

# ТЕСТ НА НЕДИСКРИМІНАЦІЮ В ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ: ОЦІНЮВАЛЬНІ АСПЕКТИ



**С. РАБІНОВИЧ**  
*доктор юридичних наук,  
професор кафедри конституційного права  
(Львівський національний університет  
імені Івана Франка)*



**О. ПАНКЕВИЧ**  
*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри  
адміністративно-правових дисциплін  
(Львівський державний університет  
внутрішніх справ)*

Згідно з усталеними в конституційній доктрині й судовій практиці підходами принцип рівності (недискримінації) належить до загальних правових засад, елементів верховенства права та системоутворюючих складових конституційно-правового статусу людини і громадянина. Нерідко недооцінюване значення цього принципу зумовлюється його зв'язком із природою нормативного правового регулювання, яке у більшості випадків передбачає диференціацію правових статусів окремих категорій осіб, що, в свою чергу, потенційно може породжувати питання про обґрунтованість,

виправданість встановлених розрізень.

Засада рівності може розумітися та захищатися по-різному, залежно від того, чи розглядається вона широко або вузько, застосовується для захисту особи чи групи осіб, як така, що забороняє певні види дискримінації, чи, натомість, вимагає рівного розподілу у суспільстві благ та обтяжень і встановлює обов'язок позитивних дій держави для забезпечення такого розподілу [1, 660]. Чималою мірою завдяки цьому як практика національного конституційного судочинства, так і практика Європейського суду з прав людини

(далі — ЄСПЛ, Суд) іноді засвідчують неабияку контрверсійність принципу рівності. Ще більш важливою причиною такої контрверсійності є те, що розуміння цього принципу та його використання в аргументації судових рішень зумовлюються й особистісними моральними установками та ціннісними орієнтаціями суддів, а також відмінними соціальними інтересами, виразниками яких вони, так чи інакше, виступають.

Хоча питанням тлумачення, забезпечення і розвитку принципу рівності й заборони дискримінації присвячені праці багатьох вітчизняних та зарубіжних дослідників, зокрема М. Козюка, Г. Мальцева, В. Нерсесянца, С. Погребняка, О. Уварової, Т. Фулей, Г. Христової, В. Четверніна, С. Шевчука, низка методологічно значущих аспектів застосування цих засад у судовій практиці залишається недостатньо висвітленою. Йдеться, зокрема, про ціннісно-оцінювальний характер вимоги рівності й недискримінації, зумовлений її тісним зв'язком із принципами справедливості й домірності (пропорційності) [2, 110].

Зважаючи на загально визнану й справді «неперевершену роль», що її відіграє Суд, «прокладаючи нові шляхи, встановлюючи нові орієнтири й стандарти у напрямі змістовного розширення інтерпретації основоположних прав і свобод» [3, 5], видається актуальною спроба епістемологічного аналізу методики розгляду ЄСПЛ справ щодо заборони дискримінації. Сподіваємося, такий аналіз не тільки підтвердить, що здійснюване Судом правосуддя «не байдуже до пристрастей» [4, 100], а й сприятиме уточненню базових правозастосовних алгоритмів, які можуть виявитися корисними для конститу-

ційного судочинства та й загалом для інтерпретації означеної категорії.

**Пряма дискримінація і проблема ціннісного пізнання**<sup>1</sup>. На відміну від багатьох інших міжнародно-правових актів, у тексті Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція, ЄКПЛ) принцип рівності як такий прямо не відображений; натомість у її ст. 14 та ст. 1 Протоколу № 12 до неї йдеться про «заборону дискримінації».

Оскільки в сучасному європейському праві та юридичній доктрині йдеться не лише про пряму дискримінацію, а й про непряму, вимога недискримінації може розглядатись як, так би мовити, зворотний бік вимоги юридичної рівності, як її «негативне» формулювання. Водночас слід зауважити, що з огляду на відмінності рівності юридичної і фактичної, остання як ціннісна засада і як утопічний соціальний ідеал, звісно, не вичерпується самими лише недискримінаційними вимогами.

Найвідомішою розглянутою Судом справою, в якій було визначено основні принципи застосування ст. 14 Конвенції, стала «Справа про мови в Бельгії» (*The case «relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium»*, 1968 р.). Заявниками була група франкомовних батьків, чиїм дітям, виключно з причини місця проживання батьків, було відмовлено в доступі до шкіл із французькою мовою викладання, розташованих у шести комунах передмістя Брюсселя, де основною мовою спілкування була фламандська. У той же час до фламандських шкіл приймалися усі діти без винятку [5].

У цій справі серед критеріїв порушення ст. 14 Конвенції — так званих «елементів стандарту принципу

<sup>1</sup> Відоме в аналітичній філософії розрізнення тверджень про факти й оцінювальних суджень (принцип Г'юма) має наслідком розрізнення двох різновидів пізнання: а) ціннісно-оцінювального і б) ціннісно-нейтрального. В останньому випадку може йтися про широке розуміння «оцінювання». Ціннісним же є оцінювання у вузькому розумінні, а саме таке, результати якого не можуть бути емпірично перевірені на істинність (зокрема, моральне й естетичне). Натомість оцінювання неціннісне (економічне, психологічне, технічне тощо) допускає процедуру верифікації для перевірки істинності його результатів.

недискримінації» [1, 662; 6, 15] — Суд виокремив такі: 1) наявність «конкретних розрізень у поводженні, що стосуються <...> користування якимось із визнаних прав чи свобод»; 2) відсутність «об'єктивного та розумного обґрунтування» відмінностей у підході; 3) відсутність «розумної пропорції між використаними засобами і тією метою, для досягнення якої вони здійснювалися» [7, 223–224].

У більш пізніх прецедентах ЄСПЛ установив, що дискримінація означає різне поводження з людьми у порівняно аналогічних ситуаціях, не обумовлене жодними розумними чи об'єктивними причинами, що «ґрунтується на ознаці, яку можна ідентифікувати» («*Карсон та інші проти Сполученого Королівства*», п. 61). Вміщений у ст. 14 Конвенції перелік таких ознак не є вичерпним («*Енгель та інші (Engel) et al. проти Нідерландів*», п. 72; «*Джеймс та інші (James et al.) проти Сполученого Королівства*», п. 74).

Згідно з використовуваним Судом алгоритмом [6, 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 Конвенції (ст. 14) або стосуються будь-якого передбаченого національним законом права (ст. 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 (якість) або статус заявника, які належать до заборонених підстав дискримінації; в) інші особи, з якими заявник порівнює себе, перебувають в аналогічній ситуації;

3) таке розрізнення не має «розумного та об'єктивного» виправдання («тест на виправданість» — «*justification test*»). При цьому «наявність такого виправдання має оцінюватися з огляду на цілі та вплив заходу, що розглядається, зважаючи при цьому на принципи, які 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, відповідно до якої насамперед 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) [8]. Свобода розсуду зазвичай є широкою в питаннях, що стосуються загальних заходів економічної чи соціальної стратегії (див. рішення у справах: від 12 квітня 2006 р. «*Стек (Stec) та інші проти Сполученого Королівства*», пункти 51–52; від 29 квітня 2008 р. «*Бйорден (Burden) проти Сполученого Королівства*» п. 60); загалом у сфері моралі (рішення у справі від 17 липня 1986 р. «*Джонсон (Johnson) проти Сполученого Королівства*», п. 77); у сфері застосування дисциплінарних заходів в армії (рішення у справі від 8 червня 1976 р. «*Енгель (Engel) та ін. проти Нідерландів*», п. 72); однак є значно вужчою у ситуаціях дискримінації за етнічними чи національними ознаками (рішення у справі від 16 вересня 1996 р. «*Гагауз (Gagausuz) проти Австрії*», 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 (на думку деяких дослід-

ників, перший критерій є пріоритетним щодо другого) [9]; статус жертви державного втручання, зокрема її належність до меншин або інших найменш захищених категорій, зміст самого втручання, поведінка жертви втручання [10, 14–15]. Таким чином, питання про додержання меж розсуду держави виступає також предметом оцінювання, хоча й, зауважимо, не обов'язково такого, що має ціннісний характер.

Отже, перевірка дотримання стандарту недискримінаційного поводження передбачає використання складної логічної конструкції, в якій загальний алгоритм оцінки Судом правомірності втручання держави в право заявника трансформовано на основі включення до такого алгоритму питань, відповіді на які необхідні для оцінки ситуації заявника саме з огляду на додержання заборони дискримінації. При цьому, на відміну від типової загальної методики застосування більшості статей Конвенції, окреме з'ясування того, чи було дискримінаційне втручання «передбачене законом», при цьому не вимагається. Це пояснюється як відсутністю відповідної вимоги у ст. 14 Конвенції та Протоколі № 12, так і тим, що непряма дискримінація зазвичай ґрунтується якраз на законі.

Видається важливим, що встановлення порівнянності, виправданості та домірності передбачає ціннісне (насамперед моральне) оцінювання Судом обставин справи. З огляду на це їх застосування не може бути здійснене суто формально-логічним, «раціональним» способом [11, 8].

Спробуємо продемонструвати це щодо кожного з різновидів тестів.

1. Значення *тесту на порівнянність* складно переоцінити, оскільки висновок про непорівнянність взагалі виключатиме необхідність пошуку відповідей на всі наступні питання. Водночас переконливість результатів цього тесту істотно підкріплена вже тим, що висновок про порівнянність об'єктів або ж

про їх непорівнянність може бути зроблено лише в результаті їх порівняння. Ця добре відома компаративістам гносеологічна обставина підштовхує до припущення про те, що, відповідаючи на питання про порівнянність, Суд (який є автономним щодо національних держав та домінуючої в їхніх суспільствах громадської думки) змушений вдаватися до «певна річ зрозумілого», а отже, до позараціональних (інтуїтивних, емоційних, чуттєвих тощо) [12] пізнавальних засобів.

Підтвердженням слушності такого припущення можуть бути приклади ситуацій, які, на думку ЄСПЛ, не можуть порівнюватися у тому чи іншому аспекті: наприклад, націоналізація майна та його експропріація; націоналізація майна Францією і націоналізація майна Алжиром; офіцери високого рангу і нижчі чини; чоловіки й жінки стосовно обов'язкової цивільної служби; один із подружжя, що пережив іншого, і співмешканець (учасник фактичних шлюбних відносин), що пережив іншого; батьки й матері стосовно встановлення спорідненості; одружені чи неодружені гетеросексуальні пари і гомосексуали; чоловіки й жінки — гомосексуали; пацифісти, 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; іноземці з країн, що не є членами Європейського Союзу (далі — ЄС), та громадяни ЄС; шпигунство на користь Федеративної Республіки Німеччина і шпигунство на користь Німецької Демократичної Республіки [13, 646–647].

Ознайомлення з наведеними переліками свідчить, що висновок про порівнянність тут навряд чи міг бути зроблений суто логіко-раціональним шляхом, натомість неминуче мав би ґрунтуватися на певних ціннісних уявленнях та установках, що їх поділяє більшість

членів колегії суддів. При цьому, здійснюючи, на перший погляд, просту і нейтральну операцію порівняння, ЄСПЛ вже конструює «сфери релевантності» (А. Шютц), виявляє або ж створює певні соціально схвалювані або ж «нав'язані» типізації, здійснюючи «владу номінації» [14, 270, 297; 15, 27].

Так, у справі «*Расмюссен проти Данії*» заявник скаржився на те, що згідно із національним законом його право оспорити батьківство дитини, народженої в період, коли він був одружений, залежало від встановленого строку, в той час як його колишня дружина мала право вимагати встановлення батьківства дитини в будь-який час. ЄСПЛ розглянув аргументи уряду про те, що «чоловік і дружина не перебували в однаковій ситуації з точки зору можливості почати судовий процес про батьківство; їх ситуації та інтереси були багато в чому різні» (п. 36) [8]. (Аргумент, відзначимо, доволі сумнівний, оскільки на цьому етапі перевірки об'єктами оцінки виступає становище, в якому перебувають особи ще до того, як вони зазнали відмінного провадження.) З огляду на це, Суд зауважив, що немає необхідності «вирішувати це спірне питання, особливо з огляду на те, що інтереси, про які йдеться, були враховані при розгляді питання про відмінність у поводженні з паном Расмюссеном і його колишньою дружиною» (п. 37). Натомість Суд задовольнився «припущенням, що йдеться про осіб, які перебувають в однаковій ситуації» (п. 37) [8].

2. Тест на виправданість у практиці ЄСПЛ передбачає встановлення наявності/відсутності розумного й об'єктивного обґрунтування відмінностей у поводженні, які були виявлені на попередньому етапі. Становить методологічний інтерес співвідношення тесту на виправданість розрізень із перевіркою їх домірності, які в практиці ЄСПЛ тісно переплітаються. На нашу думку, виправданість відмінностей та їх домір-

ність можуть бути розрізнені за їх об'єктами. Так, якщо об'єктом оцінки на домірність звичайно слугує співвідношення розрізнявальних заходів із цілями таких розрізень, відшукання яких вимагає відповіді на запитання «для чого?», то, натомість, об'єктом оцінки на виправданість мають виступати співвідношення згаданих заходів із їх фактичними підставами, виявлення яких передбачає вже відповідь на запитання «чому?».

Відтак, гадаємо, що кваліфікація відмінностей як «об'єктивно обґрунтованих» вимагає з'ясувати соціальні причини їх запровадження і визнати їх достатньою підставою для встановлення відмінностей. Це, у свою чергу, потребує: а) виявлення деяких, специфічних для відповідних осіб (груп), якостей, характеристик чи інших обставин, що існують до оскаржуваних заходів і незалежно від них; б) встановлення зв'язку між такими обставинами, з одного боку, та розрізнявальними заходами — з другого (оцінка *релевантності* встановлених відмінностей); в) визнання того, що вжиті державою заходи можуть розглядатись як такі, що «розумно» пояснюються саме існуванням вказаних обставин, оскільки пов'язані з об'єктивними відмінностями між ситуаціями, в яких перебувають особи (групи). Оскільки ж сфери релевантності є культурно зумовленими ціннісно-смысловими утвореннями, оцінка виправданості теж має ціннісно-смысловий характер.

Водночас ознака «розумності» обґрунтування відмінностей може стосуватися також і майбутнього, вказуючи на соціальну доцільність встановлених розрізень. У цьому випадку «розумне обґрунтування» відмінностей потребуватиме оцінювання мети встановлених розрізень і відповідності між розрізнявальними заходами та їх метою (тест на домірність).

3. Кваліфікація відмінностей як *домірних* вимагає: а) виявлення цілей

запровадження відмінностей (легітимна мета); б) оцінку існування зв'язку між розрізнявальними заходами і такими цілями (доречність заходів); в) оцінку співмірності таких заходів поставленим цілям (домірність *in sensu stricto*) [16, 7].

Оцінка *домірності* передбачає зіставлення оскаржуваних заходів із метою з'ясування відмінностей. Таке зіставлення, як наголошував М. Вебер, лише у виняткових випадках може бути здійснено засобами, що допускають емпіричну перевірку: «Тільки там, де вирішується, який засіб буде найдоцільнішим для досягнення абсолютно однозначно поставленої мети, можна вважати, що справді йтиметься про питання, яке вирішується емпіричним шляхом. Твердження на кшталт: X є єдиним засобом для досягнення Y — це лише зворотна форма твердження: Y випливає з X» [17, 283, 293]. Тому відповідь на питання про співвідношення мети і засобів зазвичай є лише «справою вибору або компромісу» [17, 273–274].

Використання обох видів ціннісних оцінок («об'єктивного й розумного» виправдання відмінностей та їх «домірності») ілюструє рішення ЄСПЛ у справі «*Расмюссен проти Данії*», в якому вказується, що влада «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 у підході ґрунтувалася на уявленні, що обмежені терміни подання 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 <...>. Влада мала право припустити, що стосовно чоловіка мета буде досягнута найбільш задовільно за допомогою норми закону, в той час як відносно матері було достатньо залишити такі справи на розсуд судів, які підходили б до їх вирішення диференційовано» (п. 41). Прикметно, що тут ЄСПЛ не лише звертається до типових обставин сімейного життя, а й визнає виправданими вже самі по собі прагнення і припущення законодавця, а також соціальні уявлення, що стали підставою для запровадження відмінностей. Зрештою, ЄСПЛ у справі «*Расмюссен проти Данії*» вирішив, що, «з огляду на надані владі межі розсуду, вона не порушила принцип пропорційності» (п. 41) [8].

**Концепція непрямой дискримінації: ціннісно-оцінювальний вимір.** Новим етапом у розвитку ЄСПЛ інтерпретації поняття дискримінації стало його рішення у справі від 6 квітня 2000 р. «*Тлімменос проти Греції*», в якому зазначалося, що «право на захист від дискримінації у здійсненні гарантованих Конвенцією прав, [також] порушується при реалізації державою без об'єктивного та розумного виправдання *однакового підходу до осіб за абсолютно різних обставин*»<sup>1</sup> (курсив наш. — С. Р., О. П.) [18, 125–126].

На відміну від прямої дискримінації, непряма дискримінація є ситуацією, що виникає як результат застосування формально нейтрального критерію, правила чи практики<sup>2</sup>. Непряма дискримінація є насамперед дискримінацією «об'єктивною», кваліфікованою

<sup>1</sup> Такий підхід являє собою певну формалізацію філософсько-правових положень, які висловлювали ще античні мислителі. Платон стверджував, що «будь-якій людині нелегко досягнути найбільш істинну і найкращу рівність, оскільки це — судження Зевса»; «...для нерівних рівне стало би нерівним, якщо б не дотримувалася належна міра» (Законо VI, 757 а-б). Аристотель у «Політиці» (1282 в 15 – 1283 в 20) застерігає суддів: «Справедливість, гадаємо, полягає в рівності <...>, але тільки не для всіх, а для рівних; і нерівність також видається справедливою <...> знову ж не для усіх, а лише для нерівних. Однак люди не беруть до уваги питання “для кого?” і тому *судять фальшиво*...» (курсив наш. — С. Р., О. П.).

<sup>2</sup> Термін «непряма дискримінація» ЄСПЛ вперше застосував у листопаді 2007 р. у рішенні Великої палати Суду у справі «*D. Н. та інші проти Чеської Республіки*» [19].

як така за соціальними наслідками формально рівного поводження й незалежно від намірів, якими керувалися органи і посадові особи держави. Такі особливості спричиняють виникнення презумпції дискримінації на підставі констатації Судом істотної відмінності становища осіб, щодо яких застосовано формально однаковий підхід, а отже, і перенесення тягаря доказування виправданості такої ситуації на державу.

У справі *«Тлімменос проти Греції»* заявнику було відмовлено у призначенні на посаду аудитора внаслідок наявності у нього судимості. При цьому судимість п. Тлімменоса була пов'язана з його релігійними переконаннями як члена організації свідків Єгови (відмова носити військову форму під час загальної мобілізації). На думку ЄСПЛ, на відміну від інших обвинувачень у серйозних кримінальних злочинах, така відмова не свідчить про нечесність або аморальність заявника, що не дозволяло б йому займати посаду аудитора. Відтак Суд вирішив, що однаковий підхід до заявника та інших осіб, засуджених за тяжкі злочини, не мав легітимної мети і порушив ст. 14 Конвенції у поєднанні зі ст. 9 (право на релігійну свободу).

В іншій, вельми резонансній справі *«D. Н. та інші проти Чеської Республіки»* заявники (18 ромів) стверджували, що зазнали дискримінації, оскільки в результаті розподілу до спеціальних шкіл отримали менш якісну освіту, ніж нециганські діти. Розподіл відбувався за результатами проходження тестів, однакових для усіх майбутніх учнів шкіл. У пункті 13 ухваленої у справі постанови Великої палати ЄСПЛ вказувалося: «Попри присутність циган у Європі, починаючи з XIV ст., більшість у суспільстві часто не визнає циган повноправним європейським народом; протягом усієї своєї історії вони відторгалися і переслідувалися суспільством. Кульмінацією цієї історії стала спроба їх повного винищення нацистами, котрі

вважали циган нижчою расою. У результаті століть відторгнення багато циганських спільнот сьогодні живуть у дуже складних умовах, будучи маргіналами в тих країнах, де вони осіли, а їхня участь у суспільному житті вкрай обмежена». 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) [20].

Використана у постанові Великої палати інтерпретація непрямой дискримінації спиралась, як видається, на своєрідний принцип «об'єктивного заповідання», за якого сам факт роздільного навчання циганських і чеських дітей став визначальним для висновку про порушення державою вимог Конвенції. Ухвалене рішення, однак, не було одностайним: четверо суддів — членів Великої палати виклали щодо постанови окремі думки.

Справа *«D. Н. та інші проти Чеської Республіки»* засвідчує, що наслідком перенесення тягаря 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. Причому у розглянутому вище випадку йдеться про морально-правову заборону, яка має практично абсолютний характер. Для рішень в обох наведених вище справах ключовими стали ціннісні оцінки Суду, виражені, в одному випадку, в безумовному осуді ситуа-

ції, за якої заявник у результаті дотримання своїх релігійних переконання у минулому згодом не зміг працевлаштуватися, а в другому — 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, опинилися роми у сучасній Європі.

Як основний підсумок пропонованого аналізу зробимо висновок про значною мірою ціннісно-оцінювальний характер пізнання, здійснюваного Судом при використанні антидискримінаційного алгоритму і відносно підпорядковану роль, що її відіграють у цьому пізнанні логіко-раціональні елементи. Три базові складові алгоритму: тест на порівнянність, тест на виправданість і тест на домірність — за своєю суттю вимагають від Суду морального оцінювання. Об'єктами такого оцінювання виступають «порівнянність» становища осіб, наявність «об'єктивного та розумного» виправдання відмінностей у поведженні, легітимності мети поведження і домірності

такого поведження його легітимній меті. З огляду на це, є підстави розглядати алгоритм антидискримінаційної перевірки не стільки як власне інструмент логічного аналізу правової ситуації, скільки як спосіб упорядкування і форму презентації результатів ціннісного оцінювання. За такої ситуації практично єдиним критерієм раціональності результатів такого оцінювання залишається процедурний: ухвалення рішення більшістю членів суддівської колегії.

Такий висновок, звісно, жодним чином не свідчить про те, що раціональна форма аргументації рішення ЄСПЛ у справі про дискримінацію є зайвою або, тим більше, ніяк не заперечує важливого організуючого й орієнтуючого значення алгоритму застосування тесту на недискримінацію в процесі здійснюваного Судом контролю. Йдеться лише про те, аби не надавати зовнішній логіко-раціональній формі викладу аргументів Суду значення більшого, аніж те, яке вона, як видається, насправді має у процесі ухвалення судового рішення.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Шевчук С.* Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. — Вид. 2-ге, випр., допов. — К., 2007. — 848 с.
2. *Рабінович С., Панкевич О.* Принцип рівності прав людини у практиці Конституційного Суду України: проблеми методики застосування // Вісник Конституційного Суду України. — 2015. — № 5. — С. 97–111.
3. *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. Сер. II. — Л., 2013. — Вип. 12. — С. 5–7.
4. *Міндус П.* Гнів розуму і благодать почуттів: обґрунтовуючи емоції у праві. Пленарна доповідь на XXVII Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії «Право, розум та емоції» (м. Вашингтон, 27 липня — 1 серпня 2015 р.) / пер. з англ. К. Буряковської // Філософія права і загальна теорія права. — 2015. — Вип. 1–2. — С. 72–101.
5. *Вашанова О. В.* Роль Європейського суду по правам человека в развитии принципа недискриминации [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.lawmix.ru/comm/2746>.
6. *Христова Г.* Позитивні обов'язки держави у сфері протидії дискримінації // Вісник Національної академії правових наук України. — 2013. — № 4 (75). — С. 11–20.
7. «Дело относительно некоторых аспектов законодательства об использовании языков в образовании в Бельгии против Бельгии». Европейский Суд по правам человека. Постановление от 23.07.1968 г. [Извлечения] // Защита личности от дискриминации : хрестоматия : в 3 т. — М., 2009. — Т. 2. — С. 202–246.
8. *Расмюссен (Rasmussen) против Дании* : решение Европейского суда по правам человека от 28 ноября 1984 г. [Извлечение из судебного решения] [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980\\_163](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_163).



9. Орехов О. С. О пределах свободы усмотрения государств в практике Европейского суда по правам человека // Вестник Волжского университета им. В. Н. Татищева. — 2015. — № 2 (82).
10. Русов А. Н. Методологические аспекты разрешения дел Европейским судом по правам человека : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2006. — 24 с.
11. Кислов Б. А. Проблема оценки в марксистско-ленинской философии (вопросы теории и методологии). — Иркутск, 1985. — 181 с.
12. Максимов Л. В. Когнитивизм как парадигма гуманитарно-философской мысли. — М., 2003. — 160 с.
13. 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., 2004. — С. 631–652.
14. Шютц А. Равенство и смысловая структура социального мира // Смысловая структура повседневного мира: очерки по феноменологической социологии / пер. с англ. А. Я. Алхасова, Н. Я. Мазлумяновой. — М., 2003. — С. 260–310.
15. Бурдые П. Социология социального пространства / пер. с франц. Н. А. Шматко. — М. ; СПб., 2007. — 288 с.
16. Погребняк С. П. Тест на пропорційність // Юрист України. — 2013. — № 2. — С. 5–10.
17. Вебер М. Сенс «свободи від оцінок» у соціальних науках // Вебер М. Соціологія. Загальноісторичні аналізи. Політика / пер. з нім. О. Погорілий. — К., 1998. — С. 264–309.
18. Решение Европейского суда по правам человека по делу «Тлимменос (Thlimmenos) против Греции» 2000 г. [Извлечения] // Защита личности от дискриминации : хрестоматия : в 3 т. — М., 2009. — Т. 3. — С. 115–127.
19. Кумбер А. Стратегічні тяжби за рівність — міркування про зміни в судовій практиці [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://antidi.org.ua/ua/sp/mijnarodna/172-stratehichni-tiazhyby-zarivnist-mirkuvannia-pro-zminy-v-sudovii-praktytsi>.
20. D. H. та інші проти Чеської Республіки : рішення Великої палати Європейського суду з прав людини від 13 листопада 2007 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117744>.

#### REFERENCES

1. Shevchuk S. Sudovi yakhyst prav liudyny: Praktyka Ievropeiskoho Sudu z prav liudyny u konteksti zakhidnoi pravovoi tradytsii [Judicial human rights protection: Practice of the European Court of Human Rights in the context of the western legal tradition], Kyiv, 2007, 848 p.
2. Rabinovych S., Pankevych O. Prynysyp rivnosti prav liudyny u praktytsi Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy: problemy metodyky zastosuvannya [The principle of equal rights of the person in practice of the Constitutional Court of Ukraine: application technique problems], *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy*, 2015, no. 5, pp. 97–111.
3. Rabinovych P. Strasburzke sudochynstvo: reformuvannya — nemynuche [Strasbourg legal proceedings: reforming — is inevitable], *Maibutnie Ievropeiskoho sudu z prav liudyny (Interlakenska, Izmirska, Braitonska deklaratsii)* [Future of the European Court of Human Rights], Lviv, 2013, Issue 12, pp. 5–7.
4. Mindus P. Hniv rozumu i blahodat pochuttiv: obgruntovuiuchy emotsii u pravi. Plenarna dopovid na XXVII Vsesvitnomu konhresi z filosofii prava i sotsialnoi filosofii «Pravo, rozum ta emotsii» (m. Vashynhton, 27 lypnia — 1 serpnia 2015 r.) [Anger of mind and grace of feelings: proving emotions in the right. The plenary report on the XXVII World congress on legal philosophy and social philosophy «The right, mind and emotions» (Washington, on July 27 — on August 1, 2015)], *Filosofia prava i zahalna teoriia prava*, 2015, Issue 1–2, pp. 72–101.
5. Vashanova O. V. Rol Evropeyskogo sudu po pravam cheloveka v razvitii printsipa nediskriminatsii [Role of the European Court of Human Rights in development of the principle of non-discrimination]. Available at: <http://www.lawmix.ru/comm/2746>.
6. Khrystova H. Pozytyvni oboviazky derzhavy u sferi protydii dyskryminatsii [Positive obligations of the state in the sphere of counteraction of discrimination], *Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy*, 2013, no. 4 (75), pp. 11–20.
7. «Delo otноситelno nekotorykh aspektov zakonodatelstva ob ispolzovanii yazykov v obrazovanii v Belgii protiv Belgii». Evropeyskiy Sud po pravam cheloveka. Postanovlenie ot 23.07.1968 g. [Izvlacheniya] [«Business concerning Some aspects of the legislation on use of languages in education in Belgium against Belgium». European Court of Human Rights. The resolution of 23.07.1968], *Zashchita lichnosti ot diskriminatsii*, Moscow, 2009, vol. 2, pp. 202–246.
8. Rasmussen (Rasmussen) protiv Danii: reshenie Evropeyskogo sudu po pravam cheloveka ot 28 noyabrya 1984 g. [Izvlachenie iz sudebnogo resheniya]. Available at: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980\\_163](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_163).
9. Orekhov O. S. O predelakh svobody usmotreniya gosudarstv v praktike Evropeyskogo sudu po pravam cheloveka [Within freedom of a discretion of the states in practice of the European Court of Human Rights], *Vestnik Volzhskogo universiteta im. V. N. Tatishcheva*, 2015, no. 2 (82).

10. Rusov A. N. Metodologicheskie aspekty razresheniya del Evropeyskim sudom po pravam cheloveka [Put methodological aspects of permission the European Court of Human Rights], Moscow, 2006, 24 p.
11. Kislov B. A. Problema otsenki v marksistko-leninskoy filosofii (voprosy teorii i metodologii) [Assessment problem in Marxist and Lenin philosophy (questions of the theory and methodology)], Irkutsk, 1985, 181 p.
12. Maksimov L. V. Kognitivizm kak paradigma gumanitarno-filosofskoy mysli [Kognitivizm as paradigm of humanitarian philosophical thought], Moscow, 2003, 160 p.
13. Nedielek B. Stattia 14 Ievropeiskoi konventsii pro zakhyst prav liudyny ta osnovnykh svobod [Article 14 of the European convention on human rights protection and fundamental freedoms], *Ievropeiska konventsiiia z prav liudyny: osnovni polozhennia, praktyka zastosuvannia, ukrainskyi kontekst*, Kyiv, 2004, pp. 631–652.
14. Shyutts A. Ravenstvo i smyslovaya struktura sotsialnogo mira [Equality and semantic structure of the social world], *Smyslovaya struktura povsednevnogo mira: ocherki po fenomenologicheskoy sotsiologii*, Moscow, 2003, pp. 260–310.
15. Burde P. Sotsiologiya sotsialnogo prostranstva [Sociology of social space], Moscow; Saint Petersburg, 2007, 288 p.
16. Pohrebniak S. P. Test na proporsiiinist [Proportionality test], *Iuryst Ukrainy*, 2013, no. 2, pp. 5–10.
17. Veber M. Sens «svobody vid otsinok» u sotsialnykh naukakh [Sense of «freedom from estimates» in social sciences], *Veber M. Sotsiologia. Zahalnoistorychni analizy. Polityka*, Kyiv, 1998, pp. 264–309.
18. Reshenie Evropeyskogo suda po pravam cheloveka po delu «Thlimmenos (Thlimmenos) protiv Gretsii» 2000 g. [Izvlecheniia] [The decision of the European Court of Human Rights in the matter of «Thlimmenos against Greece» 2000], *Zashchita lichnosti ot diskriminatsii*, Moscow, 2009, vol. 3, pp. 115–127.
19. Kumber A. Stratehichni tiazhy za rivnist — mirkuvannia pro zminy v sudovii praktytsi [Strategic law-suits for equality — reasonings on changes in court practice]. Available at: <http://antidi.org.ua/ua/sp/mijnarodna/172-stratehichni-tiazhy-za-rivnist-mirkuvannia-pro-zminy-v-sudovii-praktytsi>.
20. D.H. ta inshi proty Cheskoj Respubliky: rishennia Velykoi palaty Ievropeiskoho sudu z prav liudyny vid 13 lystopada 2007 r. [D.H. and others against the Czech Republic: the decision of Big chamber of the European Court of Human Rights of November 13, 2007]. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-117744>.

#### **Рабінович С. П., Панкевич О. З. Тест на недискримінацію в практиці Європейського суду з прав людини: оцінювальні аспекти**

**Анотація.** У статті пропонується епістемологічний аналіз методики розгляду Європейським судом з прав людини справ, які стосуються заборони дискримінації. Обґрунтовується висновок про ціннісний характер оцінок ЄСПЛ при використанні ним антидискримінаційного алгоритму і відносно підпорядковану роль, що її відіграють у судовому оцінюванні раціональні елементи. Ключові складові алгоритму (тести на порівнянність, виправданість і домірність) вимагають від Суду використання ціннісного оцінювання. Тому є підстави розглядати судовий алгоритм перевірки на недискримінацію не стільки як інструмент логічного аналізу правової ситуації, скільки як спосіб упорядкування і форму презентації результатів ціннісного оцінювання. За такої ситуації практично єдиним критерієм раціональності результатів такого оцінювання залишається процедурний: прийняття рішення більшістю членів суддівської колегії.

**Ключові слова:** рівність, дискримінація, порівнянність, виправданість, домірність, раціональність, ціннісне пізнання.

#### **Рабинович С. П., Панкевич О. З. Тест на недискриминацию в практике Европейского суда по правам человека: оценочные аспекты**

**Аннотация.** В статье предлагается эпистемологический анализ методики рассмотрения Европейским судом по правам человека дел, касающихся запрета дискриминации. Обосновывается вывод о ценностном характере оценок ЕСПЧ при использовании им антидискриминационного алгоритма и относительно подчиненной роли, которую играют в судебном оценивании рациональные элементы. Ключевые составляющие антидискриминационного алгоритма (тесты на сравнимость, оправданность и соразмерность) требуют от Суда использования ценностного оценивания. Поэтому есть основания рассматривать судебный алгоритм проверки на недискриминацию не столько как инструмент логического анализа правовой ситуации, сколько как способ упорядочивания и форму презентации результатов ценностного оценивания. В такой ситуации практически единственным критерием рациональности такого оценивания выступает процедурный: принятие решения большинством членов судейской коллегии.

**Ключевые слова:** равенство, дискриминация, сравнимость, оправданность, соразмерность, рациональность, ценностное познание.

**Rabinovych S., Pankevych O. Nondiscrimination Testing in the Case Law of the European Court of Human Rights: Issue of Evaluation**

**Annotation.** The article offers an analysis of epistemological methods of treating ECHR cases relating to the prohibition of discrimination. The conclusion is about the evaluative nature of the Court's assessment when using nondiscrimination algorithm and relatively subordinate role played by rational elements in judicial estimation. Key components of the nondiscrimination algorithm (tests for comparability, justification and proportionality) require the use of the Court's assessment of value. Therefore, there is a reason to consider judicial nondiscrimination algorithm not only as an instrument of logical analysis of the case, but as a way to organize and perform the results of assessment of value. In such a situation, practically the only criterion for the rationality of such assessment are the procedural acts: a decision by a majority of members of the panel.

**Key words:** equality, discrimination, comparability, justification, proportionality, rationality, valuable knowledge.