

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ  
НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ  
ДЕРЖАВНОГО БУДІВНИЦТВА ТА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ  
ЛЬВІВСЬКА ЛАБОРАТОРІЯ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

ВПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ  
МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТИВ ПРАВ ЛЮДИНИ  
(ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ, МЕТОДОЛОГІЧНІ  
ТА ПРИКЛАДНІ АСПЕКТИ)

«Медицина і право»  
2023

Рекомендовано до друку вченою радою  
НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України  
(Протокол від 23.11.2023 р. № 11)

Рецензенти: доктор юридичних наук, професор, член-кор. НАПрН України,  
керівник Західного наукового центру НАПрН України, **В. К. Грищук**  
доктор юридичних наук, професор, суддя Касаційного адміністративного суду  
у складі Верховного Суду, член-кор. НАПрН України, **С. Г. Стеценко**

**Впровадження** в Україні міжнародних стандартів прав людини (загальнотеоретичні, методологічні та прикладні аспекти). Монографія. Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України. Редкол.: П. М. Рабінович та ін. Серія І. Дослідження та реферати. Вип. 37. Львів, «Медицина і Право», 2023. 270 с.

Пропонована монографія продовжує започатковане 1997 року видання праць Львівської лабораторії прав людини Академії правових наук України (нині – Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України). У ній висвітлюються результати досліджень міжнародних стандартів прав людини як у загальнотеоретичній, так і практичній площині та деякі проблеми впровадження в Україні таких стандартів в умовах євроінтеграції.

Монографічне видання відображає результати наукових пошуків творчого колективу фундаментальної теми «Впровадження в Україні міжнародних стандартів прав людини в умовах європейської інтеграції». РК УкрІНТЕІ № 0120U101157.

Призначена для науковців, викладачів, здобувачів вищої освіти юридичних та інших гуманітарних навчальних закладів, юристів-практиків та й, зрештою, для усіх, хто не байдужий до означеної проблематики.

#### **Засновник:**

Президія Національної академії правових наук України

#### **Редакційна колегія:**

П. М. Рабінович (голова), С. П. Добрянський (відповідальний секретар),  
В. Т. Нор, О. В. Петришин, В. Ф. Сіренко.

ISBN 978-966-2019-46-9

© Львівська лабораторія  
прав людини і громадянина, 2023  
© Гончаров В. В., Добрянський С. П.,  
Литвинюк К.О., Мирцало П. Р.,  
Наконечна А. М., Панкевич О. З.,  
Рабінович П. М., Рабінович С. П.,  
Томіна О. В., Тополевський Р. Б., 2023

## ЗМІСТ

ПЕРЕДНЄ СЛОВО .....	6
<i>Частина I.</i> МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ОСНОВОПОЛОЖНИХ (БУТТЄВИХ) ПРАВ ЛЮДИНИ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА .....	8
<i>Розділ 1.</i> МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ. ПОТРЕБОВИЙ ПІДХІД ЯК ВИЗНАЧАЛЬНИЙ ІНСТРУМЕНТ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ПРАВОВОСТІ ЛЮДСЬКИХ МОЖЛИВОСТЕЙ .....	9
1.1. Методологія теоретико-правових досліджень (загальне поняття, структура) .....	9
1.2. Потребовий підхід – методологічна основа дослідження основоположних (буттєвих) прав людини.....	16
<i>Розділ 2.</i> ОСНОВОПОЛОЖНІ (БУТТЄВІ) ПРАВА І СВОБОДИ ЛЮДИНИ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА .....	22
2.1. Поняття та сутність основоположних (буттєвих) прав і свобод людини .....	22
2.2. Зміст і обсяг буттєвих прав та свобод людини .....	29
2.3. Класифікація буттєвих прав і свобод людини: деякі дискусійні моменти.....	31
2.4. Міжнародні стандарти буттєвих прав і свобод людини .....	34
2.5. Здійснення буттєвих прав і свобод людини та його межі.....	35
<i>Розділ 3.</i> РОЛЬ ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ У ЗАХИСТІ ПРАВ ЛЮДИНИ .....	40
3.1. Вступ .....	40
3.2. Визначеність та невизначеність: деякі методологічні аспекти.....	40
3.3. Правова визначеність як складова верховенства права ..	44
3.4. Принцип неприпустимості ретроспективного застосування закону.....	52
3.5. Доктрина невизначеності в правовій системі Сполучених Штатів Америки.....	53
<i>Розділ 4.</i> ВПЛИВ НОВІТНІХ ТЕХНОЛОГІЙ НА РОЗВИТОК ПРАВ ЛЮДИНИ. «ЧЕТВЕРТЕ ПОКОЛІННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ» .....	59

<i>Частина II.</i>	ВПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ АКТУАЛЬНИХ РІЗНОВИДІВ ПРАВЛЮДИННИХ СТАНДАРТІВ: СУЧАСНИЙ СТАН, ПРОБЛЕМИ, ШЛЯХИ ЇХ РОЗВ'ЯЗАННЯ.....	70
<i>Розділ 5.</i>	ПРАВО ЛЮДИНИ НА НЕДИСКРИМІНАЦІЮ: ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ЗАХИСТУ .....	71
5.1.	Вступні зауваги .....	71
5.2.	Вихідна інтерпретація ЄСПЛ права людини на недискримінацію .....	74
5.3.	Подальший розвиток ЄСПЛ розуміння заборони дискримінації .....	84
<i>Розділ 6.</i>	СТАНДАРТИ РЕПРОДУКТИВНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ У ПРАВОВОМУ ПОЛІ РАДИ ЄВРОПИ .....	99
6.1.	Вступ.....	99
6.2.	Юридичне визнання примусового переривання вагітності.....	99
6.3.	Право людини на продовження роду із застосуванням сучасних наукових досягнень.....	105
6.4.	Сурогатне материнство.....	111
6.5.	Примусове медичне лікування .....	116
6.6.	Гарантування одностатевим парам права на укладення шлюбу та усиновлення дітей.....	117
6.7.	Право людини на визначення гендерної ідентичності та визнання права трансгендерів укладати шлюб.....	118
6.8.	Свобода від насильства та право на життя.....	119
6.9.	Вибір форми родів чи право народжувати вдома.....	119
<i>Розділ 7.</i>	МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ГРОМАДСЬКИХ АКТИВІСТІВ ТА ПИТАННЯ ЇХНЬОГО ЗАХИСТУ В УКРАЇНІ .....	140
<i>Розділ 8.</i>	ПРАВО НА МИРНІ ЗІБРАННЯ В УКРАЇНІ ТА ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ РЕАЛІЗАЦІЇ .....	145
<i>Розділ 9.</i>	ВПРОВАДЖЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ ПРАВ ЛЮДИНИ У ПРАКТИКУ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ: ПОЛІТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ .....	160
9.1.	Політизованість конституційної юстиції та проблема її «політизації» .....	161
9.2.	Правове значення цілей конституційного правосуддя.....	165

9.3.	Участь конституційного суду у здійсненні установчої влади: питання правових меж конституційного контролю .....	169
9.4.	Структура і зміст вимоги незалежності конституційного правосуддя .....	176
9.5.	Юридичні обмеження розсуду в конституційному судочинстві .....	188
<i>Розділ 10.</i>	<b>ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА СКОЄНІ ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ ВНАСЛІДОК АГРЕСІЇ РФ ПРОТИ УКРАЇНИ</b> .....	209
<b>ДОДАТКИ</b> .....		223
	Резолюція Генеральної Асамблеї ООН, ухвалена 02 березня 2022 року ES-11/1 «Агресія проти України» .....	224
	Резолюція Ради з прав людини ООН, ухвалена 04 березня 2022 року 49/1 «Становище у сфері прав людини в Україні внаслідок російської агресії» .....	233
	Резолюція Генеральної Асамблеї ООН, ухвалена 24 березня 2022 року ES-11/2 «Гуманітарні наслідки агресії проти України» .....	244
	Резолюція Генеральної Асамблеї ООН, ухвалена 07 квітня 2022 року ES-11/3 «Зупинення прав, пов'язаних з членством Російської Федерації в Раді з прав людини ООН» .....	252
	Резолюція Ради з прав людини ООН від 12 травня 2022 року S-34/1 «Погіршення ситуації з правами людини в Україні, викликане російською агресією» .....	255
	Резолюція Генеральної Асамблеї ООН, ухвалена 12 жовтня 2022 року ES-11/4 «Територіальна цілісність України: захист принципів, закріплених в Статуті Організації Об'єднаних Націй» .....	263
	<b>АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ</b> .....	268

## **Розділ 5**

### **ПРАВО ЛЮДИНИ НА НЕДИСКРИМІНАЦІЮ: ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ЗАХИСТУ**

#### **5.1. Вступні зауваги**

Серед світоглядних та морально-правових цінностей більшості сучасних спільнот принцип рівності (поряд із принципами людської гідності, свободи й справедливості, що перебувають між собою у нерозривному діалектичному взаємозв'язку) посідає одне із чільних місць. Однак, очевидно, що не існує єдиного всеохоплюючого поняття рівності, й іноді висловлюються небезпідставні сумніви в тому, що вона в принципі може бути визначена як єдина соціальна категорія. Ясна річ, що це пов'язано насамперед із багатоаспектністю, багатогранністю самого поняття, яке може розглядатися у правовому, соціальному, економічному, етичному плані.

Як слушно зазначається у вітчизняній науковій літературі, принцип рівності може розумітися та захищатися по-різному, залежно від того, чи розуміється він широко або вузько, застосовується для захисту особи чи групи осіб, розуміється він як такий, що забороняє певні види дискримінації, чи вимагає рівного розподілу у суспільстві благ та обтяжень та встановлює обов'язок позитивних дій держави для забезпечення такого рівного розподілу [1, с. 660].

Натомість дискримінація (лат. *discriminatio* – відокремлення, розділення, розрізнення), на думку С. В. Стеценко, це – «умисне обмеження або позбавлення прав певних юридичних та фізичних осіб. Відбувається шляхом прийняття відповідного законодавства, фактично чи приховано» [2, с. 195].

У сучасному контексті слово «дискримінація» зазвичай використовується для опису недопустимого або несправедливого розрізнення осіб на основі їхніх відмінних характеристик, таких як раса, стать, релігійні переконання, національність, вік, сексуальна орієнтація, інвалідність тощо [3, с. 98].

Міжнародна поліцейська енциклопедія визначає дискримінацію – в найзагальнішому значенні – як «уявлення про відмінність, розрізнення або ж відмінне ставлення. У цьому морально нейтральному значенні дискримінація за певних обставин може розглядатися як вимога аристотелівського принципу справедливості, згідно з яким до подібних випадків слід підходити однаково, а до різних – по-різному» [4, с. 127].

Заслуговує на увагу також дефініція, сформульована М. П. Рабіновичем: «дискримінація – це безпідставна, не зумовлена об'єктивними факторами диференціація правових статусів суб'єктів, яка полягає у необґрунтованому позбавленні, обмеженні прав чи наданні додаткових прав або у звільненні від обов'язків чи у покладанні додаткових обов'язків» [5, с. 16]. Слід погодитися із щойно зазначеним автором у тому, що задля глибшого осягнення явища дискримінації слід здійснити її класифікацію. Ця класифікація можлива, зокрема, за такими критеріями:

1) залежно від особливостей – а) біологічних чи б) соціальних – дискримінованих суб'єктів:

- дискримінація жінок, дітей, інвалідів тощо;
- дискримінація якоїсь соціальної спільноти, групи – расової, етнічної, релігійної, мовної тощо.

2) залежно від деонтичного статусу предмета дискримінації:

- дискримінація у правах (позбавлення, обмеження чи надання додаткових прав),
- дискримінація в обов'язках (звільнення від обов'язків, покладання додаткових обов'язків);

3) залежно від сфери суспільних відносин або, іншими словами, від виду прав чи обов'язків

- дискримінація стосовно фізичних, особистісних, політичних, економічних, культурних чи інших прав (або обов'язків);

4) залежно від кількості дискримінованих суб'єктів:

- індивідуальна (персональна) – коли дискримінують одну людину;
- колективна (групова) – коли дискримінують усіх осіб певної групи;

5) залежно від суб'єкта дискримінації – дискримінація з боку:

- держави, її органів, посадових осіб;
- громадських об'єднань чи організацій.

б) залежно від засобу, «інструменту» дискримінації:

– юридична дискримінація (за посередництвом нормативно-правових актів, правотлумачних актів, правозастосувальних актів);

– діяльнісна дискримінація (наприклад, безпідставне обмеження прав людини за посередництвом фізичних дій, певної поведінки);

7) залежно від тривалості дискримінації:

– одноразова (одноактна);

– триваюча (наприклад, закріплена в нормативному акті, тому скільки часу він буде діяти, стільки ж відбуватиметься і дискримінація) [5, с. 16–17].

Водночас під *європейськими стандартами щодо боротьби з дискримінацією* ми розуміємо численні рекомендації різноманітних європейських міжнародних інституцій, практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд), а також Директиви Європейського Союзу (далі – ЄС), оскільки Україна однозначно заявила на законодавчому рівні своє прагнення уніфікувати своє законодавство з вимогами ЄС [6, с. 6].

Враховуючи дійсно «неперевершену роль ЄСПЛ у «праволюдській царині», котрий, «окрім безпосереднього правозахисту, прокладає нові шляхи, встановлює нові орієнтири й стандарти у напрямі змістовного розширення інтерпретації основоположних прав і свобод, відображених унікальною Європейською конвенцією 1950 року» [7, с. 5], важливо розглянути правові позиції ЄСПЛ щодо інтерпретації ним принципу заборони дискримінації як однієї з визначальних засад конституційно-правового статусу людини та громадянина у сучасних державах Європи й низки першочергових проблем, тісно пов'язаних із його ефективною реалізацією.

Отже, *метою цього розділу* є загальнотеоретичний та філософсько-правовий аналіз прецедентної практики Страсбурзького суду щодо захисту права людини на недискримінацію (насамперед через призму принципових відмінностей між комунітаристським та лібералістичним розумінням правових категорій).

У цій практиці умовно можна вирізнити два важливі етапи.



## 5.2. Вихідна інтерпретація ЄСПЛ права людини на недискримінацію

У першу чергу необхідно зауважити, що в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція, ЄКПЛ), на противагу багатьом іншим міжнародно-правовим актам<sup>1</sup>, засада рівності прямо не відображена. Натомість у цьому основному акті європейської системи захисту людських прав говориться про заборону дискримінації. Прикметно, що у Преамбулі до Протоколу № 12 до Конвенції держави-підписанти, «...будучи сповненими рішучості вжити подальших заходів для сприяння *рівності всіх осіб ...*» (курсив наш. – О. П.), у нормативній частині знову ж таки виступають за колективне застосування «*загальної заборони дискримінації*» (курсив наш. – О. П.) (ст. 1). До того ж в Преамбулі ясно зазначено: «знову підтверджуючи, що принцип недискримінації не стоїть на заваді державам-учасницям уживати заходів для сприяння повній та реальній рівності, якщо ці заходи є об'єктивно й обґрунтовано виправданими» [8]. Як видається, вже цей фрагмент дає можливість стверджувати про розуміння державами-членами Ради Європи співвідношення принципу рівності – принципу недискримінації (заборони дискримінації) як цілого та його частини або ж, іншими словами, як *фактичної (реальної)* та *формальної (юридичної)* рівності. Відтак, це до певної міри пояснює закріплення в основній частині Конвенції саме засади недискримінації, хоча Суд, звісно, і не уникає звернення до питань забезпечення рівності фактичної. Погодимось також з думкою вітчизняного дослідника С. Шевчука, який зазначав з

---

<sup>1</sup> Зокрема, у Загальній Декларації прав людини, прийнятій і проголошеній резолюцією 217А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року, зазначається: «Всі люди народжуються вільними й *рівними* (курсив наш. – О. П.) за своєю гідністю та правами. Вони наділені розумом і совістю та повинні діяти один стосовно одного в дусі братерства» (ст. 1). Щоправда, вже у двох інших документах (мається на увазі Міжнародний пакт про громадянські і політичні права та Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права), які теж входять до складу так званого Міжнародного білля прав людини і, на відміну від згаданої Декларації, є обов'язковими до виконання для держав-учасниць, наголос вже робиться не на принципі *рівності*, а на принципі *недискримінації*.

цього приводу: «Заборона дискримінації у ст. 14 становить, по суті, втілення принципу рівності, встановленого в інших положеннях Конвенції. Вона конкретизує такі положення, встановлюючи перелік підстав, за якими розрізнення між особами є дискримінаційним при здійсненні ними прав та свобод, гарантованих Конвенцією» [1, с. 662]. Прикметно, що у Пояснювальній доповіді до Протоколу № 12 також вказується: «незважаючи на те, що принцип рівності текстуально не відображений ні в статті 14 ЄКПЛ, ні в статті 1 цього Протоколу (...) принципи недискримінації та рівності взаємопов'язані. Очевидно, засада рівності вимагає, щоб до однакових ситуацій підходили однаково, а до неоднакових ситуацій – по-різному. У протилежному випадку буде наявною дискримінація, якщо, звісно, це не має об'єктивного та розумного виправдання» [9]. Відтак, вимога недискримінації (заборона дискримінації) є однією з обов'язкових складових загальноправової засади рівності, котра, тільки названою вимогою, ясна річ, не вичерпується, оскільки необхідність диференціації юридичного регулювання також розглядається як така, що слугує забезпеченню фактичної («повної та реальної») рівності [10, с. 327].

Слід зауважити, що Конвенція не містить також і визначення терміно-поняття дискримінації. Розуміння останнього викликало складнощі, адже офіційні – англомовний та франкомовний – варіанти тексту ЄКПЛ містять деякі термінологічні розбіжності у формулюванні статті 14, пов'язані, як видається, із труднощами перекладу.

У цьому зв'язку нагадаємо, що вже у хронологічно першій справі щодо порушення ст. 14 ЄКПЛ – *справі про мови в Бельгії* (case «relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» (23.07.1968), Суд віддав перевагу англомовному формулюванню, оскільки буквальне розуміння франкомовної версії могло б призвести до недоречної заборони будь-якої диференціації: «Незважаючи на загальне формулювання французького тексту (*sans distinction aucune* – без будь-яких розрізень), стаття 14 не означає повної заборони на проведення будь-яких розрізень у використанні визнаних прав і свобод. Цей текст повинен розглядатися в світлі англомовного формулювання – «без дискримінації» (*without discrimination*). На додаток необхідно вказати на можливість отримання абсурдних результатів при інтер-

претації статті 14 у тому варіанті, котрий, начеб то, передбачає французький варіант. Наприклад, можна було б дійти до визнання такою, що суперечить Конвенції, будь-якої з множини правових чи адміністративних норм, котра не забезпечує кожній особі повної рівності у користуванні визнаними правами і свободами. Компетентна влада держав часто стикається з ситуаціями і проблемами, котрі внаслідок внутрішньо притаманних їм відмінностей вимагають різних правових рішень; більш того, певні правові нерівності створюються виключно з метою скорегувати фактичні нерівності» [11]. Дозволимо собі зауважити в останньому формулюванні (яке набуло чіткішої форми у постанові по справі «Сейдич і Фінці проти Боснії і Герцеговини»: «стаття 14 не забороняє Договірним державам поводитися з одними групами населення інакше, ніж з іншими, в цілях виправлення «фактичної нерівності» між ними» [12]) теоретичне підґрунтя для виправдання так званої «позитивної дискримінації». При цьому ліберальне ставлення до останньої, гадаємо, знайшло своє класичне відображення у такому твердженні Д. Кекеса: «...ліберальна цінність рівності впливає з морального підходу, у відповідності з яким всі люди є однаково гідними того, щоб їхні людські права були захищені, а різниця в захисті може бути виправданою лише тоді, якщо це потрібно для захисту прав людини в цілому (курсив наш. – О. П.)» [13, с. 120–121].

Серед важливих особливостей ст. 14 Конвенції, що роблять її до певної міри *унікальною* у системі конвенційного механізму захисту прав і свобод особи, виділимо такі.

По-перше, названа стаття не містить *загальної* заборони дискримінації, обмежуючись метою забезпечення без дискримінації «користування правами та свободами, (*лише*. – О. П.) визнаними в Конвенції». Власне, таке формулювання статті 14, яке незабаром виявило свою обмеженість у практиці застосування, насамперед ЄСПЛ, спричинило необхідність прийняття Протоколу № 12 до Конвенції, який 4.11.2000 року Комітетом міністрів Ради Європи був відкритий до підписання (ратифікований Україною Законом від 09.02.2006 року [8]). Стаття 1 цього Протоколу вже передбачає *загальну* заборону дискримінації та вимагає від держав-учасниць забезпечити «без дискримінації за будь-якою ознакою» «здійснення будь-якого передбаченого законом права»,

тобто прав, передбачених не лише Конвенцією, а й національним законодавством відповідної держави-учасниці. При цьому Європейський суд з прав людини неодноразово відзначав, що «завжди розумів термін «закон» у «матеріальному», а не «формальному» смислі; він включає як «писане право», до котрого належать, серед іншого, підзаконні і регулятивні заходи, вжиті компетентними розпорядчими органами на основі делегованих Парламентом повноважень щодо їх прийняття, так і прецедентне право. Поняття «закон» має тлумачитися як сукупність законодавства та створеного суддями «права». Загалом, «закон» є діючим положенням у тому вигляді, в якому воно розуміється відповідними судами» [14].

По-друге, «стаття 14 не має самостійного значення, вона доповнює інші нормативні статті Конвенції та Протоколів» (*Syndicat national de la police belge*, 44), вона «являє собою особливий інструмент захисту (заборона дискримінації) кожного з прав, що охороняється Конвенцією» (*Airey*, 30). Іншими словами, як слушно вказується у літературі, стаття 14 «не створює додаткового права, а доповнює вже гарантовані права» [15, с. 15; 16, с. 631].

По-третє, «конкретний вжитий захід, котрий сам по собі не порушує вимог жодної статті Конвенції, яка гарантує якесь право чи свободу, може, тим не менш, порушувати цю статтю при її розгляді в поєднанні зі статтею 14 на тій підставі, що захід має дискримінаційний характер» [11]. Відтак, визнана у рішеннях ЄСПЛ певна міра автономії дії статті 14 (наприклад, рішення Суду у справах: «*Абдулазіз, Кабалес і Балкандалі проти Сполученого Королівства*» (*Abdulaziz Cabales and Balkandali v UK*) від 28.05.1985 року, п. 71; «*Петрович проти Австрії*» (*Petrovic v. Austria*) від 27.03.1998 року, п. 22; «*Сахін проти Німеччини*» (*Şahin v. Germany*), п. 85) є, на нашу думку, проявом зворотної, «сильної» сторони субсидіарного, доповнюючого (а точніше, «симбіозного») характеру застосування цієї статті, яка вочевидь може реалізовуватися лише у поєднанні з іншими статтями Конвенції [10, с. 329].

Ба більше: «заборона дискримінації, закріплена в статті 14, діє не тільки щодо користування правами і свободами, гарантувати які зобов'язує кожна державу Конвенція і протоколи до неї. Вона поширюється також на ті додаткові права в межах загальної

сфери застосування будь-якої статті Конвенції, забезпечувати які держава вирішила добровільно (курсив наш. – О. П.)» [12]. Цей принцип ґрунтовно розроблено у прецедентах Суду (рішення у справах: «про мови в Бельгії», п. 9; «Стек та інші проти Сполученого Королівства», п. 40); «Е.В. проти Франції». Зокрема, у «справі про мови в Бельгії» ЄСПЛ зазначає: «особи ... не мають права на підставі статті 2 Протоколу № 1 (право на освіту. – О.П.) вимагати від уряду створення навчальних закладів якогось певного виду. Однак, якщо держава створює таке, вона не може встановлювати дискримінаційні у значенні статті 14 правила прийому до такого закладу» [11].

Окрім того, ЄСПЛ багато разів повторював у своїх рішеннях, що зміст гарантій ЄКПЛ виходить за межі її буквального тексту: достатньо, щоб справи були загально пов'язані з відносинами, на які розповсюджується захисна дія Конвенції [17, с. 65]. Наприклад, у справі «Сідабрас і Дзютас проти Литви» 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 сектору. Як відомо, Конвенція не гарантує права на працю (як й інших соціально-економічних прав (так званих прав людини «другого покоління» [18])). Втім ЄСПЛ вирішив, що описана ситуація належить до царини 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» [17, с. 67].

Як вже зазначалося, першою і, напевно, найвідомішою справою, в якій було чітко визначено основні принципи застосування статті 14, є «справа про мови в Бельгії». Заявниками у ній була група франкомовних батьків, дітям котрих було відмовлено в доступі до шкіл із викладанням французькою мовою, розташованих у шести комунах передмістя Брюсселя (де основною мовою спілкування була фламандська) лише з причини місця проживання батьків. Водночас до фламандських шкіл приймалися усі діти без виключення. На додаток до цього, лише сертифікати, видані

франкомовними школами в зазначених областях, підлягали подальшому підтвердженню в державних комісіях.

Серед критеріїв порушення статті 14 Конвенції («елементів стандарту принципу недискримінації» [див. 1, с. 662; 15, с. 15]), Суд у цій справі виокремив наступні: 1) «відмінності у поводженні щодо користування якимось із визнаних прав або свобод»; 2) «принцип рівного поводження виявляється порушеним, якщо різниця в підході не має об'єктивного та розумного обґрунтування. Наявність подібного обґрунтування має оцінюватися відповідно до цілей і результатів заходів, що розглядаються, і з урахуванням принципів, котрим надається вирішальне значення в демократичних державах»; 3) «стаття 14 буває порушена і тоді, коли чітко встановлено, що не існувало розумної пропорції між засобами і тією метою, для досягнення якої вони застосовувалися» [11].

І тут принциповим методологічним (а то й філософсько-правовим – з відчутним комунітаристським забарвленням) є положення про те, що «намагаючись визначити ..., чи було допущено довільне розрізнення, Суд не може не брати до уваги ті юридичні та фактичні обставини, що характеризують життя *суспільства* (а не окремих індивідів. – *О. П.*) в державі, яка несе відповідальність за вжиті заходи» [11].

Крім цього, ЄСПЛ наголошує, що «у Конвенції передбачений справедливий баланс між захистом спільних інтересів суспільства і повагою основних прав людини, причому останнім надається особливого значення» [11]. Вважаємо, що висловлена позиція Суду має досить чітко виражені ознаки ліберального комунітаризму як своєрідного синтезу ідей лібералізму і комунітаризму, однак при цьому з відчутною перевагою ліберально-індивідуалістичного підходу [див. детальніше 19].

Згідно з використанням Судом алгоритмом [15, с. 15–16], для констатації порушення заборони дискримінації слід встановити, що:

1) державний захід (дія чи бездіяльність), які оскаржуються, підпадають під сферу дії іншого матеріального положення Європейської конвенції (стаття 14) або стосуються будь-якого передбаченого національним законом права (стаття 1 Протоколу № 12 до Конвенції);

2) існує розрізнення у поводженні порівняно з іншими особами, які перебувають в аналогічному становищі («тест на порівнянність», *comparability test*). Цей елемент вимагає доведення того, що: а) поводження із заявником є суттєво відмінним і менш сприятливим, аніж з іншими; б) підставою для розрізнення є особиста характеристика чи статус заявника, що належать до заборонених підстав дискримінації; в) інші особи, з якими заявник порівнює себе, знаходяться в аналогічній ситуації;

3) таке розрізнення не має «розумного та об'єктивного» виправдання («тест на виправданість», *justification test*). Зауважимо, що «наявність такого виправдання повинно оцінюватись з огляду на цілі та вплив заходу, що розглядається, зважаючи водночас на принципи, що панують у демократичних суспільствах, передусім принцип пропорційності» («тест на пропорційність», *proportionality test*) («Справа про мови в Бельгії», п. 10).

Тест на пропорційність застосовується з урахуванням доктрини свободи розсуду держави, згідно якої саме остання уповноважена «визначити, чи виправдані, і якою мірою, юридичні відмінності в підході до осіб, які в усіх інших відношеннях перебувають в однакових ситуаціях. (...) Широта меж розсуду варіюється залежно від конкретних обставин, предмета спору і його контексту» (п.40) [20]. Свобода розсуду зазвичай є широкою в питаннях, що стосуються загальних заходів економічної чи соціальної стратегії (див. «Стек (Stec) та інші проти Сполученого Королівства» (12.04.2006), п. 51–52, «Бйорден (Burden) проти Сполученого Королівства» (29.04.2008 року), п.60; загалом у сфері моралі («Джонсон (Johnson) проти Сполученого Королівства» (17.07.1986 року), п.77; у сфері застосування дисциплінарних заходів в армії («Енгель (Engel) та інші проти Нідерландів» (08.06.1976 року), п. 72); однак є значно вужчою у ситуаціях дискримінації за етнічними чи національними ознаками («Гагауз (Gaugusuz) проти Австрії» (16.09.1996 року), п. 42). Іншими критеріями для визначення меж свободи розсуду є значущість об'єкта відповідної статті ЄКПЛ, наявність/відсутність консенсусу між державами-членами Ради Європи з певного питання; статус жертви державного втручання, зокрема її належність до меншин або інших найменш захищених категорій, зміст самого втручання, поведінка жертви втручання. Таким

чином, питання про додержання меж розсуду держави виступає також предметом оцінювання, хоча й, як зауважує професор С. П. Рабінович, не обов'язково такого, що має ціннісний характер [21, с. 100].

Розглянемо застосування тесту на дискримінацію на прикладі справи *«Расмюссен (Rasmussen) проти Данії»*. Заявник скаржився на те, що згідно із законом Данії 1960 року його право оспорити батьківство дитини, народженої в період, коли він був одружений, залежало від встановленого для цього строку, в той час як його колишня дружина мала право вимагати проведення тесту з метою встановлення батьківства дитини в будь-який час. Він стверджував, що став жертвою дискримінації за ознакою статі, що суперечить статті 14 Конвенції в поєднанні зі статтею 6 (право на справедливий судовий розгляд, включаючи право на доступ до Суду) і ст. 8 (право на повагу до приватного і сімейного життя).

I. *Чи підпадають обставини цієї справи під дію однієї або декількох норм Конвенції?* На це питання Суд дав без особливих проблем ствердну відповідь, зокрема зазначивши, що «стаття 8 в свою чергу захищає не тільки «сімейне», але також і «особисте» життя. Хоча метою судового розгляду, на якому наполягав заявник, було законне розірвання існуючих сімейних зв'язків, визначення його правового статусу щодо дитини, безсумнівно, стосувалося особистого життя заявника. Факти цієї справи відповідно також потрапляють під дію статті 8» (п. 33) [20].

II. *Чи існувала відмінність у підході?* Аналізуючи положення оскаржуваного Закону 1960 року, «Суд бачить (а) відмінність в підході до п.Расмюссена і до його колишньої дружини щодо можливості оскаржити в судовому порядку батьківство заявника. (б) Немає необхідності визначати, на чому ґрунтується ця різниця, перелік підстав в статті 14 не є вичерпним (див. Рішення по справі Енгель та інші від 8 червня 1976 року, п. 72)» (п. 34). Застосовуючи пункт (в) вказаного нами *«тесту на порівнюваність»* (чи перебували заявник і його колишня дружина в однаковій ситуації?), ЄСПЛ розглянув аргументи Уряду Данії про те, що «чоловік і дружина не перебували в однаковій ситуації з точки зору можливості почати судовий процес про батьківство; їх ситуації і інтереси були багато в чому різні» (п.36). Проте, Суд «не вважав, що



йому необхідно вирішувати це спірне питання, особливо з огляду на те, що інтереси, про які йдеться, були враховані при розгляді питання про відмінність в поводженні з паном Расмюссеном і його колишньою дружиною. Суд *виходить з припущення*, що мова йде про осіб, які перебувають в однаковій ситуації» (п. 37).

Наголосимо, що стосовно *«тесту на порівнюваність»* як другого елементу (етапу) *загального тесту на дискримінацію* судова практика дає різні приклади *«ситуацій, що не можуть порівнюватися»*: націоналізація майна та експропріація; націоналізація майна Францією і націоналізація майна Алжиром; власники і наймачі; адвокати і допоміжний персонал у сфері судочинства; преса і члени парламенту; уклад цивільного і військового життя; офіцери високого рангу і нижчі чини; чоловіки й жінки стосовно обов'язкової цивільної служби; одружені пари й самотні; один із подружжя, що пережив іншого, і співжилець (учасник незареєстрованих фактичних шлюбних відносин), що пережив іншого; батьки й матері стосовно встановлення спорідненості; одружені чи неодружені гетеро сексуальні пари і гомосексуалісти; чоловіки й жінки – гомосексуалісти; паціфісти, що відмовляються від цивільної служби з релігійно-етичних міркувань, і свідки Єгови – з огляду на надзвичайно суворі правила цієї секти; різні правові норми, що співіснують у різних районах однієї держави; особи, засуджені за загальні кримінальні злочини, та політв'язні; неповнолітні вбивці й повнолітні недієздатні вбивці; засуджені заочно та обвинувачувані, яких судять у змагальному процесі; іноземці з країн, що не є членами ЄС, та громадяни Союзу; релігійна освіта й уроки статевого виховання; потерпілі за умислом і випадкові потерпілі; шпигунство на користь ФРН і шпигунство на користь НДР» [16, с. 646–647]. Ситуаціями чи суб'єктами, що *можуть порівнюватися*, були визнані франкомовні й голландськомовні школи в районі Брюсселя, громадяни Великої Британії чоловічої та жіночої статі, які бажають отримати дозвіл на в'їзд іншого з подружжя; право спадкування щодо законних і позашлюбних дітей та щодо дітей від адюльтеру; малі і великі власники по відношенню до закону Франції про полювання та ін. [16, с. 646–647; 17, с. 117].

III. *Чи таке розрізнення є виправданим?* Усталеною є правова позиція Суду, згідно з якою «відмінність в підході є дискриміна-

ційною, якщо у неї (а) «немає об'єктивного і розумного обґрунтування», тобто якщо вона не переслідує «законну мету» або (б) якщо немає «розумної пропорційності між використовуваними засобами і переслідуваною метою» (див. рішення у справі *Маркса*, п. 33)» (п. 38).

(а) *Тест на виправданість*. Суд ретельно розглянув обставини і загальний контекст справи, взяв до уваги ті межі розсуду, які надані владі в цьому питанні. Остання мала право вважати, що встановлення граничних термінів для пред'явлення позову про невизнання батьківства було виправдано бажанням забезпечити юридичну визначеність і захистити інтереси дитини. (...) Різниця в підході до чоловіків і дружин ґрунтувалося на уявленні, що обмежені строки подачі позову були меншою мірою необхідні дружинам, аніж чоловікам, оскільки інтереси матері зазвичай збігаються з інтересами дитини і в більшості випадків розлучення або роздільного проживання подружжя дитина залишається у матері (п. 41). Іншими словами, Суд визнав наявність «законної мети» та «об'єктивного і розумного обґрунтування».

Застосовувана Страсбурзьким Судом методика оцінки наявності/відсутності дискримінації зазвичай включає також *тест на пропорційність (домірність)*.

Якщо говорити про домірність не суто в тому вузькому сенсі, якого ця засада набула нині в практиці європейських судових інституцій, а в більш широкому значенні «правосудності», яке надавалось їй Арістотелем (Нікомахова етика, 1131в 15), тоді домірність отожднюватиметься зі справедливістю, а рівність може розглядатись як окремий випадок домірності.

Якщо принцип формальної рівності можна віднести до «внутрішньої» моралі права, то принцип домірності може розглядатись як складова його зовнішньої моралі. Якщо стосовно формальної рівності зміст суспільної моральності є нейтральним, то, натомість, такий зміст визначає особливості застосування принципу домірності. Розгляд принципу рівності як складової загальної засади домірності підтверджує тезу, що попри всю автономність державно-юридичного права стосовно моралі, тим не менш, воно в певних аспектах залишається особливою формалізованою мораллю. Практичним наслідком такого підходу є необхідність звернення до принципу домірності за

загальним правилом щоразу, коли йдеться про оцінку правомірності обмежень прав людини.

У розглядуваній справі Суд вирішив, що «влада мала право допустити, що по відношенню до чоловіка переслідувана мета буде досягнута найбільш задовільно за допомогою норми Закону, в той час як відносно матері було достатньо залишити справи такого роду на розсуд судів, які підходили б до їх вирішення диференційовано. З огляду на межі розсуду, надані владі, вона не порушила принцип *пропорційності*» (п. 41).

Завершуючи розгляд застосування тесту на дискримінацію питанням про *межі розсуду держав*, про що щойно вже згадувалось, наведемо позицію Суду: «У низці рішень Суд вказав на те, що Договірним державам надані певні «межі розсуду» для того, щоб визначити, чи виправдані, і в якій мірі, юридичні відмінності в підході до осіб, які у всіх інших відносинах перебувають в однакових ситуаціях (див. рішення у справах «Про мови в Бельгії», п. 10; Національної профспілки бельгійської поліції, п. 47 і с. 21–22, п. 49; Профспілки машиністів Швеції, п. 47; Енгель та інші, п. 72; Ірландія проти Сполученого Королівства, п. 229)» (п. 40.). Важливою є думка ЄСПЛ про те, що «широта меж розсуду варіюється в залежності від конкретних обставин, предмета спору і його контексту. В цьому відношенні одним з *релевантних факторів може служити наявність або відсутність деякої загальної домінанти в правових системах Договірних держав* (див. рішення у справі «Санді таймс», п. 59). Вивчення законодавства Договірних Держав про встановлення батьківства показує, що такий єдності не існує і що в більшості країн статуси матері і чоловіка регулюються по-різному» (п. 41), що стало, гадаємо, вирішальним доводом про непорушення Данією у цій справі меж розсуду, а відтак і статті 14 Конвенції.

### **5.3. Подальший розвиток ЄСПЛ розуміння заборони дискримінації**

У своїх пізніших прецедентах Страсбурзький суд встановив, що дискримінація означає різне поводження з особами у *порівняно аналогічних ситуаціях*, не обумовлене жодними розумними чи

об'єктивними причинами (див. рішення Суду у справах: «Вілліс проти Сполученого Королівства», «Окпіз проти Німеччини», «Начова та інші проти Болгарії»), яке «ґрунтується на ознаці, котру можна ідентифікувати» (рішення Суду у справі «Карсон та інші проти Сполученого Королівства», п. 61). При цьому перелік відповідних ознак, що передбачений ст. 14 Конвенції, «не є вичерпним, це особливо наочно підтверджує прислівник «зокрема» (англійською «*any ground such as*») (Engel et al., 72).

Новим етапом у розвитку ЄСПЛ інтерпретації термінопоняття дискримінації стало його рішення у справі «Тлімменос проти Греції» (Thlimmenos v. Greece) від 06.04.2000 року, в якому, вказано: стаття 14 «...порушується, якщо національний уряд здійснює різний підхід до осіб у схожих ситуаціях без об'єктивного та розумного правозастосування. Однак це не єдиний аспект заборони дискримінації статті 14. Право на захист від дискримінації під час реалізації прав, гарантованих Конвенцією, також порушується при застосуванні державою без об'єктивного та розумного правозастосування *однакового підходу до осіб за абсолютно різних обставин* (курсив наш. – О. П.)» [22].

У вказаній справі п. Тлімменосу було відмовлено у призначенні на посаду аудитора у зв'язку з наявністю судимості. Остання була спричинена релігійними переконаннями заявника як члена організації свідків Єгови (відмова носити військову форму під час загальної мобілізації). На погляд Суду, така відмова жодним чином не свідчить про низькі моральні якості п.Тлімменоса, які б перешкождали йому зайняти посаду аудитора. Тому ЄСПЛ вирішив, що однаковий підхід до заявника та інших осіб, засуджених за тяжкі злочини, не мав законної мети і порушив статтю 14 в поєднанні зі статтею 9 Конвенції (право на релігійну свободу).

Отже, модерна правова позиція ЄСПЛ полягає у тому, що дискримінація може мати місце не тільки в тому випадку, коли без об'єктивного чи розумного обґрунтування застосовується *різний підхід* до осіб, що знаходяться в *аналогічних ситуаціях*, але й у тому випадку, якщо має місце *однакове* поведіння з особами, що знаходяться в *абсолютно різних ситуаціях*. На перший погляд видається, що наведене розуміння дискримінації дозволяє пов'язати її не лише з юридичною, але й із фактичною рівністю. Однак, звертаючись до розглянутого прикладу, не можна не зауважити таке.

Зовні однакове ставлення до заявника та інших осіб, засуджених за тяжкі злочини, є *прихованою* дискримінацією не з огляду на особливі обставини, в яких заявник перебував на момент розгляду справи в ЄСПЛ чи на характеристику його особи, а через те, що саме засудження заявника в минулому було вочевидь дискримінаційним (у традиційному сенсі різного ставлення до однакових ситуацій, в цьому випадку – до загального права не виконувати обов'язків, котрі суперечать релігійним переконанням людини). Відтак дискримінація особи в минулому призвела до констатації Судом тієї ж таки дискримінації дещо пізніше – при вирішенні питання про призначення на посаду аудитора. Втім, і в цьому випадку також може йтись про неявне фактичне розрізнення у ставленні до претендентів на таку посаду – якщо виходити з того, що національні органи влади при прийнятті рішення про відмову у призначенні на посаду аудитора мали дати морально-правову оцінку кримінальному засудженню заявника в минулому.

В іншій резонансній справі – «*D. H. та інші проти Чеської Республіки*» (в рішенні по якій ЄСПЛ вперше застосував термінопоняття «*непряма дискримінація*») – заявники (18 ромів) стверджували, що зазнали дискримінації з причини свого етнічного походження, оскільки в результаті скерування до спеціальних шкіл отримали менш якісну освіту, ніж нециганські діти, і що це фактично позбавило їх можливості отримати середню освіту де-небудь, окрім як в професійному училищі. Важливо зазначити, що вказане скерування відбувалось за результатами проходження тестів, однакових для усіх майбутніх учнів шкіл.

У лютому 2006 року Палата Другої секції Суду постановила, що не мало місця порушення статті 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 2 Протоколу №1 (Право на освіту. – *О. П.*). На її думку, уряду вдалося довести, що система спеціальних шкіл в Чеській Республіці не була створена виключно для навчання циганських дітей і що значні зусилля були докладені в цих школах для того, щоб допомогти певним категоріям учнів здобути базову освіту. У цьому зв'язку Палата відзначила, що правила, які регулюють направлення дітей до спеціальних шкіл, не стосувалися етнічного походження учнів, але мали законну мету адаптації системи освіти до потреб, здібностей та обмежених можливостей дітей (п. 1) [23].

Після цього заявники звернулися до Великої Палати з проханням виправити неясний і суперечливий критерій, який Палата застосувала для визначення того, чи мала місце дискримінація. Вони відзначили, що, з одного боку, Палата підтвердила запроваджений принцип, який передбачає, що якщо політика або загальний захід мають непропорційно негативні наслідки для певної групи, то не може бути виключена можливість вважати їх дискримінаційними, навіть якщо вони не були спеціально спрямовані на цю групу. З іншого боку, Палата відійшла від прецедентної практики Європейського суду (див. «Тлімменос проти Греції» (*Thlimmenos v. Greece*), п. 44); «Хоогендейк проти Нідерландів» (*Hoogendijk v. the Netherlands*); та «Начова проти Болгарії» (*Nachova and Others v. Bulgaria*), п. 157), помилково вимагаючи від заявників довести дискримінаційні наміри чеських органів влади. За твердженням заявників, така вимога була нереальною і нелогічною, оскільки питання про те, чи були спеціальні школи призначені для сегрегації учнів за етнічною ознакою, не має ніякого значення, оскільки на практиці їхнє функціонування призводить до такого результату (п. 2). Наголосимо, що в цьому випадку заявники скаржаться на *непряму* дискримінацію, чітко про це говорячи в п. 3, де вони стверджували, що «і в Європі, і за її межами, статистичні дані (зокрема згідно з наведеними у цій справі даними, хоча роми становили на момент подання позову лише 5% усіх учнів початкових шкіл, їх частка в спеціальних школах перевищувала 50%. У той час, як менш, ніж 2% учнів нециганського походження міста Острава були влаштовані до таких шкіл, до них було направлено більш, ніж 50% циганських дітей. Загалом, циганські діти в 27 разів частіше направлялися до спеціальних шкіл, ніж нециганські діти в аналогічній ситуації) часто використовуються в тих випадках, коли, як і тут, йдеться про дискримінаційні наслідки, оскільки іноді це єдиний спосіб довести непряму дискримінацію» [23].

У цій справі заявники не стверджували, що вони перебували в іншій, ніж нециганські діти, ситуації, яка потребувала відмінного поводження, або що держава-відповідач не вжила конструктивних заходів на виправлення фактичної нерівності або відмінностей між ними (див. справи «Тлімменос» (*Thlimmenos*), п. 44, та «Стек та інші» (*Stec and Others*), п. 51). На їхню думку, все, що має бути встано-

влено – це те, що без об'єктивного і розумного обґрунтування з ними поводитися менш прихильно, ніж з нециганськими дітьми в аналогічній ситуації, і що це являло собою в їхньому випадку непряму дискримінацію (п. 4). Отже, звертаємо увагу, що заявники одночасно скаржилися як на пряму, так і на непряму дискримінацію щодо них.

*Об'єктивне і розумне обґрунтування.* Суд нагадав, що відмінність у поводженні є дискримінаційною, якщо «вона не має об'єктивного і розумного обґрунтування», тобто, якщо вона не має «законної мети» або якщо відсутнє «розумне співвідношення» між засобами, що використовуються, і метою, яка має бути досягнута (див. справи «Ларкос проти Кіпру» (Larkos v. Cyprus), п. 29 та «Стек та інші» (Stec and Others), п. 51) (п. 196).

*Мета.* У цій справі уряд намагається пояснити відмінність у поводженні з циганськими і нециганськими дітьми необхідністю адаптувати систему освіти до здібностей дітей із особливими потребами в навчанні (п. 197). І цю мету Суд не оспорує (п. 198).

Проте, «визнаючи, що оцінка надійності таких тестів *не входить до кола її компетенцій (! – О. П.)*, різні фактори у цій справі, приводять Велику Палату до висновку, що результати тестів, здійснених на той момент, *не можуть являти собою об'єктивне і розумне обґрунтування відповідно до цілей статті 14 Конвенції*» (п. 199). Вже саме щиросердне зізнання Суду про його вихід за межі власної компетенції викликає сумніви в обґрунтованості цього висновку. Сказане стосується і подальшого формулювання: «Суд вважає, що, принаймні, існує ризик (очевидно, ризик існує завжди. – *О. П.*), що тести були необ'єктивними і що результати не були проаналізовані з урахуванням специфіки та особливостей циганських дітей, які їх проходили. За цих умов тестування ... не може бути обґрунтуванням для оспоруваної відмінності у поводженні (п. 5)». Відтак, «Суд *не переконаний*, що відмінність у поводженні з циганськими дітьми і нециганськими дітьми була об'єктивно і розумно обґрунтованою і що існувало розумне співвідношення між засобами, які використовувалися, і метою, яку передбачалося досягти (п. 6)». Зрештою, «непереконаний» Суд вважає: «оскільки було доведено (гадаємо, теж непереконливо. – *О. П.*), що відповідні закони ... мали непропорційно шкідливі наслідки для громади ромів, заявники, як члени цієї

громади, неминуче страждали від такого дискримінаційного поводження» (п. 209).

Нарешті, щодо положення *тесту про межі свободи розсуду Держави*, ЄСПЛ вказав, що «процедура орієнтації циганських дітей до відповідних навчальних закладів була позбавлена гарантій, які могли б забезпечити, щоб при здійсненні свободи розсуду у сфері освіти держава враховувала особливі потреби цих дітей, які належать до уразливого класу суспільства (див., *mutatis mutandis*, справи «Баклі» (Buckley), п. 76, та «Коннорс» (Connors), п. 84) (п. 207) [23]. З огляду на все вищезазначене, Суд у цій справі констатував наявність порушення статті 14 Конвенції в поєднанні зі статтею 2 Протоколу № 1 щодо кожного із заявників.

У п. 13 ухваленого у справі рішення Великої палати ЄСПЛ вказувалось: «Хоча роми і присутні в Європі з чотирнадцятого століття, часто вони не визнаються більшістю суспільства як повноправний європейський народ і страждали впродовж своєї історії від знехтування і переслідувань. Кульмінаційною точкою стала спроба їхнього знищення нацистами, які вважали їх нижчою расою. У результаті багатомісячного знехтування, багато ромських громад живуть сьогодні в дуже важких умовах і часто є маргіналами в країнах, де вони оселились, а їхня участь у суспільному житті є вкрай обмеженою» [23]. На думку більшості суддів, які розглядали справу, «в тому випадку, якщо відмінність у поводженні базується на ознаках раси, кольору шкіри або етнічного походження, поняття об'єктивного і розумного обґрунтування повинне тлумачитись якомога суворіше» (п. 196). Суд наголосив, що жодна відмінність у поводженні, обумовлена виключно або вирішальною мірою етнічним походженням особи, не може бути об'єктивно виправданою в сучасному демократичному суспільстві, побудованому на принципах плюралізму та поваги до різних культур (п. 176) [23].

У розглядуваному рішенні наголошувалось: «Згідно прецедентної практики ЄСПЛ, дискримінація означає відмінне поводження, без об'єктивного і розумного на це обґрунтування, з особами, котрі перебувають у відносно подібних ситуаціях (див. «Уїлліс проти Сполученого Королівства», п. 48 та «Окпісц проти Німеччини», п. 33, 25.10.2005 року). Проте, стаття 14 не забороняє державі поводитися з групами осіб по-різному для того, аби ви-



правити «фактичну нерівність» між ними; дійсно, у певних ситуаціях відсутність спроб виправити нерівність шляхом різного поводження сама по собі може призводити до порушення статті 14 (див. «Справу про мови в Бельгії», п. 10; «Тліменнос проти Греції», п. 44, «Стек та інші проти Сполученого Королівства», п. 51). Страсбурзький суд також визнав, що загальна політика чи захід, які мають непропорційно шкідливі наслідки для конкретної групи, можуть вважатися дискримінаційними, незважаючи на те, що вони не спрямовані саме на цю групу (справи «Х'ю Джордан» (*Hugh Jordan*), «Хоогендейк» (*Hoogendijk*)), і що дискримінація, яка потенційно суперечить Конвенції, може бути результатом фактичної ситуації (див. справу «Зарб Адамі» (*Zarb Adami*))» (п. 175) [23].

ЄСПЛ уже приходив при розгляді попередніх справ до висновку, що відмінність у поводженні може набувати форми непропорційно негативних наслідків загальної політики або заходів, які, хоча і сформульовані у нейтральній формі, є дискримінаційними по відношенню до певної групи (див. згадані вище справи «Х'ю Джордан» (*Hugh Jordan*), п. 154, та «Хоогендейк» (*Hoogendijk*)). Відповідно, наприклад, до Директив Ради ЄС 97/80/ЄС та 2000/43/ЄС й до визначення, наданого ЄКРН, така ситуація може являти собою «непряму дискримінацію», яка не вимагає обов'язково існування дискримінаційних намірів. (п. 184).

Використана у рішенні Великої палати інтерпретація непрямої дискримінації базувалася, за виразом С.П. Рабіновича, на своєрідній zasadі «об'єктивного заподіяння», за якої сам факт роздільного навчання ромських і чеських дітей є визначальним для висновку про порушення державою вимог Конвенції [21, с. 103]. Прийняте рішення, щоправда, не було одноголосним: четверо суддів Великої палати підготували щодо рішення окремі думки.

Щодо розглянутого рішення Суду заслуговують на увагу серйозні застереження Б. Неделека про те, що «європейська судова практика стає на новий шлях, надто суперечливий з огляду на основоположний принцип універсальності прав людини. Узаконення Судом державного втручання на користь тієї чи іншої частини населення може відкрити шлях політиці позитивної дискримінації («утверджувальна дія»), яка змусить Договірні держа-

ви визнати нові права на користь меншин. Це стало б кінцем класичної концепції рівності всіх перед законом і народженням права на відмінність – з окремими правовими режимами через належність до тієї чи іншої групи населення. Тоді вже не буде єдиного закону, а відбудеться переорієнтація правового регулювання за групами населення. Це імпліцитно передбачатиме спочатку, що держави повинні визначити цільові групи, виробити критерії уразливості, що обґрунтовували б те чи інше втручання, визначити правовий режим, що був би найбільш адаптований для відповідного населення, а також визначити, чи потребує якась група сприятливішого режиму і якою має бути ця група, встановлюючи щось на зразок ієрархічної таблиці уразливості» [16, с. 650].

Іншими словами, «принцип недискримінації означав би, що держави будуть зобов'язані вирішувати під найвищим контролем Європейського суду, чи потребує та чи інша група застосування правових норм, які відхиляються від загальнозастосованих норм права, і чи повинні ці [відмінні] норми бути однакові з тими, якими регулюються інші уразливі групи. Державам довелося б постійно вибирати з різних груп тих, хто повинен користуватися сприятливішим режимом, і тих, хто матиме менш сприятливий режим. Врешті відбувся б розподіл населення на категорії, а це повністю суперечить ідеї здійснення прав людини без дискримінації, якою керувалися автори Конвенції 1950 року [16, с. 651].

Справа «*D.H. та інші проти Чеської Республіки*» також засвідчує, що наслідком перенесення тягара доведення на державу-відповідача може стати те, що висновок про порушення Конвенції може бути зроблено фактично на підставі самої лише констатації допущеної державою дискримінаційної ситуації, якщо Уряду не вдасться переконливо спростувати презумпцію дискримінації [21, с. 103]. Суд визнав, що процедура, передбачена Конвенцією, не завжди дозволяє строго застосовувати принцип *affirmanti incumbit probatio* (той, хто стверджує, повинен довести те, що він стверджує – див. справу «*Акташ проти Туреччини*» (*Aktaş v. Turkey*), п. 272). За певних обставин, коли події, які розглядаються судом, цілком або здебільшого відомі тільки органам влади, тягар доведення покладається на органи влади, які повинні дати задовільне і переконливе пояснення (див. «*Сальман проти Туреччини*» (*Salman v. Turkey*), п. 100), та «*Ангелова проти Болгарії*» (*Anguelova v. Bulgaria*),

п. 111). У справі «Начова та інші проти Болгарії» (п. 157) Суд не виключив можливості вимагати від уряду держави-відповідача спростувати спірні твердження про дискримінацію в окремих випадках, навіть якщо він вважав, що це буде складно виконати в цій конкретній справі, оскільки тут стверджувалося, що насильницькі дії були спричинені расовими забобонами. Тому він зазначив, що в правових системах багатьох країн докази дискримінаційних наслідків політики, рішення або практики звільняли від необхідності доводити намір щодо стверджуваної дискримінації ... може стати те, що висновок про порушення Конвенції може бути зроблено фактично на підставі фіксації допущеної державою дискримінаційної ситуації, якщо Уряду не вдасться переконливо спростувати презумпцію дискримінації. Причому фактично йдеться про етично-правову заборону, що має майже абсолютний характер.

Для рішень в обох наведених вище справах («*Тлімменос проти Греції*» й «*Д. Н. та інші проти Чеської Республіки*») ключовими, на думку С. П. Рабіновича, стали ціннісні оцінки Суду, виражені в одному випадку в безумовному осуді ситуації, за якої заявник в результаті слідування своїм релігійним переконанням у минулому згодом не зміг працевлаштуватись, а в іншому випадку – у почутті обурення більшої суддів Великої палати з приводу етнічної сегрегації циганських дітей та у співчутті тому становищу, в якому, з огляду на історичні обставини, опинились роми у сучасній Європі [21, с. 103–104].

*Справа «Пічкур проти України», № 10441/06, 2013 року.* Заявник, відпрацювавши сорок років в Україні, вийшов на пенсію і через деякий час переїхав на постійне проживання до ФРН. Управління Пенсійного фонду України, виявивши у 2005 році цей факт, припинило виплату заявникові пенсії. 2009 року Конституційний Суд України оголосив неконституційними законодавчі положення, на основі яких п. Пічкуру припинили виплачувати пенсії. Після цього останній звертався до управління Пенсійного фонду України щодо поновлення відповідних виплат. Йому відповіли, що рішення Конституційного Суду України не має зворотної дії. Врешті-решт п. Пічкур звернувся до ЄСПЛ із заявою, що його було позбавлено пенсії за віком на підставі його місця проживання у порушення статті 14 Конвенції в поєднанні зі статтею 1 Першого протоколу (право мирно володіти своїм майном).

ЄСПЛ у своєму рішенні наголосив, що заборона дискримінації за статтею 14 Конвенції також застосовується до тих додаткових прав, що входять до загальної сфери застосування будь-якої статті Конвенції, які держави добровільно вирішили гарантувати (п. 40). Якщо у Договірній державі є законодавство, яким передбачено право на соціальні виплати, обумовлені або не обумовлені попередньою сплатою внесків, це законодавство породжує майновий інтерес, який підпадає під дію статті 1 Першого протоколу (п. 41).

Хоча цей Протокол не забезпечує право на отримання будь-яких видів виплат з соціального страхування, держава при створенні механізму соціальних виплат має зробити це у спосіб, що відповідає статті 14 (п. 42).

Суд зазначає, що заявник скаржився на відмінність у ставленні на основі місця його проживання, що для цілей статті 14 Конвенції становить аспект його особистого статусу (див. рішення у справі «Карсон та інші проти Сполученого Королівства» [ВП], пп. 70 та 71). Прецедентною практикою ЄСПЛ встановлено, що дискримінація означає поводження з особами у різний спосіб, без об'єктивного та розумного обґрунтування, у відносно подібних ситуаціях (див. рішення у справі «Вілліс проти Сполученого Королівства», п. 48).

У розглядуваній справі право на пенсійне забезпечення «стало залежним від місця проживання заявника, що призвело до ситуації, в якій він ...був зовсім позбавлений права на пенсію лише на тій підставі, що більше не проживає на території України. Дійсно, заявник, який був економічно активним в Україні з 1956 до 1996 року, мав право на отримання пенсії після закінчення трудової діяльності та, як це передбачалося національним законодавством на час події, він знову отримував би свою пенсію після повернення в Україну. Тому Суд доходить висновку, що заявник перебував у відносно схожій ситуації із пенсіонерами, які проживали в Україні, щодо самого права на отримання пенсії» (п. 51) [24]. Відповідаючи на наступне питання тесту (чи може бути виправданою різниця у поводженні щодо п. Пічкура), Суд вказав, що органи влади не надали жодного обґрунтування позбавлення заявника його пенсії лише через те, що він проживав за кордоном. Вищезазначених міркувань ЄСПЛ було достатньо для висновку про те, що різниця у поводженні, на яку заяв-

ник скаржився, порушувала статтю 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 1 Першого протоколу (п. 54) [24].

На завершення слід констатувати, що практика застосування й тлумачення Страсбурзьким судом згаданого вище Протоколу № 12 до Конвенції видається недостатньо сформованою. Однак аналіз навіть тих справ, що вже стали предметом розгляду Судом, дозволяє висловити такі загальнотеоретичні положення.

По-перше, вже у «піонерській» справі, яка розглядалася на підставі цього Протоколу (*«Сейдич і Фінці проти Боснії і Герцеговини»*) (*«Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina»*), ЄСПЛ наголосив на незмінній інтерпретації ним центрального терміну: «Незважаючи на відмінності положень за широтою меж застосування, значення цього терміну («дискримінація») в статті 1 Протоколу № 12 – як це й передбачили розробники її тексту – є таким самим, що й терміну в статті 14 Конвенції (див. Пояснювальну доповідь до Протоколу № 12, п. 18). Отже, Суд не вбачає підстав для відходу від ... усталеного розуміння категорії «дискримінація» ... в контексті ст. 1 Протоколу № 12», «поняття дискримінації, забороненої статтею 14, має тлумачитися так само, як і поняття дискримінації, забороненої статтею 1 Протоколу № 12» [12].

По-друге, оскаржуване порушення заборони дискримінації нормативно ґрунтувалося на статтях Конституції Боснії і Герцеговини<sup>1</sup>. Тому Суд змушений був відзначити: «Той факт, що в цій справі порушується питання про відповідність Конституції держави Конвенції, не є значущим у цьому зв'язку». Отже, рішення ЄСПЛ (а в цій справі воно було таким: «конституційні положення, внаслідок яких заявники позбавлені права балотуватися на виборах до Президії, слід також вважати дискримінаційними й такими, що порушують статтю 1 Протоколу № 12») є *вирішальним* для удосконалення загальнотеоретичних та філософсько-правових засад конституційного статусу людини і громадянина в державах-учасницях Конвенції.

---

<sup>1</sup> У цій справі заявники скаржилися на відсутність у них права балотуватися на виборах до Палати народів і до Президії Боснії і Герцеговини внаслідок їхнього етнічного (циганського і єврейського) походження, адже згідно зі статтями IV і V Загальнодержавної конституції до цих органів могли бути обрані лише ті, хто декларував свою належність до босняків, хорватів чи сербів як «державоутворюючих народів».

По-третє, у цьому рішенні ЄСПЛ наголосив, що «органи влади повинні використовувати всі наявні у них засоби для боротьби з расизмом (а дискримінацію людини за ознакою *етнічного* походження Суд однозначно вважає формою расової дискримінації. – *О.П.*), зміцнюючи таким чином уявлення про демократичне суспільство як таке, в якому різноманітність сприймається не як загроза, а як джерело культурного збагачення». Він також постановив, що «різниця в поводженні, яка ґрунтується виключно або вирішальною мірою на етнічному походженні особи, не може виправдовуватися будь-якими об'єктивними підставами в сучасному демократичному суспільстві, побудованому на принципах плюралізму та поваги до різних культур» [12]. Ці положення теж дають підстави вести мову про певні «*комунітаристські мотиви*» у філософсько-правовому обґрунтуванні й цього рішення судової інституції Ради Європи.

\*\*\*

1. Принцип заборони дискримінації може розглядатись як формально-юридичне втілення значно ширшого за обсягом принципу рівності.

2. У численних прецедентах Європейського Суду з прав людини поняття дискримінації дістало чіткого «дуального» тлумачення як а) різне поводження без будь-якого об'єктивного і розумного виправдання щодо осіб, які знаходяться у відносно схожих ситуаціях, а також б) як однакове поводження з особами, що знаходяться в абсолютно різних ситуаціях. Щоправда, такий підхід, як видається, не є винаходом Суду, а являє собою певну формалізацію філософсько-правових положень, висловлюваних ще Арістотелем у його «Нікомаховій етиці» (1131a 10).

3. «Урізане» формулювання статті 14 Конвенції, яка обмежується метою забезпечення користування правами та свободами, *лише* визнаними в Конвенції, без дискримінації, що чітко виявило свою неповноту в практиці її застосування (насамперед ЄСПЛ), спричинило необхідність прийняття Протоколу № 12 до Конвенції, котрий у ст. 1 встановив *загальну* заборону дискримінації. Однак при цьому усталене первинне тлумачення (розуміння) самого терміну «дискримінація» у рішеннях Суду тоді залишилося незмінним.

4. Проведений аналіз практики Європейського Суду з прав людини щодо справ про заборону дискримінації додатково свідчить на користь обґрунтованості висновку про те, що основним філософським підґрунтям сучасних рішень цієї поважної європейської судової інстанції є постулати так званого ліберального комунітаризму як результату своєрідної конвергенції ліберальних і комунітаристських ідеологем. Це, своєю чергою, можна вважати відображенням відповідних тенденцій у розвитку сучасної західної етико-правової й політико-правової думки в цілому.

---

1. Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. Вид. 2-е, випр., доп. К. : Реферат, 2007. 848 с.

2. Стеценко С. В. Дискримінація. *Юридична енциклопедія*: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. К.: Українська енциклопедія, 1999. Т. 2: Д-Й. С. 195.

3. Гончаров В. Про деякі особливості відображення правової природи дискримінації у національній судовій практиці. *Право України*. 2023. № 6. С. 96–104.

4. Голдмен А. Дискримінація. *Міжнародна поліцейська енциклопедія*: В 10 т. К.: Ін Юре, 2005. Т. II. Права людини у контексті поліцейської діяльності. С. 127–128.

5. Рабінович М. Дискримінація: загальне поняття, класифікації. *Актуальні проблеми прав людини, держави та правової системи* : Х Міжнародна студентсько-аспірантська наукова конференція (6–8 травня 2011 року) : Тези доповідей. Львів, 2011. С. 15–17.

6. Рекомендації Європейських інституцій щодо боротьби з дискримінацією в Україні / Українська Гельсінська спілка з прав людини. Харків : Права людини, 2008. 324 с.

7. Рабінович П. Страсбурзьке судочинство: реформування – неминуче. *Майбутнє Європейського суду з прав людини (Інтерлакенська, Ізмірська, Брайтонська декларації)*. Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України. Серія II. Коментарі прав та законодавства. Вип. 12. Львів : СПОЛОМ, 2013. С. 5–7.

8. Про ратифікацію Протоколів № 12 та № 14 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод : Закон України. URL: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/T063435.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T063435.html) (дата звернення: 20.08.2023)

9. Explanatory Report to Protocol №. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Rome, 4.XI.2000.

European Treaty Series №. 177. URL: <https://rm.coe.int/09000016800cce48> (accessed: 19.08.2023)

10. Панкевич О. Захист права людини на недискримінацію в практиці Європейського суду з прав людини. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2016. Вип. 3. С. 325–335.

11. Case «relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium». URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57525> (accessed: 19.08.2023)

12. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Сейдич і Фінці проти Боснії і Герцеговини» («Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina») від 22 грудня 2009 року. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-117680> (accessed: 19.08.2023)

13. Кекес Д. Зasadничі цінності лібералізму. *Лібералізм: антологія*. 2-ге вид. / [упоряд. О. Проценко, В. Лісовий]. К. : Простір, Смолоскип, 2009. С. 111–133.

14. Case of Leyla Şahin v. Turkey. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-70956> (accessed: 19.08.2023)

15. Христова Г. О. Позитивні обов'язки держави у сфері протидії дискримінації. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 4 (75). С. 11–20.

16. Неделек Б. Стаття 14 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод. *Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст* / уклад. і наук. ред. О. Л. Жуковська. К. : ВІПОЛ, 2004. С. 631–652.

17. Посібник з європейського антидискримінаційного права / Агенція Європейського Союзу з питань основоположних прав, Рада Європи. К. : ТОВ «К.І.С.», 2013. 191 с.

18. Панкевич О. З. Соціальна держава та права людини «другого покоління» (загальнотеоретичне дослідження). *Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України* / Редкол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. Серія І. Дослідження та реферати. Випуск 11. Львів : Астрон, 2006. 176 с.

19. Панкевич О. З. Лібералізм і комунітаризм: до питання про дві парадигми сучасної політико-правової філософії. *Право і громадянське суспільство*. 2013. № 3(4). С. 122–134. URL: <http://lcsaw.knu.ua/2013-3.pdf> (дата звернення: 20.08.2023)

20. Расмюссен (Rasmussen) проти Данії. Європейський суд з прав людини. Витяг із судового рішення. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980\\_163](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_163) (дата звернення: 20.08.2023)



21. Рабінович С., Панкевич О. Тест на недискримінацію в практиці Європейського суду з прав людини: оцінювальні аспекти. *Право України*. 2017. № 4. С. 97–107.

22. Case of Thlimmenos v. Greece. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58561>(accessed: 19.08.2023)

23. Справа «D.Н. та інші проти Чеської Республіки» (Case of D. H. and others v. the Czech Republic). Європейський суд з прав людини, Велика палата : Рішення від 13 листопада 2007 р. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117744> (дата звернення: 09.09.2023)

24. Справа «Пічкур проти України» (Заява № 10441/06). Європейський суд з прав людини (п'ята секція). URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_984#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_984#Text) (дата звернення: 20.08.2023)