

ОСОБЛИВОСТІ ВСТАНОВЛЕННЯ ДИСКРИМІНАЦІЇ В НАЦІОНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

**ГОНЧАРОВ Володимир Вікторович - кандидат юридичних наук, доцент
кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені
Івана Франка**

**ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1041-3939>
volodymyr.honcharov@lnu.edu.ua
УДК 342.717:347.965.2
DOI 10.32782/LAW.UA.2023.4.1**

У статті розкривається поняття дискримінації, а також проводиться критичний аналіз національної судової практики на предмет відображення в ній правової природи дискримінації. При цьому наголос робиться на випадках, коли така природа відображується неправильно.

Загальне чи родове поняття дискримінації може бути коротко викладене як негативне розрізнення за будь-якою підставою чи ознакою порівняно з іншою особою, тоді як вузьке поняття дискримінації інтерпретує захищені ознаки як належність до тих чи інших значимих соціальних груп (за расою, статтю, віком та ін.). Обґрунтовується, що практика протидії дискримінації потребує послідовної теорії, котра б могла, пояснити, що таке заборона дискримінації, для реакції на які саме порушення її слід застосовувати, та як розрізнити випадки, коли та має бути застосована, від випадків, коли достатньо встановити порушення суб'єктивного права без додаткового звернення до заборони дискримінації.

Доводиться, що в національній судовій практиці нерідко втілюється широкий підхід до дискримінації, котрий полягає в ототожненні юридичної рівності із заборонаю дискримінації. Наводиться критика такого підходу.

Автор доводить, що далеко не у всіх випадках, коли ідеться про порушення юридичної рівності, можна встановити наявність дискримінації. На прикладі рішень національних судів доводиться, що широкий підхід до розуміння дискримінації спричиняє

інфляцію цього поняття, його «знецінення» та «розбухання». Обґрунтовується, що надто широке використання поняття дискримінації може бути прийнятним для правової аргументації адвокатів, але не суддів.

Ключові слова: позитивна дискримінація, принцип рівності, рівність, позитивні дії, позитивні заходи, права людини і громадянина, принципи права, тлумачення норм права, дискримінація, права людини, верховенство права, конституційний принцип, рівність прав і свобод, законодавство, заборона дискримінації, позитивні обов'язки держави.

1. Загальні зауваги

Західна правова традиція була значною мірою сформована в контексті боротьби проти різноманітних форм дискримінації, таких як сексизм, расизм, ейджизм та б.ін. І в цьому сенсі поглиблення знань про дискримінацію та засоби протидії їй сприяють як європейській і євроатлантичній інтеграції України. І навпаки, толерувати дискримінацію – значить спричинити шкоду верховенству права правам людини та демократії.

Для демократії ключове значення має те, що в комунікативній філософії та соціології прийнято називати «простором для діалогу». Останній створює умови для обміну думками, дебатів та конструктивних розбіжностей. Через діалог ми вивчаємо нові ідеї, перевіряємо свої власні упередження та розуміємо почуття та переживання інших. Він є основою плюралізму, відкритості та взаєм-

ного розуміння, які є необхідними для здорового демократичного суспільства.

Простір для діалогу має своїми основоположними підмурками рівність, автономію волі й свободу вираження, але він також вимагає взаємної поваги та готовності слухати. Для того щоб діалог був ефективним, всі голоси повинні бути почуті, а не тільки ті, які вже мають владу або вплив.

У цьому контексті дискримінація є серйозною загрозою для простору діалогу. Дискримінація, незалежно від форми, маргіналізує та виключає певні групи з розмови, що обмежує різноманітність перспектив та ідей. Вона створює атмосферу страху та невпевненості, що, у свою чергу, веде до самоцензури та соціальної обструкції.

Коли дискримінація проникає в суспільний діалог, вона може посилити поділи та розбіжності, що знищують довіру до демократії. За влучним висловом спеціальної доповідачки з прав меншин ООН Рити Ізак, дискримінація загрожує появою «розламів вздовж національних, етнічних, мовних та інших відмінностей, що можуть підірвати мирне співжиття, якщо цьому швидко не протидіяти» [1]. Це може призвести до нерівності у владі, розриву між громадянами та урядом, та загрози загальному добробуту суспільства.

Важливо розпізнавати та визнавати дискримінацію, оскільки вона може бути латентною та прихованою. Суспільство повинне прийняти відповідальність за боротьбу з дискримінацією на всіх рівнях, від особистих відносин до законодавства. Якщо ж суспільство та його інституційні механізми не виконують цього завдання, вони тим самим лише погіршують ситуацію, по суті легалізуючи дискримінацію в тих чи інших суспільних відносинах.

У світлі викладеного не викликає сумніву твердження, що практика протидії дискримінації потребує послідовної теорії, котра б могла пояснити, що таке заборона дискримінації, для реакції на які саме порушення її слід застосовувати, та як розрізнити випадки, коли та має бути застосована, від випадків, коли достатньо встановити порушення суб'єктивного права без додаткового звернення до заборони дискримінації.

Пропонований увазі матеріал є доробком до такої теорії. Нижче ми проведемо критичний аналіз застосування поняття дискримінації в різних сферах українського судочинства, що дозволить виявити основні проблеми та запропонувати шляхи і способи їх вирішення.

2. Що таке дискримінація?

Слово «дискримінація» походить від латинського «discrimen», що означає «різниця», «розрізнення». Таким чином, етимологічно «дискримінація» пов'язана з процесом розрізнення або відокремлення.

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 та інші.

К. Ліпперт-Расмуссен у своїй роботі «Народжені вільними та рівними? Філософське дослідження природи дискримінації» пропонує загальне (родове) поняття дискримінації:

«Агент X дискримінує Y в порівнянні із Z, вчиняючи F (наприклад, наймаючи Z замість Y), якщо і лише якщо:

(i) існує властивість, P, така, що Y має P або X вірить, що Y має P, і Z не має P або X вірить, що Z не має P,

(ii) X поводить з Y гірше, ніж він поводить або поводився б з Z, вчиняючи F, і

(iii) це тому, що (X вірить, що) Y має P і (X вірить, що) Z не має P, X поводить з Y гірше, ніж з Z, вчиняючи F» [2, с. 15].

У цьому загальному (родовому) сенсі, дискримінація відбувається за будь-якою властивістю в широкому сенсі останнього слова: це не тільки раса, колір шкіри, стать, чи будь-яка інша захищена ознака, а радше властивість як будь-яка риса чи ознака, що притаманна жертві дискримінації.

Втім, таке визначення може здатись зашироким і загалом непридатним для цілей правопорядку. Скажімо, відмова в працевлаштуванні відкритому расисту (рашисту) навряд чи може вважатись дискримінацією, позаяк заборона дискримінації існує не для захисту подібних явищ, а радше для бороть-

би із ними. Себто не кожна властивість чи риса можуть вважатись релевантними для застосування заборони дискримінації – на роль захищеної від дискримінації ознаки може претендувати далеко не все. Тому в літературі інколи кажуть, що захищена ознака становить собою належність до важливої для суспільства групи, зв'язок із якою поважається в цьому суспільстві і має істотне значення для структури соціальної взаємодії в різноманітних соціальних контекстах [3].

Відтак, наявність захищеної ознаки має принципове значення для встановлення дискримінації. Відповідно, хибно вважати, будімо встановлення захищеної ознаки є зайвим кроком у справах про дискримінацію: те, що перелік таких ознак є невичерпним і є «інші» захищені ознаки, не означає, що дискримінація в юридичному сенсі може дійсно відбуватись за будь-якою ознакою. Неврахування цієї важливої обставини, як ми продемонструємо далі, призводить до «інфляції» поняття дискримінації.

3. Чи будь-яке відхилення від юридичної рівності є дискримінацією?

У літературі була висловлена позиція, згідно з якою порушення рівності завжди означає дискримінацію. Так, інтерпретуючи заборону дискримінації в статті 14 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція), С. Шевчук вказував, що «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» [4]. З цього твердження випливає, що будь-яке розрізнення в користуванні (у цьому випадку конвенційними) правами, і що не має належного обґрунтування, є дискримінаційним. Відтак, заборона дискримінації не має самостійного значення, а є лише позначенням ситуації, коли юридична рівність не була дотримана – принципи рівності і недискримінації отожнюються.

Аналогічної позиції притримується у своїх рішеннях Конституційний Суд Укра-

їни. Так, у своїй ухвалі № 165-2(П)/19 єдиний орган конституційної юрисдикції дійшов висновку, що «*порушенням рівності перед законом, тобто дискримінацією (курсив мій – В.Г.)*, є об'єктивно невиправдана відмінність у правовому регулюванні статусу особи і статусу інших осіб, які перебувають в однаковому з нею або схожому становищі» (абзац четвертий підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини) [5]. Аналогічна позиція була також задекларована Конституційним Судом в одній з його наступних ухвал [6].

Однак подібна інтерпретація поняття дискримінації, що отожднює останню з порушенням юридичної рівності, виявляє свою непослідовність і до того ж спричиняє невідповідність практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Щоб продемонструвати, чому не будь-яке порушення юридичної рівності є дискримінацією, можна скористатись наступним прикладом. У рішенні у справі «Серков проти України» Європейський суд повинен був дати оцінку непослідовності в тлумаченні податкового законодавства України судами загальної юрисдикції, що спричинило порушення рівності платників податків: одні і ті ж норми застосовувались таким чином, що одні платники звільнялись від сплати одного і того ж податку, тоді як інші були зобов'язані його сплачувати [7]. І хоча порушення юридичної рівності тут є очевидним, Європейський суд не тільки не встановив порушення заборони дискримінації, але і взагалі не розглядав порушення статті 14 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

У цьому контексті звертає на себе увагу доповідь до Протоколу № 12, підготовлена Радою Європи, згідно з параграфом 15 якої «принципи недискримінації та рівності тісно переплетені. Так, принцип рівності вимагає, щоб до однакових ситуацій підходили однаково, а до неоднакових ситуацій – по-різному. Коли так не відбувається, то має місце дискримінація, якщо, звичайно, це не має об'єктивного та розумного виправдання» [8]. В означеному положенні звертає на себе увагу термін «*переплетені*», що дає підстави для твердження, що принцип заборони дискримінації має самостійне значення і

не може бути зведений до будь-якого відступу від юридичної рівності.

На користь того, що принцип заборони дискримінації хоч і пов'язаний з принципом юридичної рівності, але не тотожний йому, свідчить правова позиція Верховного Суду, втілена в його рішенні за результатами розгляду апеляційної скарги Вищої ради правосуддя (далі – ВРП) на рішення Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 27 травня 2019 року. Справа стосувалася відмови ВРП у внесенні подання Президентіві України про призначення позивача на посаду судді Донецького окружного адміністративного суду. Останній у 2010 році у складі колегії суддів з трьох суддів ухвалив рішення про скасування Указу Президента України “Про присвоєння С. Бандері звання Герой України”. Вважаючи це рішення політично мотивованим, ВРП відмовила позивачу у внесенні подання Президентіві України (втім, це не завадило ВРП внести аналогічні подання на двох інших суддів, які теж ухвалювали це сумнозвісне рішення). Не погоджуючись із рішенням ВРП, позивач оскаржив його до Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду. Зі свого боку ВРП пояснила відмінність у підході до позивача тим, що відомості щодо кандидатів на посаду судді, а також їх оцінка ВРП мають індивідуальний характер і не є предметом спору; оцінка дій судді у зовні схожих ситуаціях не обмежується лише і виключно об'єктивними критеріями, а передбачає достатньо широкий розсуд членів ВРП; вирішальним є особисте переконання кожного члена ВРП, яке, зрештою, і визначає характер їх голосування; ВРП ухвалює різні рішення щодо суддів, які ухвалювали рішення у справі No 2а-1219/10/0570, і це начебто не свідчить про протиправність чи дискримінацію» [9].

Даючи правову оцінку діям ВРП в зазначеній справі, Верховний Суд постановив (пар. 68), що при прийнятті оскаржуваного рішення ВРП не дотрималася принципу рівності перед законом та допустила «несправедливу дискримінацію» стосовно позивача.

Вираження «несправедлива дискримінація» в коментованому рішенні Верховного Суду може здатись надлишковим і тавтологічним, позаяк дискримінація не може бути справедливою, і навпаки, якщо певне розрізнення є справедливим, то вже не є дискримінаційним. Однак, на наше міркування, Верховний Суд усвідомлено використав цей, на перше око, некоректний вислів, маючи під ним на увазі *несправедливе розрізнення*, що не має характеру дискримінації в сенсі статті 14 Конвенції та статті 1 Закону України «Про засади запобігання і протидії дискримінації в Україні». Верховний Суд був вимушений вдатись до такого формулювання, оскільки ухвалення позивачем у справі № 800/472/17 рішення про скасування Указу Президента України *не є захищеною ознакою* (поруч з віком, статтю, національною чи етнічною приналежністю та ін.).

Як видається, ухвалення сумнозвісного рішення в розглянутій вище справі не може вважатись захищеною ознакою, позаяк наявність останньої завжди повинна бути пов'язана зі членством у певній суспільній групі.

4. Широке та вузьке розуміння дискримінації в національній судовій практиці

Протиставлення широкого і вузького підходу до розуміння дискримінації має давню історію. Так, Європейський суд з прав людини свого часу повинен був вибрати між двома варіантами прочитання статті 14 Конвенції ще в 1967 році, коли вирішував справу про використання мов в освітньому процесі в Бельгії [10]. Тут конфлікт інтерпретацій був зумовлений розбіжностями у франкомовному й англomовному її офіційних текстах [11]. Франкомовне формулювання «*sans distinction aucune*» («без будь-яких розрізень» є ширшим у порівнянні з англomовним «*without discrimination*» («без дискримінації») [12]. У цій справі ЄСПЛ став на бік вузького розуміння дискримінації, що впливає з англomовної версії тексту Конвенції. Це рішення стало дороговказом для розбудови прецедентної практики ЄСПЛ стосовно застосування статті 14 Конвенції та статті 1 Протоколу № 12, та, вочевидь, має

бути дороговказом і для національної правової системи.

Суть вузького тлумачення дискримінації полягає в тому, що не будь-яку відмінність у ставленні до суб'єктів права слід вважати дискримінаційною, а відтак застосування принципу заборони дискримінації є необхідним лише в тих випадках, коли саме дискримінація спричинила порушення в користуванні тими чи іншими правами та свободами.

На наше міркування, такий підхід має низку своїх переваг, сприяючи, зрештою, правовій визначеності. І навпаки, широке розуміння дискримінації може бути поширене серед адвокатів, для яких природно і закономірно «давати масою аргументів», чим пояснюється їхня схильність апелювати до принципу заборони дискримінації навіть тоді, коли це, по суті, надлишково. Однак мета органу правозастосування у справах, у яких ідеться про дискримінаційну поведінку, є протилежною, а саме: вирішити справу у відповідності з дійсним правом, з чого випливає установка не називати дискримінацією те, що нею не охоплюється, позаяк саме «економний» підхід до розуміння дискримінації сприяє правовій визначеності і надає забороні дискримінації особливої цінності в гарантуванні і забезпеченні юридичної рівності та верховенства права.

Втім, для вітчизняного правознавства є досить характерним використання заборони дискримінації саме в широкому розумінні. Так, Перша дисциплінарна палата Вищої ради правосуддя, розглянувши скаргу на суддю Київського окружного адміністративного суду, встановила, що коментування суддею в непроцесуальний спосіб для доведення людині хибності позову є дискримінацією громадянина за ознакою необізнаності [13]. Але чи дійсно необізнаність є захищеною ознакою (поруч з расою, політичними і релігійними переконаннями, національністю, етнічним і соціальним походженням та ін.)? Чи утворюють «необізнані» з правом громадяни значиму суспільну групу, для захисту якої слід використовувати норми про заборону дискримінації? Вочевидь ні, і в подібних справах, звичайно, слід обмежитись встановленням порушення основного права

(наприклад, у цьому випадку, права на повагу до честі і гідності особи).

У цьому ж контексті звертає на себе увагу рішення Франківського районного суду м. Львова від 04 серпня 2017 р. у (досить резонансній) справі № 465/3382/17 [14], що було залишене без змін постановою Апеляційного суду Львівської області від 16 липня 2018 р. [15]. У справі йшлося про те, що мережа одного з українських магазинів не надавала інформацію про товари державною мовою, натомість пропонуючи потенційним покупцям ознайомлюватись із такою інформацією російською. Суди першої та другої інстанцій встановили наявність дискримінації в діях відповідача. На нашу думку, така аргументація має надлишковий характер, позаяк справа могла і мала бути вирішена на підставі встановлення порушення законодавчо закріпленого права споживача отримувати інформацію про товари державною мовою.

5. Деякі висновки

Судова аргументація не повинна ґрунтуватись на принципі «чим більше, тим краще». Дискримінацію необхідно встановлювати лише в тих випадках, коли вона стала безпосередньою причиною порушення суб'єктивного права. Відхилення від цієї засади спричиняє невизначеність у застосуванні заборони дискримінації, її інфляцію та розбухання. Такий самий негативний ефект має ототожнення заборони дискримінації з принципом юридичної рівності.

Література

1. Report of the Special Rapporteur on minority issues, Rita Izsák: Addendum – Mission to Ukraine (A/HRC/28/64/Add.1) URL: <https://reliefweb.int/report/ukraine/report-special-rapporteur-minority-issues-rita-izs-k-addendum-mission-ukraine> (accessed 23.06.2023)
2. Kasper Lippert-Rasmussen, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination* Oxford University Press (2014) 15
3. Andrew Altman, 'Discrimination,' in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. E. Zalta, April 20, 2020, <<https://plato>

stanford.edu/entries/discrimination> (accessed 23.06.2023)

4. Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. (К.: Реферат, 2007) 662.

5. Ухвала Другої колегії суддів Другого сенату Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційною скаргою Камінського Валерія Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 5 частини першої статті 4 Закону України „Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов’язкове державне соціальне страхування“ від 13 червня 2019 року № 165-2(П)/2019

6. Ухвала Другої колегія Другого сенату Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційною скаргою Залюшного Олександра Григоровича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 97 Закону України „Про Національну поліцію“ від 28 жовтня 2020 року № 240-2(П)/2020

7. ECHR Judgement ‘Serkov v. Ukraine’. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-105536> (accessed 23.06.2023)

8. Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. URL: <https://rm.coe.int/09000016800cce48> (accessed 23.06.2023)

9. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 5 грудня 2019 року, справа № 800/472/17

10. Case ‘Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of languages in education In Belgium’ <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57524>> (accessed 23.06.2023)

11. Buergenthal T. ‘European Court Of Human Rights, 23rd July 1968: Case «Relating To Certain Aspects Of The Laws On The Use Of Languages In Education In Belgium’ Judgment», International Legal Materials, 1969 (4), 826, 827.

12. Панкевич О. Захист права людини на недискримінацію у практиці Європейського суду з прав людини. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ серія юридична, 2016 (3), с. 327

13. Рішення Першої дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя у справі № 3279/1дп/15-20 від 27.11.2020

SUMMARY

The article reveals the concept of discrimination, as well as conducts a critical analysis of national judicial practice in terms of reflecting the legal nature of discrimination therein. Emphasis is placed on cases where such a nature is reflected incorrectly.

The general or generic concept of discrimination can be briefly described as negative differentiation on any basis or characteristic compared to another person, while the narrow concept of discrimination interprets protected characteristics as belonging to various significant social groups (by race, gender, age, etc.). It is argued that the practice of combating discrimination requires a consistent theory that could explain what the prohibition of discrimination is, to react to which specific violations it should be applied, and how to distinguish cases where it must be applied from cases where it is sufficient to establish a violation of a subjective right without additional recourse to the prohibition of discrimination.

It is proved that in national judicial practice, a broad approach to discrimination is often embodied, which consists of identifying legal equality with the prohibition of discrimination. Criticism of such an approach is provided.

The author proves that not in all cases where there is a violation of legal equality, can the presence of discrimination be established. Based on the decisions of national courts, it is proved that a broad approach to understanding discrimination leads to the inflation of this concept, its “devaluation,” and “expansion.” It is substantiated that too broad use of the concept of discrimination may be acceptable for the legal arguments of lawyers but not judges.

Key words: positive discrimination, principle of equality, equality, affirmative action, positive measures, human and civil rights, principles of law, interpretation of legal norms, discrimination, human rights, rule of law, constitutional principle, equality of rights and freedoms, legislation, prohibition of discrimination, positive obligations of the state.

14. Рішення Франківського районного суду м. Львова від 04 серпня 2017 р. у справі № 465/3382/17

15. Постанова Апеляційного суду Львівської області від 16 липня 2018 р. у справі № 465/3382/17