не може бути виправдана.

ЄСПЛ, Штуммер проти Австрії (Stummer v. Austria) [Велика палата] (№37452/02), 7 липня 2011 року

Заявник був засуджений до двадцяти восьми років позбавлення волі і протягом періоду відбування покарання довгий час працював. Відповідно до австрійського законодавства, він не мав права на пенсію за віком. З 1994 року він був включений до програми страхування на випадок безробіття щодо періоду зайнятості під час відбування покарання, а після виходу з в'язниці отримував допомогу по безробіттю і виплати на випадок нещасного випадку. ЄСПЛ нагадав, що в питаннях пенсійного забезпечення держави мають широку свободу розсуду, яка повинна розглядатися як загальна характеристика системи зайнятості в місцях відбуття покарання і соціального забезпечення ув'язнених. В Європі немає консенсусу з питань соціального забезпечення ув'язнених. Хоча абсолютна більшість держав – членів Ради Європи забезпечують ув'язненим доступ до окремих видів соціального забезпечення, лише деякі з них надають їм пенсії за віком. Окремі держави, наприклад Австрія, надають ув'язненим можливість долучитися до програм пенсійного забезпечення за віком шляхом сплати добровільних внесків. Крім того, австрійське законодавство пішло шляхом включення осіб, які працюють у місцях позбавлення волі, до національної системи соціального забезпечення: такі особи отримують поточне медичне обслуговування та невідкладну медичну допомогу в разі настання нещасного випадку, а з 1994 року вони отримали доступ до системи страхування на випадок безробіття. Важливою обставиною стало те, що хоча заявник і не отримував пенсію за віком, його не позбавили соціальної допомоги. Після виходу на волю він отримував допомогу по безробіттю, виплати на випадок нещасного випадку та компенсацію вартості оплати житла. В сумі це становить 720 євро, що відповідає розміру мінімальної пенсії в Австрії. Отже, беручи до уваги зміну стандартів, не можна карати державу-члена за надання переваги системі страхування, яку вона вважає найбільш придатною для реінтеграції осіб, що вийшли на волю після відбування покарання. Хоча Австрію і зобов'язали повернутися до цього питання під час перегляду справи, по суті ЄСПЛ вирішив, що невключення осіб, які працюють у місцях позбавлення волі, до програм пенсійного забезпечення за віком, не становить перевищення її свободи розсуду з цього питання.

3.4.3.1. **Європейська конвенція і товари та послуги, включаючи житло**

[стор. 81 Посібника]

ЄСПЛ, Бах проти Сполученого Королівства (Bah v. the United Kingdom) (№ 56328/07), 27 вересня 2011 року

Заявниця, громадянка Республіки Сьєрра-Леоне, отримала дозвіл на постійне проживання на території Сполученого Королівства. Після цього їй дозволили перевезти до себе свою неповнолітню дитину за умови, що дитина не матиме доступу до послуг, які фінансуються з державного бюджету. Невдовзі після того, як хлопчик переїхав до матері, орендодавець кімнати, яку вона винаймала, заборонив їй проживати там із дитиною. Заявниця звернулася до місцевих органів по допомогу в пошуках житла. Їй пообіцяли допомогти, але оскільки її син перебував на імміграційному контролі, їй відмовили в наданні пріоритету, який би вона могла отримати як особа, що без власної волі позбавлена житла і має на утриманні неповнолітню дитину. Тому ЄСПЛ вирішив, що відмінність у ставленні до заявниці базується на імміграційному статусі її сина, а не на його національному походженні. Оскільки імміграційний статус особи передбачає можливість вибору, то для виправдання відмінного ставлення на цій підставі не потрібні настільки серйозні аргументи, як для виправдання відмінного ставлення на підставі невід'ємних і незмінних рис особи на зразок статі або раси. Аналогічно, оскільки предмет розгляду цієї справи – забезпечення житлом осіб, що опинилися в скрутному становищі – має переважно соціально-економічну природу, то держави мають відносно широку свободу розсуду у цій сфері. Немає нічого свавільного в тому, що заявниці відмовили в наданні пріоритету. Вона свідомо перевезла свою дитину до Сполученого Королівства і добре розуміла умови, на яких їй це дозволили, а отже, по суті, погодилася не клопотати про надання її сину послуг, що фінансуються з державного бюджету. Відмінність у ставленні до осіб, що заявляють про пріоритетність своїх потреб, посилаючись при цьому на інших осіб, які перебувають у Сполученому Королівстві без законних підстав або на умовах, що не дозволяють використовувати кошти державного бюджету, та осіб в інших умовах, є виправданою. Таке положення спрямоване на забезпечення справедливого розподілу обмеженого ресурсу між різними категоріями заявників. ЄСПЛ не заперечував, що заявниця напевно зазнала серйозних переживань через загрозу залишитися без даху над головою. Однак він зазначив, що фактично вона ніколи не була безпритульною, оскільки існують інші за-

кони, на підставі яких місцеві органи зобов'язані були надати заявниці та її сину допомогу, якби виникла реальна загроза, що вони опиняться на вулиці. В цьому випадку місцеві органи поставилися до неї так само, як і у випадку, якби вона мала пріоритетні права: їй допомогли знайти приватне житло в іншому місці і запропонували соціальне житло строком на сімнадцять місяців. Таким чином, відмінність у ставленні до заявниці має розумне і об'єктивне виправдання.

3.5.1. «Приватна» сфера: особисте і сімейне життя, всиновлення, житло та шлюб

[стор. 85 Посібника]

ЄСтHR, Шеріфе İğit проти Туреччини (Şerife Yiğit v. Turkey) [Велика палата] (№ 3976/05), 2 листопада 2010 року

В 1976 році заявниця уклала шлюб за релігійним обрядом. У 2002 році її чоловік помер. У 2003 році заявниця подала від свого імені та від імені своєї доньки клопотання про визнання свого шлюбу та про внесення дитини до реєстру актів цивільного стану як доньки її чоловіка. Окружний суд задовольнив друге клопотання, однак відмовився визнавати шлюб. Крім того, заявниця звернулася до пенсійного фонду із клопотанням призначити на свою користь та на користь її доньки пенсію та медичне страхування її покійного чоловіка. Пенсійний фонд призначив виплати на користь доньки, однак відмовився надавати їх заявниці на тій підставі, що юридично її шлюб не вважався укладеним. ЄСПЛ зазначив, що, відповідно до національного законодавства та судової практики, право на успадкування соціальних виплат покійного чоловіка або жінки за Цивільним кодексом мають лише ті особи, що перебувають у зареєстрованому шлюбі. Однак заявниця не може стверджувати, що вона має легітимне очікування щодо соціального забезпечення на тій підставі, що їх отримував її партнер. Існують чіткі і доступні правила, що визначають матеріальні та формальні умови цивільного шлюбу, а дії, необхідні для укладення такого шлюбу, є простими і не створюють непідйомного тягаря для зацікавлених осіб. До того ж заявниця мала цілих двадцять шість років, щоб укласти цивільний шлюб. Тому її твердження про те, що вона нібито намагалася врегулювати ситуацію, однак не змогла зробити цього через бюрократичний характер чи надмірну тривалість адміністративних процедур, є безпідставними. Крім того, та обставина, що заявниця та її партнер

вирішили укласти шлюб за релігійним обрядом і не зареєстрували цивільного шлюбу, не створила жодних адміністративних чи кримінально-правових наслідків, які б на практиці запобігали їй жити сімейним життям. Стаття 8 ЄСПЛ не може розглядатися як така, що покладає на держави обов'язок визнавати релігійний шлюб чи зобов'язує їх встановити спеціальний режим для окремих категорій партнерів, що не зареєстрували шлюбу. Отже, якщо відповідно до законодавства заявниця не вважається спадкоємицею, то це не означає, що були порушені її права за статтею 8 Конвенції.

4.2. Стать

[стор. 96 Посібника]

ЄСПЛ, *Андрле проти Чеської Республіки* (*Andrle v. the Czech Republic*) (№ 6268/08), 17 лютого 2011 року

Заявник, батько двох дітей, скаржився, що для чоловіків, які виховують дітей, на відміну від жінок, не передбачено скорочення пенсійного віку. ЄСПЛ погодився, що це правило переслідує законну мету – компенсувати жінкам фактичну нерівність і тяготи, спричинені наявністю особливих історичних умов на теренах колишньої Чехословаччини, коли жінки були змушені доглядати дітей, вести домашнє господарство та ще й працювати повний робочий день. За таких умов національні органи перебувають у кращому становищі, щоб визначити, коли несправедливе ставлення до чоловіків починає переважати над необхідністю виправити пригнічене становище жінок шляхом застосування заходів позитивної дискримінації. У 2010 році уряд Чехії здійснив перші важливі кроки для зрівняння пенсійного віку: було скасовано нижчий пенсійний вік для жінок, що мають одну дитину, і підвищено пенсійний вік жінок загалом, незалежно від того, скільки дітей має жінка. Беручи до уваги поступовий характер демографічних змін, еволюцію розуміння гендерних ролей і складність оцінки всієї пенсійної реформи в широкому контексті, не можна критикувати державу за те, що вона реформує свою пенсійну систему поступово, а не вводить увесь комплекс змін одночасно. За особливих обставин цієї справи підхід національних органів залишатиметься розумним і виправданим доти, доки соціальні та економічні зміни не скасують потребу в особливому ставленні до жінок. Тривалість і обсяг заходів, які є необхідними для виправлення історичної нерівності, не є очевидно нерозумними, а отже, держава не порушила надану їй свободу розсуду в цій сфері.

**СЄС, *Державний пенсійний фонд проти Елізабет Брауер*
(*Rijksdienst voor Pensioenen v. Elisabeth Brouwer*)
справа С-577/08, 29 липня 2010 року**

Протягом 1960–1998 років пані Брауер проживала в Бельгії, але працювала в Нідерландах. Після виходу на пенсію вона отримала право на пенсійне забезпечення, яке до виповнення заявниці 65 років повинна була надавати Бельгія, після чого цей обов'язок переходив до Нідерландів. Бельгія призначила їй пенсію, та оскільки заявниця працювала в іншій державі – члені ЄС, то розмір пенсії був розрахований на базі умовної фіксованої ставки, яка щороку визначалася державою. До 1995 року розмір цієї ставки для чоловіків та жінок відрізнявся. Пані Брауер оскаржила розмір своєї пенсії, посилаючись на неправомірну дискримінацію. Бельгія стверджувала, що дискримінація в цьому випадку відсутня, оскільки відмінність у ставленні має об'єктивне виправдання: фактичний розмір заробітної плати є різним, а отже, розмір пенсії повинен відображати цю відмінність. Строк імплементації Директиви Ради 79/7/ЕЕС, що вводить принцип рівного ставлення до чоловіків та жінок у питаннях соціального забезпечення, завершився 23 грудня 1984 року.

На момент надходження справи до СЄС Бельгія визнала, що відмінне поводження дійсно було, і назвала заходи, яких було вжито для виправлення ситуації. Однак СЄС вказав, що подібні прояви дискримінації не допускаються з моменту спливу строку імплементації Директиви. До завершення строку імплементації Директиви законодавство з цього питання не входило до сфери регулювання договірних положень щодо рівної оплати праці (стаття 157 ДФЄС – колишня стаття 141 ДЄС). Крім того, СЄС відмовився сприймати аргумент Бельгії, що застосування цього рішення має бути обмежене в часі, як це було у справі Барбер (Barber) С-262/88, однак виключно в частині пені за прострочення виплат. Суд зазначив, що фінансові міркування самі по собі не можуть слугувати виправданням цього обмеження. До того ж повинна існувати значна об'єктивна невизначеність щодо наслідків положень права ЄС. СЄС вирішив, що в цьому випадку ситуація є відмінною, і Бельгія не має підстав стверджувати, що відмінність у розмірі заробітної плати – це результат об'єктивних обставин, а не звичайна дискримінація. Крім того, Бельгія не може говорити, що її національне законодавство відповідає праву ЄС на тій підставі, що Європейська Комісія не розпочала провадження щодо неправомірності дій Бельгії.

**СЄС, *Dīta Даноса проти ЛКБ. Лізінгс СІА*
(*Dīta Danosa v. LKB Līzīngs SIA*)
справа С-232/09, 11 листопада 2010 року**

Латвійські суди звернулися до СЄС з питанням щодо відповідності положення латвійського законодавства вимогам Директиви Ради 92/85/ЕЕС стосовно охорони здоров'я та безпеки умов праці вагітних жінок. Директива зобов'язує держави – члени ЄС заборонити розривання трудових відносин з жінками протягом періоду від початку вагітності і до завершення декретної відпустки. СЄС мав роз'яснити, чи поширюється така заборона на випадки, коли ця особа є членом правління відкритого товариства, і чи може вона вважатися працівником в розумінні цієї Директиви. У зв'язку з цим Суд мав оцінити роль членів правління та рівень автономності, з якою вони уповноважені діяти, враховуючи, що компанія контролюється загальними зборами акціонерів та довірчою радою. Крім того, Суд мав розглянути Директиву 76/207/ЕЕС щодо рівного ставлення до чоловіків та жінок у питаннях зайнятості, професійної підготовки, підвищення по службі та умов праці.

СЄС вирішив, що член правління повинен вважатися працівником, якщо він чи вона: надає компанії послуги і є її невід'ємною частиною, протягом певного періоду часу виконує свої обов'язки під наглядом іншого органу компанії і отримує винагороду за свою роботу. Директиву Ради 92/85/ЕЕС слід розуміти як таку, що не допускає існування положень національного законодавства, які без жодних обмежень дозволяють звільняти з роботи члена правління – «вагітну працівницю». Крім того, СЄС вирішив, що навіть якщо працівницю не можна вважати «вагітною працівницею» в розумінні Директиви Ради 92/85/ЕЕС, пряме чи опосередковане усунення члена правління від роботи на підставі вагітності може стосуватися виключно жінок, а отже, становить пряму дискримінацію за ознакою статі, що суперечить Директиві Ради 76/207/ЕЕС.

**СЄС, *Бельгійська асоціація споживачів Test-Achats ASBL та інші проти Ради Міністрів*
(*Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v. Conseil des ministres*)
Справа С-236/09, 1 березня 2011 року (Велика палата)**

Бельгійське законодавство дозволяє використовувати стаття застрахованої особи як обставину, що впливає на розмір страхових внесків та виплат, оскільки Бельгія скористалася передбаченим статтею 5(2) Директиви Ради 2004/113/ЄС правом відходу від зобов'язань. Скаржники заявили, що це суперечить

принципу рівного ставлення до чоловіків та жінок. Конституційний суд Бельгії звернувся до ССЕС із проханням роз'яснити, чи відповідає стаття 5(2) Директиви Ради 2004/113/ЄС положенням статті 6(2) Договору про Європейський Союз, а саме закріпленим у ній гарантіям рівності та недискримінації.

ССЕС почав з того, що процитував положення права ЄС, які встановлюють принцип рівного ставлення до чоловіків та жінок. Він нагадав, що на момент прийняття Директиви у сфері страхових послуг існувала загальноприйнята практика використання страхових обставин, пов'язаних зі статтю особи, а отже, існувала потреба у введенні перехідного періоду. Стаття 5(1) Директиви покладає на держави-члени обов'язок до 21 грудня 2007 року скасувати відмінність у розмірі премій та пільг, які залежить від статі особи, а стаття 5(2) дозволяє окремим державам-членам вводити пропорційні відмінності розміру страхових внесків та виплат, якщо стать є визначальним фактором при оцінці ризиків, заснованих на точних відповідних страхових і статистичних даних. Через п'ять років після запровадження Директиви до національного законодавства, тобто після 21 грудня 2012 року, держави – члени ЄС зобов'язані перевірити, наскільки ці винятки зберігають свою актуальність, беручи до уваги найновіші страхові та статистичні дані; крім того, через три роки після введення Директиви до національного законодавства держави повинні відзвітувати перед Комісією.

Рада висловила сумніви з приводу того, чи можна в цій ситуації порівнювати становище чоловіків та жінок з огляду на те, що рівень страхових ризиків, заснованих на статистиці, може бути різним для чоловіків та жінок. ССЕС відхилив цей аргумент на тій підставі, що в основі Директиви лежить ідея, відповідно до якої для цілей застосування принципу рівного ставлення до чоловіків та жінок по щодо страхових внесків та виплат вони знаходяться у становищі, яке можна порівнювати. Відповідно, існує ризик того, що стаття 5(2) може на необмежений час створити підстави для відходу від зобов'язання рівного ставлення до чоловіків та жінок. Це положення суперечить меті рівного ставлення до чоловіків та жінок. Тому ССЕС вирішив, що статтю 5(2) слід визнати нечинною після завершення відповідного періоду, в цьому випадку – після 21 грудня 2012 року.

4.3. Сексуальна орієнтація

[стор. 104 Посібника]

ЄСПЛ, *Шальк і Конф проти Австрії* (*Schalk and Kopf v. Austria*) (№ 30141/04), 24 червня 2010 року

У 2002 році заявники (одностатєва пара) звернулися до компетентних органів із клопотанням про реєстрацію шлюбу. Відповідно до чинного на той момент національного законодавства, шлюб міг бути зареєстрований виключно між особами протилежної статі, на підставі чого їхнє клопотання було відхилене. 1 січня 2010 року набув чинності Закон Австрії про зареєстроване партнерство, відповідно до якого одностатєві пари отримали формальний механізм визнання і створення юридичних наслідків своїх стосунків. ЄСПЛ спочатку проаналізував, чи може до цієї ситуації застосовуватися гарантоване статтею 12 Конвенції право «чоловіків та жінок» на укладення шлюбу. ЄСПЛ зазначив, що хоча одностатєві шлюби дозволяються лише в шести державах – членах ЄС, положення Хартії основоположних прав ЄС стосовно права на укладення шлюбу не містять словосполучення «чоловік та жінка», а отже, право на укладення шлюбу не обов'язково означає шлюб між двома особами протилежної статі. Тому не можна стверджувати, що стаття 12 ЄКПЛ до ситуації заявників не застосовується. Разом із тим Хартія дозволяє державам-членам на рівні національного законодавства вирішувати, чи визнають вони одностатєві шлюби. ЄСПЛ підкреслив, що національні органи перебувають у кращому становищі, щоб оцінити і задовольнити потреби суспільства у цій сфері, адже шлюб має глибокий соціальний і культурний підтекст, що має свої відмінності в кожному суспільстві. Тому ЄСПЛ зробив висновок, що стаття 12 Конвенції не покладає на державу-відповідача обов'язку забезпечити право на укладення одностатєвих шлюбів, а отже, порушення цієї статі відсутнє.

Разом із тим, з огляду на стрімку еволюцію сприйняття одностатєвих стосунків, що відбулася у Європі протягом останнього десятиліття, ЄСПЛ не зміг би заперечити, що такі пари не живуть «сімейним життям», гарантії якого передбачені статтею 8 Конвенції. Тому ЄСПЛ вперше вирішив, що стосунки заявників – осіб однієї статі, які спільно проживали у стабільному партнерстві – підпадають під поняття «сімейного життя» на зразок стосунків між особами різної статі за аналогічних обставин. Зважаючи на висновок Суду по статті 12, Суд не знайшов підстав погодитися із позицією заявників, що стаття 14 у поєднанні зі статтею 8 покладає на державу обов'язок забезпечити одностатєвим парам можливість зареєструвати шлюб. Залишалось перевірити, чи зобов'язана

держава надати заявникам альтернативні можливості юридичного визнання їхнього партнерства раніше, ніж вона це фактично зробила. Попри наявність тенденції до юридичного визнання одностатевих союзів ця сфера продовжує еволюціонувати, і консенсус з цього питання відсутній; держави мають свободу розсуду стосовно часу введення законодавчих змін. Австрійське законодавство відображає ці тенденції, і законодавець не може бути покараний за те, що ухвалив Закон про зареєстроване партнерство тільки у 2010 році. Зрештою, той факт, що правовий режим союзу за Законом про зареєстроване партнерство значною мірою відрізняється від правового режиму шлюбу, багато в чому відповідає ситуації в інших державах-членах, що мають подібне законодавство. Більше того, оскільки заявники безпосередньо не оскаржували обмеження своїх батьківських прав, ЄСПЛ не повинен детально аналізувати ці відмінності, оскільки це виходило б за межі справи. Тому він дійшов висновку, що порушення прав заявників за ЄКПЛ відсутнє.

ЄСПЛ, *P.V. проти Іспанії (P.V. v. Spain)* (№ 35159/09), 30 листопада 2010 року

У минулому заявник був одружений і мав сина, але потім змінив стать з чоловічої на жіночу. Під час процедури розлучення було вирішено, що дитина залишається з матір'ю, батьківські обов'язки виконуються обома батьками спільно і батько має право на спілкування з дитиною. Минуло два роки, і колишня дружина заявника вирішила позбавити його батьківських прав та заборонити контакти з дитиною на тій підставі, що заявник перебуває у процесі зміни статі. ЄСПЛ зазначив, що суди при розв'язанні цього питання повинні взяти до уваги підтвержену висновком психолога емоційну нестабільність заявника і ризик того, що емоційний стан батька може передатися дитині, якій на момент початку провадження було шість років, і порушити її психологічний баланс. Суди відмовилися задовольнити клопотання матері про позбавлення заявника батьківських прав і можливості спілкуватися з дитиною. Натомість, вони визначили новий порядок спілкування, що має бути поступовим і враховувати експертні рекомендації. В мотивувальній частині рішення зазначено, що вирішальною обставиною на користь зміни порядку спілкування батька і дитини є не зміна статі заявника, а пріоритет інтересів дитини: суди вирішили обмежити спілкування, щоб дитина мала можливість поступово призвичаїтися до зміни статі батька. Тому ЄСПЛ вирішив, що в цьому випадку порушення Конвенції відсутні.

4.5. Вік

[стор. 110 Посібника]

СЄС, Товариство інженерів Данії проти Південної області (*Ingeniørforeningen i Danmark v. Region Syddanmark*) справа С-499/08, 12 жовтня 2010 року (Велика палата)

Данські суди звернулися до СЄС стосовно чинної в Данії законодавчої моделі вивільнення працівників, зайнятих на оплачуваній роботі. Відповідно до цієї моделі, якщо особа відпрацювала на такій роботі 12, 15 або 18 років, то роботодавець зобов'язаний сплатити їй суму, що дорівнює розміру заробітної плати за один, два або три місяці, відповідно. Однак, якщо особа до вивільнення їй 50 років вступила до програми пенсійного забезпечення за віком, і її роботодавець здійснював відповідні відрахування, то вона не має права на таку компенсацію. На момент звільнення пан Андерсен прослужив 27 років у місцевих органах влади, і суд підтвердив його право на отримання компенсації. Місцеві органи відмовилися виплатити скаржнику компенсацію на тій підставі, що йому виповнилося 63 роки, а отже, він досягнув пенсійного віку і має право на отримання пенсії. Данський суд попросив СЄС оцінити правомірність такої схеми у світлі заборони прямої та непрямої дискримінації за ознакою віку на підставі Директиви Ради 2000/78/ЄС, що запроваджує загальну правову базу в питаннях рівного ставлення у сфері зайнятості.

Відповідаючи на питання данських судів, СЄС зазначив, що Директива Ради 2000/78/ЄС забороняє існування в національному законодавстві положень, які позбавляють особу, що має право на пенсію за віком, права на отримання вихідної допомоги у зв'язку зі звільненням, якщо така особа вступила до програми пенсійного забезпечення до досягнення нею 50 років. Він підкреслив, що в такому випадку особам, які мають право на отримання пенсії за віком, буде важче реалізувати своє право на працю, оскільки тоді вони не матимуть права на вихідну допомогу, коли шукатимуть нову роботу. Таке правило фактично позбавляє права на отримання вихідної допомоги у зв'язку зі звільненням цілої категорії працівників. Також існує ймовірність, що такі працівники будуть змушені погодитися на меншу пенсію, ніж ту, яку б вони отримали, якби залишилися працювати. Це не дозволяє працівникам реалізувати свій законний інтерес, а різниця у ставленні до цієї категорії осіб та осіб, що не мають права на отримання пенсії за віком, не є виправданою.

4.7. Громадянство або національне походження

[стор. 114 Посібника]

ЄСПЛ, *Фосі проти Греції та Сайдун проти Греції* (*Fawsie v. Greece and Saidoun v. Greece*) (№ 40080/07 та № 40083/07), 28 жовтня 2010 року

Заявниці (громадянки Сирії та Лівану) з моменту отримання у 1990-х роках статусу політичних біженців, постійно проживали на території Греції. Компетентний орган відмовив їм у призначенні допомоги для багатодітних родин на тій підставі, що вони не є громадянами Греції чи однієї з держав – членів ЄС або біженцями грецького походження. ЄСПЛ не став заперечувати, що грецький законодавець переслідує ціль розв'язання демографічних проблем. Водночас він нагадав, що необхідно навести дуже вагомі підстави, аби виправдати відмінне ставлення, що базується виключно на підставі громадянства, і тому відмовився визнати правомірним критерій, що полягає суто в наявності грецького громадянства чи походження. Суд звернув особливу увагу на те, що протягом періоду, який має значення для вирішення цієї справи, такий критерій не мав однакового застосування в законодавстві та судовій практиці. Крім того, Греція є стороною Женевської конвенції про статус біженців, відповідно до якої держави зобов'язані надавати біженцям, що на законних підставах перебувають на їхній території, ті самі державні виплати і допомогу, що і своїм власним громадянам. Тому відмова призначити скаргникам допомогу для багатодітних родин не має розумного виправдання.

СЄС, *Марі Ландтова проти* *Чеського управління соціального забезпечення* (*Marie Landtová v. Česká správa socialního zabezpečení*) справа С-399/09, 22 червня 2011 року

Пані Ландтова (громадянка і мешканка Чехії) з 1964 року по 31 грудня 1992 року проживала на території Республіки Чехословаччина. Після розпаду Чехословаччини пані Ландтова працювала на території Словацької, а потім на території Чеської Республіки. Чеський орган соціального забезпечення призначив їй часткову пенсію за віком. Розмір пенсії заявниці було визначено на підставі положень Угоди з питань соціального забезпечення між Чеською та Словацькою Республікою. Відповідно до цієї Угоди, розмір страхового стажу заявниці станом на 31 грудня 1992 року має розраховуватися на підставі законодавства Словаць-

кої Республіки, оскільки головний офіс її роботодавця знаходиться на території Словаччини (положення, що набрало чинності на підставі пункту 6 Додатку III(A) Регламенту 1408/71). Пані Ландтова оскаржила розмір призначеної їй пенсії, стверджуючи, що Чеський орган соціального забезпечення не врахував усі страхові періоди, які повинен був врахувати. Справа потрапила до Верховного адміністративного суду, і Суд вирішив перевірити, чи забороняють положення пункту 6 Додатку III(A) Регламенту 1408/71 у поєднанні зі статтею 7(2)(с) цього ж документа існування правил національного законодавства, відповідно до яких розмір надбавки до допомоги для осіб похилого віку, що призначається на підставі Угоди про соціальне забезпечення, є нижчим за розмір допомоги, яку особа могла б отримувати, якби розмір її пенсії розраховувався відповідно до пенсійного законодавства Чеської Республіки. Також постало питання, чи є рішення Конституційного суду, відповідно до якого виплата відповідної допомоги передбачена виключно для громадян Чехії, що проживають на території Чеської Республіки, дискримінаційним і чи суперечить воно статті 13 ДЄС і положенням статей 3(1) та 10 Регламенту 1408/71.

СЄС вирішив, що пункт 6 Додатку III(A) не забороняє існування положень національного законодавства, що передбачають виплату надбавки, оскільки це не призводить до паралельного призначення допомоги для осіб похилого віку або повторного врахування одного й того ж страхового періоду. Єдиний його наслідок – це зменшення об'єктивно встановлених відмінностей між різними видами соціальних виплат. Такий підхід запобігає виникненню «колізій між системами національного законодавства» відповідно до мети, визначеної абзацом восьмим преамбули до Регламенту 1408/71, і не суперечить критеріям розподілу компетенції за Угодою про соціальне забезпечення (Додаток III(A)). Разом із тим СЄС дійшов висновку, що рішення Конституційного суду, яким виплата надбавки передбачається виключно для громадян Чехії, що проживають на території Чеської Республіки, спричиняє пряму і непряму дискримінацію за ознакою громадянства, оскільки наслідки вибору місця проживання суперечать інтересам осіб, які скористалися правом вільного пересування, тому це рішення явно суперечить статті 3(1) Регламенту 1408/71. Що стосується практичних наслідків цього рішення, СЄС додатково зазначив, що за умови дотримання загальних принципів право ЄС не забороняє заходи, спрямовані на забезпечення рівності шляхом надання менших переваг для осіб, ставлення до яких у минулому було преференційним. Однак до моменту введення таких заходів право ЄС не вимагало, щоб особи, що, як і заявниця, вже отримують додаткову соціальну допомогу, мають бути позбавлені цих переваг.

4.8. Релігія чи переконання

[стор. 119 Посібника]

ЄСПЛ, Союз церков «Слово життя» та інші проти Хорватії (Savez crkava 'Riječ života' and Others v. Croatia) (№ 7798/08), 9 грудня 2010 року

Реформістські церкви, що були зареєстровані як релігійні спільноти відповідно до національного законодавства Хорватії, хотіли укласти з урядом угоду про відносини держави і церкви. Без такої угоди вони не могли провадити релігійну освіту в державних школах і дитячих садках; крім того, держава не визнавала шлюби, укладені відповідно до релігійного обряду. Влада повідомила заявників, що вони не виконують усіх необхідних умов для укладення такої угоди, зокрема їхня спільнота не була присутня на території Хорватської держави з 1941 року і не налічує хоча б 6 000 послідовників. ЄСПЛ зазначив, що Конвенція загалом не покладає на держави обов'язку прирівнювати юридичні наслідки релігійного шлюбу до юридичних наслідків цивільного шлюбу або дозволяти викладання основ релігії в школах і дитячих садках. Однак, якщо держава вийшла за межі Конвенції і добровільно визнала ці права за релігійними спільнотами, то вона не може вводити заходи, що є дискримінаційними в розумінні статті 14 Конвенції щодо осіб, які їх реалізують. В цій ситуації державні органи відмовилися укласти угоду із заявниками на тій підставі, що їхні церкви не задовольняють низку визначених національним законодавством умов історичного та кількісного характеру. Однак уряд уклав аналогічні угоди з іншими релігійними спільнотами, які так само не задовольняють кількісних критеріїв, але довели, що відповідають альтернативному критерію належності до «історичних релігійних спільнот європейського кола». Уряд не навів жодних аргументів на обґрунтування того, чому церкви заявників не задовольняють цих критеріїв. На цій підставі ЄСПЛ вирішив, що умови, визначені національним законодавством, застосовуються до релігійних спільнот на нерівних засадах.

ЄСПЛ розглянув справу з точки зору Протоколу № 12 до Конвенції і зазначив, що, беручи до уваги наявність у держави свободи в питаннях укладення угод з релігійними спільнотами, скарга заявників з цього питання не стосується «прав, що спеціально надані їм відповідно до національного законодавства». Разом із тим вона потрапляє до третьої категорії скарг, зазначених у Пояснювальному звіті до Протоколу № 12, оскільки стосується можливої дискримінації «з боку державного органу в реалізації його дискреційних повноважень». Оскільки ЄСПЛ знайшов

порушення статті 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 9 Конвенції, то він вирішив, що необхідність розглядати цю скаргу за Протоколом № 12 відсутня.

ЄСПЛ, Мілановіч проти Сербії (*Milanović v. Serbia*) (№ 44614/07), 14 грудня 2010 року

На заявника, лідера сербської релігійної спільноти Харе Кришни, декілька разів напали неподалік його помешкання. Він повідомив про це у поліцію, зазначивши, що напад міг бути скоєний членами правоекстремістського угруповання. Поліція допитала кількох свідків і підозрюваних, однак не змогла ідентифікувати жодного з нападників і отримати хоч якусь інформацію про їхнє угруповання. В одному зі своїх звітів поліція згадувала загальновідому релігійну належність заявника і його «дуже дивну зовнішність». В наступному звіті зазначалося, що заявник розголосив інформацію про інцидент, «підкреслюючи» свої релігійні погляди, і що не можна виключати версію самокалічення. ЄСПЛ зауважив, що при розслідуванні насильства з мотивів расової ненависті державні органи додатково зобов'язані здійснити всі розумні кроки з метою викриття можливих релігійних мотивів і встановити наявність або відсутність мотивів релігійної ненависті чи упереджень, навіть якщо таке насильство було здійснене приватними особами. У випадку заявника, коли є підозри, що нападники належать до ультраправого екстремістського угруповання, недопустимо, щоб розслідування тривало декілька років і державні органи не вчинили жодних адекватних кроків для ідентифікації нападників і притягнення їх до відповідальності. Більше того, судячи з поведінки та звітів поліції, є очевидним, що вона мала великі сумніви щодо релігійних переконань і правдивості свідчень заявника. Отже, хоча державні органи перевірили вказані заявником версії щодо наявності релігійних мотивів нападників, насправді це був мінімальний вихід за рамки формального розслідування.

ЄСПЛ, О'Донogh'ю та інші проти Сполученого Королівства (*O'Donoghue and Others v. the United Kingdom*) (№ 34848/07), 14 грудня 2010

Починаючи з 2005 року особи, що перебувають на імміграційному контролі і бажають укласти шлюб у будь-якій іншій церкві, ніж англіканська, повинні отримати згоду державного секретаря у формі офіційного дозволу, плата за який становить 295 фунтів стерлінгів. Заявниця (громадянка Нігерії, яка просила притулку в Сполученому Королівстві) не хотіла укладати шлюб в ан-

гліканській церкві, оскільки вони з нареченим були католики. У будь-якому разі, в Північній Ірландії немає англіканської церкви. Заявники звернулися по дозвіл і водночас подали клопотання про звільнення від сплати внеску, посилаючись на скрутне матеріальне становище, однак отримали відмову. В липні 2008 року вони все ж отримали дозвіл: друзі допомогли їм зібрати необхідні кошти. ЄСПЛ вирішив, що ця схема створює дискримінацію за ознакою релігії. Становище заявників дуже подібне до становища осіб, що бажають і можуть укласти шлюб за обрядом англіканської церкви. Хоча такі особи є вільними в укладенні шлюбу, заявники не хотіли (з огляду на свої релігійні переконання) і не могли (через проживання на території Північної Ірландії) укласти такий шлюб. Таким чином, вони могли одружитися тільки після подання клопотання про отримання відповідного дозволу і сплати значного грошового внеску. Отже, існує явна різниця у ставленні до цих категорій осіб, яка не має жодного об'єктивного і розумного виправдання.

4.10. Соціальне походження, народження та майновий стан

[стор. 124 Посібника]

СЄС, Зої Чатці проти Міністерства фінансів (*Zoi Chatzi v. Ipourgos Ikonominon*) Справа С-149/10, 16 вересня 2010 року

Грецькі суди звернулися до СЄС із проханням роз'яснити положення Директиви Ради 96/34/ЄС щодо Рамкової угоди про відпустки по догляду за дитиною і Хартії основоположних прав Європейського Союзу. Звернення було зроблено в рамках судового провадження за позовом пані Чатці, матері двох близнюків, проти її роботодавця (Міністерства фінансів Греції). Після народження дітей скаржниця отримала дев'ятимісячну відпустку по догляду за дитиною, однак їй не дозволили взяти другу відпустку. СЄС мав роз'яснити, чи становить надання лише однієї декретної відпустки у випадку народження близнюків дискримінацію за ознакою народження всупереч вимогам статті 21 Хартії. Якщо ні, то чи можна розуміти термін «народження» (статті 2(1) Директиви) так, що якщо у жінки одна за одною народилося дві дитини, то це дає їй право на дві декретні відпустки. Якщо ні, то підтвердити, що одні пологи створюють право на одну відпустку, незалежно від кількості народжених дітей, і що це не вважатиметься порушенням Хартії.

СЄС відповів, що права за Рамковою угодою надаються батькам як працівникам, щоб допомогти їм поєднувати свої трудові та батьківські обов'язки. Ані Рамкова угода, ані Хартія не передбачають, що право на декретну відпустку належить дитині. Тому надання лише однієї відпустки у випадку народження близнюків не становить дискримінації за ознакою народження. Крім того, СЄС вирішив, що Рамкова угода не може тлумачитися як така, що автоматично надає право на окрему відпустку за народження кожної дитини. Суд визнав, що Рамкова угода просто встановлює мінімальні вимоги, і держави-члени можуть вводити свої правила надання декретних відпусток, строк яких не може бути меншим за три місяці. Разом із тим законодавчі органи держав-членів ЄС повинні пам'ятати, що при введенні заходів на імплементацію положень Рамкової угоди до національних правових систем необхідно враховувати принцип рівного поводження і переконатися, що ставлення до батьків дітей-близнюків враховує їхні потреби.

4.12. «Інші ознаки»

[стор. 127 Посібника]

ЄСПЛ, *Кіютін проти Росії (Kiyutin v. Russia)* (№ 2700/10), 10 березня 2011 року

Заявник, громадянин Узбекистану, у 2003 році приїхав до Росії, де уклав шлюб із російською громадянкою. В них народилася дитина. Заявник подав клопотання про отримання дозволу на постійне проживання, однак йому відмовили на тій підставі, що він має ВІЛ-інфекцію. ЄСПЛ раніше вже зазначав, що вади фізичного розвитку і різноманітні ушкодження здоров'я серед іншого входять до переліку ознак, передбачених статтею 14 Конвенції, і що такий підхід цілком узгоджується із позицією членів міжнародної спільноти. Отже, відмінне ставлення до особи на основі стану її здоров'я, включаючи ВІЛ-статус, охоплюється поняттям «іншої ознаки» за статтею 14 у поєднанні зі статтею 8 Конвенції. Ситуація заявника є аналогічною до ситуації осіб, що звернулися до компетентних органів із клопотанням про отримання дозволу на проживання на території Росії на підставі сімейного стану, однак при цьому ставлення до заявника є відмінним через його ВІЛ-позитивний статус. Межі свободи розсуду держави у цій сфері є вузькими, оскільки ВІЛ-позитивні люди належать до особливо вразливої категорії осіб, що потерпали від значної дискримінації у минулому, і в Європі немає консенсусу щодо недопущення державами таких осіб до проживання на своїх територіях. Спеціалісти в галузі охорони здоров'я і міжнародні органи погоджуються, що ці суперечливі за-

ходи переслідують легітимну мету – захист здоров'я населення, однак вважають, що обмеження пересування ВІЛ-позитивних людей не може виправдовуватися міркуваннями захисту громадського здоров'я. Такі обмеження можуть видатися ефективними в разі інфекцій, що передаються контактним шляхом і мають короткий інкубаційний період, наприклад холери чи жовтої лихоманки, та саме лише перебування ВІЛ-позитивної особи на території країни не становить загрози громадському здоров'ю. ВІЛ не передається випадково; це відбувається швидше через специфічну поведінку, а способи передавання ВІЛ завжди однакові і не залежать від тривалості перебування на території країни чи громадянства особи. Крім того, для туристів, короткострокових відвідувачів та російських громадян, що повертаються з-за кордону, відсутні будь-які пов'язані з ВІЛ-статусом обмеження щодо в'їзду на територію Росії, хоча не можна стверджувати, що такі особи з меншою, ніж осілі мігранти ймовірністю, вдаватимуться до небезпечної поведінки. Крім того, різне ставлення до довгострокових ВІЛ-позитивних резидентів і короткострокових відвідувачів могла би бути об'єктивно виправдана тим, що перша категорія осіб створить надмірний тягар для державної системи охорони здоров'я, однак у випадку Росії цей аргумент не працює, оскільки, відповідно до російського законодавства, іноземці безплатно мають право лише на невідкладну медичну допомогу. ЄСПЛ звернув увагу на ще один момент – загальний та невибірковий характер цього сумнівного обмеження. Положення, відповідно до якого іноземці, що виявилися ВІЛ-позитивними, депортуються, не дозволяє здійснити оцінку індивідуальних ситуацій, виходячи з обставин кожного окремого випадку. У випадку заявника державні органи відмовили йому виключно на підставі закону, без урахування його стану здоров'я і наявності родинних зв'язків у Росії. На підставі цих міркувань ЄСПЛ вирішив, що заявник постраждав від дискримінації за ознакою стану свого здоров'я.

5.2. Поділ обов'язку доведення

[стор. 134 Посібника]

**СЄС, Патрік Келлі проти Національного університету
Ірландії (Університетського коледжу Дубліна)
(Patrick Kelly v. National University of Ireland
(University College, Dublin))
Справа С-104/10, 21 липня 2011 року**

Пан Келлі подав документи до Університетського коледжу Дубліна (УКД) на програму професійної підготовки, однак йому відмовили в зарахуванні на програму. Пан Келлі стверджував, що така відмова становить дискримінацію за ознакою статі і вимагав, щоб адміністрація коледжу оприлюднила списки абітурієнтів. УКД надав йому скорочені списки. Ірландський суд звернувся до СЄС за роз'ясненнями стосовно положень Директиви Ради 97/80/ЄС про обов'язок доведення у справах про дискримінацію за ознакою статі; Директиви Ради 76/207/ЄЕС про запровадження принципу рівного ставлення до чоловіків та жінок у питаннях зайнятості, професійної підготовки, підвищення по службі та умов праці (Директива про рівне ставлення), а також Директиви 2002/73/ЄС, що вносить зміни до Директиви 76/207/ЄЕС. Ірландський суд запитував, (i) чи має пан Келлі право на доступ до повних версій документів для *prima facie* (базового. – Прим. перекл.) обґрунтування свого позову на підставі Директив Ради ЄЕС, 97/80/ЄС і 2002/73/ЄС, та (ii) чи впливають на це право положення національного права чи права ЄС у сфері конфіденційності.

СЄС вирішив, що загалом ані Директива Ради 97/80/ЄС, ані Директива про рівне поводження не надають особі, яка подає документи на програму професійної підготовки, права на доступ до інформації про інших абітурієнтів на тій підставі, що ця особа скаржиться на дискримінацію, і що надання такої інформації тягне за собою застосування положень права ЄС у сфері конфіденційності і захисту персональних даних. Водночас СЄС зазначив, що саме національний суд повинен встановити, чи вимагає мета Директиви 97/80/ЄС розкриття таких фактів в окремих справах.

5.3. Роль статистичних та інших даних

[стор. 139 Посібника]

**СЄС, Вальтрауд Брахнер проти Фонду
пенсійного страхування (Waltraud Brachner v.
Pensionsversicherungsanstalt)
Справа C-123/10, 20 жовтня 2011 року**

Австрійські суди, розглядаючи справу про дискримінацію в реалізації схеми державного пенсійного забезпечення, звернулися до СЄС із проханням роз'яснити положення статті 4(1) Директиви Ради 79/7/ЕЕС щодо прогресивної імплементації принципу рівного ставлення до чоловіків та жінок у питаннях соціального забезпечення. Схема базувалася на спеціальних одноразових надбавках з метою підтримання купівельної спроможності австрійських пенсіонерів. Така надбавка призначалася за умови, що дохід особи не перевищує встановлений рівень, і не призначалася, якщо особа проживає з другим із подружжя і їхній сукупний дохід перевищує встановлений рівень. Звернення було зроблено в рамках судового провадження за позовом проти Австрійського фонду пенсійного страхування пані Брахнер, яку позбавили права на отримання компенсації на тій підставі, що сукупний дохід скаржниці та її чоловіка перевищував мінімальний розмір.

СЄС вирішив, що ця схема не спричиняє прямої дискримінації, оскільки застосовується до всіх без винятку пенсіонерів незалежно від статі особи. Водночас подані до національного суду дані свідчать, що відсоток жінок з мінімальним рівнем доходу є вищим (57% жінок проти 25% чоловіків). Це пояснюється тим, що схема існує за рахунок внесків її учасників, а жінки в Австрії працюють на декілька років менше, ніж чоловіки. В результаті 82% жінок чоловіків з мінімальним рівнем доходу не отримали надбавку внаслідок застосування правила про сукупний дохід, тоді як серед чоловіків таких осіб було лише 58%. Тому національний суд може сміливо виносити рішення про недопустимість існування правил національного законодавства, які позбавляють надбавки до пенсії значно більший відсоток жінок, ніж чоловіків, оскільки вони призводить до непрямої дискримінації жінок.

Показчик судових справ

Справи Міжнародного суду справедливості

Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) [1955] ICJ Reports, 4, 23, 6 April 1955..... 114

Справи Європейського суду справедливості

Abrahamsson and Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist, Case C-407/98 [2000]..... 41

Allonby v. Accrington and Rossendale College, Case C-256/01 [2004]..... 24

Angelidaki and Others v. Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis, Case C-378/07 [2009]..... 83

Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v. Conseil des ministres, Case C-236/09, 1 March 2011 (GC)..... 163

Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group, Case C-262/88 [1990]..... 71

Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber Von Hartz, Case 170/84 [1986]..... 47

Blaizot v. Université de Liège and Others, Case 24/86 [1988]..... 72

Burton v. British Railways Board, Case 19/81 [1982]..... 71

Casagrande v. Landeshauptstadt München, Case 9/74 [1974]..... 77

Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV, Case C-54/07 [2008]..... 133

Chacón Navas v. Euresst Colectividades SA, Case C-13/05 [2006]..... 73

Chen v. Secretary of State for the Home Department, Case C-200/02 [2004]..... 115

Coleman v. Attridge Law and Steve Law, Case C-303/06 [2008]..... 28

Commission v. France, Case 318/86 [1988]..... 50

Commission v. France, Case C-35/97 [1998]..... 76

Commission v. Germany, Case 248/83 [1985]..... 50

<i>Criminal Proceedings against Even, Case 207/78 [1979]</i>	76
<i>Criminal Proceedings against Mutsch, Case 137/84 [1985]</i>	77
<i>De Weerd, née Roks, and Others v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen and Others, Case C-343/92 [1994]</i>	32, 103, 140
<i>Defrenne v. SABENA, Case 43/75 [1976]</i>	96
<i>Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, Case C-177/88 [1990]</i>	26
<i>Dita Danosa v. LKB Lizings SIA, Case C-232/09, 11 November 2010</i>	163
<i>Fiorini (née Cristini) v. SNCF, Case 32/75 [1975]</i>	75
<i>Garland v. British Rail Engineering Limited, Case 12/81 [1982]</i>	71
<i>Gerhard Fuchs and Peter Köhler v. Land Hessen, Joint Cases C-159/10 ma C-160/10, 21 July 2011</i>	155
<i>Gerster v. Freistaat Bayern, Case C-1/95 [1997]</i>	125
<i>Gisela Rosenblatt v. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH, Case C-45/09, 12 October 2010 (GC)</i>	153
<i>Gravier v. Ville de Liège and Others, Case 293/83 [1985]</i>	72
<i>Groener v. Minister for Education and the Dublin Vocational Educational Committee Case C-379/87 [1989]</i>	122
<i>Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main and Silvia Becker v. Land Hessen, Joined Cases C-4/02 and C-5/02 [2003]</i>	31, 141
<i>Hill and Stapleton v. The Revenue Commissioners and Department of Finance, Case C-243/95 [1998]</i>	97
<i>Hütter v. Technische Universität Graz, Case C-88/08 [2009]</i>	57
<i>Ingeniørforeningen i Danmark v. Region Syddanmark, Case C-499/08, 12 October 2010 (GC)</i>	167
<i>Jamställdhetsombudsmannen v. Orebro Lans Landsting, Case C-236/98 [2000]</i>	71
<i>Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Case 222/84 [1986]</i>	49
<i>Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg, Case C-147/08, 10 May 2011 (GC)</i>	149

<i>K.B. v. NHS Pensions Agency, Case C-117/01 [2004]</i>	99
<i>Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, Case C-450/93 [1995]</i>	41
<i>Kohl v. Union des Caisses de Maladie, Case C-158/96, [1998]</i>	80
<i>Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg, Case C-33/89 [1990]</i>	32, 140
<i>Kreil v. Bundesrepublik Deutschland, Case C-285/98 [2000]</i>	52
<i>Lewen v. Denda, Case C-333/97 [1999]</i>	71
<i>Lommers v. Minister van Landbouw, Case C-476/99 [2002]</i>	71
<i>Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern, Case C-207/98 [2000]</i>	51
<i>Marc Michel Josemans v. Burgemeester van Maastricht,</i> <i>Case C-137/09, 16 December 2010</i>	152
<i>Marie Landtová v. Česká správa socialního zabezpečení,</i> <i>Case C-399/09, 22 June 2011</i>	168
<i>Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, Case C-409/95 [1997]</i>	41
<i>Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, Case C-267/06 [2008]</i>	27
<i>Matteucci v. Communauté française of Belgium, Case 235/87 [1988]</i>	76
<i>Megner and Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz,</i> <i>Case C-444/93 [1995]</i>	102
<i>Meyers v. Adjudication Officer, Case C-116/94 [1995]</i>	69, 70
<i>Müller Fauré v. Onderlinge Waarborgmaatschappij, Case C-385/99 [2003]</i>	80
<i>Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg, Case C-184/89 [1991]</i>	32, 140
<i>Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover, Case C-317/93 [1995]</i>	32, 102, 140
<i>P. v. S. and Cornwall County Council, Case C-13/94 [1996]</i>	29
<i>Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA, Case C-411/05 [2007]</i>	55, 71
<i>Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin),</i> <i>Case C-104/10, 21 July 2011</i>	175
<i>Pedro Manuel Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA, Case C-104/09, 30</i> <i>September 2010</i>	151
<i>Peerbooms v. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, Case C-157/99 [2001]</i>	80
<i>Pensionsversicherungsanstalt v. Christine Kleist,</i> <i>Case C-356/09, 18 November 2010</i>	150
<i>R v. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith and Perez,</i> <i>Case C-167/97 [1999]</i>	141
<i>Reina v. Landeskreditbank Baden- Württemberg, Case 65/81 [1982]</i>	76

<i>Reinhard Prigge and Others v. Deutsche Lufthansa AG, Case C-447/09, 13 September 2011 (GC)</i>	155
<i>Richards v. Secretary of State for Work and Pensions, Case C-423/04 [2006]</i>	25, 99
<i>Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung, Case C-171/88 [1989]</i>	32, 140
<i>Rijksdienst voor Pensioenen v. Elisabeth Brouwer, Case C-577/08, 29 July 2010</i>	162
<i>Sabbatini v. European Parliament, Case 20/71 [1972]</i>	71
<i>Sahlstedt and Others v. Commission, Case C-362/06 [2009]</i>	83
<i>Schnorbus v. Land Hessen, Case C-79/99 [2000]</i>	70, 102
<i>Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence, Case C-273/97 [1999]</i>	52
<i>Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG, Case C-381/99 [2001]</i>	136
<i>Vasil Ivanov Georgiev v. Tehnicheski universitet – Sofia, filial Plovdiv, Joint Cases C-250/09 ma C-268/09, 18 November 2010</i>	154
<i>Vassilakis and Others v. Dimos Kerkyras, Case C-364/07 [2008]</i>	83
<i>Waltraud Brachner v. Pensionsversicherungsanstalt, Case C-123/10, 20 October 2011</i>	176
<i>Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd, Case C-32/93 [1994]</i>	26
<i>Zoi Chatzi v. Ipourgos Ikonomikon, Case C-149/10, 16 September 2010</i>	172

Справи Європейського суду з прав людини

<i>Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK (Nos. 9214/80, 9473/81 and 9474/81), 28 May 1985</i>	117
<i>Alujer Fernández and Caballero García v. Spain (dec.) (No. 53072/99), 14 June 2001</i>	119
<i>Anakomba Yula v. Belgium (No. 45413/07), 10 March 2009</i>	84, 116
<i>Andrejeva v. Latvia [GC] (No. 55707/00), 18 February 2009</i>	67, 77, 117
<i>Andrle v. the Czech Republic (No. 6268/08), 17 February 2011</i>	161
<i>Aziz v. Cyprus (No. 69949/01), 22 June 2004</i>	28
<i>Bączkowski and Others v. Poland (No. 1543/06), 3 May 2007</i>	36, 88
<i>Bah v. the United Kingdom (No. 56328/07), 27 September 2011</i>	159

<i>Balsytė-Lideikienė v. Lithuania</i> (No. 72596/01), 4 November 2008	90
<i>Barrow v. UK</i> (No. 42735/02), 22 August 2006	102
<i>Bigaeva v. Greece</i> (No. 26713/05), 28 May 2009	73
<i>Bouamar v. Belgium</i> (No. 9106/80), 29 February 1988	91, 111
<i>Buckley v. UK</i> (No. 20348/92), 25 September 1996	80
<i>Burden v. UK</i> [GC] (No. 13378/05), 29 April 2008	22, 25, 47
<i>C. v. Belgium</i> (No. 21794/93), 7 August 1996	117
<i>Campbell and Cosans v. UK</i> (Nos. 7511/76 and 7743/76), 25 February 1982	121
<i>Carson and Others v. UK</i> [GC] (No. 42184/05), 16 March 2010	22, 25, 67, 127
<i>Case ‘relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium’ v. Belgium</i> (Nos. 1474/62 and others), 23 July 1968	123
<i>Castells v. Spain</i> (No. 11798/85), 23 April 1992	88, 126
<i>Cha’are Shalom Ve Tsedek v. France</i> [GC] (No. 27417/95), 27 June 2000	119
<i>Chahal v. UK</i> (No. 22414/93), 15 November 1996	117
<i>Chassagnou and Others. v. France</i> (Nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95), 29 April 1999	125
<i>Christine Goodwin v. UK</i> [GC] (No. 28957/95), 11 July 2002	99, 100
<i>Church of Scientology Moscow v. Russia</i> (No. 18147/02), 5 April 2007	121
<i>D.G. v. Ireland</i> (No. 39474/98), 16 May 2002	91, 111
<i>D.H. and Others v. the Czech Republic</i> [GC] (No. 57325/00), 13 November 2007	22, 30, 31, 32, 78, 135, 138, 142
<i>Dahlab v. Switzerland</i> (dec.) (No. 42393/98), 15 February 2001	122
<i>Danilenkov and Others v. Russia</i> (No. 67336/01), 30 July 2009	73, 127
<i>Demir and Baykara v. Turkey</i> (No. 34503/97), 12 November 2008	73
<i>Đokić v. Bosnia and Herzegovina</i> (No. 6518/04), 27 May 2010	82
<i>Dudgeon v. UK</i> (No. 7525/76), 22 October 1981	105
<i>E.B. v. France</i> [GC] (No. 43546/02), 22 January 2008	66, 86, 105
<i>Engel and Others v. the Netherlands</i> (Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72), 8 June 1976	127
<i>Fawsie v. Greece</i> (No. 40080/07), 28 October 2010	168
<i>Féret v. Belgium</i> (No. 15615/07), 16 July 2009	90
<i>Fretté v. France</i> (No. 36515/97), 26 February 2002	105
<i>Gaygusuz v. Austria</i> (No. 17371/90), 16 September 1996	24, 67, 72, 118

<i>Glor v. Switzerland</i> (No. 13444/04), 30 April 2009.....	108
<i>Graziani-Weiss v. Austria</i> (No. 31950/06), 18 October 2011.....	147
<i>Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani</i> v. Italy (no. 2) (No. 26740/02), 31 May 2007.....	127
<i>Handyside v. UK</i> (No. 5493/72), 7 December 1976.....	126
<i>Hasan and Chaush v. Bulgaria</i> [GC] (No. 30985/96), 26 October 2000.....	121
<i>Hoogendijk v. the Netherlands</i> (dec.) (No. 58641/00), 6 January 2005.....	22, 139
<i>I. v. UK</i> [GC] (No. 25680/94), 11 July 2002.....	100
<i>K.H. and Others v. Slovakia</i> (No. 32881/04), 28 April 2009.....	77
<i>Karner v. Austria</i> (No. 40016/98), 24 July 2003.....	106
<i>Kiyutin v. Russia</i> (No. 2700/10), 10 March 2011.....	173
<i>Köse and Others v. Turkey</i> (dec.) (No. 26625/02), 24 January 2006.....	122
<i>Koua Poirrez v. France</i> (No. 40892/98), 30 September 2003.....	67, 77, 118
<i>L. v. Lithuania</i> (No. 27527/03), 11 September 2007.....	100
<i>Laduna v. Slovakia</i> (No. 31827/02), 13 December 2011.....	148
<i>Le Pen v. France</i> (No. 18788/09), 20 April 2010.....	90
<i>Loizidou v. Turkey</i> (No. 15318/89), 18 December 1996.....	62
<i>Luczak v. Poland</i> (No. 77782/01), 27 November 2007.....	24
<i>Mazurek v. France</i> (No. 34406/97), 1 February 2000.....	85, 87, 124
<i>Members of the Gldani Congregation of Jehovah's</i> <i>Witnesses and Others v. Georgia</i> (No. 71156/01), 3 May 2007.....	90
<i>Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova</i> (No. 45701/99), 13 December 2001.....	121
<i>Milanović v. Serbia</i> (No. 44614/07), 14 December 2010.....	171
<i>Moldovan and Others v. Romania</i> (no. 2) (Nos. 41138/98 and 64320/01), 12 July 2005.....	82, 84
<i>Moustaquim v. Belgium</i> (No. 12313/86), 18 February 1991.....	23, 117
<i>Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia</i> (No. 72881/01), 5 October 2006.....	121
<i>Muñoz Díaz v. Spain</i> (No. 49151/07), 8 December 2009.....	86
<i>Nachova and Others v. Bulgaria</i> [GC] (Nos. 43577/98 and 43579/98), 6 July 2005.....	89, 135, 136

<i>O'Donoghue and Others v. the United Kingdom</i> (No. 34848/07), 14 December 2010.....	171
<i>Opuz v. Turkey</i> (No. 33401/02), 9 June 2009.....	30, 91, 142
<i>Oršuš and Others v. Croatia</i> [GC] (No. 15766/03), 16 March 2010.....	78, 143
<i>P.V. v. Spain</i> (No. 35159/09), 30 November 2010.....	166
<i>Paraskeva Todorova v. Bulgaria</i> (No. 37193/07), 25 March 2010.....	36, 84
<i>Pearson v. UK</i> (No. 8374/03), 22 August 2006.....	102
<i>Petrov v. Bulgaria</i> (No. 15197/02), 22 May 2008.....	127
<i>Ponomaryovi v. Bulgaria</i> (No. 5335/05), 21 June 2011.....	157
<i>Pretty v. UK</i> (No. 2346/02), 29 April 2002.....	37, 109
<i>Price v. UK</i> (No. 33394/96), 10 July 2001.....	109
<i>Rasmussen v. Denmark</i> (No. 8777/79), 28 November 1984.....	85, 87
<i>S.L. v. Austria</i> (No. 45330/99), 9 January 2003.....	105
<i>Sahin v. Germany</i> [GC] (No. 30943/96), 8 July 2003.....	87, 127
<i>Saidoun v. Greece</i> (No. 40083/07), 28 October 2010.....	168
<i>Savez crkava 'Riječ života' and Others v. Croatia</i> (No. 7798/08), 9 December 2010.....	170
<i>Schalk and Kopf v. Austria</i> (No. 30141/04), 24 June 2010.....	165
<i>Schwizgebel v. Switzerland</i> (No. 25762/07), 10 June 2010.....	110, 186
<i>Šečić v. Croatia</i> (No. 40116/02), 31 May 2007.....	89
<i>Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina</i> [GC] (Nos. 27996/06 and 34836/06), 22 December 2009.....	113, 114
<i>Şerife Yiğit v. Turkey</i> [GC] (No. 3976/05), 2 November 2010.....	160
<i>Sidabras and Džiautas v. Lithuania</i> (Nos. 55480/00 and 59330/00), 27 July 2004.....	66, 73
<i>Śławomir Musiał v. Poland</i> (No. 28300/06), 20 January 2009.....	78
<i>Smith and Grady v. UK</i> (Nos. 33985/96 and 33986/96), 27 September 1999.....	82
<i>Socialist Party and Others v. Turkey</i> (No. 21237/93), 25 May 1998.....	88
<i>Sommerfeld v. Germany</i> [GC] (No. 31871/96), 8 July 2003.....	65, 85, 87, 127
<i>Stec and Others v. UK</i> [GC] (Nos. 65731/01 and 65900/01), 12 April 2006.....	67, 101
<i>Steel and Morris v. UK</i> (No. 68416/01), 15 February 2005.....	126
<i>Stummer v. Austria</i> [GC] (No. 37452/02), 7 July 2011.....	158
<i>T. v. UK</i> [GC] (No. 24724/94), 16 December 1999.....	110
<i>Thlimmenos v. Greece</i> [GC] (No. 34369/97), 6 April 2000.....	37

<i>Timishev v. Russia (Nos. 55762/00 and 55974/00),</i> 13 December 2005.....	113, 114, 135
<i>Turan Cakir v. Belgium (No. 44256/06), 10 March 2009.....</i>	89
<i>Ünal Tekeli v. Turkey (No. 29865/96), 16 November 2004.....</i>	97
<i>V. v. UK [GC] (No. 24888/94), 16 December 1999.....</i>	110
<i>Valkov and Others v. Bulgaria (No. 2033/04 and others), 25 October 2011.....</i>	148
<i>Van Kück v. Germany (No. 35968/97), 12 June 2003.....</i>	100
<i>Walker v. UK (No. 37212/02), 22 August 2006.....</i>	102
<i>Weller v. Hungary (No. 44399/05), 31 March 2009.....</i>	29, 67, 127
<i>Willem v. France (No. 10883/05), 16 July 2009.....</i>	90
<i>Wintersberger v. Austria (friendly settlement)</i> <i>(No. 57448/00), 5 February 2004.....</i>	44
<i>Zarb Adami v. Malta (No. 17209/02), 20 June 2006.....</i>	30, 66, 98
<i>Zeïbek v. Greece (No. 46368/06), 9 July 2009.....</i>	115

Справи Європейського комітету з соціальних прав

<i>Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) v. Bulgaria</i> <i>(Complaint No. 41/2007), 3 June 2008.....</i>	134
<i>SUD Travail Affaires Sociales v. France (Complaint No. 24/2004),</i> <i>8 November 2005.....</i>	134

Справи Комітету з прав людини

<i>Diergaardt and Others v. Namibia,</i> <i>Communication No. 760/1997, 6 September 2000.....</i>	123
--	-----

Справи національних судових органів

<i>Austria – Bezirksgericht Döbling, GZ 17 C 1597/05f-17, 23 January 2006.....</i>	79
<i>Austria – Equal Treatment Commission, Senate III.....</i>	114
<i>Belgium – Decision of Correctionele Rechtbank van Antwerpen,</i> <i>6 December 2004.....</i>	81

Bulgaria – Decision No. 164 on Civil Case No. 2860/2006, Sofia Regional Court, 21 June 2006	35
Cyprus – Ref. A.K.I. 37/2008, Equality Body, 8 October 2008	38
Finland – Vaasan Hallinto-oikeus – 04/0253/3, Vaasa Administrative Tribunal	54
France – Boutheiller c. Ministère de l'éducation, Judgment No. 0500526-3, Rouen Administrative Court, 24 June 2008	38
France – Decision No. M 08-88.017 and No. 2074, Court of Cassation Criminal Chamber, 7 April 2009	79
France – Lenormand v. Balenci, No. 08/00907, Nîmes Court of Appeal, 6 November 2008	79
Hungary – Decision No. 654/2009, 20 December 2009, Equal Treatment Authority	34
Hungary – Equal Treatment Authority, Case No. 72, April 2008	79
Slovenia – Advocate of the Principle of Equality, Decision No. UEM-0921-1/2008-3, 28 August 2008	144
Sweden – Escape Bar and Restaurant v. Ombudsman against Ethnic Discrimination T-2224-07, Supreme Court, 1 October 2008	79, 139
Sweden – HomO, Dossier No. 262/06, 21 June 2006	104
Sweden – Ombudsman Against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation v. A.S., Case No. T-3562-06, Svea Court of Appeal, 11 February 2008	34, 80
UK – Amicus MSF Section, R (on the application of) v. Secretary of State for Trade and Industry, UK High Court, 26 April 2004	54
UK – Eweida v. British Airways Plc, UK Court of Appeal, 12 February 2010	144
UK – Islington London Borough Council v. Ladele (Liberty intervening), UK Court of Appeal, 12 February 2010	120
UK – James v. Eastleigh Borough Council [1990] UK House of Lords 6, 14 June 1990	27
UK – MacCulloch v. Imperial Chemical Industries plc, UK Employment Appeals Tribunal, 22 July 2008	56

Перелік правових інструментів

Міжнародні інструменти

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(4 листопада 1950 року)

Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (16 грудня 1966 року)

Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права
(16 грудня 1966 року)

Конвенція ООН проти катувань (9 грудня 1975 року)

Міжнародна конвенція про ліквідацію усіх форм расової дискримінації
(4 січня 1969 року)

Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок
(18 грудня 1979 року)

Конвенція ООН про права осіб з обмеженими можливостями
(13 грудня 2006 року)

Конвенція ООН про права дитини (20 листопада 1989 року)

Загальна декларація прав людини (10 грудня 1948 року)

Інструменти ЄС

Хартія основоположних прав Європейського Союзу (7 грудня 2000 року)

Рекомендація Комісії 92/131/ЕЕС про захист гідності жінок та чоловіків у трудових відносинах (27 листопада 1991 року)

Декларація Ради про реалізацію Рекомендації Комісії про захист гідності жінок та чоловіків у трудових відносинах, включаючи кодекс практик щодо боротьби із сексуальним переслідуванням (19 грудня 1991 року)

Директива Ради 79/7/ЕЕС про прогресивну реалізацію принципу рівного ставлення до чоловіків та жінок у питаннях соціального захисту (19 грудня 1978 року)

Директива Ради 2000/78/ЕС про створення загальних основ рівного ставлення у сфері зайнятості та професійної діяльності (27 листопада 2000 року)

Директива 2006/54/ЕС Європейського парламенту і Ради про реалізацію принципу рівних можливостей і рівного ставлення до чоловіків та жінок у питаннях зайнятості та професійної діяльності (нова редакція) (5 липня 2006 року)

Директива Ради 76/207/ЕЕС про реалізацію принципу рівного ставлення до чоловіків та жінок у питаннях зайнятості, професійної підготовки і кар'єрного зростання, а також умов праці (9 лютого 1976 року)

Директива Ради 2004/113/ЕС про реалізацію принципу рівного ставлення до чоловіків та жінок у питаннях доступу до товарів і послуг (13 грудня 2004 року)

Директива Ради 2000/43/ЕС про реалізацію принципу рівного ставлення до осіб незалежно від їхнього расового чи етнічного походження (29 червня 2000 року)

Лісабонський договір, що вносить зміни до Договору про Європейський Союз і Договору про заснування Європейської Спільноти (13 грудня 2007 року)

Інтернет-ресурси

Джерело	Веб-адреса ²⁷³
Освітній портал Ради Європи про права людини для професійних юристів	www.coehelp.org/
Екінет, «Динамічна інтерпретація: практичне застосування європейського антидискримінаційного права», випуски I–IV	www.equineteurope.org/equinetpublications.html
Європейська мережа правових експертів у галузі недискримінації, «Новин»	www.non-discrimination.net/news
Гргріч, Матага, Лонгар і Вільфан. Право власності за ЄСПЛ: посібник про права людини № 10, 2007 рік	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123
Протокол № 12 до Конвенції про права людини і основоположні свободи (ЄСД № 177), пояснювальний звіт, пункт 22	http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm
Кілкеллі. Право на повагу до особистого та сімейного життя: посібник про права людини № 10, 2001 рік	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636

273 Перехід по усіх зазначених посиланнях здійснювався 10 березня 2011 року.

Джерело	Веб-адреса²⁷³
Екінет. Боротьба з дискримінацією в доступі до товарів і послуг	www.equineteurope.org/68.html
Джог'якартські принципи про застосування міжнародного права прав людини щодо сексуальної орієнтації і гендерної ідентифікації	www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm
Інформаційний портал Агенції ЄС з питань основоположних прав людини	http://infoportal.fra.europa.eu
Звіт Агенції ЄС з питань основоположних прав про наслідки прийняття Директиви про расову рівність і позиції профспілок та роботодавців	http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_racial_equal_directive_en.htm
Практичний приклад 15: арешт, досудове затримання і жорстоке поводження з чоловіками ромського походження	www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1
Мердок. Свобода думки, совісті та релігії: посібник про права людини № 2, 2007 рік	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122
Посібники Ради Європи з прав людини	www.coehelp.org/course/view.php?id=54
Боротьба з дискримінацією: навчальні матеріали	http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=427&langId=en&moreDocuments=yes

273 Перехід по усіх зазначених посиланнях здійснювався 10 березня 2011 року.

Примітка щодо цитування

Вище наведено перелік судових справ. Поряд із кожною назвою міститься детальна інформація, за допомогою якої можна знайти повний текст відповідного судового рішення. Це може бути корисним, якщо читач захоче детально дослідити, яким чином відповідний суд аналізував обставини справи і обґрунтовував своє рішення.

Переважа більшість рішень, використаних у цій публікації, були винесені ЄСПЛ або ЄСС, а отже, саме про них піде мова.

Разом із тим аналогічний підхід можна застосовувати для дослідження національних каталогів судових справ.

Рішення ЄСПЛ можна знайти на порталі HUDOC за адресою: www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/. Доступ до судової практики ЄСПЛ на порталі HUDOC є безплатним. Портал має зручну пошукову систему, за допомогою якої можна з легкістю знайти потрібну справу.

Найпростіший спосіб знайти справу – це ввести номер заяви у пошукове вікно під назвою «Номер заяви».

Рішення ЄСС можна знайти на порталі CURIA за адресою: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/formpl?lang=en>. Доступ до судової практики ЄСС на порталі CURIA є безплатним. Портал має зручну пошукову систему, за допомогою якої можна з легкістю знайти потрібну справу. Найпростіший спосіб знайти справу – це ввести номер справи у пошукове вікно під назвою «Номер справи».

Крім того, ці чи будь-які інші системи, що використовує читач, дозволяють завантажити перелік рішень за датою їх винесення. До кожної справи, що згадується у Посібнику, наведено інформацію про дату її винесення. Це полегшує пошук справи в базі даних за критерієм дати.

Агенція Європейського Союзу з питань основоположних прав
Європейський суд з прав людини – Рада Європи

Посібник з європейського антидискримінаційного права

2011 — 196 стор. — 14.8 x 21 см

ISBN 978-92-871-9995-9 (Рада Європи)

ISBN 978-92-9192-667-1 (Агенція з питань основоположних прав)

ISBN 978-617-684-068-8 (Укр.)

doi:10.2811/11978

Інформацію про Агенцію Європейського Союзу з питань основоположних прав можна знайти в мережі Інтернет, зокрема, на веб-сайті Агенції за адресою: fra.europa.eu.

Додаткову інформацію щодо практики Європейського Суду з прав людини можна знайти на веб-сайті Суду за адресою: echr.coe.int. На пошуковому порталі HUDOC розміщено англomовні та франкомовні рішення і ухвали Суду з перекладом на інші мови, щомісячні огляди судової практики, прес-релізи та інша інформація про роботу Суду.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

Європейське антидискримінаційне право – антидискримінаційні директиви ЄС і стаття 14 та Протокол № 12 до Європейської конвенції з прав людини – забороняє дискримінацію в різноманітних контекстах і на різноманітних підставах. У Посібнику досліджується європейське антидискримінаційне право, що ґрунтується на зазначених правових інструментах. Посібник розглядає ці джерела як дві взаємодоповнювані системи, по чергово звертаючись до них у частині, де вони перетинаються, і підкреслюючи наявні відмінності. Європейський суд з прав людини і Суд справедливості Європейського Союзу створили потужний доробок судової практики у сфері недискримінації. Тому було вирішено створити цей Посібник у комплекті з компакт-диском (доступний лише англійською мовою, українською не перекладався), де в доступній формі викладені матеріали, що стануть в нагоді юристам-практикам (суддям, прокурорам, адвокатам, співробітникам правоохоронних органів) з країн Європейського Союзу, Ради Європи та інших юрисдикцій.

АГЕНЦІЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ З ПИТАНЬ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРАВ

Шварценбергплац, 11 - 1040 Відень - Австрія
Тел. +43 (1) 580 30-60 - Факс +43 (1) 580 30-693
fra.europa.eu - info@fra.europa.eu

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ СУД З ПРАВ ЛЮДИНИ

РАДА ЄВРОПИ

67075 Страсбург Седекс - Франція
Тел. +33 (0) 3 88 41 20 18 - Факс +33 (0) 3 88 41 27 30
echr.coe.int - publishing@echr.coe.int

ISBN 978-617-684-068-8



9 786176 840688 >