



Володимир Гончаров

кандидат юридичних наук, науковий співробітник
 Львівської лабораторії прав людини і громадянина
 НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування
 НАПрН України,
 доцент кафедри теорії та філософії права
 Львівського національного університету імені Івана Франка
 (Львів, Україна)
 ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1041-3939>
volodymyr.honcharov@lnu.edu.ua

УДК 342.717:347.965.2

ПРО ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ВІДОБРАЖЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ДИСКРИМІНАЦІЇ У НАЦІОНАЛЬНІЙ СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

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

Загальне чи родове поняття дискримінації може бути коротко викладено 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 значущих соціальних груп (за расою, статтю, віком тощо). Доводиться, що в національній судовій практиці нерідко втілюється широкий підхід до дискримінації, який полягає в ототожненні юридичної рівності із заборонаю дискримінації. Наводиться критика такого підходу.

Автор доказує, що далеко не в усіх 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: дискримінація; захищена ознака; судова практика; права людини.

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

Для демократії ключове значення має те, що у комунікативній філософії та соціології прийнято називати “простором для діалогу”. Остан-

ній створює умови для обміну думками, дебатів та конструктивних розбіжностей. Через діалог ми вивчаємо нові ідеї, перевіряємо свої власні упередження та розуміємо почуття і переживання інших. Він є основою плюралізму, відкритості та взаємного 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 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 виразом спеціальної доповідачки з прав меншин Організації Об'єднаних Націй Р. 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 би 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 дасть змогу виявити основні проблеми та запропонувати шляхи і способи їх вирішення.

¹ Report of the Special Rapporteur on minority issues, Rita Izsák: Addendum – Mission to Ukraine (A/HRC/28/64/Add.1) <<https://reliefweb.int/report/ukraine/report-special-rapporteur-minority-issues-rita-izsak-addendum-mission-ukraine>> (accessed: 23.06.2023).

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 тощо.

К. Ліпперт-Расмуссен у своїй праці “Народжені вільними та рівними? Філософське дослідження природи дискримінації” пропонує загальне (родове) поняття дискримінації:

Агент X дискримінує Y порівняно 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 поведився б із 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 із Z , вчиняючи F .

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 й радше властивість як будь-яка риса чи ознака, що притаманна жертві дискримінації.

Утім, 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 боротьби 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 являє собою належність до важливої для суспільства групи, зв’язок із якою поважається у цьому суспільстві і має істотне значення для структури соціальної взаємодії в різноманітних соціальних контекстах³.

Відтак наявність захищеної ознаки має принципове значення для встановлення дискримінації. Відповідно, хибно вважати, буцімто встанов-

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* (Zalta E ed, 2020) <<https://plato.stanford.edu/entries/discrimination>> (accessed: 23.06.2023).

лення 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.

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 у ст. 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)⁴, С. Шевчук зазначав, 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 Конвенцією⁵.

З цього твердження випливає, що будь-яке розрізнення у 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 ототожнюються.

Аналогічної позиції дотримується у своїх рішеннях Конституційний Суд України (далі – КСУ). Так, в ухвалі № 165-2(II)/19 єдиний орган конституційної юрисдикції дійшов висновку, що *‘порушенням рівності перед законом, тобто дискримінацією (курсив наш. – В. Г.), є об’єктивно не виправдана відмінність у правовому регулюванні статусу особи і статусу інших осіб, які перебувають в однаковому з нею або схожому становищі’* (абз. 4 п. 2.2 п. 2 мотивувальної частини)⁶. Аналогічна позиція була також задекларована КСУ в одній із його наступних ухвал⁷.

⁴ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 23.06.2023).

⁵ С. Шевчук, *Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції* (Реферат 2007) 662.

⁶ 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 р. № 165-2(II)/2019 <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/165_22_2019.pdf> (дата звернення: 23.06.2023).

⁷ Ухвала Другої колегії 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

Однак подібна інтерпретація поняття дискримінації, що ототожнює 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 таким прикладом. У рішенні у справі “Серков проти України” ЄСПЛ повинен був дати оцінку непослідовності в тлумаченні податкового законодавства України судами загальної юрисдикції, що спричиняло 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 сплачувати⁸. І хоча порушення юридичної рівності тут є очевидним, ЄСПЛ не тільки не встановив порушення заборони дискримінації, а й узагалі не розглядав порушення ст. 14 Конвенції.

У цьому контексті звертає на себе увагу доповідь до Протоколу № 12, підготовлена Радою Європи, згідно з § 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 виправдання⁹.

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 із 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 у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 27 травня 2019 р. Справа стосувалася відмови ВРП у внесенні подання Президентові України про призначення позивача на посаду судді Донецького окружного адміністративного суду. Останній у 2010 р. у складі колегії суддів із трьох суддів ухвалив рішення про скасування Указу Президента України “Про присвоєння С. Бандері

статті 97 Закону України “Про Національну поліцію” від 28 жовтня 2020 р. № 240-2(II)/2020 <https://csu.gov.ua/sites/default/files/docs/240_22_2020.pdf> (дата звернення: 23.06.2023).

⁸ Serkov v. Ukraine. App 39766/05. ECHR Judgement 07/07/2011 <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-105536>> (accessed: 23.06.2023).

⁹ Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms <<https://rm.coe.int/09000016800cce48>> (accessed: 23.06.2023).

звання Герой України”¹⁰. Вважаючи це рішення політично мотивованим, ВРП відмовила позивачу у внесенні подання Президентові 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 у 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 їхня 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 № 2а-1219/10/0570, і це начебто не свідчить про протиправність чи дискримінацію¹¹.

Даючи правову оцінку діям ВРП у зазначеній справі, Верховний Суд постановив (§ 68), що при прийнятті оскаржуваного рішення ВРП не дотрималася принципу рівності перед законом і допустила “несправедливу дискримінацію” стосовно позивача.

Вираження “несправедлива дискримінація” у 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 переконання, Верховний Суд усвідомлено використав цей, на перший погляд, некоректний вираз, маючи під ним на увазі *несправедливе розрізнення*, що не має характеру дискримінації в сенсі ст. 14 Конвенції та ст. 1 Закону України “Про засади запобігання і протидії дискримінації в Україні”¹². 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*¹³ (поруч із віком, статтю, національною чи етнічною приналежністю тощо).

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

¹⁰ Про присвоєння С. Бандері звання Герой України: Указ Президента України від 20 січня 2010 р. № 46/2010 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/46/2010#Text>> (дата звернення: 23.06.2023).

¹¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 5 грудня 2019 р. у справі № 800/472/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/86903843>> (дата звернення: 23.06.2023).

¹² Про засади запобігання і протидії дискримінації в Україні: Закон України від 6 вересня 2012 р. № 5207-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17#Text>> (дата звернення: 23.06.2023).

¹³ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 5 грудня 2019 р. у справі № 800/472/17 (н 11).

*Широке та вузьке розуміння дискримінації
у національній судовій практиці*

Протиставлення широкого і вузького підходу до розуміння дискримінації має давню історію. Так, ЄСПЛ свого часу повинен був вибрати між двома варіантами прочитання ст. 14 Конвенції ще в 1967 р., коли вирішував справу про використання мов в освітньому процесі у Бельгії¹⁴. Тут конфлікт інтерпретацій був зумовлений розбіжностями у франкомовному й англomовному її офіційних текстах¹⁵. Франкомовне формулювання “*sans distinction aucune*” (“без будь-яких розрізень”) є ширшим порівняно з англomовним “*without discrimination*” (“без дискримінації”)¹⁶. 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 ст. 14 Конвенції та ст. 1 Протоколу № 12¹⁷, та, вочевидь, має бути дороговказом і для національної правової системи.

Суть вузького тлумачення дискримінації полягає у 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 переконання, 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 “давити масою аргументів”, чим пояснюється їхня схильність апелювати до принципу заборони дискримінації навіть тоді, коли це, по суті, надлишково. Однак мета органу правозастосування у справах, в яких ідеться про дискримінаційну поведінку, є протилежною, а саме, вирішити справу відповідно до дійсного права, з чого впливає 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.

Утім, для вітчизняного правознавства є досить характерним використання заборони дискримінації саме в широкому розумінні. Так, Перша дисциплінарна палата ВРП, розглянувши скаргу на суддю Київського

www.pravoua.com.ua ¹⁴ 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).

¹⁵ T Buergethal, ‘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’ (1969) 4 International Legal Materials 826, 827.

¹⁶ О Панкевич, ‘Захист права людини на недискримінацію у практиці Європейського суду з прав людини’ (2016) 3 Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ серія юридична 327.

¹⁷ Протокол № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_537#Text> (дата звернення: 23.06.2023).

окружного адміністративного суду, встановила, що коментування суддею в непроцесуальний спосіб для доведення людині хибності позову є дискримінацією громадянина за ознакою необізнаності¹⁸. Але чи дійсно необізнаність є захищеною ознакою (поруч із расою, політичними і релігійними переконаннями, національністю, етнічним і соціальним походженням тощо)? Чи утворюють “необізнані” з правом громадяни значущу 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 4 серпня 2017 р. у досить резонансній справі № 465/3382/17¹⁹, що було залишене без змін постановою Апеляційного суду Львівської області від 16 липня 2018 р.²⁰. 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.

Висновки. Повторимо: 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 отождоження заборони дискримінації з принципом юридичної рівності.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Lippert-Rasmussen K, Born F, Equal A, *Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination* (Oxford University Press 2014) (in English).
2. Shevchuk S, *Sudovi zakhyst prav liudyny: Praktyka Yevropeiskoho Sudu z prav liudyny u konteksti zakhidnoi pravovoi tradytsii* (Referat 2007) (in Ukrainian).

¹⁸ Рішення Першої дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя від 27 листопада 2020 р. у справі № 3279/1дп/15-20 <<https://hcj.gov.ua/doc/doc/1716>> (дата звернення: 23.06.2023).

¹⁹ Рішення Франківського районного суду м. Львова від 4 серпня 2017 р. у справі № 465/3382/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/68097930>> (дата звернення: 23.06.2023).

²⁰ Постанова Апеляційного суду Львівської області від 16 липня 2018 р. у справі № 465/3382/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/75487057>> (дата звернення: 23.06.2023).

Володимир Гончаров

Encyclopedias

3. Altman A, 'Discrimination' in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Zalta E ed, 2020) <<https://plato.stanford.edu/entries/discrimination>> (accessed: 23.06.2023) (in English).

Journal articles

4. 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' (1969) 4 *International Legal Materials* (in English).
5. О Панкевич, 'Zakhyst prava liudyny na nedyskryminatsiiu u praktytsi Yevropeiskoho sudu z prav liudyny' (2016) 3 *Naukovyi visnyk Lvivskoho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav seriia yurydychna* (in Ukrainian).

Volodymyr Honcharov

ON SOME FEATURES OF REPRESENTING THE LEGAL NATURE
OF DISCRIMINATION IN NATIONAL JUDICIAL PRACTICE

ABSTRACT. The article elaborates on the concept of discrimination, as well as conducting a critical analysis of national judicial practice in terms of reflecting the legal nature of discrimination in it. Emphasis is made on cases where such nature is reflected incorrectly.

The general or generic concept of discrimination can be briefly stated as negative differentiation on any basis or feature 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 national judicial practice often embodies a broad approach to discrimination, which equates legal equality with a prohibition of discrimination. Criticism of this approach is presented.

The author proves that in far from all cases, when it comes to violation of legal equality, discrimination can be established. Using decisions of national courts as examples, it is shown that a broad approach to understanding discrimination causes inflation of this concept, its "devaluation" and "expansion". It is argued that an overly broad use of the concept of discrimination may be acceptable for legal argumentation by lawyers, but not judges.

KEYWORDS: discrimination; protected features; judicial practice; human rights.