

УДК 340.1

DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2024.86.1.12>

ПОЗИТИВНА ДИСКРИМІНАЦІЯ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Малишев Б.В.,
*доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри теорії та історії права і держави
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
ORCID: 0000-0003-2023-312X
e-mail: borys.malyshev@gmail.com*

Малишев Б.В. Позитивна дискримінація у практиці Європейського суду з прав людини.

В результаті дослідження практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) було встановлено, що загалом практика ЄСПЛ демонструє його обережний підхід до заходів позитивної дискримінації як до питання, яке є дискусійним, неоднозначним, і таким, що в певній мірі суперечить основоположному принципу універсальності прав людини. Цим зумовлюється те, що ЄСПЛ розглядає заходи позитивної дискримінації передусім в якості розсуду національних урядів, а не як окремого об'єкту захисту з боку ЄСПЛ.

Практика ЄСПЛ у питаннях позитивної дискримінації базується на намаганні знайти баланс між досягненням соціальної справедливості та недопущенням нових форм дискримінації. Суд визнає важливість заходів позитивної дискримінації для виправлення несправедливості чи обмежень, які обумовлені об'єктивною уразливістю становища певних категорій населення або які мали місце у минулому стосовно певних категорій суспільства. Але водночас ЄСПЛ підкреслює, що ці заходи мають бути пропорційними і не повинні порушувати права інших осіб.

Позитивна дискримінація в контексті практики ЄСПЛ є виправданою лише тоді, коли її застосування відповідає принципам правової визначеності та рівності, а також коли вона є необхідною для забезпечення загального блага. ЄСПЛ визнає необхідність використання позитивної дискримінації в конкретних ситуаціях для коригування соціальної нерівності і забезпечення рівноправності в різних сферах життя.

Рішення ЄСПЛ по справі *Thlimmenos v. Greece* (2000) відкрило шлях до більш детального тлумачення дискримінації, визнавши, що формальна рівність не обов'язково веде до рівності по суті. Однак ЄСПЛ зберігає певні обмеження щодо заходів позитивної дискримінації. Такі заходи повинні бути тимчасовими, пропорційними, і не повинні призводити до необґрунтованих привілеїв груп населення. Позитивна дискримінація повинна служити засобом досягнення реальної рівності, а не закріплення відмінностей.

У своїй практиці ЄСПЛ визначає межі позитивної дискримінації за низкою критеріїв: 1) Легітимна мета: Чи спрямовані заходи на досягнення суспільно важливої мети?; 2) Пропорційність: Чи не є ці заходи надмірними щодо осіб, які не входять до групи, що отримує переваги?; 3) Необхідність у демократичному суспільстві: Чи є позитивна дискримінація єдиним способом досягнення мети?

Таким чином, практика ЄСПЛ демонструє, що позитивна дискримінація може бути виправданою та необхідною для забезпечення принципу рівності серед всіх осіб, адже фактична нерівність може вимагати застосування спеціальних заходів (позитивних дій) на користь вразливих груп населення, які зазнають дискримінації або перебували у пригніченому стані у минулому.

Ключові слова: права людини, рівність, позитивна дискримінація, практика Європейського суду з прав людини.

Malyshev B.V. Positive discrimination in the case law of the European Court of Human Rights.

The study of the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) has shown that, in general, the ECtHR's practice demonstrates its cautious approach to positive discrimination measures

as a controversial, ambiguous issue, and one that to some extent contradicts the fundamental principle of the universality of human rights. This is the reason why the ECtHR considers positive discrimination measures primarily as a discretion of national governments, and not as a separate object of protection by the ECtHR.

The ECtHR's case law on affirmative action is based on an attempt to strike a balance between achieving social justice and preventing new forms of discrimination. The Court recognizes the importance of affirmative action measures to remedy injustice or restrictions that are caused by the objective vulnerability of certain categories of the population or that have occurred in the past in relation to certain categories of society. At the same time, the ECtHR emphasizes that these measures must be proportionate and must not violate the rights of others.

Positive discrimination in the context of the ECtHR case law is justified only when its application is consistent with the principles of legal certainty and equality, and when it is necessary to ensure the common good. The ECtHR recognizes the need to use positive discrimination in specific situations to correct social inequality and ensure equality in various spheres of life.

The ECtHR judgment in *Thlimmenos v. Greece* (2000) paved the way for a more detailed interpretation of discrimination, recognizing that formal equality does not necessarily lead to substantive equality. However, the ECtHR retains certain restrictions on positive discrimination measures. Such measures must be temporary, proportionate, and should not lead to unjustified privileges for groups of the population. Positive discrimination should serve as a means of achieving real equality, not perpetuating differences.

In its case law, the ECtHR defines the limits of positive discrimination by a number of criteria: 1) Legitimate aim: Are the measures aimed at achieving a socially important goal? 2) Proportionality: Are the measures not excessive in relation to persons outside the group receiving the benefits? 3) Necessity in a democratic society: Is positive discrimination the only way to achieve the goal?

Thus, the ECtHR case law demonstrates that positive discrimination may be justified and necessary to ensure the principle of equality among all persons, as actual inequality may require the application of special measures (positive action) in favor of vulnerable groups who are discriminated against or have been oppressed in the past.

Key words: human rights, equality, positive discrimination, case law of the European Court of Human Rights.

Постанова проблеми. Позитивна дискримінація є важливим інструментом для забезпечення рівних можливостей для груп, які мають уразливе становище або історично зазнавали тривалої дискримінації або соціальної ізоляції. Як правило, вона передбачає вжиття спеціальних заходів (наприклад, пільги, привілеї, квоти чи програми підтримки, для осіб, які належать до меншості або мають інші вразливі характеристики). Проте юридичний зміст даного інструменту одночасно містить і суперечність принципу рівності, до сфери дії якого він відноситься. У зв'язку з цим важливим є вивчення ставлення Європейського суду з прав людини до заходів позитивної дискримінації та оцінка ним відповідності цих заходів вимогам статті 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), яка передбачає заборону всіх форм дискримінації.

Метою статті є аналіз основних положень практики Європейського суду з прав людини (далі за текстом – ЄСПЛ) стосовно тематики заходів позитивної дискримінації та узагальнений аналіз змісту таких рішень ЄСПЛ, для кращого розуміння вітчизняною теорією права і юридичною практикою всіх вимірів принципу рівності.

Стан опрацювання проблематики. Практика ЄСПЛ з питань позитивної дискримінації ставали об'єктом дослідження таких вчених як, Цебенко С.М., Андрушко С.В. [1], Байрачна Л.К., Лисенко Д.А. [2], Янковець І.В. [3], Фрінберг Е. [4] тощо.

Виклад основного матеріалу. Концепція «позитивних дій» в 1984 році була рекомендована Радою міністрів Європейських співтовариств для поліпшення професійного становища та активної участі жінок у суспільному житті. У 1997 році до Амстердамської Угоди, яка набула чинності 1 травня 1999 року, були внесені зміни, що забезпечили правову основу для законодавства щодо рівності жінок і чоловіків у сфері зайнятості та включили нові положення стосовно позитивної дискримінації. Зокрема, стаття 141 Амстердамського договору дозволила державам-членам ЄС приймати «заходи, що передбачають особливі переваги, щоб допомогти недостатньо представле-

ним групам продовжувати професійну діяльність та запобігти або компенсувати недоліки у їхній кар'єрі» [5].

Це положення мало на меті забезпечити не лише рівні можливості для чоловіків і жінок, але й дозволити вжити заходи для зменшення структурних відмінностей у їхньому становищі. Такі дії були визнані необхідними для того, щоб вразливі групи могли конкурувати на всіх рівнях ринку праці. Концепція «позитивних дій» також знайшла відображення в Директиві ЄС 2000/43/ЄС, яка запроваджує принцип рівного ставлення до осіб незалежно від їх расового чи етнічного походження. У 2005 році звіт Мережі незалежних експертів ЄС з основних прав розглядав позитивні дії з боку держави в контексті інтеграції мігрантів, зазначивши, що для ромської меншини в ЄС необхідно вжити заходів для їх залучення в сфері зайнятості, освіти та житла, що є єдиною відповідною реакцією на структурну дискримінацію та сегрегацію, з якою історично і зараз стикається ця група населення [6].

Позитивна дискримінація передбачає можливість впровадження спеціальних правових заходів, які направлені на зменшення дисбалансу між можливостями різних груп людей користуватися рівними правами, що виникає через об'єктивно існуючі стереотипи, традиції чи практики в суспільстві. Такі заходи використовуються для компенсації прав певних категорій осіб і для якнайшвидшого усунення наслідків проявів соціальної нерівності. Багатьом практикам та науковцям позитивна дискримінація видається надто суперечливим явищем з огляду на те, що вона входить у конфлікт із основоположним принципом універсальності прав людини. Легітимізація з боку ЄСПЛ державного втручання на користь тієї чи іншої групи населення може відкрити шлях для надто масштабного розвитку тенденції позитивної дискримінації («утверджувальної дії»), яка змусить держави визнавати все нові і нові привілеї та пільги на користь меншин чи інших уразливих груп населення. Тому ЄСПЛ демонструє обережність у питаннях обов'язку щодо застосування національними урядами позитивних дій. Однак разом з тим визнає таке право в межах свободи розсуду держав.

Незважаючи на відсутність у статті 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод згадки про позитивну дискримінацію, Протокол № 12 до Конвенції (ETS № 177) від 04.11.2000 № 12 у Преамбулі підтверджує, «що принцип недискримінації не стоїть на заваді Державам-учасникам уживати заходів для сприяння повній та реальній рівності, якщо ці заходи є об'єктивно й обгрунтовано виправданими». Ці обидва підходи (запровадження «спеціальних правових статусів», які гарантують відмінне ставлення до тих, хто об'єктивно перебувають у неоднакових умовах, та вживання «тимчасових спеціальних заходів (позитивних дій)» для усунення фактичної нерівності, що пов'язана з суспільними упередженнями та стереотипами) розглядаються ЄСПЛ у рамках відповідних справ про позитивну дискримінацію. [7, с. 77].

Застосування заходів позитивної дискримінації не завжди є безумовно дозволеним і тому вимагає ретельного балансу між досягненням справедливості та недопущенням аби ці заходи стали необгрунтованою дискримінацією всіх інших членів суспільства з боку певних категорій, на користь яких вживаються ці заходи. ЄСПЛ, розглядаючи випадки, коли національні уряди вдаються до позитивної дискримінації, аналізує відповідні заходи з позиції пропорційності та доцільності, оскільки позитивна дискримінація, незважаючи на свою мету виправлення соціальної нерівності, може викликати суперечливі наслідки як для суспільства, так і для демократичних засад.

Розвиток сучасного розуміння ЄСПЛ заходів позитивної дискримінації розпочався із рішення по справі *Thlimmenos v. Greece* (2000) [8]. У ній заявник оскаржив обмеження на отримання кваліфікації професійного бухгалтера у зв'язку із судимістю за непокору у вигляді відмови носити військову форму під час проходження військової служби з релігійних переконань. Позиція ЄСПЛ у цьому рішенні заснована на констатуванні порушення ст. 14 та ст. 9 Конвенції і необхідності вжиття саме позитивних дій у даному випадку, так як позивач відносився до релігійної меншини, що мало передбачати застосування спеціальних дій органами держави. ЄСПЛ акцентував увагу на фактичну нерівність позивача, що проявилось у дискримінації його у аспекті права вільного вибору професії, що по суті є наслідком факту його попередньої дискримінації на релігійній основі. Саме така фактична нерівність і може слугувати приводом для вжиття позитивних дій, що складають позитивну дискримінацію у подібних випадках.

У рішенні по справі *Willis v. the United Kingdom* (2002) [9] заявник стверджував, що він та його покійна дружина зазнали дискримінації у зв'язку з рішенням відмовити йому в праві одержувати соціальну допомогу вдовам та соціальну допомогу, яка сплачується овдовілій матері, а також у

зв'язку з подальшим позбавленням його права на пенсійне забезпечення, яке сплачується вдовам, незважаючи на внески із соціального забезпечення, які його дружина сплачувала протягом свого життя. Він стверджував, що законодавство Сполученого Королівства із соціального забезпечення є дискримінаційним за ознакою статі. Суд у рішенні визнав, що різниця в підходах у наданні права чоловікам та жінкам на одержання соціальної допомоги вдовам та овдовілим матерям не мала будь-якого об'єктивного й розумного обґрунтування, а отже, було допущено порушення статті 14 Конвенції, взятої у поєднанні зі статтею 1 Протоколу N 1. Разом з тим, Суд дійшов висновку, що, оскільки заявник не зазнав поведження, відмінного від того, якого б зазнала жінка в аналогічному становищі, жодного питання про дискримінацію, на порушення статті 14, стосовно його права на пенсію вдови не постає. Отже, Суд визнав, що порушення статті 14, взятої у поєднанні зі статтею 1 Протоколу N 1, допущено не було.

У справі *Andrle v. the Czech Republic* (2011) [10] позивач, батько двох дітей, скаржився на те, що чоловіки, які виховують дітей, не мають права на зниження пенсійного віку, на відміну від жінок. ЄСПЛ погодився, що це правило національного законодавства переслідувало законну мету – компенсувати жінкам нерівність, викликану історичними умовами колишньої Чехословаччини, де жінки були змушені поєднувати догляд за дітьми, ведення домашнього господарства та повноцінну працю. У таких умовах національні органи влади мають визначати, коли несправедливе ставлення до чоловіків починає переважати потребу в застосуванні заходів позитивної дискримінації для виправлення становища жінок.

У справі *D.H. and Others v. Czech Republic* (2007) [11] суд розглядав систему освіти Чехії, яка направляла дітей ромської національності до спеціальних шкіл для дітей з інтелектуальними порушеннями. Ця практика була оскаржена як форма непрямой дискримінації, оскільки вона призводила до сегрегації ромських дітей та обмежувала їх можливості отримати освіту на рівних умовах з іншими дітьми. ЄСПЛ визнав, що така політика порушує антидискримінаційні норми, оскільки не враховує соціально-економічні та історичні обставини, які визначають становище ромської меншини. Суд підкреслив важливість застосування позитивних дій, таких як програми інтеграції та підтримки, для виправлення цієї історичної нерівності та забезпечення рівного доступу до освіти для всіх дітей.

Справа *Taddeucci and McCall v. Italy* (2016) [12] стосувалася ситуації, коли громадянин однієї з країн ЄС був позбавлений права на соціальну допомогу в Італії через обмеження, що стосуються його громадянства. Суд визнав, що це порушує принцип рівності, оскільки ставить громадян інших країн ЄС в нерівні умови порівняно з громадянами Італії. Однак ЄСПЛ також визнав, що застосування позитивної дискримінації у вигляді особливих заходів для підтримки інтеграції мігрантів є виправданим, оскільки це сприяє забезпеченню соціальної рівності. Суд підкреслив важливість створення умов для рівного доступу до соціальних благ і послуг для всіх осіб, незалежно від їх громадянства чи етнічної приналежності.

Окремої уваги заслуговує рішення ЄСПЛ у справі «Поповіч та інші проти Сербії». Заявники стверджували, що за національним законодавством існує несправедлива різниця у правовому статусі цивільних осіб з інвалідністю та особами, віднесеним до категорії інвалідів війни, яким призначається більша кількість переваг та пільг від держави, незважаючи на відсутність значної фактичної різниці у фізичному стані цих двох соціальних груп. ЄСПЛ погодився з аргументом Уряду стосовно різниці у ставленні у зв'язку з тим, яким чином обидві групи отримали ушкодження. Так, ЄСПЛ акцентує увагу саме на умовах та обставинах, за яких особи отримали шкоду своєму здоров'ю, і вже від цього аргументує логічність застосування урядом позитивної дискримінації. Тому у даній справі ЄСПЛ висунув рішення про відсутність порушення статті 14 Конвенції з огляду на підкріплення вибору національного законодавця достатніми підставами для позитивної дискримінації та відповідних позитивних дій [2, с. 362-363].

Вартує уваги справа *Zarb Adami v. Malta* (2006) [13], де заявника було викликано до суду як присяжного засідателя. На виклик він не з'явився. Його було зобов'язано сплатити штраф у розмірі 240 євро, а також згодом його притягнули до кримінальної відповідальності за відмову добровільної сплати штрафу. Заявник вказав, що застосування штрафу було незаконним, оскільки порушувало Конституцію Мальти, а також статтю 14 Конвенції. Відповідно до законодавства Мальти, окремі категорії громадян (наприклад, жінки) не зобов'язані брати обов'язкову участь у роботі журі присяжних. ЄСПЛ погодився з аргументами і визнав порушення статті 14 у поєднанні зі статтею 4.

У рішенні по справі *Pretty v. United Kingdom* (2002) [14] заявниця оскаржувала відмову генерального прокурора звільнити її чоловіка від притягнення до кримінальної відповідальності за дії з допомоги їй вчинити суїцид. ЄСПЛ не заперечував того, що заявниця перебувала в нерівному становищі через хворобу (за нормами Закону від 1961 р. про виключення суїциду із числа злочинів). Проте Суд відмовив в наданні «імунітету від притягнення до відповідальності», оскільки прецедент застосування очевидного в цьому випадку спеціального тимчасового заходу зумовив би зростання загрози для суспільства загалом.

Це рішення демонструє, що при визначенні доцільності застосування особливих правових заходів позитивної дискримінації, які компенсують фактичну нерівність осіб, слід звертати увагу не лише на сам факт нерівності, а й також на можливі негативні наслідки вжиття відповідних правових заходів, а також на їхню сумісність із моральними засадами, загальноправовими принципами та інтересами суспільства.

Позитивна дискримінація також проявлялась у законодавстві Боснії та Герцеговини стосовно деяких корінних народів, щодо цього є справа «*Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*» (2009) [15]. Конституція Боснії та Герцеговини дозволяла лише представникам трьох корінних народів (боснійців, сербів, хорватів) балотуватися до парламенту, що виключало відповідне право представників етнічних меншин, таких як наприклад роми, євреї тощо. Проте ЄСПЛ визнав таку систему дискримінаційною та такою, що порушує статтю 14 Конвенції та Протокол № 12. Позиція ЄСПЛ по цій справі наголошує, що позитивна дискримінація повинна бути строго пропорційною та не повинна створювати нових форм нерівності або несправедливості.

Висновки. Загалом практика ЄСПЛ демонструє обережний підхід до заходів позитивної дискримінації як до питання, яке є дискусійним, неоднозначним, і таким, що в певній мірі суперечить основоположному принципу універсальності прав людини. Цим зумовлюється те, що ЄСПЛ розглядає заходи позитивної дискримінації передусім в якості розсуду національних урядів, а не як окремого об'єкту захисту з боку ЄСПЛ.

Практика ЄСПЛ у питаннях позитивної дискримінації базується на намаганні знайти баланс між досягненням соціальної справедливості та недопущенням нових форм дискримінації. Суд визнає важливість заходів позитивної дискримінації для виправлення несправедливості чи обмежень, які обумовлені об'єктивною уразливістю становища певних категорій населення або які мали місце у минулому стосовно певних категорій суспільства. Але водночас ЄСПЛ підкреслює, що ці заходи мають бути пропорційними і не повинні порушувати права інших осіб.

Позитивна дискримінація в контексті практики ЄСПЛ є виправданою лише тоді, коли її застосування відповідає принципам правової визначеності та рівності, а також коли вона є необхідною для забезпечення загального блага. ЄСПЛ визнає необхідність використання позитивної дискримінації в конкретних ситуаціях для коригування соціальної нерівності і забезпечення рівноправності в різних сферах життя.

Рішення ЄСПЛ по справі *Thlimmenos v. Greece* (2000) [8] відкрило шлях до більш детального тлумачення дискримінації, визнавши, що формальна рівність не обов'язково веде до рівності по суті. Однак ЄСПЛ зберігає певні обмеження щодо заходів позитивної дискримінації. Такі заходи повинні бути тимчасовими, пропорційними, і не повинні призводити до необґрунтованих привілеїв для певних груп населення. Позитивна дискримінація повинна служити засобом досягнення реальної рівності, а не закріплення відмінностей.

У своїй практиці ЄСПЛ визначає межі позитивної дискримінації за низкою критеріїв: 1) Легітимна мета: Чи спрямовані заходи на досягнення суспільно важливої мети?; 2) Пропорційність: Чи не є ці заходи надмірними щодо осіб, які не входять до групи, що отримує переваги?; 3) Необхідність у демократичному суспільстві: Чи є заходи позитивної дискримінації єдиним способом досягнення мети?

Таким чином, практика ЄСПЛ демонструє, що позитивна дискримінація може бути виправданою та необхідною для забезпечення принципу рівності серед всіх осіб, адже фактична нерівність може вимагати застосування спеціальних заходів (позитивних дій) на користь вразливих груп населення, які зазнають дискримінації або перебували у пригніченому стані у минулому.

Подальший аналіз практики ЄСПЛ по цьому досить дискусійному питанню, у свою чергу, є важливим для розуміння меж припустимості позитивної дискримінації та її відповідності принципам рівності та недискримінації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Цебенко С.М., Андрушко С.В. Заборона дискримінації у практиці Європейського суду з прав людини. *Актуальні питання у сучасній науці*. № 12(18). 2023. С. 696–705.
2. Байрачна Л.К., Лисенко Д.А. Співвідношення принципу рівності та позитивної дискримінації в практиці Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України. *Юридичний науковий електронний журнал*. № 11. 2021. С. 361–364.
3. Янковець І.В. Практика Європейського суду з прав людини щодо застосування позитивних дій. *Прикарпатський юридичний вісник*. № 2(27). 2019. С. 196–202.
4. Фрінберг Е. Посібник європейського антидискримінаційного права / Агенція Європейського Союзу з питань основоположних прав; Європейський суд з прав людини. ТОВ «К.І.С.», 2013. 193 с.
5. Treaty of Amsterdam. Режим доступу: https://europa.eu/european-union/sites/default/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_en.pdf.
6. EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights. Thematic Comment N° 3: The Protection of Minorities in the European Union. Brussels : European Commission, 2005. 109 p.
7. Христова Г.О. Питання заборони та протидії дискримінації: методичні рекомендації для юристів. Київ: Рада Європи, 2015. 112 с.
8. Thlimmenos v. Greece, 2000. European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58561>.
9. Willis v. the United Kingdom (2002). European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60499>.
10. Andrlle v. the Czech Republic (2011). European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-103548>.
11. D.H. and Others v. the Czech Republic (2007). European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-83256>
12. Taddeucci and McCall v. Italy, (2016). European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-164715>.
13. Zarb Adami v. Malta (2006). European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-75934>.
14. Рішення ЄСПЛ у справі «Прітті проти Сполученого Королівства» (“Case of Pretty v. The United Kingdom”). Законодавство України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_210.
15. Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina» (2009). European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-96491>.